



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI MILANO BICOCCA

DOTTORATO DI RICERCA IN SCIENZE GIURIDICHE

XXVII CICLO

CURRICULUM "DIRITTO TRIBUTARIO"

TESI DOTTORALE

**LA NOZIONE DI IMPRENDITORE NEL DIRITTO
TRIBUTARIO TRA FORMA SOCIETARIA E REDDITO
D'IMPRESA**

TUTOR
Chiar.mo Prof.
Enrico Marellò

DOTTORANDO
Dott.
Stefano Maria Ronco

ANNO ACCADEMICO 2013-2014

INDICE

INTRODUZIONE.....17

- PARTE I - FORMA GIURIDICA E RILIEVO DELLA NOZIONE DI ATTIVITA' ECONOMICA

- CAPITOLO I -

**LA SOCIETÀ QUALE FORMA DI ESERCIZIO
COLLETTIVO DI ATTIVITÀ ECONOMICA E RILIEVO
DELLA PERSONALITÀ GIURIDICA: CENNI IN TEMA
DI TEORIA DELL'IMPRESA.**

*1.In particolare: l'attività imprenditoriale svolta da
società di stampo commerciale e i confini con la fattispecie
della comunione d'impresa.....30*

*2.Fondamenti della presunzione di commercialità in diritto
tributario.....35*

| | |
|---|----|
| 3. <i>La tassazione degli enti collettivi di stampo societario: gli artt. 6 e 73 T.U.I.R. tra i modelli della trasparenza fiscale e della soggettività autonoma</i> | 42 |
| 4. <i>Brevi cenni in merito alla distinzione tra società di persone e di capitali in diritto commerciale: la chiave di lettura offerta dal carattere organizzativo del contratto societario</i> | 43 |
| 5. <i>La distinzione tra società di persone e di capitali in diritto tributario: la rilevanza della soggettività tributaria</i> | 49 |
| 6. <i>La strutturale autonomia organizzativa quale elemento di differenziazione del modello impositivo tra società di capitali e società di persone</i> | 57 |

CAPITOLO II

L'ESERCIZIO DI ATTIVITÀ ECONOMICA DA PARTE DI SOGGETTI COSTITUITI IN FORME GIURIDICHE DIVERSE DALLA SOCIETÀ E I RISVOLTI NEL CAMPO TRIBUTARIO.

| | |
|--|----|
| 1. <i>La prima conferma di questa ipotesi: l'attività d'impresa svolta dagli organismi di investimento collettivo del risparmio e delle società di cartolarizzazione</i> | 65 |
| 2. <i>Continua: ...fondazioni bancarie e confini dell'attività d'impresa: brevi cenni di inquadramento</i> | 75 |

| | |
|--|----|
| <i>3. Profili problematici delle agevolazioni tributarie delle fondazioni bancarie alla luce della concezione di commercialità nel diritto interno</i> | 82 |
|--|----|

CAPITOLO III

IL RILIEVO DEL PRINCIPIO DELLA NEUTRALITA' SOCIETARIA ED IL DISCRIMINE TRA ENTI COMMERCIALI E NON COMMERCIALI

| | |
|---|-----|
| <i>1. La neutralità della forma societaria quale superamento della presunzione di commercialità del tipo societario in diritto commerciale</i> | 87 |
| <i>2. Profili di discriminazione della presunzione di cui agli artt. 6 e 73 T.U.I.R. nei confronti degli altri soggetti che producono reddito d'impresa</i> | 93 |
| <i>3. Il discrimine tra enti commerciali e non commerciali: brevi cenni generali in merito alla disciplina fiscale degli enti non commerciali</i> | 95 |
| <i>3.1. Determinazione del reddito negli enti non commerciali diversi dalle O.N.L.U.S. Requisito della non commercialità. Perdita della qualifica di ente non commerciale</i> | 98 |
| <i>3.2. La strutturale diversità delle O.N.L.U.S. e la conferma dell'irrilevanza della forma</i> | 109 |
| <i>4. Prime conclusioni: la crisi del principio di attrazione</i> | 111 |

CAPITOLO IV

LA NECESSITÀ DI RICERCARE UN CRITERIO ULTERIORE CHE PERMETTA DI INDIVIDUARE L'ESISTENZA DEL REDDITO D'IMPRESA, POTENZIALMENTE APPLICABILE A TUTTI GLI ENTI COLLETTIVI, INDIPENDENTEMENTE DALLA FORMA GIURIDICA E DALL'OGGETTO SOCIALE.

1. *Brevi cenni generali in tema di aiuti di stato in materia fiscale*..... 116
2. *La nozione di impresa rilevante in materia di concorrenza nel diritto dell'Unione Europea*..... 119
3. *L'irrilevanza della forma giuridica adottata: cenni generali*..... 123
4. *Le pronunce della Commissione Europea e della Corte di Giustizia nel caso delle fondazioni bancarie italiane*..... 126
5. *La pronuncia della Corte di Giustizia in materia di trattamento fiscale delle società cooperative*..... 131
 - 5.1. *Brevi cenni in merito alla disciplina agevolativa prevista per gli enti cooperativi*..... 132
6. *La conferma della nozione di attività economica quale elemento essenziale della concezione di impresa nella sentenza della Corte di Giustizia in materia di cooperative*..... 138

CAPITOLO V

LA DISCIPLINA IVA E LA RILEVANZA DELLA NOZIONE DI ATTIVITÀ ECONOMICA

1. *Brevi cenni in merito alla nozione di attività economica come punto di partenza della disciplina IVA alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia*.....144
2. *Brevi cenni in merito alla disciplina introdotta dal D.P.R. 633/1972 in punto di soggettività passiva IVA*.....145
3. *Interrelazioni tra l'art. 4, comma 5, D.P.R. 633/1972 in tema di società di mero godimento e disciplina di contrasto alle società di comodo*.....151
4. *La giurisprudenza della Corte di Giustizia tra soggettività passiva IVA e diritto alla detrazione per gli acquisti*.....163
5. *Il rilievo del diritto alla detrazione ed il necessario collegamento con un'attività economica*.....165
6. *Continua: il rilievo della soggettività passiva IVA nel formante giurisprudenziale*.....169
7. *L'irrilevanza della forma giuridica alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia in merito agli atti preparatori*.....172

8. *In particolare: il contrasto all'utilizzo abusivo della forma giuridica secondo l'approccio di diritto interno con riferimento alla disciplina di contrasto alle società di comodo ed all'art. 4, comma 5, D.P.R. 633/1972176*

- PARTE II -

LE ALTERAZIONI DEL PROFILO SOGGETTIVO TRA ABUSO DELLA FORMA GIURIDICA E INTERPOSIZIONE FITTIZIA

CAPITOLO I

**SVALUTAZIONE DEL DOGMA DELLA
PRESUNZIONE DI COMMERCIALITÀ: LA
SUSSISTENZA DELLA FORMA GIURIDICA QUALE
CAUSA NON SUFFICIENTE PER L'ATTRIBUZIONE
DEL PROGRAMMA IMPRENDITORIALE ALL'ENTE
COLLETTIVO PERSONIFICATO TRA FORME DI
ALTERAZIONE SOGGETTIVA DELL'ENTE ED
IRRILEVANZA DELLO SCHERMO SOCIETARIO.**

1. *Breve considerazione preliminare: l'opportunità di distinguere tra la teorica in tema di 'società senza impresa' e la teorica in tema di società a ristretta base proprietaria e cenni introduttivi alla teorica della 'società senza impresa'187*

| | |
|--|-----|
| 2. <i>Previsioni normative nell'ambito del T.U.I.R. e la mancanza di un approccio sistematico: il rilievo dell'art. 90</i> | |
| <i>T.U.I.R.</i> | 191 |
| 3. <i>Continua: previsioni normative nell'ambito del T.U.I.R. e mancanza di un approccio sistematico: brevi cenni introduttivi all'istituto della participation exemption</i> | 199 |
| 3.1. <i>Cenni descrittivi della disciplina di cui all'art. 87 T.U.I.R. con particolare riferimento al quarto requisito dell' art. 87 T.U.I.R.: esercizio da parte della società partecipata di un'impresa commerciale</i> | 204 |
| 4. <i>Brevi cenni in merito alla rilevanza del principio di presunzione di commercialità per le società ed enti commerciali. Il rilievo della forma societaria commerciale quale regola di individuazione della categoria reddituale applicabile</i> | 208 |
| 5. <i>Il rilievo della forma giuridica societaria ed il giudizio di inerenza: l'irrilevanza di una verifica circa la riferibilità dell'atto all'impresa</i> | 213 |
| 6. <i>La residuale portata del principio di inerenza nelle società commerciali come relazione tra il singolo componente negativo di reddito e l'attività d'impresa</i> | 219 |

| | |
|---|-----|
| 7. Conclusioni parziali alla luce dell'analisi del T.U.I.R.: la mancanza di un autonomo regime di contrasto all'utilizzo distorto della forma giuridica..... | 225 |
| 8. Il diverso rilievo della disciplina di contrasto alle società di comodo ex art. 30, L. 724/1994 quale riconoscimento dell'insufficienza della presunzione di commercialità per le società commerciali: l'utilizzo abusivo della forma giuridica..... | 226 |
| 9. La disciplina di contrasto alle società di comodo ed il riflesso circa l'abusività con riferimento alla giurisprudenza della Corte di Giustizia: l'ipotesi del 'wholly artificial arrangement'..... | 234 |
| 10. Diritto dell'Unione Europea e contrasto alle letterbox companies..... | 238 |
| 11. Diritto dell'Unione Europea ed attività marginali: riflessi in tema di contrasto alle forme giuridiche abusive..... | 244 |
| 12. Diritto dell'Unione Europea e 'wholly artificial arrangements' nella giurisprudenza in materia di libertà fondamentali e nella giurisprudenza in materia di IVA..... | 247 |
| 13. Brevi cenni generali in ordine alla particolarità del diritto tributario nell'ambito della giurisprudenza della Corte di Giustizia..... | 248 |
| 14. La nozione di 'wholly artificial arrangements' nella giurisprudenza in materia di libertà fondamentali..... | 253 |

| | |
|---|-----|
| 15. <i>La rilevanza dell'artificialità della costruzione giuridica nella giurisprudenza in materia di IVA alla luce del caso Paul Newey</i> | 258 |
| 16. <i>Il rilievo della forma giuridica nella Direttiva 90/435/CEE 'madri e figlie'</i> | 265 |
| 17. <i>...ed il progressivo superamento di tale impostazione alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia e ad opera della Direttiva 121/2015 che ha previsto l'introduzione di una clausola anti-abuso nella direttiva Madri-figlie</i> | 268 |
| 18. <i>Cenni di sintesi alla luce del diritto dell'Unione Europea: dall'abuso del diritto ad un test fondato sulla sussistenza di un'attività economica</i> | 271 |

CAPITOLO II

PROFILI IN MERITO ALL'INESISTENZA SOGGETTIVA DELLA STRUTTURA SOCIETARIA

| | |
|---|-----|
| 1. <i>Brevi considerazioni in merito all'assenza di una nozione di inesistenza soggettiva nell'ambito della giurisprudenza della Corte di Giustizia</i> | 275 |
| 2. <i>Il rilievo del fenomeno interpositorio alla luce del diritto civile</i> | 277 |
| 3. <i>Il diverso rilievo del fenomeno interpositorio nel diritto civile e nel diritto tributario</i> | 281 |

| | |
|--|-----|
| 4. <i>La disciplina prevista ex art. 37, comma 3, D.P.R. 600/1973 quale espressione del contrasto al fenomeno dell'interposizione fittizia</i> | 283 |
| 5. <i>Ulteriori spunti di riflessione in tema di abuso dello schermo giuridico alla luce del fenomeno interpositorio</i> | 288 |
| 6. <i>Cenni di sintesi in tema di abuso della struttura giuridica alla luce del prisma offerto dal fenomeno interpositorio: dall'interposizione reale quale cripto-tipo della disciplina delle società di comodo all'interposizione fittizia dell'ente giuridico quale fenomeno giuridico tipico incarnato nel rapporto societario proprio delle società di 'mero schermo'</i> | 290 |
| 7. <i>Brevi cenni di ricostruzione del mosaico frantumato. In particolare, profili in tema di titolarità dei redditi a fronte di uno schermo societario fittiziamente interposto</i> | 293 |
| 8. <i>Profili in tema di interposizione reale ed enti collettivi</i> | 296 |
| . | |
| 9. <i>Profili in tema di interposizione fittizia ed enti collettivi</i> | 300 |
| 10. <i>Considerazioni critiche di alcuni istituti alla luce del fenomeno interpositorio</i> | 302 |
| 10.1. <i>Imputazione dei redditi prodotti da entità estere controllate e collegate</i> | 303 |

| | |
|--|-----|
| 10.2. Fenomeno interpositorio e rilievo della sede dell'amministrazione delle società controllate da enti assoggettati ad I.R.E.S. Brevi cenni in merito alla disciplina in tema di residenza ex art. 73, comma 3, T.U.I.R..... | 312 |
| 10.2.1. La normativa in materia di contrasto all'esterovestizione quale espressione di un fenomeno di interposizione..... | 317 |
| 10.2.2. Critica alla scelta del legislatore in tema di sede dell'amministrazione ex art. 73, comma 3, T.U.I.R. e necessità di un approccio fondato su criteri di collegamento compatibili con il diritto dell'Unione Europea..... | 322 |
| 11. La difficoltà di classificazione della società a ristretta base azionaria tra interposizione e tertium genus di soggettività..... | 327 |
| 12. Accertamento bancario e riferibilità alla società delle somme movimentate sui conti intestati ai soci o ai loro congiunti: ulteriore forma di lata applicabilità del criterio di inesistenza della struttura giuridica?..... | 333 |
| 13. Cenni di sintesi tra teorica delle società a ristretta base azionaria e presunzione di riferibilità in capo alla società delle movimentazioni risultanti dai conti correnti personali di soci e loro familiari..... | 337 |
| 14. Conferma della centralità del requisito della sostanza economica quale architrave che accomuna le disposizioni di contrasto al fenomeno dell'abuso della forma giuridica, delle società di comodo e delle ipotesi normative di | |

contrasto a forme di interposizione. Cenni di sintesi.....338

15. *La nozione di sostanza economica: due chiavi di lettura: la presenza fisica e l'esercizio di un'attività economica effettiva. Riflessioni alla luce del progetto BEPS*.....340

CAPITOLO III

PROFILI SANZIONATORI ED INESISTENZA SOGGETTIVA

1. *Brevi considerazioni in merito alla sussistenza di un regime irragionevolmente discriminatorio in materia sanzionatoria a seguito dell'introduzione dell'art. 7, D.L. 4 settembre 2003, n. 269 ad esclusivo favore degli enti collettivi personificati*.....345

2. *Ulteriori considerazioni alla luce della giurisprudenza in materia di ne bis in idem*.....351

3. *L'orientamento giurisprudenziale teso alla svalutazione della personalità giuridica: irrilevanza dello schermo della personalità giuridica creata nell'esclusivo interesse della persona fisica*.....356

3.1. *...con riferimento alla giurisprudenza della Cassazione in materia di sanzioni amministrative tributarie*.....356

3.2. *...con riferimento alla giurisprudenza della Cassazione in materia di confisca*.....360

4. *Il difficile coordinamento tra confisca e tassazione dei proventi illeciti con riferimento alle fattispecie di inesistenza della struttura giuridica*367

RIFLESSIONI CONCLUSIVE

1. *Brevi cenni di sintesi dei risultati raggiunti nei capitoli precedenti*.....372

2. *Il meccanismo della trasparenza quale rimedio parziale nell'ottica della rivalutazione della logica di automatica riconduzione ex lege di ogni tipo di entrata reddituale prodotta dalle società di capitali a ristretta base che svolgono un'effettiva attività economica*.....374

3. *L'utilizzo della forma giuridica di stampo commerciale quale espressione di un meccanismo incentivante e promozionale volto all'efficace utilizzazione dei beni destinati all'attività economica?*.....376

4. *La necessità di una rivalutazione dell'elemento del rischio quale condizione naturale dell'attività d'impresa e la rilevanza della forma giuridica come elemento di delimitazione del rischio*.....378

5. *Forma giuridica e limitazione della responsabilità: profili critici della traslazione del rischio dell'attività imprenditoriale*.....390

| | |
|---|------------|
| <i>6. La centralità dell'interesse sociale quale elemento fondante degli enti collettivi di stampo commerciale.....</i> | <i>396</i> |
| <i>7. La nozione di attività economica quale espressione di nuove forme di contrattualismo ed il superamento della centralità del soggetto?.....</i> | <i>403</i> |
| <i>8. Profili critici della nozione di attività economica: indeterminatezza della categoria e profili problematici con riferimento all'occasionalità dell'attività economica.....</i> | <i>410</i> |
| BIBLIOGRAFIA..... | 415 |

Alla mia famiglia

INTRODUZIONE

La presente ricerca intende soffermarsi sulla portata della presunzione di cui agli artt. 6, comma 3 e 73, comma 1, *T.U.I.R.*, che – come noto- prevede un meccanismo di automatica riconduzione *ex lege* di ogni entrata economica prodotta dagli enti collettivi societari commerciali nell'alveo del reddito d'impresa.

Si tratta, in particolare, di valutare la ragionevolezza di tale modulo impositivo alla luce del formante normativo e giurisprudenziale.

La ricerca si muoverà su due versanti paralleli.

In primo luogo – dopo un breve *excursus* di diritto commerciale - si cercherà di evidenziare come la presunzione di cui agli artt. 6, comma 3 e 73, comma 1 del *T.U.I.R.*, presenti alcuni elementi di incoerenza tali da giustificare l'opportunità di un processo di riconsiderazione in una prospettiva *de jure condendo*.

Ci si interrogherà, quindi, in merito alla possibilità di individuare un modulo impositivo alternativo che permetta di rappresentare con più pienezza - rispetto al criterio del collegamento in forza della forma giuridica - il profilo distintivo che caratterizza gli enti collettivi commerciali rispetto alle altre figure di enti collettivi nonché, più in generale, che possa coordinarsi meglio al complessivo modello del reddito d'impresa.

In secondo luogo, si indagherà in merito alla sufficienza della forma giuridica commerciale per la collocazione di ogni entrata economica nell'alveo del reddito d'impresa.

Ci si soffermerà, a tale riguardo, sulla tematica dell'abuso della forma giuridica, valutando quali possano essere le

conseguenze di tale patologia.

Tali profili saranno analizzati alla luce del prisma offerto dall'istituto dell'interposizione, differenziando il fenomeno dell'abuso della forma giuridica a seconda che vengano in considerazione situazione di interposizione reale e di interposizione fittizia.

Si formuleranno, in ultimo, alcune riflessioni tese ad approfondire i risvolti in sede di diritto punitivo connessi all'abuso della forma giuridica, prendendo in esame, in particolare, la giurisprudenza formatasi in materia di sanzioni tributarie amministrative ed in materia di confisca in sede di diritto penale.

- PARTE I -

**FORMA GIURIDICA E RILIEVO
DELLA NOZIONE DI ATTIVITA'
ECONOMICA**

- CAPITOLO I -

LA SOCIETÀ QUALE FORMA DI ESERCIZIO COLLETTIVO DI ATTIVITÀ ECONOMICA ED IL RILIEVO DELLA PERSONALITÀ GIURIDICA: CENNI DI TEORIA DELL'IMPRESA.

E' noto che in diritto commerciale si sono contrapposte, a seguito dell'emanazione del Codice civile del 1942, diverse teorie dell'impresa, che hanno cercato di offrire una chiave di lettura, non priva di venature di tipo filosofico, della nozione di impresa e del ruolo dell'imprenditore¹.

Secondo una prima tesi, infatti, l'impresa sarebbe non solo concettualmente ed economicamente diversa dall'imprenditore, ma lo sarebbe anche giuridicamente².

Come evidenziato in dottrina, infatti, secondo tale teorica, che viene definita teoria istituzionalistica, l'impresa non sarebbe solo "una somma di atti funzionalmente volti e coordinati ad un fine e quindi fusi nel concetto di attività

¹ Su tale complessa tematica si vedano, senza pretesa di completezza, F. CORSI, *Diritto dell'impresa*, Milano, 2003, pp. 10 segg.; F. DENOZZA, *Logica dello scambio e 'contrattualità': la società per azioni di fronte alla crisi*, in *Giur. comm.*, 2015, pp. 5 segg.; E. GINEVRA, *La società per azioni: fattispecie economica e rilevanza giuridica*, in *Diritto commerciale*, a cura di M. CIAN, II, Torino, 2013, pp. 163-188; G. RAGUSA MAGGIORE, *Le società in genere. Le società di persone*, in *Trattato delle società*, Padova, 2000, pp. 33 segg.; AA.VV., *Manuale di diritto commerciale*, a cura di V. BUONSEGG.OCORE, Torino, 2004, pp. 95 segg.

² F. DENOZZA, *Logica dello scambio e 'contrattualità': la società per azioni di fronte alla crisi*, cit., p. 6.

economica organizzata, ma aggregato di elementi personali e reali, organismo cui si partecipa ed in cui si inserisce con la stipulazione di un contratto di lavoro”³.

A tale concezione si contrappone una seconda posizione, qualificata come concezione contrattualistica, secondo la quale non sarebbe possibile individuare interessi di carattere metagiuridico, altri rispetto agli interessi di tipo proprietario dei soci⁴.

Le posizioni appena accennate sono foriere di risvolti importanti per quanto concerne la conduzione dell’attività dell’impresa e il ruolo dello Stato e dei soci, che si riverberano in special modo sulla definizione della natura giuridica dell’impresa e della società commerciale.

Ed, infatti, secondo la posizione contrattualistica, in ultima istanza, l’impresa rappresenta espressione dei soci che, collettivamente, danno luogo al processo di produzione e scambio, in cui, però, è la loro volontà imprenditoriale a prevalere.

L’interesse sociale, inoltre, in questa concezione, è

³ G. COTTINO, *Diritto commerciale. Imprenditore, impresa e azienda. Segni distintivi, brevetti, concorrenza*, I, I, Padova, 1993, p. 176. Si veda anche G. RAGUSA MAGGIORE, *Le società in genere. Le società di persone*, in *Trattato delle società*, cit., p. 33, dove si espone come “da ciò deriva la creazione di strutture societarie in cui prevalga un interesse sociale su quello individuale. Interesse che può dare luogo ad un tipo particolare di società o ad una *Mitbestimmung*, cioè alla partecipazione dei lavoratori all’esercizio dell’impresa, come ha luogo nelle grandi società tedesche.”

⁴ In questo senso, F. CORSI, *Diritto dell’impresa*, cit., pp. 15-17, dove si evidenzia come “l’impresa, come organismo vitale, non è riuscita – de iure condito – a trovare una sua collocazione, né tanto meno una sua esplicita identità formale”.

G. COTTINO, *Diritto commerciale. Imprenditore, impresa e azienda. Segni distintivi, brevetti, concorrenza*, cit., p. 176.

rappresentato dalla realizzazione e massimizzazione degli utili⁵.

La posizione è radicalmente differente per la teoria istituzionalistica, secondo la quale sarebbero gli interessi privatistici dei soci secondari rispetto agli interessi superiori e meta-individuali, quali, ad esempio, gli interessi dei lavoratori o dello Stato.

Ora – come è stato rilevato in dottrina – entrambe le posizioni presentano profili condivisibili se lette alla luce del frastagliato contesto imprenditoriale⁶.

Si è rilevato, a tale proposito, come la teoria istituzionalistica rappresenti una chiave di lettura atta a descrivere in maniera più fruttuosa il fenomeno della grande impresa produttiva, denotata da un rilevante dispiego di beni e di mezzi, in grado di causare con le proprie scelte di politica industriale rilevanti ricadute sulla popolazione civile.

La teorica contrattualistica, invece, rappresenta un prisma interpretativo apprezzabile con riferimento alle strutture imprenditoriali medio-piccole, caratterizzate da attività di

⁵ In questo senso, F. DENOZZA, *Logica dello scambio e 'contrattualità': la società per azioni di fronte alla crisi*, cit., pp. 6 7, dove si evidenzia che “la disciplina della società per azioni è una disciplina che riguarda principalmente i rapporti tra questi soggetti che volontariamente decidono di fare insieme alcune cose e che, a seguito di questa decisione, collaborano, si coordinano, scambiano, litigano ecc.. La società per azioni (come qualsiasi altra impresa) non è, nella sua sostanza reale, né un organismo, né un istituzione (in senso organicistica), né una attività, né una tecnica, ecc., ecc. Essa è nella realtà il contesto in cui una serie di persone (i soci, i *managers*, i fornitori, le banche, altri creditori, ecc.) fanno, se ne hanno voglia, tutte le cose (coordinarsi, collaborare, litigare ecc.) [...]”.

⁶ G. COTTINO, *Diritto commerciale. Imprenditore, impresa e azienda. Segni distintivi, brevetti, concorrenza*, cit., p. 181.

produzione svolte spesso personalmente dagli stessi membri della compagine sociale, fruendo di beni e mezzi produttivi di modesta portata.

Ora, non vi è dubbio che negli ultimi anni si stia assistendo ad un processo di progressivo accoglimento – specie per quanto riguarda la media-grande impresa – di principi e regole che pongono la struttura imprenditoriale al centro di un complesso reticolo di discipline pubblicistiche che ne condizionano l’operatività e delimitano l’esercizio della libertà imprenditoriale⁷.

Si tratta, quindi, di un quadro difficilmente sintetizzabile, rispetto al quale “sembra problematica la possibilità stessa di formulare una teoria dell’impresa”, che postulerebbe la necessità di enucleare “una teoria che dovrebbe valere solo per alcune categorie di imprese, le medio-grandi, con molte variabili per le altre [...]”⁸.

Tali riflessioni devono, peraltro, essere inquadrare all’interno del complesso rapporto che lega i fenomeni della società e dell’impresa, sotto il profilo della qualificazione dell’ente societario quale soggetto giuridico. Si tratta, infatti, di una tematica di rilievo in diritto

⁷ In questo senso si veda AA.VV., *Impresa e lavoro*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, Torino, 2012, p. 268, dove si mette in luce la centralità del ruolo dello Stato con funzione di programmazione e controllo nel campo dell’economia a seguito dell’introduzione della Costituzione repubblicana. In specie, con riferimento alla diverso ruolo dello Stato nei confronti della grande impresa rispetto alla piccola-media impresa, si afferma che “sembra si possa affermare che nei confronti dei grandi imprenditori si debba parlare di coordinamento dei programmi, nei confronti dei medi e piccoli imprenditori di coordinamento di attività.”

⁸ G. COTTINO, *Diritto commerciale. Imprenditore, impresa e azienda. Segni distintivi, brevetti, concorrenza*, cit., p. 181.

commerciale attesa la peculiare posizione che acquista “l’imprenditore-società” nella realtà economica odierna, dove la figura dell’imprenditore individuale, pronto a rischiare tutto il proprio patrimonio, sembra rappresentare una realtà sempre meno significativa⁹.

La posizione tradizionale considera, specialmente con riferimento alle società di capitali, che negli enti societari si incarna una vera e propria personalità giuridica, che la differenzia rigorosamente da coloro che la partecipano e la amministrano¹⁰.

In specie, tale linea di pensiero afferma la possibilità di riconoscere l’esistenza di un’autonomia ed alterità sotto il profilo soggettivo dell’ente personificato rispetto alle figure degli individui che lo partecipano ed amministrano. Autonomia ed alterità che verrebbero desunte dall’analisi di determinati requisiti della struttura collettiva, sufficienti per ritenere l’ente distinguibile ed autonomo rispetto agli altri soggetti di diritto, requisiti alla cui sussistenza viene subordinato il riconoscimento della personalità giuridica da parte dell’ordinamento positivo.

Il rispetto di tali requisiti – tra cui si annoverano gli elementi dell’organizzazione, dell’adempimento di meccanismi pubblicitari tali da rendere riconoscibile la persona giuridica di fronte ai terzi, del patrimonio¹¹ – implica conseguenze di rilievo, in quanto ciò determina, da un lato, una differenziazione nel trattamento delle persone giuridiche, rendendole soggetti distinti rispetto a

⁹ AA.VV., *Impresa e lavoro*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, cit., p. 309.

¹⁰ Si veda, a tale riguardo, per una prima analisi di tale tematica F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale. Volume I: le categorie generali. Le persone. La proprietà*, Padova, 2004, pp. 193 segg.

¹¹ Cfr. M. BASILE, A. FALZEA, voce *Persona giuridica*, a) *diritto privato*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, pp. 238-239.

coloro che compongono o rappresentano l'ente collettivo e, da un altro lato – e soprattutto – instaura una regolamentazione che attribuisce alle persone giuridiche la titolarità di una serie di posizioni giuridiche soggettive specifiche e diverse rispetto a coloro che di tali enti si avvalgono e beneficiano¹².

Tale impostazione, che può dirsi tradizionale, per la sua risalenza nel tempo e per la sua incontestabilità fino a pochi decenni addietro, che conferisce rilievo quasi esclusivo alla “forma”, è stata, però, oggetto di varie critiche.

Un'autorevole corrente dottrinale si è fatta latrice di posizioni negatrici dell'esistenza di un'autonoma soggettività delle persone giuridiche¹³, sul presupposto che

¹² M. BASILE, A. FALZEA, voce *Persona giuridica*, a) *diritto privato*, cit., p. 271 dove si afferma che “segno e (al tempo stesso) conferma sicuri di tale autonomia sono costituiti, in primo luogo, dal trattamento differenziato fatto alla soggettività delle persone giuridiche rispetto alla soggettività degli individui che le compongono, o dell'apparato amministrativo dal quale esse scaturiscono [...] e, in secondo luogo, dall'attribuzione alle persone giuridiche di situazioni soggettive distinte da quelle degli individui che le compongono, o dall'apparato amministrativo dal quale esse scaturiscono”.

¹³ Su cui, in particolare in ambito italiano si vedano T. ASCARELLI, *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959; Id., *Considerazioni in tema di società e personalità giuridica*, in *Riv. dir. commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1954, I, pp. 333 segg.; U. SCARPELLI, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, Torino, 1966; F. GALGANO, *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, pp. 553 segg.; Id., *Delle persone giuridiche*, in *Comm. Scialojae Branca*, Bologna-Bari, 1969; Id., *Associazioni, fondazioni, comitati*, in *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, diretti da F. GALGANO, Padova, 1987 e, più in generale, in ambito internazionale cfr. H.L.A. HART,

anche nei casi in cui, formalmente, si è in presenza dell'agire di una persona giuridica, gli unici soggetti del diritto sarebbero le persone fisiche che di tale struttura si avvalgono e da cui traggono beneficio¹⁴.

L'ordinamento giuridico non potrebbe che limitarsi a disciplinare le condotte degli individui poiché l'ente personificato non sarebbe in grado di dare vita e di esprimere una propria volontà, altra e autonoma rispetto agli individui che la compongono¹⁵.

Le ragioni di fondo che hanno portato all'enucleazione della nozione di personalità giuridica starebbero nei considerevoli e molteplici vantaggi che la fattispecie "persona giuridica" offre agli individui che la compongono e amministrano, tanto da creare un regime speciale di carattere privilegiato a beneficio delle persone fisiche che ne fanno parte¹⁶.

Definition and theory in Jurisprudence, in *Law Quarterly Review*, 1954, pp. 37 segg.; H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Vienna, 1934, trad. it., *Lineamenti della dottrina pura del diritto*, Torino, 1952.

¹⁴ F. FALZEA, voce *Capacità (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, pp. 31 segg.

¹⁵ F. GALGANO, voce *Persona giuridica*, cit.

¹⁶ In questo senso si vedano J. VAN DEN HEUVEL, *De la situation légales de associations sans but lucratif en France et en Belgique*, Parigi, 1984 e, più recentemente F. GALGANO, voce *Persona giuridica*, cit., pp. 401-402, dove afferma "la società è persona distinta dai soci; i debiti della società non sono, perciò, debiti dei soci: ne risponde – come oggi si esprime l'art. 2325, 1° co., - 'soltanto la società con il suo patrimonio'. Ma la concezione della società per azioni come persona giuridica non è il fondamento della limitazione della responsabilità dell'azionista: essa ne è solo una giustificazione teorica, ed una giustificazione datale a posteriori. Si è trattato, certo, di una grandiosa impresa concettuale: grazie al concetto di persona giuridica, la responsabilità limitata dell'azionista può non essere più considerata, come era considerata

Ebbene, oltre a queste considerazioni che, come si avrà modo di vedere successivamente¹⁷, hanno legittimato posizioni dottrinali e giurisprudenziali tese a sancire la sussistenza della fattispecie dell'abuso della personalità giuridica, la dottrina ha anche affermato una generale strumentalità dell'istituto societario, quale autonomo soggetto del diritto, rispetto al fenomeno dell'impresa, visto come organismo economico produttivo e forma di esercizio collettivo di un'attività economica¹⁸.

Si tratta di teoriche che prendono le mosse dalla nozione di società enucleata all'art. 2247 c.c. nella sua veste di "organizzazione produttiva, di organizzazione destinata, come appunto ricorda l'art. 2247 c.c., 'all'esercizio in comune di un'attività economica'¹⁹.

un tempo, un beneficio in senso proprio, ossia un privilegio, una eccezione al principio generale della illimitata responsabilità patrimoniale (art. 2740). Si trasforma, essa stessa, in applicazione del principio generale: diventa possibile argomentare che, in una società per azioni, il socio non risponde delle obbligazioni sociali con il proprio patrimonio per la 'naturale' ragione che si tratta di obbligazioni altrui [...]. Il concetto di persona giuridica assolve qui la funzione di ricondurre al diritto comune, ossia al generale principio dell'art. 2740., 1° co., una condizione giuridica, quale è il beneficio della responsabilità limitata, che deroga al principio generale, ed è da collocare entro il 2° co. dell'art. 2740".

¹⁷ Si vedano, *infra*, Parte II, Capitolo I, §§ 1 segg. nonché le Riflessioni conclusive.

¹⁸ M. MAUGERI, *Impresa e società nel pensiero di Bernardino Libonati*, in *Riv. diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, I, 2013, p. 668. Si veda anche AA.VV., *Manuale di diritto commerciale*, a cura di V. BUONOCORE, cit., pp. 97-101.

¹⁹ Cfr. F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale. Volume III: l'impresa e la società, L'impresa. Le società in genere. Le società di persone*, Padova, 2004, p. 281; G. GARESIO, M. MARULLI, *La società in generale. Le società di persone. Le società tra professionisti*, a cura di G. COTTINO, in AA.VV., *Nuova*

Ora, tale elemento – inerente l’esercizio in comune di un’attività economica - costituisce uno dei requisiti più significativi della nozione di cui all’art. 2247 c.c.²⁰.

giurisprudenza di diritto civile e commerciale. Diritto commerciale, diretta da O. CAGNASSO, G. COTTINO, Torino, 2014, p. 9.

In generale, su tale tematica si vedano, senza pretesa di completezza, R. COSTI, *Società in generale – Società di persone – Associazioni in partecipazione*, in *Giur. sistematica Bigiavi*, Torino, 1967, pp. 4 segg.; F. FERRARA, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1975, pp. 193 segg.; G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 1976, pp. 33 segg.; B. LIBONATI, *Scritti in materia di impresa e società*, Padova, 2012; Id., *Corso di diritto commerciale*, Milano, 2009, pp. 6 segg.; E. DESANA, *Dall’impresa comunitaria alla tutela dell’impresa debole. Spunti per una nuova nozione di impresa*, Roma, 2012; G. COTTINO, *Introduzione al Trattato. Il diritto commerciale tra antichità, medioevo e tempo presente: una riflessione critica*, in G. BONFANTE, G. COTTINO, *L’imprenditore*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. COTTINO, Padova, 2001; R. BRACCO, *L’impresa nel sistema del diritto commerciale*, Padova, 1960; T. ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale. Introduzione e teoria dell’impresa*, Milano, 1962; F. GALGANO, *La teoria dell’impresa*, in *Trattato Galgano*, II, 1978; P. SPADA, voce *Impresa*, in *Digesto disc. priv., sez. comm.*, Torino, 1992, pp. 8 segg.

²⁰ Come evidenziato in G. GARESIO, M. MARULLI, *La società in generale. Le società di persone. Le società tra professionisti*, a cura di G. COTTINO, in AA.VV., *Nuova giurisprudenza di diritto civile e commerciale. Diritto commerciale*, cit., p. 9, “il discorso sulla società, che muove dall’elemento dell’esercizio in comune di un’attività economica, incrocia inevitabilmente – e non potrebbe essere diversamente dato che l’esercizio di un’attività economica è pure elemento caratteristico della nozione di imprenditore di cui all’art. 2082 c.c. – quello dell’impresa, tanto che [...] le trattazioni dedicate al nostro tema si aprono di regola con l’affermazione che nella prospettiva storica che ha visto i due concetti evolversi

Esso evidenzia, infatti, un “vincolo di necessaria strumentalità” che caratterizza la natura della prestazione contrattuale pattuita dai soci. Tale vincolo sfocia non solo come nei contratti di scambio, nell’obbligazione di conferimento che risulta dall’atto di costituzione della società, ma soprattutto in un’attività ulteriore – tipica dei contratti con comunione di scopo - tesa al proficuo utilizzo dei beni o servizi conferiti nell’esercizio dell’attività economica al fine di produrre utili da distribuire ai soci²¹.

Si tratta, peraltro, di una nozione – quella di attività economica – di difficile sistematizzazione, di significato sostanzialmente generico, tanto che in dottrina si è sottolineata la difficoltà di “rintracciarne un’identità comune del concetto valevole per la generalità delle società”²².

Si è, infatti, da un lato, evidenziato come tale nozione debba essere declinata con riferimento ai singoli tipi societari, differenziati, a seconda della tipologia organizzativa prescelta, in piccole realtà imprenditoriali informate a principi personalistici e in grandi realtà imprenditoriali rappresentate dal modello della società di

parallelamente la società rappresenta nell’ordinamento giuridico vigente la principale forma collettiva di esercizio dell’impresa”.

²¹ G. GARESIO, M. MARULLI, *La società in generale. Le società di persone. Le società tra professionisti*, a cura di G. COTTINO, in AA.VV., *Nuova giurisprudenza di diritto civile e commerciale. Diritto commerciale*, cit., pp. 13-14; E. DESANA, *Dall’impresa comunitaria alla tutela dell’impresa debole. Spunti per una nuova nozione di impresa*, cit., pp. 30 segg.

²² G. GARESIO, M. MARULLI, *La società in generale. Le società di persone. Le società tra professionisti*, a cura di G. COTTINO, in AA.VV., *Nuova giurisprudenza di diritto civile e commerciale. Diritto commerciale*, cit., p. 14.

capitali²³. Da un altro lato, poi, occorre comprendere l'esatta portata del concetto di economicità.

Secondo parte della dottrina sussisterebbe attività economica alla sola condizione che l'operatore persegua un criterio economico nella gestione della propria attività, tale da rendere possibile – in ultima istanza- il rimborso dei fattori di produzione impiegati.

Altra parte della dottrina, invece, ritiene che il nucleo minimo di tale nozione sussista solo qualora vi sia un'effettiva destinazione al mercato dei beni e servizi prodotti dall'ente collettivo.

Si tratterebbe, in questa seconda ipotesi, di escludere dal novero delle attività economiche quella tipologia di enti collettivi ritenuti di 'mero godimento', privi non solo di una specifica organizzazione imprenditoriale, ma, soprattutto, di un'attività rivolta nei confronti dei terzi²⁴.

1. In particolare: l'attività imprenditoriale svolta da società di stampo commerciale e i confini con la fattispecie della comunione d'impresa.

Il tema da ultimo accennato chiama in causa i rapporti tra società e impresa e, in particolare, postula lo stretto coordinamento tra l'art. 2247 c.c. e l'art. 2082 c.c. quali fattispecie che costituiscono l'espressione di un'unitaria

²³ G. GARESIO, M. MARULLI, *La società in generale. Le società di persone. Le società tra professionisti*, a cura di G. COTTINO, in AA.VV., *Nuova giurisprudenza di diritto civile e commerciale. Diritto commerciale*, cit., p. 14.

²⁴ F. CORSI, *Diritto dell'impresa*, Milano, 2003, p. 115; E. DESANA, *Dall'impresa comunitaria alla tutela dell'impresa debole. Spunti per una nuova nozione di impresa*, cit., p. 31.

visione dell'attività imprenditoriale come esercizio di un'attività economica²⁵.

Se, quindi, la società deve rappresentare ordinariamente la forma di esercizio collettivo di attività economica, occorre chiedersi “se la società è sempre una forma di esercizio collettivo dell'impresa o se invece questo collegamento pur essendo normale, possa in taluni casi mancare, sì che vi possa essere società senza impresa”²⁶.

Ora, si è detto prima che la nozione di attività economica - al di là di quale sia la posizione più condivisibile in merito alla portata ed al suo campo di applicazione - costituisce un parametro centrale per poter distinguere le situazioni che ricadono nell'alveo del fenomeno societario rispetto a quelle in cui si sostiene l'esistenza di una mera comunione. In dottrina ed in giurisprudenza si è, infatti, argomentata la non identità dei due istituti appena menzionati, sostenendosi che l'elemento di differenziazione è costituito dalla mancanza di un'effettiva attività economica con una logica d'impresa, tipica della fattispecie della comunione d'impresa²⁷. In tale ipotesi troverebbero forza espansiva i

²⁵ Si veda F. CORSI, *Diritto dell'impresa*, cit., pp. 109-124.. Si veda anche G. GARESIO, M. MARULLI, *La società in generale. Le società di persone. Le società tra professionisti*, a cura di G. COTTINO, in AA.VV., *Nuova giurisprudenza di diritto civile e commerciale. Diritto commerciale*, cit., p. 28.

²⁶ G. FERRI, *Le società*, in AA.VV., *Trattato di diritto civile*, diretto da F. VASSALLI, X, Torino, 1987, p. 60. Negli stessi termini, G. GARESIO, M. MARULLI, *La società in generale. Le società di persone. Le società tra professionisti*, a cura di G. COTTINO, in AA.VV., *Nuova giurisprudenza di diritto civile e commerciale. Diritto commerciale*, cit., pp. 28-29.

²⁷ V. VACIRCA, *I rapporti tra società e comunione e le questioni connesse all'ammissibilità delle figure della comunione d'azienda e della comunione d'impresa*, in *Notariato*, 2009, pp. 1233 segg.;

criteri previsti in tema di comunione dall'art. 1100 e seguenti del Codice civile²⁸.

Più nello specifico, sarebbe la diversità di attività esperita dall'ente collettivo a permetterne una collocazione nella categoria della comunione piuttosto che in quella della società²⁹.

Ora, mentre nel caso della comunione d'azienda l'obiettivo dei comunisti sarebbe unicamente rappresentato dal solo godimento dei beni in comunione, nel caso della società, invece, sussisterebbe un'attività volta alla trasformazione dei beni detenuti nonché al perseguimento di un approccio economico teso alla produzione di nuova ricchezza³⁰.

In altre parole, “la funzionalizzazione in chiave produttiva dei conferimenti che hanno luogo con la conclusione del contratto di società [...] qualifica l'operazione societaria e ne sancisce il distacco dal semplice ‘mettere una cosa in

G. D'ATTORRE, *Comunione d'impresa, società di fatto e trattamento dei creditori*, in *Giur. comm.*, 2010, pp. 656 segg.

²⁸ G. GARESIO, M. MARULLI, *La società in generale. Le società di persone. Le società tra professionisti*, a cura di G. COTTINO, in AA.VV., *Nuova giurisprudenza di diritto civile e commerciale. Diritto commerciale*, cit., pp. 133 segg.

²⁹ F. CORSI, *Diritto dell'impresa*, cit., p. 117.

³⁰ Cfr. AA.VV., *Commentario breve al diritto delle società*, a cura di A. MAFFEI ALBERTI, Milano, 2007, p. 14, dove si evidenzia che “la differenza tra le due figure sta nel fatto che nella comunione il bene comune è l'oggetto del godimento e tale godimento rappresenta il fine della comunione, mentre nella società è solo il mezzo per l'esercizio di un'attività economica [...]. Nella comunione, pertanto, la contitolarità è fine a sé stessa, nella società è in funzione di un'attività da svolgere onde si hanno un quest'ultima dei rapporti obbligatori che si sovrappongono alla comunione”.

comune' [...]»³¹.

Si tratta, certo, di una relazione – quella tra comunione e contratto di società – che, pur presentando elementi di somiglianza (tra cui si possono annoverare, ad esempio, la gestione dei rapporti tra i comunisti e la sussistenza di una proprietà indistinta), nondimeno presenta elementi notevoli di diversità; consistenti in particolare, in ciò, che nella comunione manca un'attività imprenditoriale e non sussiste il vincolo funzionale dei beni sociali allo scopo comune³².

E', quindi, possibile, alla luce di queste considerazioni, tracciare alcune considerazioni di sintesi.

In sostanza, infatti, la cifra distintiva della distinzione in esame, nonché delle significative ricadute in punto di disciplina normativa applicabile, è rappresentata dalla circostanza che la volontà dei soci, all'atto del conferimento dei beni, sia volta alla destinazione degli stessi verso un'attività economica di tipo imprenditoriale,

³¹ G. GARESIO, M. MARULLI, *La società in generale. Le società di persone. Le società tra professionisti*, a cura di G. COTTINO, in AA.VV., *Nuova giurisprudenza di diritto civile e commerciale. Diritto commerciale*, cit., p. 134.

³² F. GALGANO, *Le società in genere. Le società di persone*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI, P. SCHLESINGER, Milano, 2007, p. 67. Si veda anche G. GARESIO, M. MARULLI, *La società in generale. Le società di persone. Le società tra professionisti*, a cura di G. COTTINO, in AA.VV., *Nuova giurisprudenza di diritto civile e commerciale. Diritto commerciale*, cit., pp. 135-136, dove si evidenzia come “comunione e società si presentano nel nostro sistema legislativo, come forme di proprietà collettiva nettamente contrapposte l'una all'altra [...]. Mentre nella prima la contitolarità è fine a sé stessa, nella seconda è in funzione di un'attività da svolgere. Si hanno in quest'ultima dei rapporti obbligatori, che si sovrappongono alla comunione.”

che non si esaurisca in un mero godimento dei beni sociali, ma persegua un utilizzo del patrimonio sociale con una logica imprenditoriale³³.

Si tratta, in altre parole, di una riaffermazione della rilevanza della nozione di attività economica quale espressione ultima dell'esercizio in forma societaria di attività d'impresa.

La linea di distinzione tracciata, tra comunione e attività societaria, costituisce una chiave di lettura feconda nell'ambito del dibattito concernente la legittimità delle società di mero godimento e la disciplina di contrasto all'abuso dello strumento societario con finalità di comodo³⁴.

Si tratta di questioni che verranno specificamente approfondite nel prosieguo del lavoro attraverso il prisma della disciplina di diritto tributario³⁵, ma che – indubbiamente – presentano elementi di riflessione già in diritto commerciale, anche se sulla base di logiche e presupposti non del tutto assimilabili³⁶.

³³ AA.VV., *Commentario breve al diritto delle società*, a cura di A. MAFFEI ALBERTI, cit., p. 15; G. GARESIO, M. MARULLI, *La società in generale. Le società di persone. Le società tra professionisti*, a cura di G. COTTINO, in AA.VV., *Nuova giurisprudenza di diritto civile e commerciale. Diritto commerciale*, cit., pp. 136-137.

³⁴ Si veda, a tale riguardo, G. GARESIO, M. MARULLI, *La società in generale. Le società di persone. Le società tra professionisti*, a cura di G. COTTINO, in AA.VV., *Nuova giurisprudenza di diritto civile e commerciale. Diritto commerciale*, cit., pp. 140-141.

³⁵ Si vedano, *infra*, Parte II, Capitolo I segg.

³⁶ Si tratta di una tematica che non è possibile approfondire oltre nel presente lavoro.

In ogni caso, può dirsi, in via di estrema sintesi, che in diritto commerciale la preoccupazione manifestata da giurisprudenza e

2. Fondamenti della presunzione di commercialità in diritto tributario.

Posti questi brevi cenni sulla rilevanza del fenomeno societario e sul rapporto in diritto commerciale con la nozione di impresa, occorre prendere le mosse dalle disposizioni normative che rivestono un ruolo centrale per l'individuazione del regime fiscale degli enti societari.

Come noto, gli artt. 6 e 73, comma 1 del *T.U.I.R.* delineano un meccanismo di automatica riconduzione *ex lege* di ogni tipo di entrata reddituale prodotta dalle società di stampo commerciale residenti – trattasi sia delle società di persone che delle società di capitali – nell'alveo del reddito d'impresa, rinviando alle disposizioni in tema di *I.R.E.S.* di cui alla Sezione I del Capo II del Titolo II del

dottrina in merito all'ammissibilità o meno delle società di mero godimento – spesso caratterizzate da un rilevante patrimonio sociale rappresentato da beni immobili – si è, in particolare appuntata sulla tutela dei creditori particolari dei soci. Infatti, tramite l'intestazione di beni personali dei soci in società, sarebbe possibile “sottrarre ai propri creditori e, fra questi, al fisco tutti o parte dei propri beni. Si costituisce una ‘società’ – cosiddetta società di comodo – e si conferiscono, in essa, i propri beni, ma la si costituisce al solo scopo di trarre vantaggio dalla condizione giuridica dei beni conferiti quale patrimonio autonomo, sottratte alle pretese dei creditori dei singoli conferenti. D'altra parte, la società non svolge alcuna attività economica, ed i beni ‘conferiti’ non sono, perciò, esposti ad alcun rischio” (G. GARESIO, M. MARULLI, *La società in generale. Le società di persone. Le società tra professionisti*, a cura di G. COTTINO, in AA.VV., *Nuova giurisprudenza di diritto civile e commerciale. Diritto commerciale*, cit., p. 141).

T.U.I.R. per quanto riguarda l'individuazione della base imponibile³⁷.

Tali disposizioni implicano, in sostanza, che, per il legislatore tributario, la riconduzione di tutte le entrate economiche prodotte da enti societari nell'alveo del reddito d'impresa viene collegata, in forza della valorizzazione del contratto societario, alla sola esistenza della struttura societaria di stampo commerciale, prescindendosi, quindi, dalla fonte e dall'oggetto sociale³⁸.

³⁷ In via generale, per quanto la presunzione di produzione di reddito d'impresa ancorata alla sola sussistenza della forma giuridica societaria si vedano V. FICARI, *Reddito d'impresa e programma imprenditoriale*, Padova, 2004; G. TINELLI, *Il reddito d'impresa nel diritto tributario*, Milano, 1991, p. 61; P. BORIA, *L'imposta sul reddito delle persone giuridiche*, in A. FANTOZZI, *Il diritto tributario*, Torino, 2003, pp. 888 segg.; Id., *Il principio di trasparenza nella imposizione delle società di persone*, Milano, 1996, pp. 140 segg.; A. CICOGNANI, *L'imposizione sul reddito d'impresa*, Padova, 1980, pp. 47 segg.; G. FRANSONI, *Imposta sul reddito delle persone giuridiche*, in C. RUSSO, *Manuale di diritto tributario. Parte speciale*, Milano, 2002, pp. 66 segg.; G. FALSITTA, *La tassazione delle plusvalenze e sopravvenienze nelle imposte sui redditi*, Padova, 1978, pp. 26 segg.; A. FANTOZZI, *Imprenditore e impresa nelle imposte sui redditi*, Milano, 1982, pp. 219 segg.; T. TASSANI, *Autonomia statutaria delle società di capitali e imposizione sui redditi*, Milano, 2007, p. 55 segg.; G.A. MICHELI, *Corso di diritto tributario*, Torino, 1989, pp. 417 segg.; M. MICCINESI, *Le plusvalenze d'impresa. Inquadramento teorico e profili ricostruttivi*, Milano, 1993, p. 60; F. FEDELE, *Profilo fiscale delle società di persone*, in *Riv. not.*, I, 1988, pp. 550 segg.

³⁸ V. FICARI, *Reddito d'impresa e programma imprenditoriale*, cit., p. 24. Negli stessi termini T. TASSANI, *Autonomia statutaria delle società di capitali e imposizione sui redditi*, cit., p. 56. Tale ultimo Autore afferma, infatti, come “nel complesso, la norma [...] conduce ad una qualificazione del reddito fondato esclusivamente sul richiamo a determinate forme societarie, con un rilievo della

Tale impostazione circa il trattamento dei redditi prodotti dalle società commerciali viene giustificata in dottrina sul rilievo dell'impossibilità di utilizzare, con riferimento alle società commerciali, i medesimi criteri utilizzati dall'art. 55, *T.U.I.R.*³⁹ per l'individuazione del reddito d'impresa⁴⁰. Mentre, infatti, l'art. 55, *T.U.I.R.* si muove nell'ottica dell'attività posta in essere dall'imprenditore individuale, rispetto al quale è necessario individuare, volta per volta, alla luce dei singoli atti posti in essere, se vengono integrati i requisiti necessari per poter ricondurre la manifestazione economica nell'alveo della categoria reddituale d'impresa, per gli enti societari è cruciale la tipologia di attività prevista statutariamente dall'ente, ove tutte le successive attività vengono riconosciute quali "manifestazioni di una autonomia funzionale, essendo

tipologia societaria commerciale che si presenta come necessaria e sufficiente, prescindendo dalla specifica configurazione dell'attività, in termini sia di formulazione dell'oggetto sociale sia di agire concreto dell'ente." (T. TASSANI, *Autonomia statutaria delle società di capitali e imposizione sui redditi*, cit., p. 56).

³⁹ Si vedano, in tal senso, T. TASSANI, *Autonomia statutaria delle società di capitali e imposizione sui redditi*, cit., p. 56; M. POLANO, *Attività commerciale e impresa nel diritto tributario*, Padova, 1984, pp. 192 segg.

⁴⁰ Sulla nozione di reddito d'impresa si vedano, senza pretesa di completezza, A. FANTOZZI, *Imprenditore ed impresa nelle imposte sui redditi e nell'iva*, cit.; G. FALSITTA, *La tassazione delle plusvalenze e sopravvenienze nelle imposte sui redditi*, cit.; A. CICOGNANI, *L'imposizione sul reddito d'impresa*, cit.; V. FICARI, *Reddito d'impresa e programma imprenditoriale*, cit., 2004; M. POLANO, *Impresa nel diritto tributario*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, VII, Torino, 1992, pp. 185 segg.; G. TINELLI, *Il reddito d'impresa nel diritto tributario*, cit.; P. BORIA, *Il principio di trasparenza nella imposizione delle società di persone*, cit.

l'agire della società non solo ordinato, ma anche disciplinato dal contratto”⁴¹.

Tale interpretazione, poi, viene approfondita sulla base di presupposti normativi non coincidenti tra loro.

Infatti, da un lato, per quanto riguarda gli enti commerciali di cui all'art. 73, comma 1, lett. b, *T.U.I.R.*, viene valorizzato il concetto di ‘oggetto sociale esclusivo o principale’; da un altro lato, per quanto riguarda le società di stampo commerciale, si individua l'esistenza del reddito di impresa tramite il legame civilistico di cui agli artt. 2082 e 2247 c.c. con il contratto di società commerciale, sulla base di un giudizio di carattere normativo che fa riferimento a tutti gli elementi che caratterizzano, *ex art.* 55, *T.U.I.R.*, l'esistenza del reddito d'impresa.

Venendo all'analisi delle argomentazioni concernenti la presunzione di commercialità negli enti commerciali, fondata sulla rilevanza dell'oggetto sociale esclusivo o principale di cui all'art. 73, comma 1, lett. b, *T.U.I.R.*, occorre prendere le mosse dal fatto che in tali enti assume rilevanza centrale non tanto la forma societaria di stampo commerciale – invero assente – quanto, piuttosto, l'indicazione dell'oggetto sociale contenuta nello statuto⁴².

⁴¹T. TASSANI, *Autonomia statutaria delle società di capitali e imposizione sui redditi*, cit., p. 61. L'Autore rileva, infatti, che “è dunque possibile affermare l'irriducibilità del fenomeno societario ad una qualificazione dell'attività di impresa effettuata con gli stessi criteri adottati per gli imprenditori individuali. [...] Se l'attività della società è tale in quanto individuata e disciplinata statutariamente, ne deriva che la sola sussistenza del contratto societario comporta la configurabilità di una attività societaria”. (T. TASSANI, *Autonomia statutaria delle società di capitali e imposizione sui redditi*, cit., p. 61).

⁴² T. TASSANI, *Autonomia statutaria delle società di capitali e imposizione sui redditi*, cit., p. 64. Negli stessi termini R.

Il dato dell'oggetto sociale non può in alcun modo corrispondere alla previsione *ex art. 55 T.U.I.R.*. Infatti, mentre in tale ultima disposizione si fa riferimento ai singoli atti d'impresa nell'ottica dell'agire di un imprenditore individuale o di una persona fisica, il dettato dell'art. 73, comma 1, lett. b, *T.U.I.R.*, individua un collegamento diretto tra l'oggetto sociale di stampo commerciale, proprio dell'ente commerciale ed indicato statutariamente, e l'applicazione del regime fiscale d'impresa⁴³.

Per quanto riguarda, invece, la giustificazione della presunzione di commercialità per le società di stampo commerciale, in dottrina si sostiene – stante la mancanza di alcun riferimento normativo all'art. 73, comma 1, lett. a, *T.U.I.R.* all'oggetto sociale come per il caso degli enti commerciali – la necessità di operare un diretto riferimento alla disciplina civilistica di cui all'art. 2249 c.c., che “pone [...] una indefettibile relazione tra attività commerciale della società e forma commerciale, conformemente ad una valutazione di tipicità che preclude il ricorso alla società semplice per lo svolgimento di

SCHIAVOLIN, *Natura del tributo. Funzioni e caratteri generali*, in *L'imposta sul reddito delle persone giuridiche*, in *Giur. sist. dir. trib.*, diretta da F. TESAURO, Milano, 1996, p. 72, dove si afferma come “l'oggetto non è l'attività che l'ente esercita in concreto, ma quella che esso si propone di esercitare, per la realizzazione dei suoi fini istituzionali”.

⁴³ “Per tali soggetti, il legislatore determina l'applicazione del regime fiscale d'impresa in base ad una definizione di attività commerciale che è ritratta dall'art. 55 *T.U.I.R.*, ma senza che sia richiesto un giudizio in termini di effettivo esercizio (che, invece, lo stesso art. 55 prevede), essendo la natura commerciale dell'attività individuata a livello di ‘oggetto’ dell'ente.” (T. TASSANI, *Autonomia statutaria delle società di capitali e imposizione sui redditi*, cit., p. 66).

attività commerciali”⁴⁴.

Si pone in questo modo in rilievo che il diritto tributario, nell’assumere a riferimento la forma societaria delle società di carattere commerciale quale elemento tale da giustificare, di per sé, la ricomprensione nella categoria del reddito d’impresa di tutte le attività messe in atto da tali enti collettivi, indipendentemente dalla verifica circa l’effettività dello svolgimento di un’attività rilevante nella categoria di cui all’art. 55 *T.U.I.R.*, avrebbe assunto a presupposto le considerazioni maturate in diritto civile secondo cui, appunto, “i tipi delle società commerciali costituiscono ‘forme tipiche ed obbligatorie’ per l’esercizio collettivo di una attività commerciale e l’adozione delle stesse per l’esercizio di attività non commerciali comporta che, relativamente a questo tipo di attività, vi sia una valutazione normativa di prevalenza della forma adottata rispetto allo specifico oggetto”⁴⁵.

All’interno di questa tesi è sviluppata una seconda linea argomentativa atta a riconciliare il principio di cui agli artt. 6 e 73, comma 1 del *T.U.I.R.* con il disposto dell’art. 55 *T.U.I.R.*.

In specie, tramite un parallelismo tra alcuni elementi fondanti il predetto art. 55 - cioè i profili della professionalità, dall’economicità, dello scopo di lucro e dell’organizzazione dell’attività imprenditoriale - e le caratteristiche che denotano in sede civilistica il tipo societario a forma commerciale, viene argomentato che già *ab origine*, per poter essere qualificate quali società

⁴⁴ T. TASSANI, *Autonomia statutaria delle società di capitali e imposizione sui redditi*, cit., p. 66.

⁴⁵ T. TASSANI, *Autonomia statutaria delle società di capitali e imposizione sui redditi*, cit., p. 61. Cfr. G. FERRI, voce *Imprenditore commerciale e impresa soggetta a registrazione*, in *Enc. giur. it.*, XVI, Roma, 1989, pp. 17 segg.

commerciali, tali enti collettivi dovrebbero sempre caratterizzarsi per gli elementi normativi previsti dall'art. 55 *T.U.I.R.*.

Di conseguenza, sarebbero spuntate quelle obiezioni secondo cui la previsione di una automatica riconduzione *ex lege* nell'alveo dei redditi d'impresa di ogni tipo di entrata reddituale prodotta dalle società di stampo commerciale residenti sarebbe slegata dal sostrato categoriale di cui all'art. 55 *T.U.I.R.*, in quanto indifferente ai requisiti di effettività dell'attività richiesti da tale disposizione. La previsione sarebbe, invece, unicamente fondata sul presupposto formale della sussistenza della forma giuridica commerciale.

Infatti, così argomentando, si riuscirebbe a configurare un collegamento bidirezionale tra “fonte della categoria reddituale e contratto societario commerciale” tale per cui emergerebbe dall'analisi in parallelo, da un lato, dei requisiti previsti dall'art. 55 *T.U.I.R.* e dall'altro, dei connotati civilistici del contratto di società commerciale indicati dal combinato disposto degli artt. 2082, 2247 e 2249 c.c., “una considerazione normativa del contratto societario e della tipologia quali in grado di esprimere la sussistenza dell'impresa commerciale in termini di attività, commercialità, economicità e professionalità”⁴⁶.

Di conseguenza, “la costituzione della società con forma commerciale rappresenta l'equivalente dell'attività d'impresa *ex art. 55 T.U.I.R.*, divenendo rilevante la riconducibilità dei proventi al soggetto societario, e quindi al relativo patrimonio, anziché all'attività fiscalmente

⁴⁶ T. TASSANI, *Autonomia statutaria delle società di capitali e imposizione sui redditi*, cit., p. 71. A tale riguardo si veda anche F. FEDELE, *Profilo fiscale delle società di persone*, cit., pp. 549-550.

ritenuta d'impresa”⁴⁷.

3. La tassazione degli enti collettivi di stampo societario: gli artt. 6 e 73 T.U.I.R. tra i modelli della trasparenza fiscale e della soggettività autonoma.

Si è avuto modo di vedere nel paragrafo precedente come, in forza delle norme di cui agli artt. 6, comma 3 e 73, comma 1 del *T.U.I.R.* operi un meccanismo di automatica riconduzione *ex lege* di ogni entrata economica prodotta dagli enti collettivi nell'alveo del reddito d'impresa.

Si è anche evidenziato come tale modulo impositivo trovi il proprio fondamento nel fatto che per il legislatore tributario la qualificazione dei redditi rinvenienti da enti societari viene collegata, in forza della valorizzazione del contratto societario, all'esistenza, in tutto e per tutto, della società commerciale⁴⁸.

Occorre, a questo punto, trattare il tema inerente la qualificazione degli enti collettivi quali soggetti d'imposta, verificando quali siano i principi che giustificano l'attribuzione in capo agli enti collettivi di un'autonomia patrimoniale e di una alterità soggettiva e quali siano le ragioni che fondano la distinzione tra il trattamento fiscale degli enti personificati e delle società di persone.

Nello specifico, in questo primo capitolo, ci si intende dedicare all'esplicazione delle ragioni che giustificano un diverso trattamento fiscale dei risultati reddituali prodotti

⁴⁷ T. TASSANI, *Autonomia statutaria delle società di capitali e imposizione sui redditi*, cit., p. 84.

⁴⁸ T. TASSANI, *Autonomia statutaria delle società di capitali ed imposizione sui redditi*, cit. p. 8.

dagli enti collettivi di stampo societario a seconda dell'adozione di una forma giuridica prevista secondo i tipi delle società di persone oppure delle società di capitali.

4. Brevi cenni in merito alla distinzione tra società di persone e di capitali in diritto commerciale: la chiave di lettura offerta dal carattere organizzativo del contratto societario.

Occorre, a tale proposito, prendere le mosse dalla qualificazione civilistica del contratto societario come “plurilaterale con comunione di scopo”⁴⁹, quale tipologia contrattuale differente rispetto ai contratti di scambio.

Mentre, infatti, nei contratti di scambio prevarrebbe l'elemento dell'imputazione e la fattispecie si denoterebbe, sotto il profilo della fase esecutiva del contratto, in base

⁴⁹ G. COTTINO, *Diritto societario*, Padova, 2006, p. 20; si veda anche T. TASSANI, *Autonomia statutaria delle società di capitali e imposizione sui redditi*, cit., p. 15, dove si evidenzia come in passato si fossero manifestate difficoltà in dottrina nel ricondurre il contratto di società nell'alveo del fenomeno negoziale, in quanto si tendeva, da un lato, a rilevare, diversamente dai contratti con prestazioni corrispettive, la sussistenza di uno scopo comune tra i soci e, quindi, la mancanza di interessi contrapposti. Dall'altro, si evidenziava “la valenza reale che l'ordinamento statutario assume nei confronti dei terzi: in quanto crea un nuovo soggetto cui sono imputabili situazioni giuridiche soggettive: che è dotato di autonomia patrimoniale, ciò che evidenzia il valore *erga omnes* del vincolo di destinazione che il contratto è in grado di imprimere sui beni societari; la cui attività è regolata dall'ordinamento statutario, in una prospettiva tipicamente oggettiva.”(T. TASSANI, *Autonomia statutaria delle società di capitali e imposizione sui redditi*, cit., p. 15)

allo schema: diritto soggettivo/obbligo, nei contratti di stampo associativo il fattore prevalente sarebbe costituito dall'organizzazione⁵⁰ e la fase esecutiva di questa tipologia contrattuale dovrebbe essere ricondotta al “modello della fattispecie complessa e a formazione progressiva”⁵¹.

La sussistenza di un interesse unitario e preesistente il compimento di singoli atti da parte della società, espresso formalmente nei documenti statuari, che informa l'agire della società e che costituisce la direttiva delle singole attività messe in atto dalla stessa, permette di comprendere la differente posizione degli enti collettivi rispetto all'agire delle persone fisiche alla luce della particolarità derivante dalla valenza organizzativa del contratto societario.

Infatti, mentre nel caso delle persone fisiche “l'attività non potrà essere imputata se non in seguito all'effettivo compimento degli atti attraverso i quali si esplica”⁵², ove quindi rimane necessario individuare, al fine di qualificare ed imputare gli effetti della condotta, i risultati della

⁵⁰ La rilevanza del fenomeno dell'organizzazione quale caratteristica portante degli enti collettivi di natura societaria è, altresì, richiamata da D. CORAPI, *Gli statuti delle società per azioni*, Milano, 1971, pp. 58 segg.; C. ANGELICI, *La società nulla*, Milano, 1975, pp. 88 segg.; A. BORGIOI, *La nullità della società per azioni*, Milano, 1977, pp. 19 segg.

⁵¹ P. FERRO LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, 1971, p. 327. Si veda anche T. TASSANI, *Autonomia statutaria delle società di capitali e imposizione sui redditi*, cit., p. 15. Tale impostazione è confermata considerando che lo schema negoziale che contraddistingue i contratti associativi “non esaurisce la sua funzione con l'esecuzione delle prestazioni [...], in quanto fissa le basi organizzative della futura attività comune e predetermina le modalità di partecipazione individuale all'attività di gruppo ed ai risultati della stessa” (M. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. Diritto delle società*, Torino, 2001, p. 4).

⁵² T. ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale*, cit., p. 152.

sequenza delle azioni poste in essere dagli individui, tale verifica in concreto non appare necessaria per quanto riguarda gli enti societari⁵³.

Per tali ultimi, al contrario, “l’agire da parte della società è esercizio di autonomia funzionale, in quanto lo svolgimento dell’azione seguirà le regole e le forme dello svolgimento dell’attività comune e funzionalizzata ad un certo risultato”⁵⁴.

Occorre, a questo punto, evidenziare come le considerazioni appena esposte, in merito alla centralità del carattere organizzativo del contratto societario in relazione allo svolgimento delle attività svolte, costituiscono il presupposto dell’autonomia degli enti societari quali centri di produzione e imputazione di situazioni giuridiche⁵⁵ e legittimano la sussistenza di un fenomeno di alterità soggettiva ed autonomia patrimoniale degli enti collettivi in generale⁵⁶.

Tale profilo - inerente la centralità della funzione organizzativa del contratto societario - che caratterizza indistintamente sia gli enti collettivi personificati che quelli non dotati di personalità giuridica, consente, quindi,

⁵³ P. SPADA, *La tipicità delle società*, Padova, 1974, p. 162.

⁵⁴ T. TASSANI, *Autonomia statutaria delle società di capitali e imposizione sui redditi*, cit., p. 19 dove si evidenzia come “il rilievo del momento organizzativo dell’ordinamento statutario [...] da una parte, riconduce ad unità gli atti posti in essere dall’ente societario qualificandoli in termini di attività; dall’altra, fissa la disciplina, concorrente con quella legale, degli stessi atti e dei rapporti che fanno capo all’ente.”

⁵⁵ T. TASSANI, *Autonomia statutaria delle società di capitali e imposizione sui redditi*, cit., p. 23. Cfr. L. CASTALDI, *Gli enti non commerciali nelle imposte sui redditi*, Torino, 1999, p. 38.

⁵⁶ T. TASSANI, *Autonomia statutaria delle società di capitali e imposizione sui redditi*, cit., p. 23.

di accomunare le diverse tipologie di enti collettivi sul presupposto della comune attribuzione dell'elemento dell'alterità soggettiva e dell'autonomia patrimoniale, indipendentemente dalla sussistenza del requisito della personalità giuridica⁵⁷.

La questione è indubbiamente complessa; su di essa non vi è in dottrina unanimità di vedute.

Infatti, da un lato, non pare possibile dubitare in ordine alla sussistenza di una forma di soggettività di diritto comune in capo alle società di persone, superandosi, così, le tradizionali critiche mosse da coloro che vedevano nell'attribuzione della personalità giuridica il criterio più idoneo per l'individuazione dei soggetti di diritto. Ciò consente di attribuire a questi ultimi enti una forma di autonomia negoziale e di alterità soggettiva rispetto alle figure dei soci⁵⁸.

⁵⁷ In questo senso “la qualificazione degli enti societari (e delle figure associative in genere) quali autonomi soggetti di diritto risulta dunque un dato minimo e necessario, connesso all'elemento organizzativo del contratto di società, che accomuna le diverse tipologie societarie [...]. Tanto nelle società personificate quanto in quelle non personificate, infatti, ci si trova ‘di fronte ad assetti non individuali d'imputazione, caratterizzati dall'essere le situazioni soggettive di diritto comune ascritte a soggetti, il contegno dei quali ha valore di funzione’. Che gli elementi dell'alterità soggettiva e dell'autonomia patrimoniale siano comuni alle società di persone ed a quelle di capitali pare essere una affermazione ormai condivisa nella dottrina”(T. TASSANI, *Autonomia statutaria delle società di capitali e imposizione sui redditi*, cit., p. 23). Su tale ultimo elemento si veda anche P. SPADA, *La tipicità delle società*, cit., p. 226.

⁵⁸ T. TASSANI, *Autonomia statutaria delle società di capitali e imposizione sui redditi*, cit., p. 24, dove si evidenzia come per quanto sia possibile “affermare una sostanziale omogeneità nella valorizzazione del carattere organizzativo del contratto, tra società

Tuttavia, tale processo di soggettivazione risulta di differente portata e non coincide affatto con quello che afferisce agli enti personificati⁵⁹.

Infatti, come noto, la società di capitali è anzitutto contraddistinta dal requisito della necessaria iscrizione nel registro delle imprese quale adempimento di carattere costitutivo. Inoltre, essa si caratterizza per una più incisiva forma di autonomia patrimoniale ed alterità soggettiva rispetto alla società di persone. V'è, infine, per le società di capitali, il fondamentale principio della limitazione della responsabilità patrimoniale, conseguente all'acquisizione della personalità giuridica⁶⁰. Questi elementi non sono individuabili nel modulo tipologico che contraddistingue le società di persone, costituendo un limite alla loro piena soggettivazione⁶¹.

di persone e società di capitali, [...] nelle seconde il processo di soggettivazione è collegato a profili che, nel distinguere il regime giuridico tra i due tipi di società, incidono profondamente in termini di rilevanza dell'autonomia negoziale”.

⁵⁹ Si veda, a tale riguardo, *ex multis*, G. COTTINO, *Diritto societario*, cit., pp. 9 segg.

⁶⁰ In dottrina si evidenzia come le *rationes* che informano la scelta ordinamentale di attribuire alle società di capitali un'autonomia patrimoniale piena trovano il loro fondamento sul presupposto dell'esigenza di tutela, di carattere reale, nei confronti dei terzi, in deroga al principio dell'efficacia relativa del contratto *inter partes* di cui all'art. 1372 c.c. (cfr. F. DI SABATO, *Autonomia privata e tipicità delle società*, in *Principi civilistici nella riforma del diritto societario*, in AA.VV., *Principi civilistici nella riforma del diritto societario*, a cura di V. AFFERNI, G. VISINTINI, Milano, 2005, p. 15.

⁶¹ Su tali elementi si vedano T. TASSANI, *Autonomia statutaria delle società di capitali e imposizione sui redditi*, cit., pp. 24-25; G. COTTINO, *Diritto societario*, cit., pp. 227 segg.

In ultima istanza, tali differenziazioni ordinamentali permettono di delineare, già sul versante del diritto comune, “in modo differente rispetto alle società di persone, condizioni del riconoscimento ed effetti giuridici delle manifestazioni di autonomia statutaria”⁶² delle società di capitali e costituiscono le basi per comprendere la scelta del legislatore tributario di differenziare radicalmente il modulo impositivo delle società di persone rispetto a quello degli enti personificati, tra cui, appunto, le società di capitali rappresentano il fenomeno tipologico di maggior rilevanza.

Occorre, peraltro, evidenziare come vada, ovviamente, distinta la posizione del socio accomandante di società in accomandita semplice che, ai sensi dell’art. 2313 c.c. risponde per le obbligazioni sociali nei limiti della sua quota ed altresì la figura del socio accomandatario nella società in accomandita per azioni.

⁶² T. TASSANI, *Autonomia statutaria delle società di capitali e imposizione sui redditi*, cit., p. 26. L’Autore afferma, inoltre, come “la posizione delle diverse tipologie societarie appare la medesima solo ad un primo livello. I caratteri strutturali del riconoscimento giuridico delle società di persone e di quelle di capitali sono, infatti, gli stessi. In entrambe, viene attribuito rilievo alla dimensione organizzativa e funzionale, da cui deriva la medesima necessità di un rilievo meta-individuale del contratto. Ad un livello successivo, però, occorre notare che l’ordinamento giuridico distingue società di persone e società di capitali, per quanto attiene alle condizioni di efficacia ed alla rilevanza delle scelte negoziali. Da una parte perché il carattere reale del contratto societario risulta più accentuato nelle tipologie societarie di capitali, connotate da un regime di limitazione di responsabilità e da una autonomia patrimoniale ‘perfetta’. Dall’altra, per il fatto che l’esistenza della società è condizionata all’iscrizione, dotata di valore costitutivo, del contratto nel registro delle imprese.” (T. TASSANI, *Autonomia statutaria delle società di capitali e imposizione sui redditi*, cit., p. 53)

5. *La distinzione tra società di persone e di capitali in diritto tributario: la rilevanza della soggettività tributaria.*

La questione prima posta deve essere ulteriormente specificata alla luce dell'angolo di visuale offerto in diritto tributario nell'ambito delle riflessioni in tema di soggettività tributaria.

Premesso che di tale complessa problematica non si potranno offrire in questa sede altro che brevi cenni di carattere generale, occorre prendere le mosse dall'analisi della tematica della soggettività con riferimento alle figure soggettive diverse dalle persone fisiche⁶³.

Ora, come noto, l'approccio sistematico adottato dall'ordinamento tributario implica che l'assoggettamento

⁶³ Il tema della soggettività tributaria è vastissimo. Si vedano, *ex multis*, A. GIOVANNINI, *Soggettività tributaria e fattispecie impositiva*, Padova, 1996; M. NUSSI, *L'imputazione del reddito nel diritto tributario*, Padova, 1996; L. ANTONINI, *La soggettività tributaria*, Morano-Napoli, 1965; A. AMATUCCI, *L'ordinamento giuridico finanziario*, Napoli, 1999; F. GALLO, *La soggettività tributaria*, in *Studi in memoria di G.A. Micheli*, Napoli, 2010, pp. 47 segg.; A. NUZZO, *Questioni in tema di tassazione di enti non economici*, in *Rass. trib.*, 1985, I, pp. 137 segg.; S. FIORENTINO, *Riflessioni in tema di soggettività tributaria: il pensiero di Amatucci e la problematicità di questioni attuali*, in AA.VV., *Dal diritto finanziario al diritto tributario*, II, sez. II, Bogotà-Napoli, 2011; G.A. MICHELI, *Soggettività tributaria e categorie civilistiche*, in *Riv. dir. finanziario*, 1977; E. POTITO, *Soggetto passivo d'imposta*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990, pp. 1226 segg.; P. PURI, *I soggetti*, in A. FANTOZZI, *Diritto tributario*, Torino, 2013, pp. 417 segg.; L. CASTALDI, *Soggettività tributaria*, in *Dizionario di Diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, VI, Milano, 2006, pp. 5611 segg.

all'obbligazione tributaria⁶⁴ trovi fondamento nella sussistenza di un "centro di riferibilità di fattispecie giuridiche"⁶⁵, consistente nella "capacità di essere titolari dei rapporti giuridici di contenuto patrimoniale contemplati in seno al presupposto impositivo"⁶⁶.

⁶⁴ Va, peraltro, osservato che in diritto tributario, prima ancora dei presupposti soggettivi – che afferiscono al tema della soggettività tributaria e dei criteri di imputazione dell'obbligazione ad un centro di interessi – deve darsi rilievo al presupposto oggettivo di fatto . Come è stato rilevato in dottrina, la norma tributaria "stabilisce prioritariamente il presupposto, indice di capacità economica, e, in seguito, il criterio d'imputazione del fatto al soggetto a cui si riferisce la disponibilità economica" (S. DE MARCO, *Il regime della tassazione per trasparenza delle società di capitali*, Padova, 2015, p. 27).

Discende da ciò che, per individuare il soggetto passivo dell'obbligazione tributaria, occorre, in prima battuta, identificare la sussistenza di un presupposto che sia espressivo di idoneità economica. Solo in seguito ci si può rivolgere alla ricerca del centro di imputazione soggettivo, cui riferire il presupposto oggettivo.

Si veda, a tale riguardo, L. FERLAZZO NATOLI, *Il fatto rilevante in diritto tributario*, Messina, 1994, p. 62, dove si afferma che "la capacità tributaria, pur appartenendo alla sfera della capacità di diritto privato, se ne differenzia in quanto non è suscettibile di graduazione, non costituisce necessariamente una qualità astratta e preliminare del soggetto, bensì una qualità che si manifesta successivamente al verificarsi dell'elemento oggettivo della fattispecie tributaria".

In tema, si veda anche S. DE MARCO, *Il regime della tassazione per trasparenza delle società di capitali*, cit., p. 28.

⁶⁵ Si veda P. BORIA, *Il principio di trasparenza nella imposizione delle società di persone*, cit., p. 3.

⁶⁶ P. LAROMA JEZZI, *Separazione patrimoniale ed imposizione sul reddito*, Milano, 2006, p. 31, dove si espone come "al fondo della prevalente percezione del fenomeno dei soggetti passivi d'imposta diversi dalle persone fisiche poggia dunque su due

In altre parole, il fenomeno della soggettività postula l'individuazione di un determinato centro dotato di autonoma capacità di essere titolare di rapporti giuridici di contenuto patrimoniale, quale fattore di unificazione cui imputare una serie di situazioni giuridiche attive e passive⁶⁷.

L'elemento nodale del tema della soggettività, che presenta un certo grado di complessità con specifico riferimento agli enti collettivi⁶⁸, consiste nell'individuazione di un

pilastri: da un lato, e su un piano generale, la soggezione all'obbligazione tributaria presuppone la capacità di essere titolari dei rapporti giuridici di contenuto patrimoniale contemplati in seno al presupposto impositivo; dall'altro, ed avuto riguardo alle organizzazioni di persone e/o di beni, solo le entità dotate di siffatta capacità si prestano ad essere considerate tra i soggetti passivi d'imposta.”

⁶⁷ P. LAROMA JEZZI, *Separazione patrimoniale ed imposizione sul reddito*, cit., pp. 31-32.

⁶⁸ Ed, infatti, come evidenziato da P. BORIA, *Il principio di trasparenza nella imposizione delle società di persone*, cit., pp. 4-5, “nel caso della persona fisica è l'unità biologica ‘uomo’ a fungere da fattore di unificazione. [...] A ben guardare peraltro si può notare che il legislatore nello stabilire la disciplina degli enti collettivi non è da ritenere vincolato alla adozione di una imputazione delle fattispecie alla organizzazione: il bipolarismo intrinseco di tali enti consente infatti di eleggere a centro di imputazione tanto l'organizzazione quanto i singoli individui.”

Come rilevato da P. LAROMA JEZZI, *Separazione patrimoniale ed imposizione sul reddito*, cit., pp. 32-33, la questione in esame è ulteriormente complicata dal fatto che con riferimento agli enti collettivi vi sono due livelli soggettivi referenti dell'obbligazione tributaria.

Di conseguenza, sorgono complessità ulteriori legate all'interrelazione tra il principio di cui all'art. 53 Cost. ed il problema concernente la duplice titolarità cui è riconnessa la

appropriato centro di riferibilità di fattispecie giuridiche con l'obiettivo di riferire la capacità contributiva degli utili prodotti, anche se non distribuiti, in capo ai soci oppure alla società⁶⁹.

Ed, infatti, per quanto concerne gli enti collettivi - diversamente dall'ipotesi delle persone fisiche - la scelta legislativa in ordine all'imputazione di situazioni giuridiche rilevanti ai fini tributari trova rispondenza in un'alternativa tra due diversi moduli impositivi che valorizzano, a seconda dei casi, l'elemento organizzativo insito nella sussistenza di un complesso unitario di beni e persone oppure il rilievo dei singoli individui che partecipano la formazione collettiva⁷⁰.

Il primo dei due schemi interpretativi - quello che si è

rilevanza impositiva dell'indice di ricchezza prodotto nell'alveo delle formazioni collettive.

Premesso che su tali questioni non è possibile soffermarsi oltre in questa sede, si vedano, a tale proposito, S. LA ROSA, *Costituzione, Corte costituzionale ed ordinamento tributario*, in *Dir. prat. trib.*, 1980, I, pp. 237 ss.; E. DE MITA, *Fisco e costituzione*, Milano, 1984; Id., *Capacità contributiva*, in *Rass. trib.*, 1987, pp. 45 ss.; G. MARONGIU, *Il principio di capacità contributiva nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Dir. prat. trib.*, 1985, I, pp. 6 ss.; G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario. Parte generale*, cit., pp. 155 ss.; F. MOSCHETTI, *Il principio della capacità contributiva*, Padova, 1973.

⁶⁹ S. DE MARCO, *Il regime della tassazione per trasparenza delle società di capitali*, cit., pp. 25-26.

⁷⁰ P. BORIA, *Il principio di trasparenza nella imposizione delle società di persone*, cit., p. 5, dove si espone che "il problema della soggettività delle società e degli enti collettivi in genere sta tutto qui, nella opzione tra i due termini di una alternativa; si tratta cioè di individuare il centro di riferibilità delle fattispecie giuridiche verificando se sia stato accolto un meccanismo di imputazione agli individui (vale a dire i soci) oppure un meccanismo di imputazione all'organizzazione (ovverosia alla società)."

definito come schema dell'imputazione-organizzazione – costituisce il modello accolto per quanto riguarda la tassazione delle formazioni collettive assoggettate ad imposizione I.R.E.S.⁷¹.

A favore di questo schema sta la tradizionale posizione – fondata su un sostrato di matrice civilistica - secondo cui l'imputazione del reddito in capo alla società di capitali e, più in generale, in capo agli enti personificati, trova la propria ragione nella sussistenza di una organizzazione strutturata che le consente di operare in maniera autonoma e separata rispetto a coloro che la partecipano⁷².

A tale proposito, il legislatore tributario ha ripreso profili già delineati dalla concezione di soggettività in chiave civilistica⁷³, con il dare rilevanza al fenomeno

⁷¹La dottrina che ha approfondito il tema relativo al campo di applicazione dell'I.R.E.S. ha evidenziato come, malgrado la formale denominazione dell'imposta, che dovrebbe avere ad oggetto i soli enti collettivi costituiti secondo uno dei tipi societari, in realtà lo spettro applicativo prenda di mira la generalità delle formazioni collettive “in guisa da trovare applicazione nei confronti di qualsiasi formazione sociale, ad eccezione di quelle esplicitamente sottratte alla sua sfera di operatività, o perché esentate o perché sottoposte ad un meccanismo di tassazione diverso” (G. ZIZZO, *L'imposta sul reddito delle società*, in G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario. Parte Speciale. Il sistema delle imposte in Italia*, Padova, 2010, pp. 254-255).

⁷² Cfr. F. RASI, *La tassazione per trasparenza delle società di capitali a ristretta base proprietaria. Profili ricostruttivi di un modello impositivo*, Padova, 2012, p. 11 dove l'Autore rileva come “la tassonomia tradizionale affronta la questione della soggettività tributaria imputando il reddito alla società che lo produce allorquando questa disponga di una struttura tale da operare separatamente rispetto ai soggetti che la compongono”.

⁷³ Su simili posizioni si vedano R. SCHIAVOLIN, *Il collegamento soggettivo*, in F. MOSCHETTI, *La capacità contributiva*, Padova, 1993, p. 69; S. FIORENTINO, *Contributo allo studio della*

organizzativo sotto il profilo dell'attività, sul presupposto di un'autonomia d'azione rispetto alle volontà dei singoli soci⁷⁴.

Autonomia che in concreto non si dubita sussista a riguardo delle società di capitali e, più in generale, nei confronti degli enti personificati in relazione alla sussistenza di un centro di imputazione che, tramite l'esplicarsi di un complesso di regole che garantiscono l'autonomia patrimoniale e decisionale della struttura stessa, sono rivolte a raggiungere un fine comune⁷⁵.

Se tale posizione è generalmente condivisa, il dibattito che ha animato la dottrina tributaristica in tema di soggettività tributaria non ha avuto ad oggetto tanto la questione circa la sussistenza o meno di un'autonoma soggettività di diritto tributario degli enti personificati quanto, piuttosto, la rilevanza da attribuire a forme di soggettività tributaria

soggettività tributaria, Napoli, 2000, p. 26; A. GIOVANNINI, *Soggettività tributaria e fattispecie impositiva*, cit., p. 45.

⁷⁴ P. BORIA, *Il principio di trasparenza nella imposizione delle società di persone*, cit., p. 7, dove si pone in luce come “esistono vari profili sotto cui assume rilevanza il fenomeno organizzativo: sono infatti ipotizzabili una organizzazione di beni, una organizzazione di rapporti interni tra soggetti, ed infine una organizzazione di attività. [...] Ora non ogni fenomeno oggetto di organizzazione vale a porsi come fattore di unificazione di diritti ed obblighi, e quindi ad assumere l'astratta idoneità ad essere centro di imputazione di una fattispecie normativa. Così nelle ipotesi di organizzazioni di beni o rapporti la struttura costitutiva viene ritenuta inidonea a fungere da centro di riferibilità delle norme, in quanto riconducibile immediatamente ad altri soggetti e dunque carente di autonomia”.

⁷⁵ Si veda P. LAROMA JEZZI, *Separazione patrimoniale ed imposizione sul reddito*, cit., p. 25. Nello stesso senso P. BORIA, *Il principio di trasparenza nella imposizione delle società di persone*, cit., p. 66.

di carattere speciale, derogatorie ed ulteriori rispetto a quelle previste dal legislatore civilistico, fondate sulla sussistenza di un centro di imputazione dotato di unitarietà ed autonomia specificamente considerate con riferimento ai fini del diritto tributario⁷⁶.

Va detto, in relazione a questo dibattito, che oggi ha trovato diffuso accoglimento la considerazione secondo cui non sarebbe ammissibile prescindere, nell'enucleazione della soggettività di diritto tributario, dal precedente requisito della soggettività di diritto comune.

La questione verteva, originariamente, sulla configurabilità o meno di una soggettività autonoma, propria del diritto tributario, in capo a quegli enti collettivi oppure a quelle organizzazioni di beni sfornite di personalità giuridica in diritto civile e non tipizzate, nei cui confronti l'ordinamento tributario, per motivi di semplificazione e certezza nei rapporti giuridici, tendeva ugualmente ad individuare una soggettività autonoma⁷⁷.

Soggettività che veniva affermata facendo perno sulla disposizione – risalente all'art. 8, comma 2, D.P.R. 29 gennaio 1958, n. 645 – di cui all'art. 73, comma 2, *T.U.I.R.*, che indica, in via residuale, la sussistenza di una capacità giuridica di diritto tributario anche in quelle “altre organizzazioni non appartenenti ad altri soggetti passivi, nei confronti delle quali il presupposto dell'imposta si verifica in modo unitario e autonomo”⁷⁸.

⁷⁶ P. BORIA, *Il principio di trasparenza nella imposizione delle società di persone*, cit., pp. 87 segg.

⁷⁷ P. PURI, *I soggetti*, in A. FANTOZZI, *Diritto tributario*, cit., pp. 424.

⁷⁸ In dottrina si è, peraltro, rilevato come la *ratio* di tale disposizione risponda all'esigenza di evitare che eventuali strutture soggettive non altrimenti classificabili nell'ambito dello spettro soggettivo dell'*I.R.E.S.* possano sfuggire all'applicazione del

L'opinione, tuttavia, secondo cui da tale dettato normativo sarebbe possibile inferire l'esistenza di una speciale soggettività di diritto tributario, non ha trovato seguito, essendosi rilevato, piuttosto, come la soggettività di diritto tributario non possa che presupporre una riferibilità giuridica di matrice civilistica⁷⁹.

In questo senso, la dottrina è, quindi, giunta ad evidenziare "l'insussistenza di una nozione di soggettività tributaria diversa da quella di soggettività di diritto comune, posto che tutte le ipotesi tradizionalmente ricondotte dalla dottrina a tale figura integrano situazioni di soggettività che già sono tali per il diritto civile, in quanto centri autonomi di imputazione di effetti giuridici patrimoniali.

Una volta accolta tale ampia nozione di soggettività di diritto comune e verificato che essa, tendenzialmente, coincide con quella fatta propria dal legislatore tributario dell'art. 73 T.U.I.R., le eventuali divergenze risponderebbero all'applicazione di regole tecniche tributarie che consentono di individuare particolari

tributo. Tale norma, quindi, avrebbe una funzione di chiusura del sistema, che implicherebbe "una più o meno accentuata vaghezza semantica, e che ne suggerirebbe una ricostruzione a maglie larghe, capace di intercettare fenomeni non altrimenti classificabili in modo sistematicamente persuasivo (penso, in particolare, all'esigenza di un prelievo connesso alla fase della produzione del reddito) e costituzionalmente adeguato (penso, in particolare, all'esigenza di rispettare la personalità della capacità contributiva) [...]" (G. ZIZZO, *L'imposta sul reddito delle società*, in G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario. Parte Speciale. Il sistema delle imposte in Italia*, cit., p. 255).

⁷⁹ R. SCHIAVOLIN, *Il collegamento soggettivo*, cit., p. 69; A. GIOVANNINI, *Soggettività tributaria e fattispecie impositiva*, cit., p. 45; G. GAFFURI, *Il senso della capacità contributiva*, in *Diritto Tributario e Corte Costituzionale*, a cura di L. PERRONE, C. BERLIRI, Napoli, 2006, p. 29.

tipologie di soggetti passivi d'imposta, senza generare una capacità giuridica speciale"⁸⁰.

6. *La strutturale autonomia organizzativa quale elemento di differenziazione del modello impositivo tra società di capitali e società di persone.*

Prima di procedere oltre occorre, ancora, dare conto della differenziazione, sotto il profilo del modulo impositivo applicabile, tra la tipologia di enti collettivi che il diritto civile colloca tra le formazioni dotate di personalità giuridica dedite ad attività di stampo commerciale - e la tipologia delle società di persone e, più in generale, gli enti non personificati⁸¹.

Tale distinzione trova la propria origine nella duplice

⁸⁰ P. PURI, *I soggetti*, in A. FANTOZZI, *Diritto tributario*, cit., pp. 426-427. Nello stesso senso P. BORIA, *Il principio di trasparenza nella imposizione delle società di persone*, cit., pp. 92-93, dove si conferma che "per l'attribuzione della qualità di soggetto passivo di imposta non è sufficiente che determinate fattispecie giuridiche siano riferite dalle norme tributarie ad un unico centro di interessi: occorre verificare che quest'ultimo abbia una astratta idoneità ad essere centro di riferibilità delle norme, e dunque che ricorrano i requisiti dell'organizzazione di attività. Anche per questa ragione la discussione sulla soggettività tributaria tende a 'sdrammatizzarsi' nella pratica: il legislatore fiscale il più delle volte fa riferimento alle figure soggettive espressamente previste dal diritto civile la cui natura di organizzazione di attività è specificamente regolamentata. [...] In buona sostanza lo spazio per fattispecie soggettive trattate in modo diverso nel diritto tributario rispetto al diritto civile appare quanto mai esiguo."

⁸¹ G. TINELLI, F. PARISI, voce *Società nel diritto tributario*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIV, Torino, 1997, pp. 317-318.

considerazione che, da un lato, la società di capitali rappresenta lo strumento – specificamente caratterizzato da una propria autonoma organizzazione e struttura⁸² - ordinariamente deputato alla creazione di ricchezza nel panorama del sistema economico⁸³, e dall'altro, che proprio in considerazione di questa funzione propulsiva volta alla circolazione della ricchezza l'ordinamento riconosce all'organismo societario “*una particolare attitudine alla realizzazione della fattispecie impositiva*”⁸⁴,

⁸² In quest'ottica si veda F. FEDELE, *Profilo fiscale delle società di persone*, cit., p. 549, dove l'Autore, in relazione alla rilevanza della nozione di struttura quale elemento qualificante l'attribuzione della soggettività tributaria in capo alle società di capitali, afferma che tale concetto va letto “nel suo duplice aspetto di organizzazione dell'agire collettivo e di organizzazione di beni caratterizzata dalla destinazione funzionale dei beni stessi.”

⁸³ L'art. 2247 c.c. afferma, infatti, che il contratto di società è quel contratto dove “due o più persone conferiscono beni o servizi per l'esercizio in comune di un'attività economica allo scopo di dividerne gli utili”. Cfr. G. ZIZZO, voce *Reddito delle persone giuridiche (imposta sul)*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, XII, Torino, 1996, pp. 217 segg.

⁸⁴ G. TINELLI, F. PARISI, voce *Società nel diritto tributario*, cit., p. 317, dove si afferma che “[...] è d'uopo fin d'ora richiamare l'attenzione sulla centralità che la figura societaria occupa nell'ambito dell'ordinamento tributario. Ciò non solo in quanto le società presentano fisiologicamente una spiccata propensione ad assurgere a centro di riferimento soggettivo di fatti suscettibili di valutazione economica, come tali apprezzabili dalla norma tributaria; ma anche perché, all'interno di settori significativi del sistema, ai più comuni organismi societari, in specie quelli commerciali, viene riconosciuta una particolare attitudine ai fini della realizzazione della fattispecie impositiva. In non pochi casi, infatti, il legislatore tributario, anche in omaggio ad esigenze di certezza e di semplicità, ha valorizzato il dato della forma giuridica, sino ad attrarre per ciò solo il soggetto societario

tanto da affermarne, come già visto precedentemente, un'autonoma qualificazione come soggetto passivo d'imposta in forza della riconduzione al regime dell'imposta sul reddito delle società operata dall'art. 73, comma 1, lett. a, *T.U.I.R.*.

Tali profili costituiscono, indubbiamente, i più importanti elementi che giustificano la diversità di trattamento tributario delle società di persone rispetto agli enti collettivi assoggettati all'*I.R.E.S.*.

Un ulteriore elemento di distinzione, che merita fin d'ora evidenziare quale presupposto della diversità del modulo impositivo di assoggettamento ad imposizione delle società di capitali e delle società di persone, è rappresentato dalla – almeno in via teorica - radicale alterità di posizione dei membri della compagine sociale della società di capitali; alterità che è strutturalmente assente nel caso delle società di persone⁸⁵.

nell'area dell'impositività, svalutando di riflesso tout court gli ulteriori profili della fattispecie.”

⁸⁵ A riguardo delle differenze strutturali che sussistono, in diritto civile, tra società di persone e società di capitali si veda B. LIBONATI, *Diritto commerciale. Impresa e società*, Milano, 2005, pp. 148 segg., dove l'Autore rileva come “nelle prime [le società di capitali] prevale l'elemento personale e i soci partecipano direttamente alla gestione dell'impresa, rispondendo illimitatamente e solidalmente delle obbligazioni sociali; mentre nelle seconde [le società di persone] vi è separazione fra l'intervento del socio, che si ferma alle vicende organizzative di vertice, e la gestione della società, rigorosamente affidata invece ad organi sociali, sicché i soci, che assumono il ruolo di investitori, rispondono semplicemente nei limiti dell'investimento compiuto.” Si vedano anche, senza pretese di completezza, F. GALGANO, *Le società in genere – Le società di persone*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. CICU, L. MENGONI, P. SCHLESINGER, cit., pp. 129 segg.; G. FERRI, *Manuale di diritto*

Tale differenza determina conseguenze di rilievo sul piano tributario, dal momento che la sussistenza di una autonoma personalità giuridica, che caratterizza le società di capitali, si traduce in una diversa modalità di imposizione reddituale.

Mentre le società di capitali risultano direttamente ed autonomamente incise quali soggetti passivi dell'imposta sui redditi - tramite l'applicazione dell'*I.R.E.S.*⁸⁶ - diverso è il regime impositivo per le società di persone.

Per esse, infatti, trova spazio il meccanismo dell'imputazione per trasparenza della materia imponibile realizzata dalla società in capo ai soci, senza che essa venga considerata quale autonomo soggetto passivo ai fini dell'imposta sui redditi⁸⁷.

commerciale, Torino, 2006, p. 242; G. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. I. Diritto dell'impresa*, Torino, 2013, pp. 75-76.

⁸⁶ Cfr. M. NUSSI, *L'imputazione del reddito nel diritto tributario*, cit., p. 425, dove, partendo dalla mancanza di un diritto dei soci alla percezione degli utili maturati al termine del periodo impositivo, si evidenzia come derivi da tale circostanza la radicale differenziazione rispetto al modello delle società personali. Ed

⁸⁷ Come noto, in forza del principio di trasparenza, nel caso di rettifica del reddito di società di persone si individua una situazione di "alterità soggettiva tra il soggetto in capo al quale si realizza e si determina la materia imponibile, i.e. la società, e colui che realizza il presupposto d'imposta, i.e. il socio, al quale il reddito della società trasparente è imputato pro quota ed a prescindere dall'effettiva percezione. La società che produce il reddito non è, quindi, il soggetto passivo d'imposta ma rappresenta lo schermo attraverso il quale i soci esercitano collettivamente un'attività economica il cui risultato è imputato direttamente a questi ultimi." (G. SCANU, *Accertamento unitario dei redditi prodotti in forma associata: il litisconsorzio è davvero necessario?*, in *Riv. dir. trib.*, I, 2009, p. 757). Sul principio dell'imposizione per trasparenza si vedano P. BORIA, *Il principio di trasparenza nella imposizione delle società di persone*, cit., pp. 1 segg.; F. TESAURO, *Vecchi e*

L'analisi del modulo che caratterizza l'imposizione in capo alle società di persone mette anzitutto in risalto che l'ente collettivo non possa qualificarsi quale entità distinta rispetto ai singoli soci⁸⁸.

nuovi problemi in tema di tassazione dei redditi delle società personali, in *Giur. it.*, 1974, III, 2, pp. 23 segg.; G. FALSITTA, *Accertamento di utili extra bilancio a carico di società familiari e loro tassazione in complementare nei confronti dei soci*, in *Riv. dir. fin.*, 1962, II, pp. 185 segg.; E. MARELLO, *Il regime di trasparenza*, in *Imposta sul reddito delle società (I.R.E.S.)*, diretto da F. TESAURO, Bologna, 2007, pp. 517 segg.; F. RASI, *La tassazione per trasparenza delle società di capitali a ristretta base proprietaria. Profili ricostruttivi di un modello impositivo*, cit., p. 16. In giurisprudenza si veda, *ex multis*, Cass. civ., sez. un., 4 giugno 2008, n. 14815.

In dottrina si è, peraltro, avuto modo di rilevare come il meccanismo dell'imputazione per trasparenza costituisca uno schema "astrattamente applicabile ogni qual volta si debba attribuire il risultato di un ente con pluralità di partecipanti" (E. MARELLO, *Il regime di trasparenza*, in *Imposta sul reddito delle società (I.R.E.S.)*, cit., p. 523), senza che tale modulo impositivo possa ritenersi connaturale con il regime proprio delle società di persone. Altra dottrina (cfr. F. FEDELE, *I rapporti tra soci e società*, in *Riv. dir. trib.*, 2004, I, p. 486) invece, ha evidenziato come il meccanismo dell'imputazione per trasparenza troverebbe spazio e dovrebbe, quindi, considerarsi connaturale alle ipotesi in cui non sussiste una netta autonomia dell'ente collettivo, tali per cui vi sarebbe un riconoscimento da parte dell'ordinamento della capacità degli individui partecipanti di influire sulle scelte dell'ente collettivo.

⁸⁸ Le riflessioni maturate in diritto commerciale trovano riscontro anche nel diritto tributario dove proprio nel legame tra la sfera di obiettivi che muovono i soci quali soggetti privati e gli interessi a cui i medesimi potrebbero essere tesi nell'ambito delle attività poste in essere dalle società di persone da essi partecipate determina la difficoltà di individuare, anche in diritto tributario un'autonoma soggettività delle società di persone.

Inoltre l'utilizzo del meccanismo dell'imputazione per trasparenza implica che, sotto il profilo sostanziale, relativo all'individuazione del soggetto nei cui confronti si individua la capacità contributiva da assoggettare ad imposizione reddituale, l'ordinamento faccia riferimento alla sola capacità contributiva dei soci⁸⁹, riconoscendo alla società di persone una forma di soggettività di carattere meramente formale, quasi come espediente utile per una più efficiente attività di accertamento⁹⁰.

⁸⁹ Si veda M. NUSSI, *L'imputazione del reddito nel diritto tributario*, cit., pp. 406-408, dove si rileva come la scriminante fondamentale che non consente la valorizzazione della società di persone ai fini dell'integrazione della soggettività passiva deve, in particolare, radicarsi nel diverso rilievo del regime degli utili.

⁹⁰ E. MARELLO, *Il regime di trasparenza*, in *Imposta sul reddito delle società (I.R.E.S.)*, cit., p. 522; F. RASI, *La tassazione per trasparenza delle società di capitali a ristretta base proprietaria. Profili ricostruttivi di un modello impositivo*, cit., p. 16.

Nello stesso senso M. NUSSI, *L'imputazione del reddito nel diritto tributario*, cit., pp. 428-429, dove si evidenzia, *mutatis mutandis*, con riferimento alla soggettivizzazione delle società di persone non residenti, che tale scelta legislativa risponde ad esigenze di semplificazione e cautelari.

- CAPITOLO II -

L'ESERCIZIO DI ATTIVITÀ ECONOMICA DA PARTE DI SOGGETTI COSTITUITI IN FORME GIURIDICHE DIVERSE DALLA SOCIETÀ E I RISVOLTI NEL CAMPO TRIBUTARIO.

Si è affermato in precedenza come la concezione di impresa sia evoluta in parallelo con il concetto di società, quale ipotesi tipica di esercizio di attività economica in forma collettiva.

Ciò posto – e ribadita la centralità di questo collegamento tra impresa e società – va ora dato conto del fatto che il legislatore ha altresì previsto ulteriori forme giuridiche atte a estrinsecare attività economica su base collettiva.

In altre parole, occorre rilevare come non sussista un “vincolo di coessenzialità”⁹¹ tra impresa e società. Piuttosto, la società rappresenta “una delle forme giuridiche che l’ordinamento appresta per l’esercizio di un’attività economica”⁹².

Si tratta, quindi, di riconoscere il superamento di pregresse concezioni secondo le quali l’utilizzo dello strumento societario secondo i tipi previsti dal Codice civile poteva rappresentare l’unica forma di esercizio collettivo

⁹¹ F. DI SABATO, *Diritto delle società*, Milano, 2005, p. 4. Si veda anche G. GARESIO, M. MARULLI, *La società in generale. Le società di persone. Le società tra professionisti*, a cura di G. COTTINO, in AA.VV., *Nuova giurisprudenza di diritto civile e commerciale. Diritto commerciale*, cit., pp. 9-10.

⁹² G. PRESTI, M. RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale*, Bologna, 2011, p. 1.

d'attività d'impresa.

Superamento, quindi, che delinea un quadro in cui “le attività economiche si frazionano in una molteplicità di forme e assumono veste sempre nuova e diversa”, dequalificando la portata organizzativa del contratto societario e postulando un ruolo di stella polare – in continuazione con quanto si era già prima accennato – alla nozione di attività economica quale espressione più piena dell'esercizio di attività d'impresa in forma collettiva⁹³.

In specie, nel presente capitolo si cercherà di argomentare la tesi poc'anzi formulata prendendo a riferimento due diversi fenomeni di espressione d'attività d'impresa al di fuori del modulo societario di stampo commerciale.

In primo luogo, si evidenzieranno alcune ipotesi in cui si è riconosciuto che lo svolgimento di attività d'impresa possa essere svolto anche da forme soggettive che non adottano la forma societaria⁹⁴.

In secondo luogo, si darà conto di recenti sviluppi in diritto commerciale che hanno portato all'affermazione di una generale neutralità del tipo societario rispetto agli scopi statutariamente prescelti.

In questo filone di ricerca si rileverà come la presunzione di cui agli artt. 6 e 73, comma 1 del *T.U.I.R.* che, come visto, rende irrilevante un'analisi concreta circa la sussistenza di uno svolgimento effettivo d'attività d'impresa ai sensi dell'art. 55 *T.U.I.R.* relativamente alle sole società commerciali – determini effetti di carattere discriminatorio nei confronti degli imprenditori individuali

⁹³ Si veda G. GARESIO, M. MARULLI, *La società in generale. Le società di persone. Le società tra professionisti*, a cura di G. COTTINO, in AA.VV., *Nuova giurisprudenza di diritto civile e commerciale. Diritto commerciale*, cit., p. 10.

⁹⁴ Su tali profili si veda, V. FICARI, *Reddito d'impresa e programma imprenditoriale*, cit., pp. 36 segg.

e degli altri enti collettivi non costituiti in forma societaria, dove opera, invece, un obbligo di verifica in concreto circa l'effettiva riconducibilità dell'attività esercitata nell'alveo della categoria del reddito d'impresa.

In particolare, si approfondirà la disciplina prevista per gli enti non commerciali in tema di svolgimento di attività commerciali, prendendo in esame le diverse teorie in ordine alle condizioni e ai requisiti per la qualificazione dell'ente come non commerciale, evidenziando come anche in tale materia trovino preminenza criteri di tipo effettuale, fondati sulla verifica in concreto dell'attività svolta, rispetto ai dati formali quali la forma giuridica o gli scopi statutariamente previsti.

1. La prima conferma di questa ipotesi: l'attività d'impresa svolta dagli organismi di investimento collettivo del risparmio e delle società di cartolarizzazione.

L'opportunità di una riflessione in merito a tali strutture soggettive con riferimento all'esercizio di attività d'impresa muove dalla rilevanza di recenti modifiche normative che hanno interessato l'operatività delle stesse con significativi riflessi in chiave fiscale⁹⁵.

Come noto, la disciplina interna di recepimento della direttiva 2011/61/UE ha richiesto un ripensamento generale della definizione di gestione collettiva del

⁹⁵ In generale, su tale tematica si veda S. DELL'ATTI, *Lettura a caldo dell'art. 22 del d.l. n. 91/2014 in corso di conversione: timidi tentativi di liberalizzazione dell'attività di finanziamento?*, in *Banche e Banchieri – Rivista dell'associazione nazionale banche private*, III, 2014, pp. 363 segg.

risparmio e della riserva di attività di cui all'articolo 33, comma 1, del D.Lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 - Testo Unico della Finanza (T.U.F.) - dal punto di vista della tecnica legislativa utilizzata e della delimitazione effettiva del perimetro di vigilanza individuato dal T.U.F.⁹⁶.

Modifiche che, in estrema sintesi, hanno meglio delineato il confine tra attività che costituiscono gestione collettiva e attività non regolate, attraverso una chiara definizione degli elementi tipologici che caratterizzano l'attività di gestione collettiva e l'individuazione dei soggetti che non rientrano nella relativa riserva di attività, con il precipuo fine di impedire a soggetti diversi dai gestori autorizzati di esercitare attività di gestione collettiva attraverso qualsiasi schema contrattuale, fiduciario o societario, rafforzando e rendendo pienamente operativo il presidio rappresentato dalla fattispecie incriminatrice dell'abusiva prestazione del servizio di cui all'articolo 166 del T.U.F.⁹⁷.

⁹⁶ Su tali profili si veda, per un primo approfondimento, P. CARRIERE', *La riformulazione della riserva di attività alla gestione collettiva del risparmio e le SICAF: luci ed ombre*, in *Riv. società*, 2014, pp. 449 segg.

⁹⁷ Cfr. P. CARRIERE', *La riformulazione della riserva di attività alla gestione collettiva del risparmio e le SICAF: luci ed ombre*, cit., p. 450, dove si espone che "il legislatore è recentemente intervenuto nell'ambito del processo di recepimento della Direttiva 2011/61/UE [...] a colmare alcune evidenti lacune che hanno caratterizzato sin qui la riserva di attività prevista nel Testo Unico della Finanza [...] per lo svolgimento dell'attività di 'gestione collettiva del risparmio' [...] riformulando le definizioni normative [...] e richiudendo, in tal modo, i varchi di ambiguità ermeneutica nel quale erano venuti ad inserirsi e ad operare una serie di operatori che, pur svolgendo nella sostanza anch'essi attività di gestione collettiva del risparmio, si sottraevano alla puntuale regolamentazione e vigilanza prevista per quella."

In questo quadro di riferimento le recenti modifiche normative di cui al D.L. 91/2014 hanno implicato un'estensione del novero dei soggetti che possono erogare finanziamenti e sottoscrivere obbligazioni e titoli simili e cambiali finanziarie, attribuendo tale facoltà, tra gli altri, anche agli Organismi di investimento collettivo del risparmio (*O.I.C.R.*) ed ai veicoli di cartolarizzazione dei crediti (*S.P.V.*) e prevedendo l'introduzione di un regime fiscale specifico per tali attività⁹⁸.

La *ratio* di tale disciplina consiste nel favorire il finanziamento nei confronti delle imprese tendenzialmente da parte di investitori qualificati⁹⁹.

Si tratta, in sostanza, di una riforma che implica una potenziale mutazione genetica delle caratteristiche

In sostanza, le modifiche normative intervenute si fondano sul fatto che l'attività di raccolta debba: (a) avere ad oggetto capitali "esterni"; (b) essere rivolta ad una pluralità di investitori; (c) avvenire attraverso una qualche forma di "offerta" di carattere commerciale; (d) comportare la sottoscrizione, da parte dell'investitore, di azioni o quote rappresentative del patrimonio raccolto. Inoltre, il patrimonio raccolto dovrà essere gestito e investito: (a) nell'interesse collettivo degli investitori, (b) in autonomia dai medesimi e (c) in base ad una politica di investimento predeterminata, nonché – sebbene il punto sia controverso – (d) secondo il principio della diversificazione dei rischi.

⁹⁸ Sui profili fiscali delle modifiche in oggetto si vedano, in generale, F. CAPITTA, *Government introduces favorable tax provisions for loan market*, in *Tax Notes International*, 2014, pp. 447 segg.; S. DELL'ATTI, *Lettura a caldo dell'art. 22 del d.l. n. 91/2014 in corso di conversione: timidi tentativi di liberalizzazione dell'attività di finanziamento?*, cit., pp. 367 segg.

⁹⁹ In tale senso S. DELL'ATTI, *Lettura a caldo dell'art. 22 del d.l. n. 91/2014 in corso di conversione: timidi tentativi di liberalizzazione dell'attività di finanziamento?*, cit., p. 366.

tipologiche e funzionali sia degli *O.I.C.R.* che delle *S.V.P.*, determinandone un'assimilazione agli istituti bancari tramite l'attribuzione a essi della facoltà di svolgere la più tipica e caratterizzante attività propria delle imprese bancarie: l'erogazione del credito¹⁰⁰.

Venendo, in primo luogo, alla disciplina introdotta con l'art. 22, D.L. 91/2014 per quanto riguarda gli *O.I.C.R.*¹⁰¹,

¹⁰⁰ La portata di tale riforma è colta in F. CAPITTA, *Government introduces favorable tax provisions for loan market*, cit., p. 447, dove si espone come “Article 106 of Legislative Decree 385/1993 (the banking law) limits public financing activities to authorized financial intermediaries. The banking law and the implementing provisions (most recently, Ministerial Decree 29/2009) establish that financing activity of any kind can be performed only by a registered, authorized financial intermediary, with a few exceptions (such as financing rendered by a holding company to a controlled company). Viewed in comparison with countries that have looser restrictions on lending activity by the non-banking sector, Italy's financing rules are believed to have exacerbated the country's credit crunch. The new provisions represent a crucial change in financing activity in Italy because they open the market to entities that are not directly regulated by the Bank of Italy. For investment funds, the new measures amend article 1 of Legislative Decree 58/1998 (the Consolidated Act on Finance, or CAF) to redefine an undertaking for collective investment (UCI) — a vehicle set up to collectively manage investors' assets — so that UCIs that also invest in credits can grant loans using their assets.”

¹⁰¹ Sulla disciplina degli *O.I.C.R.* si vedano, per un primo approfondimento, E. NTUK, voce *Fondi comuni di investimento*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, Aggiornamento I, Torino, 2000, pp. 332 segg.; F. FERRARA, F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2011, pp. 754 segg.; C. GHIGI, *Separazione patrimoniale e fondi comuni di investimento*, in *Giur. comm.*, 2011, pp. 1146 segg.; F. GENTILONI SILVERI, *Limiti di responsabilità patrimoniale nei fondi comuni di investimento. Novità recenti: tra giurisprudenza e legislazione*, in *Banca borsa tit. credito*, 2011, pp. 432 segg.; P. GABRIELE, *Dall'unità alla segmentazione del*

si è previsto che la tassazione dell'attività di erogazione di crediti, di sottoscrizione di obbligazioni e titoli simili e di cambiali finanziarie avvenga solo al momento della distribuzione dei proventi.

Tale risultato è stato reso possibile in virtù dell'abrogazione da parte del D.L. 91/2014 della ritenuta prevista dall'art. 26, comma 5, DPR 600/1973 sugli interessi ed altri proventi derivanti da finanziamenti a medio e lungo termine erogati da parte degli *O.I.C.R.* nei confronti delle imprese¹⁰².

patrimonio: forme e prospettive del fenomeno, in *Giur. comm.*, 2010, pp. 593 segg.

¹⁰² Il regime fiscale degli *O.I.C.R.* – prima di tali interventi normativi – era il risultato del combinato disposto delle seguenti disposizioni.

In primo luogo, l'art. 73, comma 5-*quinquies*, *T.U.I.R.*, prevedeva che “i redditi degli organismi di investimento collettivo del risparmio istituiti in Italia, diversi dagli organismi di investimento collettivo del risparmio immobiliari, e di quelli con sede in Lussemburgo, già autorizzati al collocamento nel territorio dello Stato, di cui all'articolo 11-bis del decreto-legge 30 settembre 1983, n. 512, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 novembre 1983, n. 649, e successive modificazioni, sono esenti dalle imposte sui redditi purché il fondo o il soggetto incaricato della gestione sia sottoposto a forme di vigilanza prudenziale. Le ritenute operate sui redditi di capitale sono a titolo definitivo. Non si applicano le ritenute previste dai commi 2 e 3 dell'articolo 26 del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600 e successive modificazioni, sugli interessi ed altri proventi dei conti correnti e depositi bancari, e le ritenute previste dai commi 3-bis e 5 del medesimo articolo 26 e dall'articolo 26-*quinquies* del predetto decreto nonché dall'articolo 10-ter della legge 23 marzo 1983, n. 77, e successive modificazioni.

Si doveva, poi, fare riferimento all'art. 44, comma 1, lett. g., *T.U.I.R.* che stabilisce che “i proventi derivanti dalla gestione, nell'interesse collettivo di pluralità di soggetti, di masse

Allo stesso modo, l'art. 21 del D.L. 91/2014 ha previsto l'eliminazione della ritenuta di cui all'art. 26, comma 1, DPR 600/1973 sugli interessi ed altri proventi delle obbligazioni e titoli simili e delle cambiali finanziarie corrisposti a organismi di investimento collettivo del risparmio a condizione che: a) il loro patrimonio sia investito in misura superiore al 50 per cento in tali titoli b) le quote siano detenute esclusivamente da investitori qualificati.

Ora, l'eliminazione delle ritenute di cui all'art. 26, comma 1, DPR 600/1973 costituisce una innovazione importante poiché delinea conseguenze di rilievo sotto il profilo impositivo.

In specie, con tale intervento viene eliminata ogni forma di

patrimoniali costituite con somme di denaro e beni affidati da terzi o provenienti dai relativi investimenti”.

Infine, qualificati i redditi ritratti dall'*O.I.C.R.* quali redditi di capitale, l'art. 26, comma 1-*quinquies*, DPR 600/1973 stabilisce che “sui proventi di cui alla lettera g) dell'articolo 44, comma 1, del testo unico delle imposte sui redditi, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, derivanti dalla partecipazione a organismi di investimento collettivo del risparmio (OICR) istituiti in Italia, diversi dagli OICR immobiliari, e a quelli istituiti in Lussemburgo, già autorizzati al collocamento nel territorio dello Stato, di cui all'articolo 11-bis del decreto-legge 30 settembre 1983, n. 512, convertito, con modificazioni, dalla legge 25 novembre 1983, n. 649, e successive modificazioni, limitatamente alle quote o azioni collocate nel territorio dello Stato, le società di gestione del risparmio, le SICAV, le SICAF, i soggetti incaricati del collocamento delle quote o azioni di cui al citato articolo 11-bis del decreto-legge 30 settembre 1983, n. 512, e quelli di cui all'articolo 23 del presente decreto incaricati della loro negoziazione, operano una ritenuta del 20 per cento” [allo stato attuale, si tratta dell'aliquota del 26 per cento a seguito delle modifiche del D.L. 66/2014].”

tassazione che precedentemente incideva direttamente l'*O.I.C.R.*.

Ciò determina che l'unico momento impositivo per tali schemi di investimento vada individuato in fase di distribuzione in capo ai partecipanti dei proventi del fondo. Di conseguenza, appare evidente come si verifichi un effetto di *tax deferral*, potenzialmente anche molto significativo.

Questo *tax deferral* appare, indubbiamente, un elemento di vantaggio competitivo per gli *O.I.C.R.* rispetto ad altri soggetti attivi nell'erogazione del credito quali le banche, per le quali, invece, gli interessi attivi derivanti dai finanziamenti erogati sono tassati sulla base del principio di competenza in ragione di esercizio sia ai fini *I.R.E.S.* che *I.R.A.P.*

Simili considerazioni possono essere svolte con riferimento alle modifiche intervenute con riferimento agli *S.P.V.*¹⁰³.

Come già anticipato, l'art. 22, D.L. 91/2014 prevede anche la possibilità per le società di cartolarizzazione di fornire, sia pure con alcune limitazioni, finanziamenti alle imprese, modificando in maniera significativa la L. 130/1999 sulla

¹⁰³ Si veda, a tale riguardo, A. ROSA, *Decreto Legge 24 giugno 2014, n. 91, convertito con modificazioni, nella Legge 11 agosto 2014, n. 116: le novità nella disciplina del testo unico bancario*, in *Riv. società*, 2014, pp. 1186 segg.

In diritto tributario si vedano V. FICARI, *Reddito di impresa e programma imprenditoriale*, cit., pp. 41 segg.; P. LAROMA JEZZI, *I profili soggettivi dell'imposizione nella cartolarizzazione dei crediti fra separazione patrimoniale e trust*, in *Riv. d. trib.*, I, 2003, pp. 259 segg.; R. LUPI, *Profili fiscali delle operazioni di cartolarizzazione*, in *Rass. trib.*, 2000, pp. 386 segg.

disciplina della cartolarizzazione¹⁰⁴.

A tale proposito, attese le peculiarità che li caratterizzano, occorre, in prima battuta, individuare il trattamento fiscale dei componenti positivi derivanti dall'attività dell'S.P.V..

Il trattamento fiscale è improntato a una tendenziale irrilevanza reddituale dei flussi finanziari derivanti dalle attività del patrimonio separato, mentre il risultato di eventuali altre operazioni svolte dall'S.P.V. dovrebbe rientrare – ma è una tesi non priva di incertezze – nell'ordinaria tassazione *I.R.E.S.* e *I.R.A.P.* per gli enti societari.

Tale impostazione, che discende dall'applicazione del combinato disposto dell'art. 3, comma 2, e 6, comma 4, L. 130/1999, trova accoglimento nella Circolare 8/2003 dell'Agenzia delle Entrate che, sostanzialmente, ha confermato l'insussistenza di profili di possesso reddituale ai fini tributari in capo al patrimonio separato dell'S.P.V., prevedendo che si possa configurare un utile dell'operazione solo nel caso residuo importi ulteriori, pagati tutti i portatori dei titoli e salvaguardata la posizione dei garanti dell'operazione, costituiti da eventuali eccedenze fra quanto ottenuto dalla società veicolo nell'attività di incasso dei crediti e quanto conferito agli investitori a titolo di interessi e rimborso capitali¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Per un primo approccio alla disciplina in tema di cartolarizzazioni si veda U. VIOLANTE, *Mercato del prestito e cartolarizzazione dei crediti: impatto (e interferenze) della normativa europea di vigilanza prudenziale*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2014, pp. 1004 segg.; M. VENUTI, *La rappresentazione in bilancio delle operazioni di factoring e di cartolarizzazione. Aspetti civilistici ed economici*, in *Riv. dottori comm.*, 2010, pp. 833 segg.

¹⁰⁵ Venendo, invece, al trattamento fiscale per i proventi distribuiti dall'S.P.V. agli investitori, l'attuale regime impositivo previsto

Più problematico è, invece, l'inquadramento fiscale di altri proventi eventualmente prodotti dall'*S.P.V.*, tra cui, primariamente vanno menzionati, a seguito delle modifiche operate dal D.L. 91/2014 le attività di erogazione di finanziamenti e di sottoscrizione di obbligazioni e titoli simili e delle cambiali finanziarie.

In questo caso, occorrerà valutare se tali attività debbano essere ricomprese nel novero della attività d'impresa – non può dimenticarsi che l'*S.V.P.* è costituita secondo i tipi delle società di capitali - oppure debbano seguire il trattamento previsto per i flussi finanziari derivanti dalle attività del patrimonio separato.

A parere dello scrivente la prima opzione pare più coerente con la struttura societaria dell'*S.V.P.* e con le esigenze di neutralità della forma giuridica rispetto ad altri enti che svolgono attività di erogazione del credito utilizzando la forma della società di capitali¹⁰⁶.

Tale opinione è supportata dal rilievo che, diversamente opinando, e ritenendo che i proventi non siano qualificati come redditi d'impresa, bisognerebbe individuare una

all'art. 6, L. 130/1999 richiede che la tassazione venga effettuata in capo agli investitori, sulla base della disciplina di imposizione sostitutiva di cui al D.Lgs. 239/1996 per quanto riguarda le persone fisiche e gli enti non commerciali e del meccanismo della tassazione ordinaria *I.R.P.E.F.* o *I.R.E.S.* ed *I.R.A.P.* prevista per le obbligazioni emesse da società per azioni per quanto riguarda gli enti commerciali.

¹⁰⁶In tale impostazione i proventi dell'*S.V.P.* derivanti da attività di finanziamento ed erogazione del credito dovrebbero essere ricompresi nel reddito d'impresa. Pertanto, nei confronti degli enti commerciali che partecipano all'*S.V.P.* dovrebbe essere applicata la tassazione ordinaria *I.R.E.S.* ed *I.R.A.P.* su tali importi sulla base delle regole ordinarie di competenza in ragione d'esercizio. In caso di distribuzione, poi, dovrebbe essere attuato un prelievo sulla base della disciplina prevista per i dividendi.

specifica norma che qualifichi tali proventi e li escluda dal reddito d'impresa.

L'unica norma che sembra essere utilizzabile, alla luce del trattamento dei proventi derivanti da attività di investimento degli *O.I.C.R.* ed in considerazione della difficoltà di delineare con chiarezza la natura dell'*S.P.V.* quale ente commerciale, sarebbe l'art. 44, lett. g, *T.U.I.R.*¹⁰⁷.

In questo modo si potrebbe individuare un modulo impositivo simile a quello previsto per gli *O.I.C.R.* al momento della distribuzione¹⁰⁸.

In via conclusiva, può, quindi, rilevarsi come a seguito della riforma operata dal D.L. 91/2014 debba riconoscersi

¹⁰⁷ A tale riguardo, però, va rilevato che, stante l'espressa previsione di esclusione delle società di cartolarizzazione dall'ambito di applicazione della riserva di attività di cui all'art. 32-*quater* del T.U.F. sarebbe opportuno, per ragioni di coerenza interna rispetto al trattamento fiscale dei proventi degli *O.I.C.R.*, che una specifica norma venisse enucleata per il trattamento fiscale dei soli proventi distribuiti dalle *S.V.P.* in relazione a tali attività di erogazione di finanziamenti e crediti, dovendosi ritenere non ammissibile che l'art. 44, lett. g., *T.U.I.R.* possa essere considerata quale norma di qualificazione dei proventi sia in relazione agli *O.I.C.R.* che alle *S.P.V.*.

¹⁰⁸ Tuttavia, non va dimenticato che in quest'ultima ipotesi – come risultante a seguito delle modifiche apportate dal D.L. 91/2014, che ha eliminato le ritenute di cui all'art. 26, comma 1, DPR 600/1973 - nella misura in cui non si qualifichino i redditi percepiti dall'*S.V.P.* nell'alveo del reddito d'impresa ed al di fuori dalla particolare forma di imposizione prevista per il patrimonio separato, si avrebbe, in parallelismo al caso prima visto degli *O.I.C.R.*, che l'unico momento impositivo per tali schemi di investimento sia effettuato nella sola fase di distribuzione in capo ai partecipanti dei proventi dell'*S.V.P.*.

Di conseguenza, anche in questa ipotesi si verificherebbe un effetto di *tax deferral*, potenzialmente anche molto significativo.

la sussistenza di un'attività d'impresa, rispetto alla quale i redditi prodotti da tali schemi di matrice contrattuale o societaria dovrebbero, per ragioni di coerenza con il complessivo sistema impositivo, essere collocati nell'alveo della categoria del reddito d'impresa.

Si tratta, in altri termini, di forme di soggettività tributaria che, seppure molto diverse dal tipico modello societario, rappresentano espressione di attività d'impresa e - per quanto a essi non possa ritenersi applicabile la presunzione di cui agli artt. 6 e 73 *T.U.I.R.* - debbono essere trattati sul piano fiscale allo stesso modo delle forme giuridiche di stampo commerciale nel momento in cui producono redditi d'impresa.

2. Continua: ...fondazioni bancarie e confini dell'attività d'impresa: brevi cenni di inquadramento.

Un diverso e ulteriore fenomeno di svolgimento di attività d'impresa per mezzo di una forma soggettiva differente dal classico modello societario è rappresentato dall'istituto della fondazione di origine bancaria¹⁰⁹.

¹⁰⁹ Per un primo approfondimento della disciplina delle fondazioni bancarie si vedano, senza pretesa di completezza, F. BELLI, F. MAZZINI, voce *Fondazioni bancarie*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, Aggiornamento I, Torino, 2000, pp. 296 segg.; R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, 2001, pp. 266 segg.; F. MERUSI, *Dalla banca pubblica alla fondazione privata*, Torino, 2000, pp. 59 segg.; S. CASSESE, *L'evoluzione delle fondazioni bancarie*, in *Giornale dir. amm.*, 1996, pp. 280 segg.; G. GALGANO, *Sulle c.d. fondazioni bancarie*, in *Contratto e impresa*, 1996, pp. 811 segg.; C. LAMANDA, *Da fondazioni*

Si tratta di un modello peculiare, di cui già in questa sede è opportuno delineare i tratti essenziali¹¹⁰.

Tale modulo presenta profili di interesse nell'ambito del presente lavoro.

Infatti, il legislatore nazionale aveva originariamente attribuito a tali enti la qualifica di enti non commerciali, ammettendoli, peraltro, al godimento di significative agevolazioni fiscali in virtù della loro esclusione *ex lege* dal novero dei soggetti produttori di reddito d'impresa¹¹¹.

bancarie ad enti non profit: natura giuridica e rapporti con il Ministero del Tesoro, in *Riv. società*, 1995, pp. 48 segg.

¹¹⁰ La tematica delle fondazioni bancarie sarà ulteriormente approfondita *infra*, Parte I, Capitolo IV, §§ 4 e 5. In tale sede si procederà ad un'analisi della natura giuridica delle fondazioni bancarie quali enti commerciali o meno alla luce del formante del diritto dell'Unione Europea. In specie, si analizzerà la giurisprudenza della Corte di Giustizia che ha statuito in merito alla compatibilità con il diritto dell'Unione delle agevolazioni fiscali previste dal legislatore nazionale per tali enti collettivi.

¹¹¹ In generale, su tale problematica, si vedano C. FONTANA, *Gli aiuti di stato di natura fiscale*, Torino, 2012, pp. 94 segg.; P. LAROMA JEZZI, *Regime fiscale delle fondazioni bancarie e delle operazioni di ristrutturazione del settore del credito: osservazioni in merito alla sua compatibilità con l'art. 87 del Trattato istitutivo della Comunità europea*, in *Rass. trib.*, 2000, pp. 814 segg.; F. GALLO, *Il regime fiscale delle Fondazioni bancarie tra rilevanza degli scopi e presunzione legale di non commercialità*, in *Le imprese strumentali delle Fondazioni bancarie*, Napoli, 2005; S. GIANONCELLI, *Gli incentivi fiscali alla riforma del sistema tributario italiano al vaglio della Corte di Giustizia europea*, in *Rass. trib.*, 2006, pp. 652 segg.; L. PERRONE, *Le vicende delle agevolazioni tributarie sul reddito delle fondazioni di origine bancaria*, in *Rass. trib.*, 2010, pp. 25 segg.; F. AMATUCCI, *I requisiti di 'non commercialità' dell'attività svolta dalle fondazioni bancarie per il riconoscimento delle agevolazioni fiscali*, in *Rass. trib.*, 2006, pp. 134 segg.

Ciò aveva sollevato perplessità, dapprima nella giurisprudenza interna e, poi, con risvolti di più ampia portata, anche nella giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Ora, non si può in questa sede che ripercorrere per sommi capi il complesso e travagliato percorso normativo delle fondazioni bancarie. Percorso iniziato con la Legge delega 30 luglio 1990, n. 218 - c.d. legge Amato - e il susseguente Decreto Legislativo 20 novembre 1990, n. 356 con cui il legislatore dei primi anni '90 intendeva, nell'ambito della privatizzazione delle realtà bancarie a capitale in mano pubblica, assicurare, da un lato, un equilibrio tra controllo pubblico e gestione privata del settore bancario e, da un altro lato, razionalizzare il sistema creditizio per adeguarlo alla realtà del mercato unico europeo, rendendolo competitivo nel nuovo scenario della liberalizzazione valutaria e dei servizi¹¹².

In specie, il D. Lgs. n. 356 del 1990 disciplinava all'art. 12 i requisiti a cui gli statuti di tali enti dovevano

¹¹² Si veda, a tale riguardo, R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, cit., p. 267.

Queste finalità si palesavano chiaramente nell'art. 2, comma 1, lett. c) della Legge n. 218 del 1990, dove si indicava che lo statuto avrebbe dovuto indicare come oggetto dell'ente la gestione delle partecipazioni, che avrebbe dovuto individuare i limiti per l'acquisto e cessione delle partecipazioni, sottoponendoli alla previa approvazione del Comitato Interministeriale per il credito ed il risparmio qualora l'ente conferente perdesse il controllo della maggioranza delle azioni e che avrebbe potuto prevedere limitazioni all'erogazione di utili.

La lett. d) aggiungeva poi la necessità di "introdurre una disciplina volta a garantire la permanenza del controllo diretto ed indiretto di enti pubblici sulla maggioranza delle azioni" e prevedeva che "in casi eccezionali [...] per finalità di pubblico interesse, uno speciale regime [potesse] consentire deroghe al suddetto principio".

conformarsi. Per un verso veniva stabilito che “gli enti perseguono fini di interesse pubblico e di utilità sociale preminentemente nei settori della ricerca scientifica, della istruzione, dell’arte e della sanità”, soggiungendosi “che gli enti non possono esercitare direttamente l’impresa bancaria, nonché possedere partecipazioni di controllo nel capitale di imprese bancarie o finanziarie diverse dalla società per azioni conferitaria”. Per altro verso, le successive lettere c) e d) del Decreto prevedevano che “in via transitoria la continuità operativa tra l’ente conferente e la società conferitaria controllata [fosse] assicurata da disposizioni che prevedono la nomina dell’ente nel consiglio di amministrazione e di componenti l’organo di controllo” e che “gli enti [...] costituiscono una riserva finalizzata alla sottoscrizione di aumenti di capitale delle società medesime”¹¹³.

Dal combinato di tali norme risultava, quindi, che, per quanto fosse stato previsto per legge un generale divieto in capo agli enti conferenti di controllare direttamente le società conferitarie, non si era inteso vietare o, almeno, precludere, in parte, forme di controllo indiretto sugli istituti bancari¹¹⁴.

In dottrina si è evidenziato come tale riforma -specie alla luce della previsione di cui all’art. 12, comma 1, lett. c) - avesse disposto a carico degli enti conferenti un vero e proprio obbligo di amministrazione delle imprese controllate¹¹⁵.

¹¹³ Cfr. R. COSTI, *L’ordinamento bancario*, cit., p. 269.

¹¹⁴ Su tale dibattito si veda F. BELLI, F. MAZZINI, voce *Fondazioni bancarie*, cit., p. 311.

¹¹⁵ R. COSTI, *L’ordinamento bancario*, cit., p. 269, dove si evidenzia come la disposizione dell’art. 12, D.Lgs. 356/1990 “ha offerto la giustificazione concreta per l’attribuzione della massima parte delle cariche di amministratori e di sindaci nelle società

A seguito di tale prima riforma, il sistema delle fondazioni bancarie è andato incontro a un secondo, importante, cambiamento conseguente all'emanazione della Legge 23 dicembre 1998, n. 461 - c.d. legge Ciampi - e della successiva disciplina di attuazione contenuta nel D.Lgs. 17 maggio 1999, n. 153.

In specie, il D.Lgs. 17 maggio 1999, n. 153 si muoveva in base a una logica di riforma tesa, in sostanza, ad attribuire a tali enti un regime fiscale di vantaggio a fronte della previsione di una ulteriore loro separazione dagli istituti bancari controllati¹¹⁶.

Per quanto di interesse ai fini della presente trattazione, va ricordato che la normativa in questione attribuiva a tali strutture giuridiche la natura di persona giuridica privata senza fine di lucro, volta a perseguire scopi di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico¹¹⁷, imponendosi inoltre che le fondazioni non potessero più acquisire “nuove partecipazioni di controllo [...] né

conferitarie alle stesse persone che ricoprivano le cariche corrispondenti dell'ente conferente. Il che, se consentì una continuità operativa, determinò pure una sostanziale conservazione della precedente struttura di potere e, quindi, contribuì a mantenere una forte dipendenza delle vita dell'impresa nei confronti del potere politico; dipendenza che la riforma avrebbe dovuto eliminare”.

Su posizioni simili, che evidenziano la mancanza di alcun divieto di esercizio di attività commerciale da parte della fondazione bancaria in costanza della riforma Amato si veda F. BELLI, F. MAZZINI, voce *Fondazioni bancarie*, cit., pp. 311-312.

Si veda anche G. NAPOLI, E. OLIVERIO, M. NAPOLI, *Il regime civilistico e tributario delle fondazioni di origine bancaria alla luce della "riforma Tremonti"*, in *Rass. trib.*, 2004, p. 79.

¹¹⁶ Si veda R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, cit., pp. 277-280.

¹¹⁷ R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, cit., p. 276.

conservare le partecipazioni di controllo già detenute dalle società stesse”¹¹⁸.

Alle fondazioni bancarie che avessero rispettato tali condizioni, veniva concessa *ex lege*, sul versante del regime tributario, la non commercialità dell’ente, nonché la possibilità di fruire del regime previsto dall’art. 6, D.P.R. 29 settembre 1973, n. 601¹¹⁹.

In anni recenti la materia è stata, però, interessata da ulteriori modifiche¹²⁰.

¹¹⁸ Art. 6, comma 4, D.Lgs. 153/1999. A ciò si aggiunge anche un regime volto a modificare la composizione degli organi di vertice, prevedendo una maggior partecipazione di professionalità legate al territorio ed ai settori di attività delle fondazioni e rafforzando – come disciplinato all’art. 4, comma 3 - le disposizioni finalizzate all’eliminazione di possibili ingerenze nelle società conferitarie tramite la statuizione che “i membri dell’organo di amministrazione non possono assumere funzioni di consigliere di amministrazione nella Società bancaria conferitaria”.

¹¹⁹ Cfr. C. FONTANA, *Gli aiuti di stato di natura fiscale*, cit., pp. 96-97.

¹²⁰ Si tratta di un percorso complesso di cui si può, in questa sede, tratteggiare alcuni profili di massima.

In prima battuta è intervenuta la c.d. riforma Tremonti il cui percorso ha avuto come conclusione l’emanazione della Legge del 1 agosto 2003, n. 212. Due in particolare sono state le modifiche rilevanti apportate da tale ultimo intervento legislativo. In primo luogo, l’art. 4, c. 1, ha introdotto la proroga, “sino al 31 dicembre 2005” per la dismissione da parte delle fondazioni delle partecipazioni negli enti creditizi. Dismissione che, a norma dell’art.12, c. 3 del D.lgs. n. 153/1999, avrebbe dovuto intervenire “decorsi quattro anni dalla data di entrata in vigore del presente decreto” pena la perdita della qualifica di ente non commerciale e la cessazione della fruizione delle agevolazioni previste a norma del D.Lgs. n. 153/1999 stesso. Tale proroga ha quindi permesso alle fondazioni bancarie di beneficiare, in regime di non

L'ultimo intervento in materia è rappresentato dal D.L. 12 luglio 2004, n. 168 - convertito dalla Legge 30 luglio 2004, n. 191 - che ha abrogato, con l'art. 2, comma 4, lett. a) la precedente disciplina del D.Lgs. 153/1999, la quale, come prima visto, attribuiva alle fondazioni bancarie la facoltà di fruire del regime di agevolazione fiscale previsto dall'art. 6 del D.P.R. 601/1973¹²¹.

Pertanto, a far data dal periodo d'imposta del 2004, le fondazioni bancarie, pur rimanendo qualificate *ex lege* quali enti non commerciali sulla base dell'art. 12, comma 1 del D.Lgs. 153/1999, non hanno più potuto godere della riduzione dell'aliquota I.R.P.E.G. previsto dall'art. 6 D.P.R. 601/1973.

commercialità, di ulteriori trenta mesi di regime transitorio pur in permanenza di partecipazioni nelle società bancarie.

Inoltre, e soprattutto, lo stesso art. 4, c. 4 della legge n. 212/2003 ha stabilito che “alle fondazioni con patrimonio netto contabile risultante dall'ultimo bilancio approvato non superiore a 200 milioni di euro, nonché a quelle con sedi operative prevalentemente in regioni a statuto speciale, non si applicano le disposizioni di cui al comma 3, dell'articolo 12, ai commi 1 e 2 ed al comma 1, dell'articolo 6 [del D.lgs. 153/1999], limitatamente alle partecipazioni di controllo nelle società bancarie conferitarie”.

Tale ultima modifica ha determinato conseguenze di non lieve entità in quanto ha garantito alle fondazioni bancarie di minore grandezza la possibilità di continuare ad usufruire del regime di non commercialità stabilito dal D.Lgs 153/1999 e anche delle relative agevolazioni fiscali ivi previste, senza però dover provvedere alla dismissione delle partecipazioni negli enti creditizi conferitari.

¹²¹ C. FONTANA, *Gli aiuti di stato di natura fiscale*, cit., p. 97.

3. Profili problematici delle agevolazioni tributarie delle fondazioni bancarie alla luce della concezione di commercialità nel diritto interno.

La questione relativa all'attribuzione della riduzione alla metà dell'I.R.P.E.G. stabilita dall'art. 6, D.P.R. 601/1973 per le fondazioni bancarie qualificate come enti non commerciali è stata ampiamente dibattuta in dottrina e giurisprudenza¹²².

L'art. 6, comma 1, D.P.R. 601/1973, infatti, concedeva la riduzione del 50 per cento dell' I.R.P.E.G. “nei confronti dei seguenti soggetti: a) enti e istituti di assistenza sociale, società di mutuo soccorso, enti ospedalieri, enti di assistenza e beneficenza; b) istituti di istruzione e istituti di studio e sperimentazione di interesse generale che non hanno fine di lucro, corpi scientifici, accademie, fondazioni e associazioni storiche, letterarie, scientifiche, di esperienze e ricerche aventi scopo esclusivamente culturali”¹²³.

Il problema per le fondazioni bancarie si poneva in relazione a due profili strettamente collegati, quello della gestione di partecipazioni da parte delle fondazioni bancarie e quello dell'esercizio di impresa strumentale in ambiti di pubblico interesse da parte delle stesse.

¹²² Si veda, a tale riguardo, C. FONTANA, *Gli aiuti di stato di natura fiscale*, cit., p. 97, che evidenzia come sul tema in questione si fossero formate diverse interpretazioni sia in giurisprudenza che in dottrina.

Si veda anche L. PERRONE, *Le vicende delle agevolazioni tributarie sul reddito delle fondazioni di origine bancaria*, cit., pp. 24-25.

¹²³ In generale, sulla portata di tale norma si veda A.M. PROTO, *La fiscalità degli enti non societari*, Torino, 2003, pp. 192 segg.

La questione, in specie, riguardava la problematica concernente la qualificazione commerciale delle fondazioni bancarie, in quanto ci si domandava se tali enti - che detenevano partecipazioni di controllo nelle imprese bancarie - ponessero in essere solo un'attività di godimento derivante dall'esercizio della mera gestione statica delle partecipazioni, oppure dessero corso a una vera e propria "continuazione degli enti creditizi, di modo che il loro scopo sociale sarebbe consistito nella amministrazione delle partecipazioni e non nel perseguimento di un prevalente fine di utilità sociale"¹²⁴.

La questione presentava risvolti pratici significativi in quanto, qualora si fosse attribuita natura commerciale a tali attività di gestione delle partecipazioni, ne sarebbe seguita, tra l'altro¹²⁵, l'inapplicabilità dell'agevolazione di cui all'art. 6, D.P.R. 601/1973.

Nella giurisprudenza italiana si erano formati al riguardo due orientamenti contrapposti¹²⁶.

Il primo, fatto proprio dall'Amministrazione Finanziaria¹²⁷, dal Consiglio di Stato¹²⁸ nonché da una parte minoritaria della giurisprudenza¹²⁹, sosteneva l'inapplicabilità per le fondazioni dell'agevolazione *ex art. 6, D.P.R. 601/1973*, sul rilievo che la gestione delle

¹²⁴ C. FONTANA, *Gli aiuti di stato di natura fiscale*, cit., p. 97.

¹²⁵ L'agevolazione in esame non era, infatti, l'unica prevista in favore delle fondazioni bancarie qualificate come enti non commerciali. Infatti le fondazioni bancarie godevano anche, sulla base dell'art. 10 *bis* della Legge n. 1745 del 1962, dell'esenzione dalla ritenuta sugli utili.

¹²⁶ L. PERRONE, *Le vicende delle agevolazioni tributarie sui redditi delle fondazioni di origine bancaria*, cit., p. 22.

¹²⁷ Si veda la Circolare 238/E del 4 ottobre 1996.

¹²⁸ Parere del 24 ottobre 1995, n.103.

¹²⁹ Corte di Cassazione, 20 novembre 2011, n. 14574.

partecipazioni assumesse un ruolo determinante nell'attività delle fondazioni bancarie anche nell'ipotesi in cui si sostanziasse in "un'amministrazione statica e conservativa" che "si risolve nel compimento di sporadici atti di amministrazione"¹³⁰.

Pertanto, le attività di gestione delle partecipazioni poste in essere dalle fondazioni bancarie, anche se di tipo statico, non potevano essere inquadrate nell'ambito dei redditi di capitale ma, piuttosto, dovevano ritenersi esplicitazione di un'attività di tipo imprenditoriale sussumibile nella categoria dei redditi d'impresa¹³¹.

L'orientamento opposto era primariamente espresso dalla Corte di Cassazione¹³², secondo la quale l'attività delle fondazioni si sarebbe risolta nell'esercizio del diritto di proprietà volto alla massimizzazione del ritorno economico dalle partecipazioni, sostanziandosi in una finalità strumentale rispetto agli scopi principali, di utilità sociale, perseguiti dagli enti stessi¹³³.

In tale ottica, quindi, la Cassazione ancorava la fruizione dell'agevolazione al presupposto che "tale gestione non [costituiva] in senso sostanziale il fine principale dell'ente in ragione della sua strumentalità al fine perseguito"¹³⁴, legando strettamente lo svolgimento dell'attività di gestione delle partecipazioni alla nozione di strumentalità.

¹³⁰ F. GALLO, *Fondazioni e Fisco*, in *Rass. trib.*, 2004, p. 1168.

¹³¹ C. FONTANA, *Gli aiuti di stato di natura fiscale*, cit., p. 97.

¹³² Corte di Cassazione, sentenze 6607 del 9 maggio 2002; Cassazione n. 19365 del 17 dicembre 2003; Cassazione n. 19445 del 18 dicembre 2003

¹³³ In tale senso, si vedano C. FONTANA, *Gli aiuti di stato di natura fiscale*, cit., pp. 97-98; L. PERRONE, *Le vicende delle agevolazioni tributarie sui redditi delle fondazioni di origine bancaria*, cit., p. 26.

¹³⁴ F. GALLO, *Fondazioni e Fisco*, cit., p. 1170.

Per la Cassazione, in definitiva, l'attività di gestione delle partecipazioni avrebbe dovuto essere di carattere strumentale rispetto ai fini di interesse pubblico propri della fondazione bancaria.

Si tratta, come si avrà modo di vedere¹³⁵, di una concezione non assimilabile a quella fatta propria da parte delle istituzioni di diritto dell'Unione, secondo cui la nozione di strumentalità rispetto al fine di interesse pubblico perseguito non rappresenta un profilo determinante, dovendosi dare prevalenza ad una nozione ampia di attività economica – espressione di commercialità - che può estrinsecarsi anche nella mera gestione di partecipazioni societarie, qualora tale attività venga posta in essere con una logica di “indirizzo e coordinamento delle partecipate, effettuato secondo modalità professionali”, atta a “condizionare le scelte operative e [...] idonea a comportare un incremento dei risultati economici delle società partecipanti”¹³⁶.

In via conclusiva, può, quindi, rilevarsi che, anche con riferimento a strutture soggettive di incerta natura quali le fondazioni bancarie – intestatarie e gestori di partecipazioni di controllo in imprese bancarie -, sia dibattuta la sussistenza di un'attività d'impresa, pur se al di fuori del modello societario commerciale.

Si tratta, anche in questo caso, di una forma di soggettività tributaria che, seppure molto distante dal modello societario, può rappresentare espressione di attività

¹³⁵ Si veda *infra*, Parte I, Capitoli IV e V.

¹³⁶ A.M. PROTO, *La fiscalità degli enti non societari*, cit., p. 145. L'Autrice evidenzia, peraltro, in via conclusiva, come “la gestione di partecipazioni potenzialmente di controllo è commerciale quando consiste nell'effettiva direzione della gestione delle imprese operative, che deve essere svolta secondo le modalità tipiche dell'impresa [...]”.

d'impresa, da trattare sul piano fiscale allo stesso modo delle forme giuridiche di stampo commerciale nel momento in cui produce redditi d'impresa.

- CAPITOLO III -

IL RILIEVO DEL PRINCIPIO DELLA NEUTRALITA' SOCIETARIA ED IL DISCRIMINE TRA ENTI COMMERCIALI E NON COMMERCIALI.

1. La neutralità della forma societaria quale superamento della presunzione di commercialità del tipo societario in diritto commerciale.

Nel paragrafo precedente si è dato conto della sussistenza di forme di soggettività giuridica diverse da quella societaria, atte, però, allo stesso modo del tipo societario commerciale, ad esplicare esercizio collettivo di attività economica.

Sotto un diverso angolo visuale, occorre, a questo punto, prendere in esame quelle posizioni teoriche, oggi sempre più consolidate, secondo cui – in maniera ancora più radicale – lo stesso tipo societario commerciale non rappresenterebbe più il contenitore strutturalmente deputato per lo svolgimento esclusivo dell'attività d'impresa¹³⁷.

¹³⁷ In questo senso si vedano, E. DESANA, *Dall'impresa comunitaria alla tutela dell'impresa debole. Spunti per una nuova nozione di impresa*, cit., pp. 66 segg.; P. MONTALENTI, *Dall'impresa all'attività economica: verso una nuova sistematica?*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2014, pp. 45 segg.

Per argomentare quanto appena esposto è opportuno riprendere l'impostazione di cui si è precedentemente dato conto, secondo cui "la logica del sistema codicistico è quella di caratterizzare causalmente il contratto societario (art. 2247 c.c.) e di realizzare un collegamento tra forma societaria commerciale ed oggetto commerciale dell'attività (art. 2249 c.c.)"¹³⁸.

In questo senso, se, per un verso, la società rappresenta la forma ordinaria di esercizio di attività imprenditoriale, quale fattispecie che costituisce l'espressione di un'unitaria visione dell'attività imprenditoriale come esercizio di un'attività economica, per un altro verso assume rilevanza la nozione di attività economica, in quanto parametro indispensabile per poter distinguere in maniera proficua tra forme di comunione e vero e proprio fenomeno societario.

Occorre, a questo punto, fare un passo ulteriore, prendendo in esame un corollario della concezione di attività economica: lo scopo di lucro.

Si tratta, come noto, di un requisito non espressamente menzionato dall'art. 2082 c.c. fra gli elementi essenziali del concetto di imprenditore¹³⁹.

Tale profilo è stato nel corso del tempo oggetto di ampi dibattiti dottrinali¹⁴⁰.

¹³⁸ *Ex multis*, T. TASSANI, *Autonomia statutaria delle società di capitali e imposizione sui redditi*, cit., p. 77. Si veda anche G. MARASA', *Le società senza scopo di lucro*, Milano, 1984, pp. 170 segg.; M. CARRABBA, *Scopo di lucro ed autonomia privata*, Napoli, 1994, p. 44.

¹³⁹ E. DESANA, *Dall'impresa comunitaria alla tutela dell'impresa debole. Spunti per una nuova nozione di impresa*, cit., p. 66.

¹⁴⁰ G. COTTINO, *Diritto commerciale. Imprenditore, impresa e azienda. Segni distintivi, concorrenza, brevetti*, Padova, 1986, pp. 83 segg. L'Autore, in specie, evidenzia lo stretto legame tra

In specie, dopo un primo periodo nel quale era prevalsa la tesi favorevole a ritenere che tale elemento fosse imprescindibile a caratterizzare la figura dell'imprenditore¹⁴¹, oggi è prevalente la tesi volta a svalutarne totalmente la rilevanza concreta, tanto che in dottrina si è giunti a delineare, radicalmente, 'il tramonto dello scopo del lucro'¹⁴².

Si è affermato, infatti, come oggi "la nozione di impresa subisce un processo di progressivo svaporamento della sua valenza normativa" e "lo scopo di lucro come elemento caratterizzante dell'impresa si è via via neutralizzato"¹⁴³.

Si tratta di un dato di non poco momento, specie se si tiene in conto che l'elemento che tradizionalmente la dottrina valorizzava quale espressione di commercialità era rappresentato proprio dalla finalità di lucro, tipica delle società di stampo commerciale. La causa lucrativa, infatti, avrebbe costituito l'elemento distintivo tipico delle società commerciali rispetto alle altre strutture collettive che, invece, si contraddistinguerebbero per lo scopo mutualistico o consortile¹⁴⁴.

profitto e rischio affermando come il profitto costituisca contropartita del rischio imprenditoriale.

¹⁴¹ E. DESANA, *Dall'impresa comunitaria alla tutela dell'impresa debole. Spunti per una nuova nozione di impresa*, cit., p. 66.

¹⁴² G. SANTINI, *Il tramonto dello scopo di lucro nelle società di capitali*, in *Riv. dir. civ.*, 1973, I, p. 151.

¹⁴³ P. MONTALENTI, *Dall'impresa all'attività economica: verso una nuova sistematica?*, in *Analisi giuridica dell'economia*, cit., pp. 46-47.

¹⁴⁴ P. MONTALENTI, *Dall'impresa all'attività economica: verso una nuova sistematica?*, in *Analisi giuridica dell'economia*, cit., pp. 45-47; G. COTTINO, *Diritto commerciale. Imprenditore, impresa e azienda. Segni distintivi, concorrenza, brevetti*, cit., p. 88, che riconosce che la tesi secondo cui "il lucro sia in senso oggettivo che soggettivo non sarebbe insomma una componente

Come, però, si è avuto modo di anticipare, tale nesso tra forma giuridica societaria e scopo lucrativo - quale legame biunivoco di tipo causale – ha subito una rivisitazione, prima di tutto in sede dottrinale, ma anche tramite una legislazione che ha inciso, da un lato, direttamente sull'impianto codicistico e, dall'altro, è intervenuta ripetutamente in sede di legislazione speciale, legittimando l'utilizzo della forma societaria per finalità che si distaccano anche notevolmente rispetto alla causa commerciale¹⁴⁵

essenziale della nozione di imprenditore: si tratterebbe anzi di un non problema non potendosi e non dovendosi dare rilievo nella definizione giuridica di imprenditore all'elemento teleologico [...] incontra i favori della maggioranza della dottrina, rispondendo al corrente trend svalutativo del momento del profitto nell'esercizio dell'attività d'impresa". Tuttavia, l'Autore prende una posizione critica a tale riguardo – valorizzando la portata dello scopo di lucro- affermando che “tale tesi non dovrebbe far perdere di vista quell'elemento qualificante dell'imprenditore privato che è, almeno in astratto, e di regola, quali che siano la destinazione concreta dell'utile e le motivazioni soggettive per cui lo si persegue, lo scopo di lucro; scopo di lucro senza il quale lo stesso sistema dell'economia di mercato perderebbe di mordente e di significato: e che l'art. 2082 sottende nel momento in cui prende direttamente in considerazione l'imprenditore privato recependone la nozione economica.”

Si veda anche T. TASSANI, *Autonomia statutaria delle società di capitali e imposizione sui redditi*, cit., p. 39; M. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, in *Diritto delle società*, cit, p. 25.

¹⁴⁵ Cfr. P. MONTALENTI, *Dall'impresa all'attività economica: verso una nuova sistematica?*, in *Analisi giuridica dell'economia*, cit., pp. 47 segg.; E. DESANA, *Dall'impresa comunitaria alla tutela dell'impresa debole. Spunti per una nuova nozione di impresa*, cit., pp. 74 segg. Si veda anche V. FICARI, *Reddito d'impresa e programma imprenditoriale*, cit., p. 27, dove l'Autore evidenzia come “l'art. 2247 del c.c. riconduce il fenomeno

Limitandoci in questa sede all'analisi delle modifiche che hanno inciso sul Codice civile¹⁴⁶, si deve porre mente, da un lato, all'abrogazione del controllo giudiziario sulla costituzione e modificazione degli atti costitutivi e degli statuti societari e, dall'altro, all'eliminazione, tra le ipotesi di nullità dell'atto costitutivo ai sensi dell'art. 2332 c.c., della fattispecie costituita dalla mancanza della causa lucrativa¹⁴⁷.

societario collettivo all'area della contrattualità individuandone il concetto in un accordo tra due o più persone le quali conferiscono beni o servizi per l'esercizio in comune di un'attività economica allo scopo di dividerne gli utili [...]. Nella lettera della disposizione non esiste, dunque, alcuna equazione tale da far conseguire all'attività economica una necessaria natura imprenditoriale commerciale che potrà risultare solo per espressa scelta rappresentata nel documento programmatico o adottata, di fatto, nei comportamenti. La valenza qualificante del substrato organizzativo proprio dell'ente societario si apprezza, nella disciplina originaria, nell'alternativa di una struttura di mezzi (rappresentati da beni e persone) organizzati per attività imprenditoriali non necessariamente commerciali ma anche agricole e, addirittura, per attività economiche non imprenditoriali”.

Su posizioni simili cfr., *ex multis*, U. LA PORTA, *Dal tipo contrattuale al modello di società: autonomia contrattuale e norme inderogabili nel nuovo diritto societario*, in *Le società*, 2002, pagg. 14 segg.

¹⁴⁶ Per quanto concerne, invece, le fattispecie dove il legislatore ha progressivamente ammesso l'utilizzo della forma societaria commerciale pur in mancanza di un'attività di carattere commerciale si vedano, *ex multis*, P. MONTALENTI, *Dall'impresa all'attività economica: verso una nuova sistematica?*, in *Analisi giuridica dell'economia*, cit., pp. 47 segg.; E. DESANA, *Dall'impresa comunitaria alla tutela dell'impresa debole. Spunti per una nuova nozione di impresa*, cit., pp. 74 segg.

¹⁴⁷ G. COTTINO, *Diritto commerciale. Imprenditore, impresa e azienda. Segni distintivi, concorrenza, brevetti*, cit., p. 89, dove si

Tali interventi normativi sono stati volti, da un lato, a rendere non più applicabile la sanzione della nullità originariamente indicata dall'art. 2332 c.c. nei confronti di quei contratti societari che non prevedono, sotto il profilo causale, lo svolgimento di un'attività con finalità di lucro e, dall'altro, hanno reso impossibile forme di controllo di tipo giudiziale a fronte di iscrizioni nel registro delle imprese di contratti societari causalmente non tesi ad uno scopo lucrativo¹⁴⁸.

Queste modifiche normative inducono a ritenere che per il legislatore civilistico sarebbero venute a perdere rilievo le distinzioni, sotto il profilo della causa, tra i diversi tipi societari. Si sarebbe legittimata, in altre parole, la facoltà

evidenzia come il conseguimento ed il riparto degli utili quale elemento causale del contratto costitutivo di società “parrebbe oggi svalutato dal nuovo testo dell'art. 2332 cod. civ.; il quale, elencando le cause di nullità della società per azioni, non annovera tra di esse la mancata enunciazione nell'atto costitutivo delle finalità di dividere gli utili. E che va allargandosi a macchia d'olio il fenomeno delle società senza scopo di lucro, cui sono estranei, al limite vietati, il perseguimento e la distribuzione degli utili, così come richiesti dall'art. 2247 cod. civ. [...] Si tratta di obiezioni serie, che sottolineano una certa progressiva ‘neutralizzazione’ dello strumento societario, in particolare della s.p.a. che, per la sua duttilità, tende ad essere utilizzato in maniera crescente fuori dal suo ambito naturale di intervento.”

In generale, per un primo approfondimento dell'art. 2332 c.c., si veda AA.VV., *Commentario breve al diritto delle società*, a cura di A. MAFFEI ALBERTI, cit. pp. 216 segg.

¹⁴⁸ T. TASSANI, *Autonomia statutaria delle società di capitali e imposizione sui redditi*, cit., pp. 77 e 41. Su tali profili si vedano, senza pretesa di completezza, P. MONTALENTI, *Incoerenze riformatrici: il problema dell'omologazione*, in *Le Società*, 2000, pagg. 1285 segg.; P. REVIGLIONO, *Il controllo di iscrivibilità sugli atti societari: profili sostanziali e procedurali*, in *Riv. società*, 2001, pp. 1445 segg.

per gli operatori economici di scegliere, in maniera discrezionale e non più vincolata a un modello tipizzato, tra le diverse strutture societarie previste dal Codice civile, in un'ottica di neutralità tra la forma giuridica prescelta rispetto all'attività concretamente posta in essere¹⁴⁹.

2. Profili di discriminazione della presunzione di cui agli artt. 6 e 73 T.U.I.R. nei confronti degli altri soggetti che producono reddito d'impresa.

In diritto tributario l'attrazione nel reddito d'impresa di tutti i proventi ritratti dagli enti societari è stata nel tempo sottoposta a critiche¹⁵⁰, appuntate, in particolare, sul fatto che, in forza della predetta qualificazione *ex lege*, non viene lasciata alcuna possibilità in capo all'interprete di verificare se in concreto l'attività svolta e la destinazione dei beni conferiti in società giustifichino un trattamento enucleato in base a un approccio meramente "formalizzante"¹⁵¹.

Infatti, tramite la riconduzione di cui agli artt. 6 e 73,

¹⁴⁹ U. LA PORTA, *Dal tipo contrattuale al modello di società, autonomia contrattuale e norme inderogabili nel nuovo diritto societario*, cit., p. 16; T. TASSANI, *Autonomia statutaria delle società di capitali e imposizione sui redditi*, cit., p. 41.

¹⁵⁰ In specie, si veda V. FICARI, *Reddito d'impresa e programma imprenditoriale*, cit., pp. 23 segg.; M. LOGOZZO, *I beni relativi all'impresa*, in *L'imposta sul reddito delle persone fisiche*, in *Giur. sist. dir. trib.*, diretta da F. TESAURO, Torino, I, 1994, pp. 601 segg.; G. TINELLI, *Il reddito d'impresa nel diritto tributario*, cit., pp. 127 segg.

¹⁵¹ M. POLANO, *Attività commerciali e impresa nel diritto tributario*, cit., pp. 176-177.

comma 1 del *T.U.I.R.* viene resa ininfluenza la verifica della sussistenza dei requisiti indicati all'art. 55 *T.U.I.R.* relativamente alle sole società commerciali.

Diversamente, per quanto riguarda gli imprenditori individuali e gli altri enti collettivi non costituiti in forma societaria, continuerebbe ad essere necessaria la verifica in concreto circa la volontà dell'atto di destinazione impressa sui beni d'impresa e l'effettiva riconducibilità dell'attività esercitata nell'alveo della categoria del reddito d'impresa¹⁵².

Si è detto, allora, che, analogamente a quanto avviene per l'imprenditore individuale, anche per gli enti non commerciali dovrebbe essere concettualizzata la distinzione tra la sfera di carattere c.d. istituzionale, priva di carattere commerciale, e la diversa sfera, ove, invece, sulla base di una verifica in ultima istanza fondata sull'effettività dell'attività esercitata dall'ente, sarebbe individuabile l'attività d'impresa¹⁵³.

La presunzione assoluta determinerebbe, invero, due conseguenze non desiderabili.

Da un lato, come visto, viene acuita la separazione tra enti

¹⁵² Come affermato da V. FICARI, *Reddito d'impresa e programma imprenditoriale*, cit., pp. 25-26, "la qualificazione legale limiterebbe, così, alle sole forme di impresa individuale e collettiva non societaria – laddove alla sfera imprenditoriale si contrappone quella personale o istituzionale non commerciale – la rilevanza dell'atto di destinazione all'impresa quale atto di volontà, nonché la forma giuridica d'appartenenza del bene derivante dal diritto su questo esercitabile sia esso espressione di disponibilità (anche) giuridica o solo economica". Negli stessi termini si veda M. MICCINESI, *Le plusvalenze d'impresa. Inquadramento teorico e profili ricostruttivi*, cit., p. 63.

¹⁵³ Su tali elementi si veda V. FICARI, *Reddito d'impresa e programma imprenditoriale*, cit., pp. 68 segg.

collettivi costituiti in società e tutti gli altri soggetti – imprenditore persona fisica o ente collettivo non societario – che limita l’applicazione dei requisiti dell’art. 55. *T.U.I.R.* soltanto a questi ultimi soggetti.

Da un altro lato, tale modalità di qualificazione *ex lege* produce l’effetto di costringere l’interprete a determinare tutte le entrate, a qualsivoglia titolo maturate, da parte delle società commerciali e degli enti commerciali residenti sulla base dei criteri tipici del reddito d’impresa, senza che si possano prendere in esame le “caratteristiche estrinseche ed intrinseche dell’operazione ovvero il titolo di trasferimento dei beni e servizi oggetto dello scambio e la funzione svolta dai beni e singoli comportamenti rispetto alla gestione dell’impresa nonché la destinazione oggettiva del bene quale partecipazione di fatto all’attività produttiva come oggetto o strumento, quella convenzionale derivante dalla scelta negoziale e la rappresentazione formale dell’appartenenza del bene ad uno od altro genere aziendale”¹⁵⁴.

Nelle prossime pagine ci si soffermerà su tali elementi di criticità prendendo a riferimento la disciplina prevista per gli enti non commerciali evidenziandone le diversità rispetto al modello di cui agli artt. 6 e 73 *T.U.I.R.*

3. Il discrimine tra enti commerciali e non commerciali: brevi cenni generali in merito alla disciplina fiscale degli enti non commerciali.

¹⁵⁴ V. FICARI, *Reddito d’impresa e programma imprenditoriale*, cit., p. 25. Cfr. A. CICOGNANI, *Ben strumentali (dir. trib.)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, V, 1988, pp. 1 segg.; M. LOGOZZO, *I beni relativi all’impresa*, in AA.VV., *L’imposta sul reddito delle persone fisiche*, cit., pp. 601 segg.

Occorre, quindi, prendere le mosse descrivendo brevemente il sistema di determinazione del reddito degli enti non commerciali, ponendo in luce – seppure in estrema sintesi – i tratti peculiari rispetto agli enti commerciali ed alle società commerciali¹⁵⁵.

La disciplina degli enti non commerciali è trattata all'interno del *T.U.I.R.* negli artt. 73 e 75 per quanto riguarda la soggettività passiva e la base imponibile, mentre relativamente alla determinazione del reddito complessivo degli enti non commerciali residenti ed alla definizione delle attività che non danno luogo ad attività commerciale sovengono le disposizioni del Capo III, artt. 143-150¹⁵⁶.

Pur a fronte di uno sviluppo significativo della galassia del no-profit¹⁵⁷ e di una crescente attenzione da parte del

¹⁵⁵ Sulla disciplina fiscale prevista per gli enti non commerciali si vedano, senza pretesa di completezza, G. FALSITTA, A. FANTOZZI, G. MARONGIU, F. MOSCHETTI, *Commentario breve alle leggi tributarie*, a cura di A. FANTOZZI, Padova, 2010, pp. 727 segg.; AA.VV., *La fiscalità del terzo settore*, a cura di G. ZIZZO, Milano, 2011; A. GIOVANNINI, *Enti del terzo settore: linee sistematiche di riforma*, in *Rass. trib.*, 2009, pp. 137 segg.; A.M. PROTO, *La fiscalità degli enti non societari*, cit.; F. MONTANARI, *Le operazioni esenti nel sistema dell'Iva*, Torino, 2013.

¹⁵⁶ Per un'analisi della determinazione della base imponibile degli enti non commerciali si veda, in particolare, G. ZIZZO, *L'imposta sul reddito delle società*, in G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario. Parte speciale. Il sistema delle imposte in Italia*, Padova, 2013, pp. 591 segg.

¹⁵⁷ Come noto, la galassia del no-profit è estremamente ampia e composita. In questa sede ci si limiterà ad approfondire alcuni profili relativi agli enti non commerciali in genere con riferimento

legislatore tributario al fenomeno degli enti non commerciali¹⁵⁸, la normativa in materia non si trova tutta contenuta nel *T.U.I.R.* o, comunque, racchiusa in un testo sistematico¹⁵⁹.

Particolare importanza ha avuto l'introduzione, tramite il D.Lgs. 24 dicembre 1997, n. 460, della figura della organizzazione non lucrativa di utilità sociale (*O.N.L.U.S.*)¹⁶⁰.

Va, peraltro, subito aggiunto che la disciplina relativa alle *O.N.L.U.S.* ha innovato rispetto al quadro preesistente introducendo come criterio discrezionale quello della non lucratività¹⁶¹ e portando alla “decommercializzazione di

all'individuazione delle attività di tipo commerciale ed a tratteggiare alcuni elementi di interesse per il presente lavoro della disciplina delle *O.N.L.U.S.*

¹⁵⁸ A.M. PROTO, *La fiscalità degli enti non societari*, cit., pp. 1 segg., dove si evidenzia che “la categoria normativa degli enti non lucrativi [...] è espressione di una linea di tendenza nuova che valorizza le persone giuridiche private che perseguono scopi di utilità sociale, o di pubblica utilità, specificamente identificati dal legislatore.” Si veda anche G. ZIZZO, *Ragionando sulla fiscalità del terzo settore*, in AA.VV., *La fiscalità del terzo settore*, a cura di G. ZIZZO, cit., pp. 4 segg.

¹⁵⁹ M. ANSELMO, *La fiscalità del terzo settore*, in AA.VV., *La fiscalità del terzo settore*, a cura di G. ZIZZO, cit., pp. 206-209, dove si offre una panoramica delle disposizioni in tema di ‘terzo settore’ con specifico riferimento alla disciplina fiscale.

¹⁶⁰ Su tale istituto si vedano, con particolare riferimento alle particolarità di tipo fiscale, A.M. PROTO, *La fiscalità degli enti non societari*, cit., pp. 62 segg.

¹⁶¹ R. LUPI, *Modifiche alla fiscalità degli enti no profit: torna in auge la mancanza di scopo di lucro*, in *Bollettino Tributario*, 1996, 581.

tutte le attività istituzionali [...] esercitate dalle O.N.L.U.S.”¹⁶².

Ciò ha comportato una frammentazione della disciplina fiscale degli enti del ‘terzo settore’, particolarmente significativa con riferimento al regime previsto per le O.N.L.U.S. rispetto alla categoria tradizionale degli enti non commerciali¹⁶³.

3.1. *Determinazione del reddito negli enti non commerciali diversi dalle O.N.L.U.S. Requisito della non commercialità. Perdita della qualifica di ente non commerciale.*

La regola generale per la determinazione dei redditi degli enti non commerciali “è modellato sulla falsariga di quella dettata per le persone fisiche”¹⁶⁴, sulla base di una modalità “atomistica”¹⁶⁵ di quantificazione.

In questi termini si esprime l’art. 143 T.U.I.R. prevedendo che “il reddito complessivo degli enti non commerciali di

¹⁶² G. FALSITTA, A. FANTOZZI, G. MARONGIU, F. MOSCHETTI, *Commentario breve alle leggi tributarie*, a cura di A. FANTOZZI cit., p. 753. Si veda anche M. ANSELMO, *La fiscalità del terzo settore*, in AA.VV., *La fiscalità del terzo settore*, a cura di G. ZIZZO, cit., p. 208.

¹⁶³ A.M. PROTO, *La fiscalità degli enti non societari.*, cit., pp. 4-5.

¹⁶⁴ Si veda G. ZIZZO, *L’imposta sul reddito delle società*, in G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario. Parte speciale. Il sistema delle imposte in Italia*, cit., p. 592. L’Autore evidenzia, d’altra parte, come – diversamente dalle persone fisiche – nei confronti degli enti non commerciali non sia possibile individuare redditi di lavoro dipendente e di lavoro autonomo.

¹⁶⁵ L. CASTALDI, voce *enti commerciali e non commerciali*, *Enc. Giur. Treccani*, XVI Volume, Aggiornamento 2008, p. 1.

cui alla lettera c) del comma 1 dell'art. 73 è formato dai redditi fondiari, di capitale, di impresa e diversi, ovunque prodotti e quale ne sia la destinazione [...]. Il reddito complessivo è determinato secondo le disposizioni dell'art. 8»¹⁶⁶.

Venendo, nello specifico, all'individuazione delle attività imputabili alla categoria del redditi d'impresa, risulta cruciale la determinazione della commercialità o meno dell'ente¹⁶⁷.

A tale proposito, occorre ritornare alla previsione di cui all'art. 73, comma 1, *T.U.I.R.* che, come noto, statuisce espressamente quali tra i soggetti passivi *I.R.E.S.* elencati nella norma *de qua* siano contraddistinti dal requisito della commercialità¹⁶⁸.

Ora, se - come si è visto in precedenza - i soggetti passivi indicati alla lett. a) dell'art. 73, comma 1 – tra cui ricadono gli enti collettivi costituiti secondo i tipi delle società di

¹⁶⁶ Occorre, però, subito rilevare che, dato l'oggetto del presente lavoro, volto all'analisi delle interrelazioni tra forma giuridica e reddito d'impresa, è possibile soffermarsi solo sui profili inerenti l'individuazione e delimitazione dell'attività commerciale svolta dagli enti non commerciali, tralasciando la trattazione delle regole d'imputazione dei redditi collocati nelle altre categorie reddituali previste all'art. 143 *T.U.I.R.*

¹⁶⁷ Come evidenziato in dottrina, “l'inclusione nell'ambito del reddito d'impresa e non delle altre categorie di cui all'art. 6 del Testo Unico n. 917 del 1986, determina la classificazione commerciale dell'ente” (A.M. PROTO, *La fiscalità degli enti non societari.*, cit., p. 128). L'Autrice ulteriormente rileva che “solo per tali enti si pone quindi il problema di distinguere l'attività commerciale tanto da quelle istituzionali, non imponibili perché gestite con metodo non economico, tanto da quelle istituzionali che, pure imponibili, non influiscono sulla loro definizione”.

¹⁶⁸ M. ANSELMO, *La fiscalità del terzo settore*, in AA.VV., *La fiscalità del terzo settore*, a cura di G. ZIZZO, cit., pp. 209-210.

capitali - il requisito della commercialità è stabilito *ex lege*, la qualificazione circa la commercialità o meno degli enti non commerciali deve essere condotta sulla base dell'attività svolta, con riferimento alla natura dell'attività principale svolta¹⁶⁹.

Si tratta di un profilo significativo, in quanto permette di distinguere tra due categorie di soggetti passivi *I.R.E.S.* - gli enti commerciali di cui all'art. 73, comma 1, lett. b e gli enti non commerciali di cui alla successiva lett. c. - nei cui confronti trovano applicazione moduli impositivi radicalmente differenti: quello del reddito d'impresa per tutte le attività svolte dagli enti commerciali ed il modulo impositivo delle persone fisiche per gli enti non commerciali¹⁷⁰.

¹⁶⁹ F. CICOGNANI, *Profili tributari delle trasformazioni di società ed enti*, Torino, 2011, p. 313, dove si rileva che “per tali organizzazioni, la natura non commerciale dell'attività esclusiva o principale rileva in primo luogo ai fini della soggettività passiva di ente non commerciale, che l'art. 73, comma 1, lett. c., *t.u.i.r.* distingue faglie enti commerciali previsti dalla precedente lett. b).” Cfr. anche M. ANSELMO, *La fiscalità del terzo settore*, in AA.VV., *La fiscalità del terzo settore*, a cura di G. ZIZZO, cit., pp. 209-210; A.M. PROTO, *La fiscalità degli enti non societari.*, cit., p. 5.

¹⁷⁰ F. CICOGNANI, *Profili tributari delle trasformazioni di società ed enti*, cit., pp. 313-314, dove si mette in luce come “in virtù di tale distinzione la natura non imprenditoriale dell'attività principale rileva anche ai fini della determinazione delle base imponibile, che per tali enti – diversamente dalle società e dagli enti commerciali – deve aver luogo in base agli artt. 75, comma 1 e 143 ss. *t.u.i.r.* distinguendo quella relativa all'eventuale attività d'impresa esercitata in via non principale da quella relativa alle altre categorie reddituali che fiscalmente riflettono le attività istituzionali dell'ente.”

Ora, per portare a termine tale operazione di classificazione l'elemento centrale è rappresentato – come previsto all'art. 73, comma 1, lett. b e c - dalla qualificazione dell'oggetto esclusivo o principale dell'ente, quale modalità di discriminare tra natura commerciale e non commerciale¹⁷¹.

Più nello specifico, si tratta di un'analisi che deve essere condotta prendendo come punto di riferimento la previsione di cui all'art. 55, *T.U.I.R.*, quale norma di individuazione e classificazione del reddito d'impresa e, *a fortiori*, della commercialità dell'attività¹⁷².

Si tratta, però, di una nozione di commercialità i cui contorni, alla luce delle peculiarità che caratterizzano la categoria degli enti non commerciali, non sono uniformi, presentando profili di difformità, testimoniati dalla sussistenza di una serie di norme alcune delle quali “sono indirizzate all'intero genere degli enti non commerciali, altre alla specie degli enti non commerciali di tipo associativo, altre ancora alla sottospecie degli enti non

¹⁷¹ In tale senso, M. INTERDONATO, *Il regime fiscale dei consorzi tra imprenditori*, Milano, 2004, pp. 63 segg.

¹⁷² In questo senso A.M. PROTO, *La fiscalità degli enti non societari.*, cit., pp. 81 segg. dove si rileva come “la nozione di attività commerciale [...] non è difforme da quella generale dell'art. 2082 c.c., che fissa i requisiti necessari per l'acquisto della qualità d'imprenditore.”

Negli stessi termini, M. ANSELMO, *La fiscalità del terzo settore*, in AA.VV., *La fiscalità del terzo settore*, a cura di G. ZIZZO, cit., p. 210, dove si rileva come “il secondo passo, individuata l'attività principale, consiste nel determinare la natura commerciale o non commerciale alla luce [...] dell'art. 55 del *tuir*. Il fatto che un ente sia destinato a svolgere principalmente un'attività commerciale o meno è l'elemento più idoneo, agli occhi del legislatore, a differenziare il regime di rilevazione e misurazione del reddito [...]”.

commerciali di tipo associativo a carattere politico, sindacale e di categoria, religioso, culturale e sportivo, altre infine alle *O.N.L.U.S.*”¹⁷³.

Non solo, ma la definizione in negativo enucleata dal legislatore della categoria degli enti non commerciali¹⁷⁴ complica le cose nei casi in cui l’ente svolga molteplici attività, poiché diventa complesso determinare quale sia l’attività principale da un punto di vista sia quantitativo che qualitativo¹⁷⁵.

E’, infatti, elemento di non facile individuazione il requisito dell’attività principale e l’enucleazione dei fatti indice della ‘principalità’ dell’attività¹⁷⁶.

¹⁷³ Cfr. M. ANSELMO, *La fiscalità del terzo settore*, in AA.VV., *La fiscalità del terzo settore*, a cura di G. ZIZZO, cit., p. 203; G. ZIZZO, *L’imposta sul reddito delle società*, in G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario. Parte speciale. Il sistema delle imposte in Italia*, cit., p. 593.

¹⁷⁴ F. CICOGNANI, *Profili tributari delle trasformazioni di società ed enti*, cit., pp. 315-316 che evidenzia che il legislatore “mentre ha puntualmente delineato i criteri per individuare l’attività principale degli enti non societari, ha lasciato indeterminato il criterio in base al quale valutarne la natura commerciale”.

¹⁷⁵ Cfr. M. INTERDONATO, *Il regime fiscale dei consorzi tra imprenditori*, cit., pp. 65-69, per un’analisi approfondita del rapporto tra attività effettivamente svolta dall’ente ed attività indicata nell’atto costitutivo. Sulla medesima problematica si veda anche M. ANSELMO, *La fiscalità del terzo settore*, in AA.VV., *La fiscalità del terzo settore*, a cura di G. ZIZZO, cit., p. 213, che afferma che “più difficoltoso, invece, ma anche più frequente, è il caso di enti che esercitano molteplici attività, non necessariamente legate tra loro, indipendenti e di varia natura. In questi casi, l’attività da considerare dovrà essere quella principale”.

¹⁷⁶ M. ANSELMO, *La fiscalità del terzo settore*, in AA.VV., *La fiscalità del terzo settore*, a cura di G. ZIZZO, cit., p. 213, secondo cui la principalità deve essere “valutata dal punto di vista qualitativo, mentre non assume alcun rilievo l’elemento

In particolare, in dottrina e giurisprudenza si è dibattuto in ordine al rapporto tra criteri sostanzialistici, fondati sulla valorizzazione dell'attività effettivamente svolta dall'ente e criteri di carattere formale, legati a una verifica circa la mera corrispondenza dell'oggetto principale risultante dall'atto costitutivo o dallo statuto con finalità astrattamente compatibili con attività di tipo non commerciale¹⁷⁷.

Si tratta di una questione complessa che va risolta tenendo a mente che la disciplina fiscale del legislatore non tende tanto a verificare la meritevolezza dell'attività dell'ente non societario, sotto il profilo del pubblico interesse dello scopo statutario predeterminato dal legislatore¹⁷⁸, quanto ad attribuire il requisito della conformità “la funzione di

quantitativo, basato su un mero rapporto tra le entità dei proventi conseguiti mediante l'esercizio di diverse attività. Ciò significa che, poiché l'attività è ciò che l'ente svolge per perseguire il proprio scopo, è in relazione ad esso che bisogna verificare il primato di un'attività sulle altre.”

¹⁷⁷ In questo senso si veda M. INTERDONATO, *Il regime fiscale dei consorzi tra imprenditori*, cit., pp. 67-68, che si pone a favore di una linea sostanzialistica, seppure in chiave critica. In specie l'Autore rileva che “quando le attività effettivamente svolte [...] rientrano fra quelle descritte nell'atto costitutivo, non sorge evidentemente alcuna questione [...]. Il problema nasce invece quando l'attività effettivamente esercitata diverge dalle previsioni dell'atto costitutivo [...]. Se, infatti, la presenza dell'atto costitutivo o dello statuto [...] vincola l'Amministrazione finanziaria ad attenersi al loro contenuto, la stessa non potrà, comunque, ai fini qualificatori, valorizzare l'attività effettivamente esercitata [...]. Se, viceversa, si ritiene che la valutazione sostanziale prevalga in ogni caso su quella formale, allora la riqualificazione dell'ente in base all'attività effettivamente svolta sarà sempre possibile [...].”

¹⁷⁸ A.M. PROTO, *La fiscalità degli enti non societari*, cit., pp. 81-82.

accogliere nella nozione di attività non commerciale tutte quelle esercitate – quale che sia lo scopo statutario perseguito dall'ente – purché non indirizzate a quello produttivo, tipico dell'impresa”¹⁷⁹.

Dunque, più che al dato risultante dall'atto costitutivo o dallo statuto, deve darsi preminenza alla tipologia di attività effettivamente posta in essere dall'ente non societario¹⁸⁰.

Si tratta, in altre parole, della riaffermazione di un parallelismo con il modulo impositivo adottato nei confronti delle persone fisiche, dove, come visto, solo lo svolgimento di un'attività effettiva di tipo economico determina l'attrazione nel regime del reddito d'impresa.

D'altra parte, la centralità del criterio dell'effettività rispetto alla rilevanza dello scopo statutario previsto dall'ente non commerciale è indirettamente confermato dalla previsione di cui all'art. 149 *T.U.I.R.* in tema di perdita della qualifica di ente non commerciale.

Tale disposizione, infatti, prevede che, “indipendentemente dalle previsioni statutarie”, qualora il soggetto “eserciti prevalentemente attività commerciale per un intero periodo d'imposta” perda la qualifica di non commercialità¹⁸¹.

Come si è notato in dottrina, tale previsione, nella misura in cui colloca su un piano marginale la valenza del dato formale rappresentato dalle previsioni statutarie, implica

¹⁷⁹ A.M. PROTO, *La fiscalità degli enti non societari.*, cit., pp. 81-82.

¹⁸⁰ F. CICOGNANI, *Profili tributari delle trasformazioni di società ed enti*, cit., p. 316. Si veda anche A.M. PROTO, *La fiscalità degli enti non societari.*, cit., pp. 102-103, dove si rileva “la rilevanza dell'effettivo esercizio per gli enti non societari”.

¹⁸¹ M. INTERDONATO, *Il regime fiscale dei consorzi tra imprenditori*, cit., pp. 80-85.

una concezione di tipo sostanzialistico per quanto concerne la verifica dell'oggetto principale dell'ente non commerciale¹⁸².

Una verifica di tipo effettuale e concreto che, peraltro trova ulteriore conferma a mente dei parametri di tipo sussidiario enucleati dal comma 2 dello stesso art. 149 *T.U.I.R.*, ove è codificata una serie di elementi – di tipo quantitativo – al ricorrere dei quali la norma attribuisce valenza di presunzione di non commercialità dell'ente collettivo.

A opinione dello scrivente, tali argomentazioni confermano in maniera definitiva la preminenza di criteri di tipo effettuale e concreto rispetto ai dati formali, inerenti gli scopi statuari, scolpiti nelle previsioni statuarie dell'ente non commerciale.

Non paiono, in questo senso, condivisibili quelle posizioni teoriche che ritengono come il criterio dell'effettività debba rappresentare un dato solo susseguente e sussidiario rispetto alla qualificazione dell'ente, da condursi sulla base

¹⁸² M. INTERDONATO, *Il regime fiscale dei consorzi tra imprenditori*, cit., pp. 81-82, dove si rileva come “l'elemento qualitativo apparirebbe dunque recessivo rispetto all'elemento quantitativo che può condurre l'ente addirittura fuori dall'alveo degli enti non commerciali. La sensazione trova indubbio conforto nell'inciso ‘indipendentemente dalle previsioni statuarie’ che sembra appunto porsi in antitesi all'art. 73 *T.U.I.R.* laddove, al fine di individuare l'attività essenziale, si richiamano ‘gli scopi primari indicati dalla legge, dall'atto costitutivo o dallo statuto’. Lo statuto e l'atto costitutivo, importanti nel dettato dell'art. 73 *T.U.I.R.* per il riconoscimento dello status di ente non commerciale, perderebbero di fatto ogni rilevanza ai fini della qualificazione dell'ente se le relative previsioni contrastassero con parametri quantitativi di ‘prevalenza’.

di un'analisi di tipo formale in forza del disposto dell'art. 73, *T.U.I.R.*¹⁸³.

Non si vuole, con questo, negare l'importanza del requisito previsto dall'art. 73, comma 4, *T.U.I.R.* laddove delinea una previsione generale per l'enucleazione dell'oggetto principale degli enti assoggettati ad *I.R.E.S.*¹⁸⁴.

Piuttosto, si ritiene opportuno ribadire, come già si è avuto modo di accennare, che il dato statutario costituisce elemento utile nell'ottica del legislatore non tanto quale disposizione di selezione e classificazione in ordine alla commercialità o meno dell'ente, quanto, piuttosto, quale riaffermazione della "libertà di perseguire il fine scegliendo le attività ritenute più idonee [...] temperata dall'esigenza più generale di impedire che la forma non societaria venga utilizzata per l'esercizio di qualsivoglia attività, anche del tutto estranea rispetto al fine statutario"¹⁸⁵.

In ultimo, anche la questione – di difficile risoluzione – in merito all'individuazione dei confini della nozione di economicità rilevante quale espressione di attività commerciale costituisce esempio della marginalità dei

¹⁸³ Su tale posizione, ad esempio, si colloca M. INTERDONATO, *Il regime fiscale dei consorzi tra imprenditori*, cit., pp. 84-85, dove si rileva come "non si può infatti dimenticare che le norme di cui all'art. 73, comma 4 e all'art. 149 *T.U.I.R.* operano su piani diversi, pur avendo entrambe funzione qualificatoria. Entrambe contribuiscono a definire l'ente non commerciale (e, in modo complementare, l'ente commerciale) ma, mentre la prima opera dall'esterno del sistema di norme dedicato appunto agli enti non commerciali, la seconda opera dall'interno di esse come requisito di uscita dalla categoria di tali enti."

¹⁸⁴ M. INTERDONATO, *Il regime fiscale dei consorzi tra imprenditori*, cit., p. 72.

¹⁸⁵ A.M. PROTO, *La fiscalità degli enti non societari*, cit., pp. 81-82.

profili legati alla forma delle previsioni statutarie nell'ambito dell'analisi degli elementi di imprenditorialità dell'ente non commerciale¹⁸⁶.

A tale proposito, si è già sostenuto in precedenza che, da un lato, il criterio dell'economicità rappresenti – già in diritto commerciale – un elemento centrale della nozione di impresa quale elemento essenziale della definizione di imprenditore ai sensi dell'art. 2082 c.c. e da un altro lato, che, tuttavia, vi sia disaccordo in merito all'esatta delineazione del contenuto di tale concetto.

In specie, tale problema si ripropone con riguardo agli enti non commerciali atteso che per parte della dottrina già il solo svolgimento di un'attività sulla base di un metodo di stampo economico legittimerebbe una ricomprensione dell'attività nell'alveo della commercialità¹⁸⁷.

Secondo tale teorica, nei casi di gestione in pareggio da parte dell'ente non commerciale ci si troverebbe di fronte a un'attività economica e, pertanto, i redditi prodotti che derivino da tale gestione – anche se non distribuiti - dovrebbero essere qualificati e sottoposti a tassazione secondo le regole previste per i redditi d'impresa, con evidenti ricadute in tema di qualificazione della commercialità dell'ente.

¹⁸⁶ Si tratta, peraltro, di un profilo di indubbia importanza atteso che, come visto, alla prevalenza dello svolgimento di un'attività di tipo commerciale l'art. 149 *T.U.I.R.* ricollega la perdita della qualifica di ente non commerciale.

¹⁸⁷ A.M. PROTO, *La fiscalità degli enti non societari.*, cit., pp. 108 segg., dove si espone che “una diversa elaborazione chiarisce invece che l'attività d'impresa deve essere indirizzata al fine produttivo, ma deve essere anche svolta secondo un metodo economico: la economicità del metodo si aggiunge, pertanto, a quella del fine.”

Altra dottrina¹⁸⁸, in senso differente, si è orientata a considerare elemento primario il concetto di corrispettività, teso ad un'effettiva creazione di nuova ricchezza, escludendo, quindi, dal campo della commercialità tutte le attività che non sono indirizzate “al conseguimento di un margine di profitto”¹⁸⁹.

Secondo tale linea interpretativa, quindi, potrebbe verificarsi la situazione in cui, pur in presenza di attività principali astrattamente riconducibili nel novero dei redditi d'impresa *ex art. 55 T.U.I.R.*, non dovrebbe darsi attuazione al modulo impositivo del reddito d'impresa in considerazione delle modalità concrete di gestione dell'ente, non orientate a una creazione di nuova ricchezza, ma a una mera gestione economica che pareggi i costi con le entrate¹⁹⁰.

Minori dubbi paiono, invece, sollevare le differenti situazioni ove le attività svolte dall'ente non commerciale si situano fuori dall'ottica di mercato.

In tali casi, infatti, tra cui ricadono le ipotesi delle cessioni di beni o servizi in mancanza di corrispettivo oppure in cui i corrispettivi non coprono del tutto i costi di gestione o di produzione, pare meno difficile ritenere certa

¹⁸⁸ A.M. PROTO, *La fiscalità degli enti non societari.*, cit., p. 108, dove si espone che “parte della dottrina sostiene che attività economica ed attività produttiva sono equivalenti, riconducendole ad un'unica nozione. Per attività economica s'intende quella diretta alla creazione di nuove utilità, nel senso di nuova ricchezza, che può anche consistere in un incremento di valore dei beni già esistenti.”

¹⁸⁹ G. FALSITTA, A. FANTOZZI, G. MARONGIU, F. MOSCHETTI, *Commentario breve alle leggi tributarie*, a cura di A. FANTOZZI cit., p. 729.

¹⁹⁰ Su tali questioni si rinvia a A.M. PROTO, *La fiscalità degli enti non societari.*, cit., pp. 110 segg.

l'insussistenza di un'effettiva attività economica, anche solo orientata al perseguimento di un metodo economico¹⁹¹.

3.2. La strutturale diversità delle O.N.L.U.S. e la conferma dell'irrilevanza della forma.

Si è accennato in precedenza alla frammentazione della disciplina in tema di enti 'no-profit', rivelandosi che, negli ultimi anni, alla categoria tradizionale degli enti non commerciali, si fosse aggiunto un *corpus* normativo autonomo di regolamentazione delle *O.N.L.U.S.*¹⁹².

Senza volere in questa sede approfondire i complessi rapporti tra la generale categoria degli enti non commerciali e le *O.N.L.U.S.*¹⁹³, è opportuno porre in luce come, anche con riferimento a tali ultime figure soggettive, il legislatore abbia ritenuto irrilevante il dato formale insito nella forma giuridica prescelta dall'ente collettivo, per dare spazio a requisiti di matrice sostanzialistica.

Infatti, come noto, la disciplina in esame prevede “la

¹⁹¹ A.M. PROTO, *La fiscalità degli enti non societari.*, cit., p. 112, dove si rileva come “la gestione economica è solo quella informata alla produzione di una nuova ricchezza. Il pagamento di una somma di denaro a fronte dell'esercizio di una determinata attività non è quindi ritenuto sufficiente per l'integrazione del metodo economico”.

¹⁹² Su cui, in particolare, A.M. PROTO, *La fiscalità degli enti non societari.*, cit., pp. 276 segg.; M. ANSELMO, *La fiscalità del terzo settore*, in AA.VV., *La fiscalità del terzo settore*, a cura di G. ZIZZO, cit., pp. 208.

¹⁹³ Cfr. A.M. PROTO, *La fiscalità degli enti non societari.*, cit., pp. 309 segg.

irrilevanza della classificazione degli enti collettivi soggettivamente idonei all'attribuzione della qualifica di *O.N.L.U.S.* [...]”¹⁹⁴. In sostanza, anche la disciplina in tema di *O.N.L.U.S.*, nella misura in cui attribuisce centralità ai parametri della finalità non lucrativa – delimitati espressamente dalla stessa disciplina di legge – correlati a una previsione di vincolatività e divieto di distribuzione degli eventuali utili prodotti nel corso dell'attività della *O.N.L.U.S.*, delinea un progressivo allontanamento della rilevanza della forma giuridica adottata dall'ente collettivo per l'espletamento della propria attività¹⁹⁵.

Tale impostazione, peraltro, si pone in continuità con la logica di neutralità della forma giuridica che si è descritta in precedenza con riferimento alla disciplina di diritto commerciale.

Si è, infatti, evidenziato come – anche con riferimento ai tipi societari tradizionalmente considerati di stampo commerciale – si è radicata una concezione secondo cui non sia necessario, né implichi violazione della disciplina societaria prevista per il tipo societario prescelto, la mancanza dello scopo di lucro dell'attività.

Si delinea, così, un complessivo sistema caratterizzato dalla contemporanea presenza di due tipologie soggettive, rispetto alle quali costituisce elemento non significativo la forma tipologica prescelta, mentre diventa decisivo l'esercizio di un'attività effettiva espletata oppure – per quanto riguarda le *O.N.L.U.S.* – lo svolgimento di un'attività nell'ambito di quelle codificate dal legislatore.

Da un lato, si collocano le *O.N.L.U.S.*, caratterizzate

¹⁹⁴ A.M. PROTO, *La fiscalità degli enti non societari.*, cit., p. 311.

¹⁹⁵ A.M. PROTO, *La fiscalità degli enti non societari.*, cit., pp. 310-311.

dall'assenza di lucro soggettivo seppur in presenza di un'attività anche commerciale potenzialmente volta a generare un lucro oggettivo¹⁹⁶; da un altro lato, si collocano, invece, gli enti non commerciali prima descritti, strutturalmente contraddistinti dalla marginalità di eventuali attività di tipo commerciale, anche se operano commercialmente con l'obiettivo tendenziale, di raggiungere il pareggio tra costi e ricavi sulla base di un metodo economico non improntato alla produzione di alcun lucro di tipo oggettivo¹⁹⁷.

4. *Prime conclusioni: la crisi del principio di attrazione.*

Quanto si è innanzi messo in luce in merito all'analisi della

¹⁹⁶ M. ANSELMO, *La fiscalità del terzo settore*, in AA.VV., *La fiscalità del terzo settore*, a cura di G. ZIZZO, cit., pp. 208.

¹⁹⁷ In tale senso A.M. PROTO, *La fiscalità degli enti non societari.*, cit., p. 311, dove si rileva come “la disciplina delle *O.N.L.U.S.*, lungi dal definire una sottocategoria degli enti non commerciali, sottolinea invece la loro indipendenza dalla classificazione effettuata ai sensi dell'art. 87 [oggi art. 73 *T.U.I.R.*]. La disciplina di carattere generale, infatti, valorizza la natura dell'attività principale, svalutando l'esistenza di un risultato positivo della gestione e della sua destinazione, che non incidono sulle regole impositive. La nuova tendenza legislativa in tema di regimi di favore, invece, attribuisce rilievo alla destinazione del risultato delle attività svolte, che suppone la sua esistenza e che incide sulla disciplina applicabile. La nuova figura soggettiva, pertanto, può svolgere attività commerciale anche in via principale o istituzionale. Di conseguenza, non solo la natura dell'attività principale, ma anche quella dell'ente, non rappresenta un ostacolo per l'attribuzione della qualifica di *O.N.L.U.S.* e quindi per l'applicazione del regime di agevolazione.”

disciplina fiscale degli enti non commerciali permette di concludere che, anche in tale ipotesi, l'ordinamento non si accontenta di un'analisi fondata sulla mera previsione statutaria circa la commercialità o meno dell'oggetto sociale ivi indicato, ma richiede un'analisi in concreto, fondata sulla verifica circa l'effettivo svolgimento di un'attività di carattere commerciale.

Peraltro, come si è avuto modo di vedere, a fronte di una discrepanza tra l'oggetto di stampo non commerciale e l'effettiva attività svolta, il legislatore collega la previsione di una immediata riqualificazione della natura dell'ente, riconducendolo, ai sensi dell'art. 149 *T.U.I.R.*, alla categoria dell'ente commerciale i cui redditi ricadono nell'alveo della categoria del reddito d'impresa.

Non solo, ma si è anche dimostrato *ante*, come la presunzione di commercialità fondata sulla sola sussistenza della forma giuridica presenti profili problematici di non poco momento.

La presunzione determina, in primo luogo, un risultato difficilmente giustificabile in chiave sistematica in quanto, a fronte della riconduzione del reddito nella medesima categoria – quella del reddito d'impresa – ed in costanza dell'applicazione delle medesime regole circa la quantificazione del reddito complessivo, divergono, in chiave soltanto soggettiva, i presupposti applicativi: il criterio dell'effettività degli atti per gli imprenditori persone fisiche e per gli enti non commerciali; quello della forma giuridica per le sole società di stampo commerciale.

In secondo luogo la presunzione di commercialità fondata sul tipo societario presenta il fianco a critiche anche in considerazione dei mutamenti intervenuti in sede civilistica nel corso degli ultimi anni, che implicano una generale neutralità della forma giuridica prescelta quale

strumento atto a soddisfare molteplici esigenze degli operatori economici volte non solo alla ricerca del profitto. Tali criticità, in ultimo, appaiono confermate dal fatto che il legislatore nel corso degli ultimi anni, con normative di carattere settoriale, ha progressivamente riconosciuto che anche forme giuridiche diverse dai tipi societari commerciali possono svolgere attività di stampo commerciale.

- CAPITOLO IV -

LA NECESSITÀ DI RICERCARE UN CRITERIO ULTERIORE CHE PERMETTA DI INDIVIDUARE L'ESISTENZA DEL REDDITO D'IMPRESA, POTENZIALMENTE APPLICABILE A TUTTI GLI ENTI COLLETTIVI, INDIPENDENTEMENTE DALLA FORMA GIURIDICA E DALL'OGGETTO SOCIALE.

Le considerazioni esposte nei paragrafi precedenti hanno evidenziato come il sistema tributario, ancorato, ai sensi degli artt. 6, comma 3 e 73, comma 1 del *T.U.I.R.* al principio di automatica riconduzione *ex lege* di ogni entrata economica prodotta dagli enti societari commerciali nell'alveo del reddito d'impresa, presenti alcune criticità sotto il profilo della coerenza rispetto al complessivo sistema della tassazione del reddito d'impresa. Non è inutile, pertanto, valutare l'opportunità di un processo di riconsiderazione in chiave sistematica.

E', in questo senso, necessario verificare se sia possibile individuare un modello alternativo che permetta di rappresentare con più pienezza - rispetto al criterio del collegamento in forza della forma giuridica - il profilo distintivo che caratterizza gli enti collettivi commerciali rispetto alle altre figure di enti collettivi.

La questione è indubbiamente di non semplice risoluzione e – come si è avuto modo di dimostrare - non ha trovato appigli normativi nell'ambito del diritto interno che possano permettere di formulare conclusioni di rilievo.

Di conseguenza, risulta necessario volgersi alle fonti offerte dal diritto dell'Unione Europea per approfondire se sia possibile enucleare, grazie al prisma interpretativo derivante dall'applicazione di tale disciplina, indicazioni utili per l'operatore interno. Indicazioni, in altre parole, in grado di offrire criteri innovativi per individuare l'esistenza del reddito d'impresa nelle formazioni di stampo collettivo, abbandonando i rigidi criteri formalistici di cui agli artt. 6 e 73 *T.U.I.R.*.

A tale riguardo, la ricerca muoverà dall'analisi della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea in tema di aiuti di stato, soffermandosi, in particolare, sulle pronunce che hanno avuto ad oggetto la materia delle fondazioni bancarie e delle cooperative italiane. Lo scopo è di valutare se sia possibile delineare una nozione di impresa ai fini tributari, indipendente dalla rilevanza del criterio della forma giuridica.

La ricerca proseguirà, poi, con riferimento alla disciplina in materia di IVA, ove, pure, vi è un utilizzo significativo del concetto di attività economica.

L'indagine verrà condotta prendendo a riferimento la copiosa giurisprudenza prodotta nel corso degli anni dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea in tema di neutralità, esercizio di un'attività economica e prestazioni meramente occasionali in campo IVA¹⁹⁸.

In via conclusiva, si tenterà di offrire, in chiave di tentativo, alcune riflessioni in merito alla valenza della nozione di attività economica quale categoria distintiva ed unitaria della nozione di impresa sia in diritto commerciale

¹⁹⁸ Per un primo approfondimento della disciplina di diritto dell'Unione Europea in materia di IVA si veda B.J.M. TERRA, P.J. WATTEL, *European tax law*, Kluwer Law International, 2012, 305 segg.

che in diritto tributario, evidenziandosi come tale nozione non costituisca una mera peculiarità della materia degli aiuti di stato, ma assuma valenza generale, quale criterio distintivo del fenomeno imprenditoriale nell'ambito del diritto tributario e commerciale a dimostrazione di un *trend* teso alla svalutazione della forma giuridica e volto all'affermazione di criteri sostanzialistici.

1. *Brevi cenni generali in tema di aiuti di stato in materia fiscale.*

La disciplina di diritto dell'Unione Europea in materia di concorrenza trova applicazione sia nei confronti delle imprese – agli artt. 101-105 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (*T.F.U.E.*) – sia rispetto agli Stati membri per quanto concerne, in particolare, le misure di aiuti pubblici a favore delle imprese ai sensi degli artt. 107-109 *T.F.U.E.*¹⁹⁹.

¹⁹⁹ Si vedano, in materia di aiuti di stato, *ex multis* AA.VV., *Agevolazioni fiscali e aiuti di stato*, a cura di M. INGROSSO, F. TESAURO, Napoli, 2009; M. BIONDI, *Gli aiuti di stato*, in *La concorrenza*, a cura di A. FRIGNANI, R. PARDOLESI, Torino, 2006, pagg. 447 segg.; C. BLUMANN, *L'emergence de l'exemption catégorielle en matière d'aides d'Etats*, in *Revue du marché commun et de l'Union Européenne*, 1999, pp. 319 segg.; AA.VV., *The law of State Aid in the European Union*, a cura di M. BIONDI, A. EECKHOUT, J. FLYNN, Oxford, 2004; R. LUJA, *State aid and financial crisis: overview of the crisis framework*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2009, pp. 145 segg.; O. PORCHIA, *Il procedimento di controllo degli aiuti pubblici alle imprese: tra ordinamento comunitario ed ordinamento interno*, Napoli, 2001; C. QUIGLEY, *European State Aid Law and Policy*, Oxford-Portland-Oregon, 2009; G.M. ROBERTI, *Gli aiuti di stato*

Venendo a tale seconda fattispecie, rilevante ai fini del presente lavoro, relativa agli aiuti concessi dagli Stati membri in favore delle imprese, occorre evidenziare fin da subito come l'art. 107 T.F.U.E. preveda una generale incompatibilità di ogni forma di aiuto che venga concessa da parte dello Stato “ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune

nel diritto comunitario, Padova, 1997; AA.VV., *Concorrenza e Aiuti di Stato*, a cura di A. SANTA MARIA, Torino, 2006; G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2010; E. MOAVERO MILANESI, *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Napoli, 2005; A.M. MATEUS, *The current financial crisis and State Aid in the EU*, in *European competition journal*, 2009, pp. 1-18; J. WINTER, *Redefining the notion of State Aid in Article 87(1) of the EC Treaty*, in *Common Market Law Review*, 2004, 2, pp. 475 segg.; W. SCHÖN, *Special charges – a gap in European competition law?*, disponibile all'indirizzo <http://ssrn.com/abstract=1603760> (ultimo accesso il 03.07.2014); Id., *Taxation and state aid law in the European Union*, in *Common Market Law Review*, 36, 1999, pp. 911 segg.; M. STAES, *The combined application of the fundamental freedoms and the EU State aid rules: in search of a way out of the maze*, in *Intertax*, 2014, 42, 2, pp. 106 segg.; L. SALVINI, *Aiuti di stato in materia fiscale*, Padova, 2007; P. LAROMA JEZZI, *Gli aiuti fiscali: i poteri del giudice nazionale e la nozione di impresa tra diritto tributario e diritto comunitario della concorrenza*, in *Rass. trib.*, 2004, pp. 1073 segg.; FONTANA, *Gli aiuti di Stato di natura fiscale*, cit.; S. STEVENS, *Tax aid to public and social enterprises: a collision between competition and public policy*, in *EC Tax Review*, 3, 2014, pp. 149 segg.; A. CORDEWENER, *Asymmetrical tax burdens and EU state aid control*, in *EC Tax Review*, 6, 2012, pp. 288 segg.; M. GREGGI, *Regime fiscale delle ristrutturazioni bancarie e aiuti di Stato: il caso BNP Paribas-BNL sotto la lente del Tribunale UE*, in *Rass. trib.* 2011, pp. 1082 segg.; J. WATTEL, *Forum: interaction of State aid, free movement, policy competition and abuse control in direct tax matters*, in *World Tax Journal*, Febbraio, 2013, pp. 128 segg.

produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza [...] nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri”²⁰⁰.

Dalla lettura della disposizione in questione, così come interpretata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, si evince come la verifica circa la legittimità o meno dell’aiuto concesso dagli Stati membri insista su quattro fattori che, cumulativamente, devono ricorrere affinché si possa giudicare l’aiuto come illegittimo. La giurisprudenza svolge la verifica in questione sulla base di un approccio effettuale²⁰¹.

²⁰⁰ Art. 107, *TFUE*.

²⁰¹ O. PORCHIA, voce *Aiuti di Stato*, in *Dig. disc. pubbl*, IV Aggiornamento, Torino, 2010, pp. 1 segg.

In specie, tali requisiti consistono in: a) la misura adottata deve implicare un trasferimento di risorse statali che determini un onere per lo Stato membro; b) la misura agevolativa deve determinare un vantaggio economico di cui, altrimenti, l’impresa - pubblica o privata - non sarebbe stata in grado di beneficiare; c) l’aiuto pubblico deve caratterizzarsi sotto il profilo della selettività, cioè deve essere rivolto specificamente a determinate imprese o settori produttivi, senza, quindi, dare luogo ad una misura di carattere generale applicabile a tutte le imprese e a tutti i settori economici dello Stato membro; d) la misura in questione deve determinare un effetto tale da mettere a rischio, almeno potenzialmente, la concorrenza e gli scambi tra gli Stati membri. Si vedano, a tale riguardo, O. PORCHIA, voce *Aiuti di Stato*, cit., pp. 4 segg.; C. FONTANA, *Gli aiuti di Stato di natura fiscale*, cit., pp. 40 segg.

Per quanto concerne, invece, l’analisi posta in essere da parte della Corte di Giustizia occorre notare come essa tenda a non distinguere “*gli interventi a seconda della loro causa e del loro scopo, m li definisce in funzione dei loro effetti*” (sentenza della Corte di Giustizia, Francia c. Commissione, C-251/97, 5.10.1999), senza, quindi, attribuire rilevanza alle finalità perseguite dallo Stato membro ed alla situazione economica del beneficiario dell’aiuto.

2. La nozione di impresa rilevante in materia di concorrenza nel diritto dell'Unione Europea.

Poste queste premesse di carattere generale, occorre soffermarsi sulla nozione di impresa che è stata nel tempo enucleata dagli interventi della Corte di Giustizia in materia di aiuti di stato²⁰².

La questione rileva ai fini della presente ricerca dal momento che permette di mettere in luce quali siano gli elementi distintivi della nozione di impresa ai fini della disciplina sugli aiuti di Stato, consentendo di valutare, in controtuce, gli aspetti problematici della nozione di diritto italiano, caratterizzata, come visto, da criteri di stampo formalistico e basati sulla forma giuridica dell'ente collettivo.

A tale riguardo, occorre fin da subito evidenziare che, in considerazione del fatto che i Trattati non offrono alcuna definizione di imprenditore, la Corte di Giustizia ha assunto un ruolo centrale nel cercare di enucleare una

²⁰² Tale problematica costituisce profilo centrale in quanto le disposizioni dei Trattati in materia di aiuti di Stato trovano applicazione solo qualora la misura agevolativa sia stata concessa in capo ad un'impresa. A tale riguardo, infatti, si evidenzia in dottrina come “state aid rules apply to undertakings only. If tax schemes for public bodies or NPOs are evaluated, first it must be assessed whether the entity involved has an undertaking. It is possible that an entity has more than one activity but that only one or none of these activities qualify as an undertaking. If none of these activities qualify as an undertaking, the competition rules including the State aid rules are not applicable.” (S. STEVENS, *Tax aid to public and social enterprises: a collision between competition and public policy.*, cit., p. 151).

nozione autonoma rispetto alle molteplici e disomogenee elaborazioni vigenti nei diversi Stati membri²⁰³.

In specie, l'elaborazione giurisprudenziale della Corte, originariamente tesa a definire l'impresa quale "complesso unitario di elementi personali, materiali e immateriali facenti capo ad un soggetto giuridico autonomo e diretto in modo durevole al perseguimento di uno scopo economico"²⁰⁴, si è progressivamente incentrata sui profili concernenti la sussistenza di un'attività economica svolta sul mercato con modalità di autonomia ed indipendenza rispetto ad altri soggetti²⁰⁵.

Si evince da ciò come nell'ambito della disciplina sugli aiuti di stato la nozione di impresa che viene assunta al centro del sistema trovi nell'esercizio di un'attività economica l'elemento dirimente, "a prescindere dalla sua

²⁰³ AA.VV., *La concorrenza*, a cura di A. FRIGNANI, R. PARDOLESI, cit., pp. 7-8, dove gli Autori evidenziano come "il Trattato [...] non delinea una definizione di imprenditore. La scelta del legislatore comunitario, dettata da una sostanziale disomogeneità tra le definizioni vigenti nei diversi stati membri, ha indirettamente conferito all'attività del giudice comunitario (e secondariamente alla Commissione) un ruolo cruciale nell'elaborazione della nozione di impresa. La matrice prevalentemente giurisprudenziale di tale elaborazione ha favorito l'abbandono di ogni pretesa di qualificazione astratta; è, dunque, la casistica a tracciare i criteri interpretativi per qualificare un soggetto operante sul mercato come imprenditore ai fini dell'applicazione degli artt. 81 ss. del Trattato".

²⁰⁴ Sentenza della Corte di Giustizia, *Mannesmann*, C-19/61, 13 luglio 1962.

²⁰⁵ Su tali elementi, infatti, si veda la sentenza della Corte di Giustizia *Höfner c. Macroton GmbH*, C-41/90, 23 aprile 1991, dove si è affermato che per impresa deve intendersi "qualsiasi entità che esercita un'attività economica a prescindere dal suo status giuridico e dalle sue modalità di finanziamento".

forma giuridica e dalle modalità di finanziamento”²⁰⁶. Diventa, pertanto, importante, interrogarsi sulla concezione di economicità che viene presa quale modello di riferimento per l’attività dell’impresa²⁰⁷.

La concezione di economicità accolta dalla Corte di Giustizia si presenta particolarmente ampia, dal momento che ricomprende ogni tipologia di attività economica volta allo scambio di beni e servizi, indipendentemente dalla ricerca di uno scopo di lucro²⁰⁸.

Tale concezione, in particolare, ha permesso nel corso del tempo di attrarre nell’alveo della disciplina degli aiuti di stato una serie di soggetti che di per sé non pongono in essere attività caratterizzate dalla ricerca di un lucro soggettivo, ma che risultano, piuttosto, improntate al perseguimento di un’attività con metodi di stampo economico – in un’ottica di mercato - e non meramente informati a criteri di carattere solidaristico²⁰⁹.

²⁰⁶ AA.VV., *La concorrenza*, a cura di A. FRIGNANI, R. PARDOLESI, cit., p. 8.

²⁰⁷ Si vedano, a tale riguardo, le sentenze della Corte di Giustizia *Soc. Cisal c. Inail*, C-218/00, 22 gennaio 2002; *Job centre coop. a.r.l.*, C-55/96, 11 dicembre 1997 e la sentenza del Tribunale di primo grado, *Federaciòn Nacional Empresas Instrumentaciòn*, T-319/99, 4 marzo 2003. In dottrina, si veda P. CERBO, *Il principio di economicità nella nozione di impresa e nella pubblica amministrazione*, in *Foro it.*, 2003, IV, pp. 332 segg.;

²⁰⁸ Si vedano, in tal senso, le sentenze della Corte di Giustizia, *Maatschappij Drijvende Bokken BV*, C-219/97, 21 settembre 1999; *Fédération française sociétés assurance c. Ministère agriculture et pêche*, C-244/94, 16 novembre 1995.

²⁰⁹ “It is possible that an entity engages in several different activities that may be in part economic and non-economic in nature, and must therefore be analyzed separately. The classification as an undertaking therefore depends entirely on the nature of the activities. The status of the entity under national law

Il quadro tracciato alla stregua di questa interpretazione giurisprudenziale ha determinato conseguenze di rilievo non solo nei confronti degli enti di stampo non commerciale - come si avrà modo di argomentare alla luce delle problematiche che hanno riguardato le fondazioni bancarie – ma, più in generale, anche a riguardo del complesso e multiforme settore pubblico²¹⁰.

Infatti, la distinzione fondata sul criterio dell'economicità implica la sottoposizione al regime degli aiuti di stato di tutte quelle forme di gestione di servizi pubblici improntate non meramente a finalità sociali come, ad esempio, è stato il caso dei regimi previdenziali fondati su “principi di capitalizzazione in presenza di un nesso diretto tra l'ammontare dei versamenti e quello delle prestazioni”²¹¹.

La giurisprudenza, peraltro, nell'analisi circa l'imprenditorialità o meno dell'attività svolta da un dato

is not decisive. The application of the State aid rules does not depend on whether the entity is set up to generate profits. Also NPOs can offer goods and services on a market.” (S. STEVENS, *Tax aid to public and social enterprises: a collision between competition and public policy.*, cit., p. 152).

²¹⁰ Per un primo inquadramento delle questioni che interessano il settore pubblico in relazione alla disciplina degli aiuti di stato si vedano S. STEVENS, *Tax aid to public and social enterprises: a collision between competition and public policy.*, cit., pp. 149 segg.

²¹¹ Si veda, a tale proposito, la pronuncia della Corte di Giustizia, *Fédération française sociétés assurance c. Ministère agriculture et pêche*, C-244/94, 16 novembre 1995 ed il diverso caso della Corte di Giustizia, *Poucet e Pistre*, C-159/91 e C-160/91, 17 febbraio 1993, dove, invece, la Corte ha ritenuto che l'ente di gestione francese di assicurazione sociale per malattia e vecchiaia non ricadesse nella nozione comunitaria di impresa in considerazione del fatto che non vi era un diretto nesso tra i contributi versati da parte dei lavoratori attivi con le pensioni erogate dall'ente.

ente non si limita solamente a una verifica circa le concrete modalità di svolgimento – se improntate a finalità sociali oppure volte a conseguire almeno un pareggio dei costi sostenuti – quanto, piuttosto, attribuisce rilevanza centrale al “condizionamento esercitato dalle finalità sociali sulla possibilità di individuare, in riferimento ad un dato settore, un mercato cui in astratto possano partecipare anche soggetti privati”²¹².

3. *L'irrelevanza della forma giuridica adottata: cenni generali.*

I profili appena tracciati devono, a questo punto, essere ulteriormente specificati per quanto riguarda il rilievo della forma giuridica.

A tale proposito, infatti, si evince dall'approccio adottato dalla Corte in molteplici sentenze²¹³, come l'elemento

²¹² AA.VV., *La concorrenza*, a cura di A. FRIGNANI, R. PARDOLESI, cit., p. 10. Tali Autori, infatti, partendo dall'analisi della giurisprudenza della Corte – in particolare i casi *Höfner* (sentenza della Corte di Giustizia, *Höfner c. Macroton GmbH*, C-41/90, 23 aprile 1991) ed *Inail* (sentenza della Corte di Giustizia, C-218/00, 22 gennaio 2002), rilevano come “si giunge a sovrapporre la nozione di imprenditore con quella di mercato, stante la necessità di verificare al fine di qualificare come economica una determinata attività, la sua capacità di incidere sul mercato”. Si veda anche, a tale riguardo, P. CERBO, *Il principio di economicità nella nozione di impresa e nella pubblica amministrazione*, cit., p. 332.

²¹³ Si vedano le sentenze della Corte di Giustizia *Consorzio Industrie Fiammiferi*, C-198/01, 9 settembre 2003; *Arduino c. Soc. Riunione Adriatica Sicurtà*, C-35/99, 19 febbraio 2002; *Pavlov*, C-

della forma giuridica prescelta per operare sul mercato non costituisca un elemento dirimente nella valutazione operata dalla Corte circa il carattere imprenditoriale o meno dell'ente²¹⁴.

Ciò implica che unico criterio valevole per individuare l'imprenditorialità di un dato operatore economico consista nell'economicità dell'attività di scambio di beni e servizi e nell'individuazione di un mercato in cui potrebbero astrattamente operare anche soggetti privati.

Quanto appena evidenziato risulta ulteriormente approfondito nella giurisprudenza della Corte di Giustizia con riferimento all'applicazione della disciplina degli aiuti di stato in relazione ai gruppi di impresa.

Infatti, confermando il principio della svalutazione della qualificazione giuridica dell'ente, la giurisprudenza ha ritenuto che, malgrado la formale separazione societaria attribuita dal principio della personalità giuridica ai diversi enti collettivi appartenenti ad un medesimo gruppo d'impresе, dovesse darsi prevalenza a una considerazione unitaria del gruppo in costanza di legami economici e

180/98 e C-184/98, 12 settembre 2000; *Wouters*, C-309/99, 19 febbraio 2002.

²¹⁴ AA.VV., *La concorrenza*, a cura di A. FRIGNANI, R. PARDOLESI, cit., pp. 11-12 dove si afferma come “dall'adozione dell'approccio funzionale consegue [...] l'irrilevanza della qualificazione giuridica del soggetto che opera sul mercato. Alla luce di tale rilievo sono stati considerati imprenditori soggetti tradizionalmente distanti da questa figura come: le federazioni sportive, le cooperative commerciali e agricole, i consorzi, gli ordini professionali, nonché le persone fisiche (quali spedizionieri doganali; medici e avvocati)”.

contrattuali di carattere stretto tra le varie società del gruppo²¹⁵.

Tale ultimo profilo, peraltro, permette di evidenziare in anticipo un elemento che caratterizza le pronunce della Corte in tema di fondazioni bancarie.

Infatti, in forza del principio di unità economica, la disciplina degli aiuti di stato può essere estesa anche nei confronti di quegli enti che, pur svolgendo un'attività di carattere economico tale da influenzare direttamente un'impresa – nel caso delle fondazioni bancarie si avrà modo di evidenziare che tale influenza si traduceva in un controllo azionario e gestionale nei confronti delle società partecipate - tuttavia non operano nel mercato di riferimento²¹⁶.

Posti questi brevi cenni generali in relazione alla concezione di impresa, occorre soffermarsi su due pronunce recenti – in materia di fondazioni bancarie e cooperative italiane - che, sotto due angolazioni diverse, offrono spunti interessanti in merito all'ambito di applicazione del concetto di impresa in diritto dell'Unione Europea e delineano una nozione di impresa ai fini tributari, indipendente dalla rilevanza del criterio della forma giuridica o dell'oggetto sociale.

²¹⁵ “Successivamente è venuto affermandosi con sempre maggiore chiarezza il ‘principio dell’unità economica’ che consente di qualificare l’intero gruppo come un’unica impresa tutte le volte in cui i componenti siano privi di un’effettiva autonomia di determinazione dei propri comportamenti sul mercato”. (AA.VV., *La concorrenza*, a cura di A. FRIGNANI, R. PARDOLESI, cit., pp. 12-13). Si vedano, a tale riguardo, le sentenze della Corte di Giustizia, *Béguelin*, C-22/71, 25 novembre 1971; *Hydrotherm*, C-170/83, 12 luglio 1984.

²¹⁶ Su tali rilievi si veda AA.VV., *La concorrenza*, a cura di A. FRIGNANI, R. PARDOLESI, cit., p. 14.

4. Le pronunce della Commissione Europea e della Corte di Giustizia nel caso delle fondazioni bancarie italiane.

Nei paragrafi precedenti si è dato conto della disciplina interna in materia di fondazioni bancarie, rilevando le problematiche della normativa interna alla luce di una nozione ampia di impresa.

Alla luce del quadro esposto, occorre, a questo punto, soffermarsi sui profili di diritto dell'Unione che si sono incentrati, anch'essi, sulla possibilità di configurare le fondazioni bancarie quali enti commerciali.

A tale riguardo, è intervenuta in un primo momento la Commissione Europea con la Decisione 2003/146/CE²¹⁷.

Tale Decisione, nell'escludere la natura di aiuto di stato della disciplina interna in materia di agevolazioni fiscali per le fondazioni bancarie, si era fondata sul rilievo che solo a fronte di un controllo effettivo sulle decisioni operative della partecipata si potesse ritenere integrata un'ipotesi di attività commerciale, essendo irrilevante "la consistenza dei risultati della gestione e la entità del patrimonio mobiliare gestito"²¹⁸.

La Commissione aveva, invece, argomentato diversamente in relazione alla configurabilità dell'attività di tipo commerciale con riferimento all'esercizio di imprese

²¹⁷ C. FONTANA, *Gli aiuti di stato di natura fiscale*, cit., p. 99.

²¹⁸ A.M. PROTO, *La fiscalità degli enti non societari*, cit., p. 144, dove si evidenzia come "anche nelle ipotesi in cui la partecipazione è tale da consentire il controllo, fino a quando tale controllo non viene effettivamente esercitato e non determina le scelte operative dell'ente partecipato, siamo ancora nell'ambito delle attività di godimento".

strumentali nei settori di pubblico interesse, affermando che “la mancanza di fini di lucro, il perseguimento di una finalità sociale, gli elementi di solidarietà e le restrizioni o i controlli sugli investimenti non impedivano di considerare l'attività svolta dal fondo come un'attività economica”²¹⁹.

In tal senso, quindi, l'esercizio da parte delle fondazioni di imprese strumentali nei settori di pubblico interesse poteva ritenersi, ai fini della normativa dell'Unione in materia di contrasto agli aiuti di stato, quale espressione di una falsificazione delle regole della concorrenza nel caso in cui si potesse configurare l'esistenza di un mercato di beni o servizi analoghi a quelli erogati dalle fondazioni in regime di agevolazione fiscale.

Tali profili sono stati, poi, oggetto di un'autonoma valutazione nella sentenza della Corte di Giustizia 10 gennaio 2006, procedimento C-222/04²²⁰.

Con tale pronuncia la Corte di Giustizia ha, in primo luogo, affermato che la nozione di impresa “comprende qualsiasi ente che eserciti un'attività economica, a prescindere dal suo *status* giuridico e dalla sue modalità di finanziamento” e “che costituisce un'attività economica qualsiasi attività che consista nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato”²²¹.

Delineata tale concezione ampia di impresa, che implica la presenza di attività commerciale in tutti i casi in cui sia possibile individuare l'esistenza di un mercato di beni o servizi per quel determinato tipo di attività, la Corte ha

²¹⁹ Decisione n. 2003/146/CE, § 49.

²²⁰ C. FONTANA, *Gli aiuti di stato di natura fiscale*, cit., p. 98.

²²¹ Corte di Giustizia, procedimento C-222/04, §§ 107-118. Si veda anche, per un'analisi della pronuncia in commento, L. SALVINI, *Aiuti di stato in materia fiscale*, cit., pp. 177 segg.

provveduto a definire i criteri sulla cui base il possesso di partecipazioni da parte delle fondazioni bancarie può essere considerato attività commerciale.

Dopo aver ribadito, sulla scorta della precedente Decisione della Commissione, che “il semplice possesso di partecipazioni, anche di controllo, non è sufficiente a configurare un’attività economica” e che solo qualora si “eserciti effettivamente tale controllo, partecipando direttamente o indirettamente alla gestione di essa”²²² si può ritenere esistente un’impresa di stampo commerciale, la Corte ha delineato degli indici concreti per definire la nozione di controllo effettivo nel caso delle fondazioni bancarie.

In particolare, la Corte ha valorizzato, quali elementi significativi, la presenza di situazioni dove i membri della fondazione bancaria hanno il diritto alla partecipazione alle riunioni del consiglio di amministrazione o del consiglio sindacale delle controllate oppure i casi in cui le fondazioni hanno destinato parte dei loro introiti alla sottoscrizione degli aumenti di capitale delle controllate²²³. Tali situazioni, a giudizio della Corte costituiscono dimostrazione dell’“esistenza di legami organici e funzionali tra le fondazioni bancarie e le società bancarie”²²⁴.

In aggiunta, la Corte si è anche soffermata sulle ipotesi in cui la fondazione pone in essere attività di impresa strumentale nei campi di interesse pubblico contemplati dal D.Lgs. 356/1990.

Con riferimento a tale profilo, la Corte ha ritenuto di definire tali attività come esercizio d’impresa, poiché volte

²²² Corte di Giustizia, procedimento C-222/04, §§ 111-113.

²²³ *Ibidem*, §§ 115-116.

²²⁴ *Ibidem*, § 117.

alla produzione di beni e servizi su un mercato concorrenziale, qualora per quello stesso tipo di attività siano presenti anche altri operatori economici, considerando irrilevante ogni rilievo fondato sulla mancanza di lucro oggettivo o soggettivo da parte della fondazione²²⁵.

In conclusione, la Corte ha affermato che il giudice nazionale, investito della valutazione nel caso concreto sull'esistenza o meno del controllo effettivo sulle partecipate e sulla determinazione della natura delle attività strumentali svolte dalle fondazioni debba, qualora individui la sussistenza dell'elemento della commercialità in capo alla fondazione bancaria, qualificare come aiuto di stato le disposizioni di agevolazioni previste dalla normativa interna²²⁶.

Da tali elementi si evince, quindi, come il diritto dell'Unione non assume come parametri rilevanti né quello della modalità di gestione dell'ente né quello relativo alla strumentalità e non prevalenza dell'attività d'impresa esercitata dall'ente non commerciale²²⁷.

²²⁵ *Ibidem*, §§ 119-125.

²²⁶ Si veda C. FONTANA, *Gli aiuti di Stato fiscali*, cit., p. 99.

²²⁷ A. M. PROTO, *La fiscalità degli enti non societari*, cit., p. 147.

Va, peraltro, dato brevemente conto per sommi capi degli sviluppi successivi alla pronuncia *de qua*.

Infatti, con la sentenza n. 27619 del 29 dicembre 2006 le SS.UU. della Corte di Cassazione hanno recepito i rilievi mossi dalla Corte di Giustizia. Accolta la nozione di impresa di matrice eurounitaria e disconosciute in capo alle fondazioni le agevolazioni fiscali *ex art. 6 D.P.R. 601/1973*, la Cassazione ha, poi, delineato degli indici concreti per individuare i casi dove la detenzione da parte delle fondazioni di partecipazioni integri attività d'impresa.

Tuttavia, tale pronuncia della Cassazione si distanzia dalla posizione della Corte di Giustizia nel considerare che “il possesso di partecipazioni di controllo di un'impresa bancaria (o di un'altra

impresa [...] allorché costituisce un elemento strutturale normativo coesistente alla struttura e all'attività dell'ente può essere considerato come esercizio di impresa, anche se al soggetto in questione vengono affidati compiti di natura non economica, oltre quelli istituzionali di non profit" (Corte di Cassazione, SS. UU. n. 27619 del 29 dicembre 2006, § 4.5).

In questo senso quindi, si può rilevare come, mentre ai fini del diritto dell'Unione rileva unicamente il profilo dell'effettivo controllo esercitato dalla partecipante sulla partecipata, indipendentemente dal fatto che la fondazione si limiti a possedere ed amministrare staticamente le proprie partecipazioni, ai fini nazionali la nozione di impresa venga delimitata in maniera non perfettamente equivalente.

La Cassazione si è, poi, di nuovo pronunciata a SS.UU. con la sentenza n. 1576 del 22 gennaio 2009.

In tale sentenza, la Corte di Cassazione, nel disconoscere l'applicabilità delle agevolazioni fiscali previste dall'art. 10 *bis* Legge 1745/1962 e dall'art. 6, D.P.R. 601/1973, ha espresso due argomentazioni diverse rispetto a quelle della precedente pronuncia del 2006.

La Corte ha, in primo luogo, argomentato come le caratteristiche degli enti conferenti fossero non conciliabili con quelle degli enti indicati come destinatari delle norme di agevolazione fiscale in quanto "la *ratio* delle norme agevolative è da ricercarsi nella esclusività e tipicità del fine sociale in senso ampio, previsto per ciascun ente individuato in maniera tassativa" e come l'art. 12, comma 2 del D.Lgs. 153/1999 non potesse assumere portata retroattiva in modo tale da "coprire" le agevolazioni fiscali ottenute dagli enti conferenti prima della c.d. riforma Ciampi.

In secondo luogo, la Cassazione ha ricavato "l'esistenza di una vera e propria presunzione di esercizio della attività di impresa bancaria in capo a coloro che in ragione della entità della partecipazione al capitale sociale sono in grado di influire sull'attività dell'ente creditizio". Presunzione vincibile solo nell'ipotesi in cui le stesse abbiano "invece svolto una attività di prevalente o esclusiva promozione sociale e culturale". In definitiva, anche questa sentenza, al pari della sentenza del 2006, conferma l'instaurarsi di una presunzione di commercialità in capo alle fondazioni bancarie

Piuttosto, l'ordinamento dell'Unione assume, quale unico criterio rilevante al fine della sussistenza dell'attività d'impresa, quello dell'esistenza di un mercato concorrenziale dove si possa avere scambio di beni o servizi analoghi a quelli derivanti dall'attività delle fondazioni bancarie.

Qualora tale mercato esista, al fine di evitare ogni forma di ingiustificato vantaggio competitivo a sfavore degli altri agenti economici presenti sul mercato, l'ente non commerciale dovrà essere riqualificato quale impresa.

5. La pronuncia della Corte di Giustizia in materia di trattamento fiscale delle società cooperative.

vincibile solo nelle ipotesi in cui le attività volte alla promozione sociale e culturale siano l'attività prevalente dell'ente. In ultimo è intervenuta ancora la sentenza della Cassazione n. 8082 del 2 aprile 2010. Anche questa pronuncia ha avuto come epilogo la negazione dell'agevolazione prevista *ex art.* 6 D.P.R. 601/1973 alle fondazioni bancarie. Tuttavia, la posizione espressa dalla Cassazione in questa sentenza, diversamente da quella presa con la sentenza SS.UU. n. 1576/2009 che aveva adottato motivazioni principalmente fondate sull'analisi delle disposizioni di diritto interno²²⁷, si muove maggiormente in sintonia con i principi espressi dalla Corte di Giustizia, pur cercando di temperarne le conseguenze. Infatti, dopo aver affermato “sussistente l'attività commerciale di enti quali le fondazioni bancarie, secondo il diritto comunitario”, ribadendo che l'attività delle fondazioni bancarie deve essere determinata alla luce della nozione comunitaria di impresa, la Corte ha individuato come criterio derogatorio alla nozione d'impresa di diritto dell'Unione quello della concreta dimostrazione “indipendentemente dalle previsioni statutarie, di aver svolto un'attività prevalente o esclusiva di promozione sociale o culturale, anziché di controllo e governo delle partecipazioni bancarie”.

Occorre, a questo punto, analizzare una seconda pronuncia della Corte di Giustizia – questa volta in tema di società cooperative italiane – dalla quale si evince – in continuità con la pronuncia prima vista in materia di fondazioni bancarie – come l’approccio adottato dalla Corte di Giustizia svaluti l’elemento della forma giuridica prescelta per operare sul mercato, quale elemento non significativo nella valutazione circa il carattere imprenditoriale o meno dell’ente.

Anche tale sentenza conferma, in altre parole, come l’unico criterio valevole per individuare l’imprenditorialità di un dato operatore economico sia rappresentato dall’economicità dell’attività di scambio di beni e servizi e dalla sussistenza di un mercato in cui potrebbero astrattamente operare anche soggetti privati.

5.1 Brevi cenni in merito alla disciplina agevolativa prevista per gli enti cooperativi.

Come noto, la disciplina delle società cooperative è stata oggetto di profonde innovazioni a seguito della riforma del diritto societario²²⁸.

²²⁸ In tema di società cooperative si vedano, *ex multis*, G. MARASA’, *L’odierno significato della mutualità prevalente nelle cooperative*, in *Giur. comm.*, I, 2013, pp. 847 segg.; Id., *I problemi attuali della legislazione cooperativa nella prospettiva della riforma*, in AA.VV., *La riforma di società, cooperative, associazioni e fondazioni*, Padova, 2005, pp. 125 segg.; U. BELVISO, *Scopo mutualistico e capitale variabile nelle cooperative*, Milano, 2012, pp. 118 segg.; A. BASSI, *Principi*

Ai fini della presente trattazione occorre rilevare, in particolare, come la riforma abbia previsto una distinzione netta tra le cooperative nei cui confronti sono applicabili le agevolazioni previste dalla normativa fiscale e le altre imprese cooperative alle quali, pur applicandosi pienamente lo statuto civilistico previsto ai sensi degli artt. 2511 segg., tali misure sono precluse.

Prima di tratteggiare i profili agevolativi che contraddistinguono il settore della fiscalità delle cooperative, occorre descrivere brevemente i tratti distintivi del sistema cooperativo e, in particolare, delle cooperative a mutualità prevalente.

Già prima della riforma societaria il sistema legislativo che presiedeva all'istituto cooperativo si fondava, sostanzialmente, su tre testi normativi: l'art. 45 della Costituzione; le disposizioni del codice civile ed il D.l.c.p.s. n. 1577 del 14 dicembre 1947 come nel tempo modificato. A tali disposizioni di matrice civilistica si

generali della riforma delle società cooperative, Milano, 2004; G. BUONOCORE, *La società cooperativa riformata: i profili della mutualità*, in *Rivista diritto civile*, I, 2003, pp. 507 segg.; G. BONFANTE, *La nuova società cooperativa*, Bologna, 2010; Id., voce *Cooperazione e imprese cooperative*, *dig. disc. priv., sez. comm.*, IV, Torino, 1989, pp. 147 segg.; F. CASALE, *Scambio e mutualità nella società cooperativa*, Milano, 2005.

Per quanto concerne, invece, un inquadramento della disciplina tributaria delle società cooperative si vedano, G. COLANTINO, voce *Cooperative e consorzi di cooperative nel diritto tributario*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, IV, Torino, 1989, pp. 139 segg.; AA.VV., *La società cooperativa: aspetti civilistici e tributari*, a cura di G. SCHIANO DI PEPE, F. GRAZIANO, Padova, 1997; G. MARASA', *L'odierno significato della mutualità prevalente nelle cooperative*, in *Giurisprudenza comm.*, cit., pp. 847 segg.; F. PEPE, *La fiscalità delle cooperative. Riparto dei carichi pubblici e scopo mutualistico*, Milano, 2009.

accompagnavano, poi, per quanto concerne il settore tributario, le disposizioni agevolative previste dal D.P.R. 29 settembre 1973, n. 601²²⁹.

In definitiva, emergevano “due modelli di cooperative aventi scopo mutualistico: l’una non agevolata, regolata essenzialmente dal codice, l’altra avente come punto di riferimento qualificante l’art. 26 della legge Basevi e, come tale, destinataria di agevolazioni”²³⁰.

Tale modello ha subito una serie di modifiche nel 2003 - tese a meglio distinguere nell’ambito del mondo delle

²²⁹ G. BONFANTE, voce *Cooperazione e imprese cooperative*, cit., p. 148.

²³⁰ G. BONFANTE, voce *Cooperazione e imprese cooperative*, cit., pp. 149-150, dove l’Autore evidenzia altresì come “il primo modello [...] è caratterizzato da una mutualità *sui generis* che consente alla società una notevole flessibilità statutaria e libertà sul mercato; il secondo presenta, in cambio dell’agevolazione, una relativa maggiore coerenza con i principi mutualistici che si traduce in una minore capacità operativa e finanziaria. A siffatta impostazione dualistica ha fatto da contorno una legislazione estremamente frammentata, caratterizzata da una proliferazione di provvedimenti che hanno parzialmente modificato il quadro normativo generale. [...] Infine il quadro è aggrovigliato dall’attuazione dell’ordinamento regionale che ha consentito alle regioni a statuto ordinario di intervenire con una serie nutrita di leggi in materia di incentivazione e promozione del fenomeno. Il sistema legislativo di riferimento appare quindi estremamente complesso per l’interprete. Questi, infatti, nell’individuare la disciplina applicabile ad una determinata cooperativa, dovrà innanzitutto accertarsi se si tratti di società agevolata (e quindi se sia iscritta o meno nel registro prefettizio). In caso di riscontro positivo dovrà poi verificare se la cooperativa in oggetto sia regolata solo dalle norme della legge Basevi oppure anche da norme speciali di settore o riguardanti particolari tipi di cooperative; infine controllerà che essa non debba sottostare anche a particolari condizioni richieste da leggi regionali.”

cooperative i requisiti necessari per accedere alle agevolazioni di matrice fiscale – che sono culminate nell’individuazione del modello della cooperativa a mutualità prevalente, prevista ai sensi dell’art. 2512 c.c., quale tipologia di impresa cooperativa caratterizzata dalla sussistenza di una serie di requisiti tali da far presumere, da un lato, la sussistenza di una finalità di mutualità prevalente nei confronti dei soci mentre, da un altro, l’assenza del carattere di lucro che contraddistingue ordinariamente l’attività d’impresa²³¹.

Tali requisiti, in particolare, che costituiscono elementi imprescindibili per ammettere la cooperativa al godimento delle agevolazioni previste dalla disciplina tributaria, insistono su tre profili.

Anzitutto, in continuità con il precedente modello *ante* riforma, viene richiesto all’art. 2514 c.c. che lo statuto della cooperativa preveda una serie di misure rigidamente tipizzate volte a limitare i diritti patrimoniali di stampo capitalistico in capo ai soci cooperatori²³². Inoltre, ai sensi degli artt. 2512 e 2513 c.c., si è introdotto l’ulteriore criterio dell’operatività prevalente della cooperativa con i

²³¹ G. MARASA’, *L’odierno significato della mutualità prevalente nelle cooperative*, cit., p. 848.

²³² Tali elementi si sostanziano nella previsione in statuto: “a) il divieto di distribuire i dividendi in misura superiore all’interesse massimo dei buoni postali fruttiferi, aumentato di due punti e mezzo rispetto al capitale effettivamente versato; b) il divieto di remunerare gli strumenti finanziari offerti in sottoscrizione ai soci cooperatori in misura superiore a due punti rispetto al limite massimo previsto per i dividendi; c) il divieto di distribuire le riserve fra i soci cooperatori; d) l’obbligo di devoluzione, in caso di scioglimento della società, dell’intero patrimonio sociale, dedotto soltanto il capitale sociale e i dividendi eventualmente maturati, ai fondi mutualistici per la promozione e lo sviluppo della cooperazione”.

propri soci²³³. Infine, viene previsto che le società cooperative a mutualità prevalente si iscrivano in un apposito albo²³⁴.

Da tali elementi normativi si comprende, quindi, come l'intento del legislatore della riforma societaria si sia diretto a restringere i requisiti d'accesso alle misure fiscali di carattere agevolativo nei confronti di quelle sole entità cooperative dove è più netto lo svantaggio competitivo nei confronti delle imprese che operano liberamente sul mercato verso i terzi.

Come evidenziato in dottrina, infatti, “in quest’ottica, le agevolazioni fiscali costituiscono uno strumento di riequilibrio dello svantaggio patito dalle cooperative sul piano concorrenziale [...]. Infatti, dovrebbero rimanere escluse tutte quelle cooperative che, pur contenendo nei loro statuti le clausole limitative dei diritti patrimoniali dei

²³³ I parametri di carattere quantitativo necessari per poter ritenere integrato il requisito della prevalenza della mutualità nei confronti dei soci sono fissati all'art. 2513 c.c., che richiedono: “a) i ricavi dalle vendite dei beni e dalle prestazioni di servizi verso i soci sono superiori al cinquanta per cento del totale dei ricavi delle vendite e delle prestazioni ai sensi dell'articolo 2425, primo comma, punto A1; b) il costo del lavoro dei soci è superiore al cinquanta per cento del totale del costo del lavoro di cui all'articolo 2425, primo comma, punto B9 computate le altre forme di lavoro inerenti lo scopo mutualistico; c) il costo della produzione per servizi ricevuti dai soci ovvero per beni conferiti dai soci è rispettivamente superiore al cinquanta per cento del totale dei costi dei servizi di cui all'articolo 2425, primo comma, punto B7, ovvero al costo delle merci o materie prime acquistate o conferite, di cui all'articolo 2425, primo comma, punto B6. Quando si realizzano contestualmente più tipi di scambio mutualistico, la condizione di prevalenza è documentata facendo riferimento alla media ponderata delle percentuali delle lettere precedenti.”

²³⁴ Art. 2512, comma 2, c.c.

soci, previste dalla legge, non raggiungono sul piano gestionale le soglie della mutualità prevalente *ex art. 2513 c.c.*²³⁵.

Venendo, a questo punto, alle disposizioni agevolative previste in favore delle cooperative a mutualità prevalente si deve evidenziare preliminarmente come tale normativa sia, in via generale, prevista nell'ambito degli artt. 10-14 del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 601 e, in particolare con riferimento alle cooperative di produzione e lavoro, rilevino primariamente gli artt. 11 e 12, rispettivamente volti a determinare la quota di assoggettamento ad *I.R.E.S.* degli utili della cooperativa ed il trattamento degli importi destinati a riserva indivisibile.

L'attuale sistema impositivo previsto per le cooperative a mutualità prevalente - come risultante dalle recenti modifiche introdotte dal D.L. 13 agosto 2011, n. 138 in particolare - si caratterizza, sotto il profilo derogatorio rispetto agli altri enti collettivi di natura imprenditoriale sottoposti ad *I.R.E.S.*, primariamente sotto tre profili.

In primo luogo, infatti, è previsto un parziale assoggettamento ad imposizione diretta degli utili netti annuali derivanti dal bilancio civilistico nella misura non inferiore al 40 per cento per quanto riguarda le cooperative a mutualità prevalente, mentre per quelle - sempre a mutualità prevalente - operanti quali cooperative di

²³⁵ G. MARASA', *L'odierno significato della mutualità prevalente nelle cooperative*, cit., p. 850. Tale Autore, infatti, evidenzia come l'impostazione del legislatore della riforma abbia inteso giustificare le agevolazioni fiscali non solo tramite una limitazione delle possibilità di ricorrere al mercato della raccolta dei capitali e, più in generale, tramite la riduzione del diritto alla sua remunerazione e restituzione, ma, soprattutto, a mezzo della "autolimitazione alla possibilità di operare liberamente sul mercato, conseguente ad una gestione orientata prevalentemente verso i soci".

consumo la quota attratta a tassazione deve risultare almeno del 65 per cento²³⁶.

In secondo luogo, la normativa prevede che la restante parte di utile possa non concorrere a formare la base imponibile *I.R.E.S.* a condizione che sia destinata a riserva indivisibile oppure a fondi mutualistici od a rivalutazione delle quote o delle azioni mediante imputazione a capitale sociale²³⁷.

In ultimo, viene attribuita una deduzione dal reddito delle somme destinate ai soci a titolo di ristorno degli importi ripartiti tra i soci sotto forma di restituzione di una parte del prezzo dei beni e servizi acquistati o di maggiore compenso per i conferimenti effettuati²³⁸.

6. La conferma della nozione di attività economica quale elemento essenziale della concezione di impresa nella sentenza della Corte di Giustizia in materia di cooperative.

Il regime agevolativo che si è innanzi descritto aveva sollevato dubbi di compatibilità con il diritto dell'Unione in materia di aiuti di stato²³⁹.

²³⁶ Si veda, a tale riguardo, l'art. 12 della Legge 904/1977 come modificato prima dalla Legge finanziaria per il 2005, al comma 460 dell'art. 1 e poi dall'art. 2, comma 36 *bis* del D.L. 138/2011.

²³⁷ Si vedano, rispettivamente, l'art. 12 della Legge 16 dicembre 1977, n. 904; l'art. 11 della Legge 31 gennaio 1992, n. 59 e l'art. 7 della Legge 31 gennaio 1992, n. 59.

²³⁸ Si veda l'art. 12, D.P.R. 29 settembre 1973, n. 601.

²³⁹ C. FONTANA, *Gli aiuti di stato di natura fiscale*, cit., pp. 135 segg. Più in generale, in tema di agevolazioni fiscali, si veda A.

Si sosteneva, infatti, come la disciplina fiscale prevista per le società cooperative rappresentasse indubbiamente un regime di favore. Tuttavia, si era altresì argomentato come tale regime trovasse esplicito riconoscimento all'art. 45 Cost., quale estrinsecazione sul versante tributario di quelle particolarità del modello societario cooperativo rispetto alla classica figura dell'impresa di stampo commerciale²⁴⁰.

Come noto, la questione circa la compatibilità del regime fiscale di agevolazione previsto per le società cooperative italiane con la normativa in tema di aiuti di Stato è stata sottoposta alla Corte di Giustizia.

Si verteva, in sostanza, sulla qualificabilità di cooperative nei cui confronti la legislazione italiana prevede un regime di agevolazione fiscale quali imprese commerciali a tutti gli effetti.

Qualora fosse stata avvalorata tale tesi, infatti, si sarebbe trattato di un regime fiscale in grado di alterare i principi della concorrenza nel mercato dell'Unione, determinando una discriminazione tale da porre gli enti commerciali non costituiti secondo le forme della società cooperativa in una posizione deteriore e svantaggiata nell'esplicazione della propria attività economica²⁴¹.

PACE, *Le agevolazioni fiscali. Profili procedurali e processuali*, cit.

²⁴⁰ Su tale dibattito si vedano, *ex multis*, L. SALVINI, *Aiuti di stato in materia fiscale*, cit., pp. 487 segg.; A. SARTI, *Il regime tributario delle società cooperative e la sua compatibilità con il divieto comunitario degli aiuti di Stato*, in *Rass. trib.*, 2006, pp. 938 segg.

²⁴¹ Cfr. Corte di Giustizia, procedimenti C-78/08 e C-80/08, § 26, dove si evidenzia che una delle questioni pregiudiziali verteva proprio sulla questione "se la circostanza che le società in parola abbiano scelto la forma della società cooperativa configurasse un

Il ragionamento della Corte di Giustizia è incentrato, diversamente dalla sentenza in materia di fondazioni bancarie, sull'individuazione della selettività dell'aiuto di Stato nei confronti delle società cooperative²⁴².

Si tratta di un tema – quello della selettività della misura di agevolazione – che esula dalla presente ricerca²⁴³. Tuttavia, l'analisi mossa dalla Corte di Giustizia in punto di selettività dell'aiuto fiscale nei confronti delle cooperative offre l'opportunità di approfondire – con risultati in continuazione con quelli visti in tema di fondazioni bancarie – il perimetro della nozione di impresa nel diritto dell'Unione.

In specie, la Corte di Giustizia – dopo aver affermato che il regime fiscale di applicazione generale per le imprese,

abuso di diritto tale da alterare le regole del mercato, la libera concorrenza e il principio di parità di trattamento, ne conseguirebbe nella fattispecie l'inopponibilità della forma giuridica della società cooperativa all'amministrazione finanziaria, che potrebbe quindi tassare tali società in forza del regime fiscale ordinario applicabile alle società a scopo di lucro. La Corte suprema di cassazione reputa necessario interrogarsi sulla giustificazione e sulla proporzionalità delle agevolazioni in discussione, tenuto conto non solamente delle dimensioni e delle quote di mercato di talune società cooperative, ma altresì dell'inadeguatezza del sistema di controllo quale strutturato dal diritto nazionale”.

²⁴² Nel caso delle fondazioni bancarie, invece, si è visto che l'analisi della Corte di Giustizia si era interessata direttamente ed unicamente in ordine alla qualificabilità delle fondazioni stesse quali enti commerciali o non commerciali, senza intraprendere un più articolato percorso inerente la giustificabilità della selettività delle misure fiscali previste per le fondazioni rispetto al regime fiscale di applicazione generale per le società ed enti collettivi di stampo commerciale.

²⁴³ Su tale tematica si vedano, *ex multis*, C. FONTANA, *Gli aiuti di stato di natura fiscale*, cit., pp. 139 segg.

sulla cui base testare la sussistenza di un'effettiva selettività della misura di agevolazione, era rappresentato dal regime *I.R.E.S.* previsto per le società²⁴⁴ – si è incentrata sulle ragioni di peculiarità delle società cooperative che avrebbero potuto giustificare un trattamento fiscale diversificato per tali soli enti rispetto a quello ordinario previsto in sede *I.R.E.S.*

In altre parole, la Corte si è interrogata in merito alle condizioni di giustificabilità di una misura derogatoria rispetto al regime tributario di portata generale, legittima solo a condizione che “lo Stato interessato dimostri come quest'ultima discenda direttamente dai principi informativi o basilari del suo sistema tributario”²⁴⁵.

Si tratta, come si era anticipato, di un *test*, la cui analisi trascende gli obiettivi del presente lavoro. Giova, peraltro, rilevare come la questione circa la portata del concetto di selettività costituisce questione complessa, su cui sono in corso vivaci dibattiti in dottrina, nonché sussistono posizioni diversificate nella stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia²⁴⁶.

²⁴⁴ Cfr. Corte di Giustizia, procedimenti C-78/08 e C-80/08, § 49.

²⁴⁵ C. FONTANA, *Gli aiuti di stato di natura fiscale*, cit., p. 141.

²⁴⁶ Si veda C. FONTANA, *Gli aiuti di stato di natura fiscale*, cit., p. 141, dove si afferma come l'analisi circa la selettività del regime fiscale nazionale richiede di “distinguere tra gli obiettivi che un determinato regime tributario persegue e che sono ad esso estranei ed i meccanismi inerenti al sistema tributario medesimo necessari per il raggiungimento di tali obiettivi. Esenzioni fiscali riconducibili a uno scopo estraneo al sistema impositivo in cui si collocano non possono, invero, sottrarsi alle esigenze derivanti dall'art. 107, n. 1, T.F.U.E.. E', inoltre, necessario vigilare affinché sia rispettato il requisito della coerenza di una data agevolazione, non solamente con le caratteristiche inerenti al sistema tributario di cui trattasi, ma, anche, relativamente all'attuazione di quest'ultimo.”

Ora, in tale percorso la Corte ha valorizzato, quali fatti indice distintivi della struttura societaria cooperativa rispetto a quella commerciale – tali, quindi, da giustificare un regime fiscale diversificato ed agevolativo rispetto a quello ordinario come compatibile con il diritto dell’Unione – una serie di elementi di natura concreta, disconoscendo, anche qui, la rilevanza della forma giuridica e, più in generale, degli elementi di matrice formale.

In specie, la Corte ha inteso attribuire ruolo centrale, da un lato, alle circostanze inerenti la primazia del ruolo dell’individuo rispetto al capitale investito, quali l’imprescindibilità dell’apporto individuale dei soci cooperatori all’attività della cooperativa; il principio del voto capitario e la finalità mutualistica dell’attività societaria. Dall’altra, poi, ha valorizzato la mancanza di una significativa ricerca di un lucro soggettivo da parte del management della società, evidenziando non solo la difficoltà di negoziazione delle quote della cooperativa, ma soprattutto, l’impossibilità di una distribuzione di utili e riserve ai soci anche nel caso di liquidazione della cooperativa²⁴⁷.

²⁴⁷ Cfr. Corte di Giustizia, procedimenti C-78/08 e C-80/08, §§ 54-62. Si veda anche, per un approfondimento della pronuncia de qua in tema di selettività del regime fiscale previsto per le cooperative italiane C. FONTANA, *Gli aiuti di stato di natura fiscale*, cit., pp. 140-141.

- CAPITOLO V -

LA DISCIPLINA IVA E LA RILEVANZA DELLA NOZIONE DI ATTIVITÀ ECONOMICA.

Si è visto nel paragrafo precedente come la disciplina di diritto dell'Unione in materia di aiuti di stato ponga, quale elemento centrale della nozione di impresa in ambito fiscale, il criterio dell'attività economica.

Merita, a questo punto, chiedersi – facendo riferimento alla disciplina in materia di IVA – se tale riferimento al concetto di attività economica costituisca una peculiarità della materia degli aiuti di stato oppure se sia possibile affermarne una valenza generale quale criterio distintivo del fenomeno imprenditoriale nell'ambito del diritto tributario del diritto dell'Unione Europea.

Tale ricerca verrà condotta prendendo a riferimento la copiosa giurisprudenza prodotta nel corso degli anni dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea in tema di neutralità, esercizio di un'attività economica e prestazioni meramente occasionali in campo IVA²⁴⁸.

Si proveranno a formulare, poi, alcune considerazioni rispetto al campo di applicazione della disciplina legislativa in materia di contrasto alle società di comodo introdotta con la L. 724 del 23.12.1994 (L. 724/1994) in campo IVA, all'interrelazione con la previsione dell'art. 4, comma 5, D.P.R. 633/1972.

²⁴⁸ Per un primo approfondimento della disciplina di diritto dell'Unione Europea in materia di IVA si veda B.J.M. TERRA, P.J. WATTEL, *European tax law*, cit., 305 segg.; M. GIORGI, *Detrazione e soggettività passiva nel sistema dell'imposta sul valore aggiunto*, Padova, 2005, 77 segg.

1. *Brevi cenni in merito alla nozione di attività economica come punto di partenza della disciplina IVA alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia.*

Si è già descritto in precedenza come l'impostazione della disciplina positiva di diritto dell'Unione Europea delinea una concezione di impresa su basi prettamente oggettive, svalutando – diversamente dalla disciplina enucleata nel diritto interno - il rilievo della forma giuridica lucrativa quale elemento caratterizzante la concezione di impresa²⁴⁹. La nozione di attività economica assume, quindi, centrale importanza nella giurisprudenza della Corte di Giustizia,

²⁴⁹ A. GIOVANNINI, *Lucro e impresa commerciale nel sistema impositivo*, in V. FICARI, V. MASTROIACOVO, *Corrispettività, onerosità e gratuità. Profili tributari*, Torino, 2014, pp. 230-231. In tal senso si veda M. GIORGI, *Detrazione e soggettività passiva nel sistema dell'imposta sul valore aggiunto*, cit., pp. 79-80, che mette in luce come, diversamente dalla disciplina del diritto dell'Unione Europea “la soggettività passiva nel sistema d'imposta interno è stata, invece, disegnata sul modello delle imposte sui redditi; è stato, quindi, distinto tra esercenti attività d'impresa e tra esercenti attività professionali od artistiche e nell'ambito degli esercenti l'attività d'impresa alle società ed agli enti commerciali è stata attribuita, *iuris et de iure*, la soggettività passiva di talché tutte le operazioni effettuate da tali soggetti sono ricondotte nell'ambito di applicazione dell'imposta.” L'Autore, poi, evidenzia come “sotto il profilo comunitario [...] sarebbe sufficiente ricordare che secondo la Corte di Giustizia la forma giuridica non può essere elemento qualificante in termini assoluti della soggettività IVA. Nel caso Polysar la Corte di Giustizia ha, infatti, evidenziato che essere una società non comporta necessariamente essere soggetto passivo dell'imposta sul valore aggiunto” (p. 123).

ricomprendendo un insieme di attività “il cui elemento essenziale consiste esclusivamente nella produzione di beni e servizi nella accezione più ampia del termine, con carattere di non occasionalità”²⁵⁰.

Si tratta, quindi, di una categoria ampia e dai contorni flessibili che non trova vincoli a seconda del tipo societario utilizzato²⁵¹, ma è integrata tutte le volte in cui sia possibile individuare l’esistenza di una gestione improntata al raggiungimento della remunerazione dei fattori di produzione od anche al conseguimento di utili purché in assenza di una devoluzione degli stessi all’imprenditore²⁵².

2. Brevi cenni in merito alla disciplina introdotta dal D.P.R. 633/1972 in punto di soggettività passiva IVA.

Posti questi brevi cenni di carattere introduttivo relativi al diritto dell’Unione, occorre orientarsi alla luce del sistema impositivo IVA disciplinato con il D.P.R. 633/1972 a livello domestico che, ai fini di questa indagine, prevede due profili di rilievo.

Da un lato, i confini dello *status* di soggetto passivo sono concretamente delimitati in ragione dell’abitudine od occasionalità nell’effettuazione delle operazioni

²⁵⁰ Cfr. P. MONTALENTI, *Dall’impresa all’attività economica*, cit., pp. 51-52.

²⁵¹ P. MONTALENTI, *Dall’impresa all’attività economica*, in *Analisi giuridica dell’economia*, cit., p. 51.

²⁵² Si veda A. GIOVANNINI, *Lucro e impresa commerciale nel sistema impositivo*, cit., p. 224; F. AMATUCCI, *Identificazione dell’attività d’impresa ai fini fiscali in ambito comunitario*, in *Riv. d. trib.*, 2009, I, pp. 781 segg.

economiche²⁵³.

Tale requisito – circa la necessità che il soggetto passivo svolga la propria attività economica per “*professione abituale*” – è, infatti, enunciato sia all’art. 4 – per quanto riguarda le imprese - che all’art. 5 – in relazione ai soggetti che svolgono arti e professioni - del D.P.R. 633/1972²⁵⁴.

Tali disposizioni subordinano la soggettività passiva IVA al compimento di operazioni economiche in maniera tendenzialmente continuativa e su basi stabili²⁵⁵, anche se

²⁵³ Per un’analisi della recente giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di occasionalità delle operazioni economiche nell’ambito dell’IVA si veda P. CENTORE, *L’occasionalità delle operazioni economiche e la loro rilevanza ai fini IVA*, in *Riv. d. trib.*, 2013, IV, pp. 317 segg.

²⁵⁴ Come evidenziato in B.J.M. TERRA, P.J. WATTEL, *European tax law*, cit., p. 313, la disciplina prevista con la Direttiva 2006/112/CE lascia ampia facoltà agli Stati membri circa la sottoposizione all’imposizione IVA delle fattispecie di carattere occasionale: “it is at the discretion of Member States to tax occasional transactions by non-taxable persons [...] irrespective of whether the transaction is carried out on a continuing basis or whether the person who effected the supply carries out an activity of a producer, a trader or a person supplying services, to the extent that transaction does not constitute the mere exercise of the right of ownership by its holder”.

²⁵⁵ Cfr. P. CENTORE, *L’occasionalità delle operazioni economiche e la loro rilevanza ai fini IVA*, cit., pp. 332-333, dove si mette in luce come “la sussistenza dei requisiti necessari per l’assunzione della soggettività passiva deve essere accertata verificando le concrete forme di manifestazione. [...] la professionalità può essere associata al compimento ripetuto di una pluralità di atti coordinati, finalizzati ad uno scopo economico, che facciano assumere al soggetto agente *l’habitus* normale di imprenditore o di lavoratore autonomo. Si tratta di elementi che devono essere valutati caso per caso [...]. In definitiva, sotto il profilo pratico, il compimento di atti economici ripetuti, che

la giurisprudenza ha, nel tempo, riconosciuto come il concetto di professionalità abituale possa assumere anche contorni più sfumati, potendo risultare integrato in presenza di singoli affari significativi sotto il profilo economico oppure caratterizzati da complessità operative²⁵⁶.

D'altra parte, è anche necessario dare conto della rilevanza della forma societaria per quanto riguarda le società di stampo commerciale di cui all'art. 4, comma 2, n. 1), D.P.R. 633/1972 e della previsione di cui all'art. 4, comma 5, D.P.R. 633/1972, in tema di deroga alla presunzione di imprenditorialità per le strutture collettive di mero godimento²⁵⁷.

E, infatti, noto come una delle ragioni di complessità della normativa fiscale in campo IVA afferisca, da un lato, alla presunzione di assoggettamento ad IVA per le società commerciali e, dall'altro, alla contestuale disposizione dell'art. 4, comma 5, D.P.R. 633/1972, dove sono disciplinate varie fattispecie che derogano alla presunzione

abbiano un valore significativo (in tema di produzione di valore aggiunto) e che siano eseguiti in autonomia operativa, costituisce certamente una spia concreta dell'esercizio professionale di un'attività rilevante ai fini del tributo. Il che, però, fa avvertire i limiti di questa definizione: certamente, anche un solo atto economico (cioè non ripetuto) può essere soggetto ad Iva (si pensi alla costruzione di complesso residenziale), come una pluralità di atti ripetuti di scarso contenuto economico possono, invece, risultare irrilevanti.”

²⁵⁶ G. MANDO', D. MANDO', *Manuale dell'imposta sul valore aggiunto*, Milano, 2009, pp. 72-73.

²⁵⁷ Cfr. A. CONTRINO, *Incertezze e punti fermi sul presupposto soggettivo dell'imposta sul valore aggiunto*, in *Dir. prat. trib.*, 2011, pp. 540-550; V. FICARI, *Società di comodo, locazione di immobili e impresa commerciale ai fini IVA*, in *Corr. trib.*, 2008, pp. 799 segg.

assoluta di imprenditorialità²⁵⁸ per quanto riguarda le c.d. società senza impresa: enti, cioè, che svolgono unicamente attività di godimento di cespiti patrimoniali, senza dare attuazione ad operazioni di natura imprenditoriale²⁵⁹.

I due profili sono necessariamente intrecciati e rispecchiano due esigenze contrastanti.

Da un lato non si dubita del fatto che l'art. 4, comma 2, n. 1), D.P.R. 633/1972, abbia introdotto “un’equazione società-impresa con riferimento alle operazioni attive del soggetto”²⁶⁰. Dall’altro, è noto come non sia possibile postulare, in merito all’effettuazione di operazioni passive da parte di una società commerciale, una medesima presunzione di automatica sussistenza del diritto alla detrazione sulla base della qualità di imprenditore societario²⁶¹.

²⁵⁸ Si veda, a tale riguardo, AA.VV., *Commentario breve alle leggi tributarie. IVA e imposte sui trasferimenti*, a cura di F. MOSCHETTI, G. FALSITTA, G. MARONGIU, A. FANTOZZI, Padova, 2011, pp. 30-31; A. CONTRINO, *Incertezze e punti fermi sul presupposto soggettivo dell'imposta sul valore aggiunto*, cit., pp. 545-550 segg.

²⁵⁹ Cfr. F. MONTANARI, *Le operazioni esenti nel sistema dell'IVA*, cit., p. 260.

²⁶⁰ D. STEVANATO, *Atti di organizzazione, società senza impresa e detrazione dell'IVA*, in *Rass. trib.*, 1995, p. 737.

²⁶¹ P. CENTORE, *Inerenza IVA nazionale (e non comunitaria)*, in *Corr. Trib.*, 2010, p. 1104, dove si evidenzia come “mentre le cessioni di beni da parte di società commerciali sono da considerare in ogni caso, cioè, senza eccezioni, effettuate nell’esercizio dell’impresa, in ordine agli acquisti di beni da parte delle stesse società, l’inerenza all’esercizio di tali operazioni passive, ai fini della detraibilità dell’imposta, non può essere ritenuta in virtù della semplice qualità di imprenditore societario dell’acquirente, ma occorre accertare che le operazioni medesime siano effettivamente compiute nell’esercizio dell’impresa, cioè in

Tale posizione ha subito pregnanti critiche in dottrina dal momento che non solo evidenzia profili di contrasto con una lettura ampia del principio di neutralità²⁶², ma, soprattutto, in quanto “aggancia alla forma anziché all’attività concretamente svolta”²⁶³ la soggettività passiva delle società commerciali.

Proprio alla luce di queste considerazioni si è venuta a riconoscere una forma di intermittenza nella soggettività passiva IVA delle società commerciali dove, pur a fronte di una presunzione di imprenditorialità per quanto riguarda le operazioni attive messe in atto dall’ente collettivo, la qualità di soggetto passivo IVA viene sottoposta ad una rivisitazione relativamente al diritto alla detrazione in caso di acquisti di beni o servizi non inerenti²⁶⁴.

stretta connessione con le finalità imprenditoriali, con onere della prova a carico di chi invochi la detrazione.”

²⁶² Per un’analisi del principio di neutralità in campo IVA si veda, senza pretesa di completezza, F. MONTANARI, *Le operazioni esenti nel sistema dell’IVA*, cit., pp. 62 segg.

²⁶³ G. ZIZZO, *Società ‘senza impresa’ e detrazione dell’Iva sugli acquisti*, in *Riv. d. trib.*, II, 1995, p. 231, dove si mette in luce “l’anomalia di una soggettività passiva, quella delle società commerciali, agganciata alla forma anziché all’attività concretamente svolta”. Su simili posizioni si veda anche D. STEVANATO, *Atti di organizzazione, società senza impresa e detrazione dell’IVA*, cit., p. 737.

²⁶⁴ Si veda P. CENTORE, *Inerenza IVA nazionale (e non comunitaria)*, cit., p. 1105, dove si rileva come l’impostazione giurisprudenziale che si è venuta ad affermare implica che “le società commerciali sono ‘sempre’ soggetti passivi in quanto alle operazioni attive, ma ‘non sempre’ sono soggetti passivi in quanto alle operazioni attive: quindi, per dirla ancor più chiaramente, la sfera della non inerenza è, in realtà, una ‘mezza’ sfera, che riguarda solo gli acquisti.” Cfr. D. STEVANATO, *Atti di organizzazione, società senza impresa e detrazione dell’IVA*, cit., pp. 737 segg.; M.

Proprio in tale ottica – quasi a contrappeso di questa generale presunzione di soggettività passiva per le società commerciali di cui all’art. 4, comma 2, n. 1), D.P.R. 633/1972 - può essere colto il significato della successiva previsione dell’art. 4, comma 5, D.P.R. 633/1972 che, invece, elide la presunzione di soggettività passiva IVA - generalmente integrata sulla base della sola forma giuridica dell’ente collettivo ed indipendentemente dalla verifica in concreto dell’attività svolta²⁶⁵ - per una serie di attività ritenute di godimento personale o familiare²⁶⁶.

Per tali strutture soggettive viene prevista *ex lege* l’insussistenza della soggettività passiva IVA, instaurandosi una sfera di non commercialità dell’ente relativamente ad alcune ipotesi di acquisti di beni e servizi per le quali non troverà applicazione il diritto alla

BASILAVECCHIA, *L’uso personale di beni aziendali*, *Corr. trib.*, 2012, p. 1368.

²⁶⁵ Si veda A. GIOVANNINI, *Le società immobiliari di godimento nell’IVA (note sulla nullità)*, in *Dir. prat. trib.*, 1993, I, p. 988. In generale, sul tema della rettifica della detrazione e sulla disciplina dell’autoconsumo si veda P. CENTORE, *Le modifiche alla detrazione IVA sugli immobili a uso promiscuo tra rettifiche e autoconsumo*, in *Corr. trib.*, 2011, pp. 99 segg.; Id., *Indetraibilità ‘a monte’ o tassazione ‘a valle’*, in *Corr. trib.*, 2009, pp. 1375 segg.

²⁶⁶ G. MANDO’, D. MANDO’, *Manuale dell’imposta sul valore aggiunto*, cit., p. 79, nota 1, dove si evidenzia come – a parte le ipotesi di società cd. totalmente di comodo – “se si tratta di società od enti esercenti effettivamente attività di impresa, la ‘non commercialità’ è limitata al possesso ed alla gestione dei beni [di godimento personale o familiare], rimanendo ‘commerciale ai fini IVA’, l’altra attività svolta (soggetta, quindi, per tale parte agli obblighi dell’IVA, ma con diritto alla detrazione dell’IVA a monte limitatamente agli acquisti dei beni e servizi utilizzati nella attività commerciale)”.

detrazione²⁶⁷.

3. Interrelazioni tra l'art. 4, comma 5, D.P.R. 633/1972 in tema di società di mero godimento e disciplina di contrasto alle società di comodo.

Proprio tale natura di rimedio omnicomprensivo – quasi una clausola anti abuso di ampia portata - che è venuta ad assumere la teorica del contrasto al fenomeno delle società senza impresa nell'ordinamento interno pone un immediato quesito in merito alla sussistenza di profili di sovrapposizione con la disciplina sulle società di comodo che, anch'essa, si focalizza sull'utilizzo dello strumento societario da parte del contribuente con un approccio volto a contrastare – *inter alia* - forme di indebita pianificazione fiscale²⁶⁸.

E', però, necessario svolgere due premesse: in primo luogo deve rilevarsi che la disciplina introdotta dalla L. 724/1994 ai fini IVA presenta marcati profili di autonomia rispetto a

²⁶⁷ G. MANDO', D. MANDO', *Manuale dell'imposta sul valore aggiunto*, cit., p. 79, nota 1, dove si evidenzia come – a parte le ipotesi di società cd. totalmente di comodo – “se si tratta di società od enti esercenti effettivamente attività di impresa, la ‘non commercialità’ è limitata al possesso ed alla gestione dei beni [di godimento personale o familiare] , rimanendo ‘commerciale ai fini IVA’, l'altra attività svolta (soggetta, quindi, per tale parte agli obblighi dell'IVA, ma con diritto alla detrazione dell'IVA a monte limitatamente agli acquisti dei beni e servizi utilizzati nella attività commerciale).”

²⁶⁸ Su tali profili si veda, *infra*, il presente paragrafo.

quanto previsto per le imposte sui redditi²⁶⁹.

Infatti, la disciplina IVA – oltre alla presunzione di non operatività imprenditoriale integrata dal mancato superamento della soglia di ricavi minimi – non prevede anche una predeterminazione di un'imposta minima da versare ai fini IVA come, invece, è normativamente stabilito in relazione alle imposte sui redditi²⁷⁰.

La rilevanza della disciplina di contrasto alle società di comodo ai fini IVA impatta, piuttosto, solo 'di rimbalzo', colpendo – tra l'altro - l'esercizio del diritto di rimborso e di compensazione *ex art. 17, D.Lgs. 9 luglio 1997, n. 241* nei confronti delle società che non hanno superato il test di operatività²⁷¹.

²⁶⁹ Cfr. M. NUSSI, *La disciplina impositiva delle società di comodo tra esigenze di disincentivazione e rimedi incoerenti*, in *Riv. dir. fin. sc. finanz.*, 2010, p. 506, dove si evidenzia come “la disciplina riguardante l'imposizione sui redditi [...] si presenta assai articolata e con molteplici profili regolamentari, a differenza del regime previsto in materia di imposta sul valore aggiunto la cui normativa sembra essere costruita in maniera sostanzialmente autonomo (salva la ‘comune’ presunzione testante la non operatività) [...]”.

²⁷⁰ Non si può in questa sede dilungarsi sulla descrizione del meccanismo previsto dalla disciplina in materia di contrasto alle società di comodo. Per approfondimenti a tale proposito si veda, *ex multis*, M. BEGHIN, *Gli enti collettivi di ogni tipo ‘non operativi’*, in G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario. Parte speciale*, Padova, 2008, pp. 625 segg.

²⁷¹ Si veda M. NUSSI, *La disciplina impositiva delle società di comodo tra esigenze di disincentivazione e rimedi incoerenti*, cit., p. 506, dove si mette in luce “la norma non incide né sull'imponibile né sull'imposta dovuta, né sulle singole operazioni o sulle immobilizzazioni, ma sul divieto di rimborso o di compensazione (con la previsione a regime della possibile perdita della situazione soggettiva del contribuente): vengono elise, quindi, situazioni soggettive attive.”

Una seconda puntualizzazione, invece, riguarda il fatto che non costituisce un'operazione di semplice portata valutare la possibile sovrapposibilità dell'istituto previsto dall'art. 30, L. 724/1994 rispetto alla disciplina prevista in sede IVA in tema di dequalificazione della forma giuridica per le società di mero godimento *ex art. 4, comma 5, D.P.R. 633/1972*.

La questione, infatti, richiede che, preliminarmente, siano state comprese – sotto un profilo funzionale - le *rationes* che informano le due discipline. Sarà, poi, necessario verificare se sia possibile individuarne una similitudine anche sotto il profilo strutturale, cioè a riguardo delle modalità con cui vengono in concreto realizzati gli obiettivi previsti dalle due normative.

Partendo dal profilo funzionale, occorre, come noto, rilevare che la questione è tuttora aperta con riferimento alla disciplina di cui alla L. 724/1994: diverse interpretazioni sono state, infatti, formulate in dottrina per quanto concerne sia il campo d'applicazione sia la *ratio* propria della disciplina introdotta dall'art. 30, L. 724/1994. Per quanto riguarda, invece, la disposizione dell'art. 4, comma 5, D.P.R. 633/1972, non sussistono dubbi significativi circa la sua funzione antielusiva e di contrasto all'utilizzo della forma societaria per finalità di mero godimento²⁷².

²⁷² Tale considerazione è avvalorata dalla lettura dell'art. 3, comma 66, della Legge 23 dicembre 1996, che delegava il Governo a modificare il D.P.R. 633/1972 sulla base, tra l'altro, dei seguenti principi e criteri direttivi: “a) revisione della soggettività passiva di imposta, con riguardo, anche in funzione antielusiva, a quelle attività di mero godimento di beni, non dirette alla produzione ed allo scambio di beni o servizi; b) revisione della disciplina delle detrazioni di imposta e delle relative rettifiche, escludendo il diritto alla detrazione per gli acquisti di beni e servizi destinati

Venendo alla disciplina di contrasto alle società di comodo, in dottrina si sono individuate, sostanzialmente, quattro ipotesi²⁷³: una prima in chiave antievasiva e fondata sul rilievo della presunzione di fruttuosità di specifici beni immobilizzati ai quali dovrebbe necessariamente riconnettersi la tassazione di un reddito che, qualora non dichiarato, andrebbe comunque ritenuto esistente su basi figurative²⁷⁴; una seconda legata ad una concezione antielusiva, che vedrebbe nell'utilizzo dello strumento societario in mancanza di un'attività economica una logica di carattere elusivo, volta all'intestazione di

esclusivamente a finalità estranee all'esercizio dell'impresa o dell'arte o professioni utilizzati esclusivamente per operazioni non soggette all'imposta, eccettuate quelle cui le norme comunitarie ricollegano comunque il diritto alla detrazione”.

Nello stesso senso si vedano anche AA.VV., *Commentario breve alle leggi tributarie. IVA e imposte sui trasferimenti*, cit., p. 31; R. LUPI, *Le società di mero godimento tra irrilevanza Iva e autoconsumo*, *Rass. trib.*, 1998 p. 12.

²⁷³ Per una ricostruzione della normativa in esame si veda, *ex multis*, M. TRIVELLIN, *L'uscita dal regime delle società di comodo*, in L. TOSI, *Le società di comodo*, Padova, 2008, pp. 16-18. Si veda anche M. NUSSI, *La disciplina impositiva delle società di comodo tra esigenze di disincentivazione e rimedi incoerenti*, cit., p. 493, dove si mette in luce come, attesa le complessità nel configurare la ratio della disciplina “taluno ravvisa la giustificazione della normativa in chiave antievasiva, in considerazione della particolare valorizzazione di cespiti patrimoniali cd. autonomamente produttivi di reddito che, inseriti nel contesto della società commerciale, farebbero arguire un'intensa redditività. Altri, invece, sottolineano una logica antielusiva, ovvero una finalità extrafiscale, quale quella dell'indesideratezza dell'ordinamento per le società di mero godimento, che non svolgono un'effettiva attività commerciale.”

²⁷⁴ Cfr. R. LUPI, *Le società di comodo come disciplina antievasiva*, in *Dialoghi dir. trib.*, 2006, pp. 1100 segg.

cespiti patrimoniali in strutture societarie con finalità di mero godimento²⁷⁵; una terza che – distinguendosi solo parzialmente rispetto alla seconda teorica - collocherebbe la normativa in esame su un piano primariamente extrafiscale sul presupposto di una valutazione di ‘indesideratezza’ ordinamentale della struttura societaria di mero godimento²⁷⁶.

Una quarta concezione, infine, affermando l’impossibilità di giungere a una effettiva comprensione degli obiettivi

²⁷⁵ D. STEVANATO, *Società ‘di comodo’: dov’è la capacità economica?*, in *Dialoghi dir. trib.*, 2007, pp. 1 segg. Su posizioni assimilabili R. BRACCINI, *Le società di comodo nella recente legislazione tributaria*, in *Riv. dir. fin.*, 1986, I, 52 segg., dove si evidenzia come la disciplina di contrasto alle società di comodo sia tesa a provocare “la dismissione di forme sociali assolutamente non desiderabili fiscalmente perché meri strumenti di artificiosa alterazione della corretta perequazione tributaria” (p. 55).

Si veda anche R. SCHIAVOLIN, *Considerazioni di ordine sistematico sul regime delle società di comodo*, in L. TOSI, *Le società di comodo*, cit., p. 64, che mette in luce, pur senza condividerla pienamente, come tale impostazione sia più plausibile di quella fondata sulla *ratio* antievasiva.

²⁷⁶ Su questa posizione si attesta l’Agenzia delle Entrate con la circolare del 2 febbraio 2007, n. 5. Si veda altresì, R. SCHIAVOLIN, *Considerazioni di ordine sistematico sul regime delle società di comodo*, in L. TOSI, *Le società di comodo*, cit., pp. 66-67, dove si evidenzia come anche la concezione antielusiva non si può ritenere soddisfacente atteso che “poiché la disciplina delle società non operative colpisce queste ultime con un prelievo che non avrebbe colpito le persone fisiche in situazioni corrispondenti, mi pare insoddisfacente la giustificazione che se ne vorrebbe dare quale disciplina di contrasto ad un’elusione della tassazione consistente nell’uso di dette società come ‘contenitori patrimoniali’: la reazione ai comportamenti elusivi è accettabile se conduce ad applicare il regime eluso, non se diventa irrazionalmente ‘punitiva’ [...]”.

ultimi voluti dal legislatore con l'introduzione della disciplina *de qua*, ne postula, piuttosto, una logica composita e multiforme atta a racchiudere una pluralità di obiettivi rispetto ai quali non sarebbe possibile individuare un interesse prevalente²⁷⁷.

E', però, vero che ai fini dell'imposizione IVA la rilevanza pratica delle teoriche prima tratteggiate può essere sottoposta a riconsiderazione.

Infatti, occorre tenere conto delle peculiarità che connotano la disciplina di cui all'art. 30, L. 724/1994 in relazione all'IVA, tali da delineare dei contorni di forte autonomia rispetto alla correlata fattispecie in tema di imposte sui redditi.

Come anticipato, non vi è, diversamente dalla previsione in tema di imposte sui redditi, una diretta tassazione, sulla base di indici presuntivi, di determinati cespiti in quanto autonomamente fruttiferi, quanto, piuttosto, un contrasto indiretto a forme di utilizzo della struttura societaria con finalità di pianificazione fiscale, volte a parificare ad un consumatore finale l'ente societario considerato non operativo.

Questo risultato viene raggiunto tramite il meccanismo della limitazione al diritto di rimborso e di compensazione dei crediti IVA al fine di impedire l'utilizzo dello schermo societario commerciale quale mezzo per ottenere la detrazione dell'IVA sugli acquisti legati non all'attività imprenditoriale ma a finalità di godimento personale o familiare²⁷⁸.

²⁷⁷ Cfr. M. BEGHIN, *Gli enti collettivi di ogni tipo 'non operativi'*, in G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario. Parte speciale*, cit., p. 638.

²⁷⁸ Infatti, attesa la mancanza di un'attività economica significativa, la società si verrebbe a trovare strutturalmente a credito IVA dal momento che non svolge operazioni attive di importo significativo.

Tale considerazione permette, quindi, di escludere che ai fini IVA la normativa *de qua* possa essere ricondotta ad una concezione antievasiva e legittimandosene una lettura in chiave antielusiva.

E', pertanto, condivisibile ritenere che, attesa la già vista funzione antielusiva dell'art. 4, comma 5, D.P.R. 633/1972, vi sia una similitudine tra le due fattispecie sotto il profilo funzionale.

Volgendosi ad un'analisi in chiave strutturale, occorre, però, aggiungere subito come sussistano significative differenze tra le due fattispecie tali da non giustificare un giudizio di sovrapposibilità.

Il punto, per vero, verte sul fatto che le modalità di elisione delle posizioni soggettive attive del contribuente avviene sulla base di due metodologie radicalmente diverse, delineando conseguenze di diverso impatto.

Ciò è fondato sul fatto che la previsione di cui all'art. 4, comma 5, D.P.R. 633/1972 delimita una "nicchia di non commercialità"²⁷⁹ derogatoria rispetto alla generale presunzione di commercialità, limitata agli specifici cespiti indicati all'art. 4, comma 5, D.P.R. 633/1972²⁸⁰. Deroga,

Di conseguenza, la stessa società non sarebbe in grado di detrarre l'IVA ad essa addebitata a titolo di rivalsa sugli acquisti effettuati. I principali modi per non rimanere incisi dell'IVA sulle operazioni passive diverrebbero, quindi, l'esercizio del diritto di rimborso oppure l'accesso all'istituto della compensazione *ex art.* 17, D.Lgs. 9 luglio 1997, n. 241.

²⁷⁹ R. LUPI, *Le società di mero godimento tra irrilevanza Iva e autoconsumo*, cit., p. 12.

²⁸⁰ Una simile impostazione è stata confermata anche nell'ambito delle imposte sui redditi a seguito dell'introduzione dell'art. 2, commi 36 *terdecies*-36 *duodevicies*, D.L. 138/2011 che ha introdotto un nuovo regime relativo alla concessione in godimento di beni d'impresa a soci e familiari. Cfr. G. D'ANGELO, *Il nuovo*

quindi, che non fa venire meno la soggettività passiva IVA per quanto riguarda ogni diversa operazione effettuata dalla società.

Il discorso si pone su un piano diverso in relazione alla disciplina di contrasto alle società di comodo dove, invece, viene presa a riferimento, nell'ambito del test di operatività, una platea più ampia di cespiti, che giungono a ricomprendere tutte le forme di immobilizzazioni materiali ed immateriali risultanti dallo stato patrimoniale.

Ciò determina almeno una distinzione di rilievo che incide sul principio di neutralità: mentre nel caso della norma di cui all'art. 4, comma 5, D.P.R. 633/1972 la dequalificazione interviene limitatamente a quelle sole operazioni riferibili ad una natura di comodo – in sostanza partecipazioni ed immobili – rispetto alle quali il contribuente opera radicalmente come consumatore finale, nel caso in cui la società non superi il test di operatività il risultato che si determina è una integrale incisione dell'operatore economico – in mancanza di operazioni attive da poter detrarre a fronte degli acquisti effettuati – relativamente a tutte le proprie operazioni passive senza che venga tenuta in conto la natura delle singole operazioni d'acquisto e la riconducibilità delle stesse a cespiti che possano ritenersi indici di godimento personale²⁸¹.

regime fiscale della concessione in godimento di beni di impresa a soci e familiari, in *Rass. trib.*, 2013, pp. 769 segg.

²⁸¹ Occorre, ovviamente, rilevare come la disciplina *de qua* preveda una serie di disposizioni atte a limitarne il campo di applicazione tramite la previsione di una serie di ipotesi variamente modulate tra cause di esclusione o disapplicazione. Non solo, ma il contribuente è anche legittimato a presentare – ai sensi del comma 4 *bis* dell'art. 30, L. 724/1994 - istanza di interpello per giustificare, sul presupposto della sussistenza di oggettive ragioni che hanno reso

In aggiunta, peraltro, solo nel caso della deroga di cui all'art. 4, comma 5, D.P.R. 633/1972 vi è un parallelismo tra elisione del diritto alla detrazione relativamente alle operazioni passive riconducibili a beni c.d. di godimento e mancata ricomprensione delle stesse tra le operazioni imponibili nel caso in cui tali beni fuoriescano dal perimetro della società.

Diversamente, nell'ambito della disciplina di cui all'art. 30, L. 724/1994, tutti i cespiti rimangono nell'alveo dell'imponibilità e, pertanto, obbligano sempre l'operatore economico a trattare ogni operazione attiva, indipendentemente dal tipo di bene cui faccia riferimento, quale operazione imponibile su cui agire in rivalsa nei confronti del committente o cessionario.

La criticità in esame era, peraltro, già stata messa in luce in una questione sollevata davanti alla Commissione europea²⁸².

impossibile il conseguimento, lo scostamento rispetto a risultati del test di operatività.

Su tali profili si veda, senza pretesa di completezza, R. SCHIAVOLIN, *Considerazioni di ordine sistematico sul regime delle società di comodo*, in L. TOSI, *Le società di comodo*, cit., pp. 68-73; M. NUSSI, *La disciplina impositiva delle società di comodo tra esigenze di disincentivazione e rimedi incoerenti*, cit., pp. 494-497.

²⁸² Si veda l'interrogazione con richiesta di risposta scritta alla Commissione del 26 ottobre 2010, avente ad oggetto la legittimità comunitaria delle disposizioni fiscali della legge italiana riguardanti le c.d. «società di comodo» disponibile al seguente indirizzo <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+WQ+P-2010-9064+0+DOC+XML+V0//IT> (ultimo accesso 2/03/2015), dove si era rilevato come "l'Italia ha introdotto una disposizione (legge n. 724 del 23.12.1994, art. 30, 4° comma, modificata dal D.L. 223 del 04.08. 2006) che impone alle società, dopo un triennio di mancato raggiungimento degli obiettivi minimi

La Commissione aveva, però, ritenuto non sussistenti le ragioni di censura prospettate dal momento che la perdita al diritto di detrazione non ha carattere automatico, ma è subordinata alla mancata presentazione di un interpello disapplicativo ai sensi dell'art. 37-*bis*, comma 8, D.P.R. 600/1973 e non trova comunque applicazione per un'ampia sfera di enti che già possono beneficiare delle cause di esclusione e disapplicazione previste in via generale dalla stessa disciplina *ex art.* 30, L. 724/1994 e da provvedimenti dell'Amministrazione finanziaria²⁸³.

di reddito e di ricavi predeterminati normativamente, la perdita del diritto di credito dell'IVA assolta sugli acquisti effettuati in tale periodo. Lo scopo della norma avrebbe dovuto essere l'individuazione di aree di evasione, nella realtà, essa sanziona con la perdita del credito IVA tutti gli operatori economici che non sono in grado di raggiungere gli obiettivi minimi imposti dalla legge. La suddetta sanzione appare, oltre che sproporzionata, confliggente con il diritto comunitario (artt. 168 e 183 della dir. 2006/112/CE) e con la giurisprudenza della Corte di Giustizia (sentenza 21.3. 2000, procedimenti riuniti da C-110/98 a C-147/98, *Gabalfrija*). Inoltre essa appare confliggente con i fondamentali principi della «neutralità» e «trasparenza» dell'IVA [...]"

²⁸³ Si veda la risposta data da Algirdas Šemeta a nome della Commissione in data 30 novembre 2010, disponibile al seguente indirizzo

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=P-2010-9064&language=IT> (ultimo accesso 2/03/2015): “La Commissione ha esaminato la normativa italiana in questione, in particolare l'articolo 30 della legge n. 724/1994, che, in determinate condizioni, esclude le società di comodo dall'esercizio del diritto alla detrazione dell'IVA. Nel corso dell'inchiesta è emerso che la perdita di tale diritto non è disposta in modo automatico, anche se la presenza di determinati parametri lasci presumere che si tratti di soggetti non operativi. In virtù dell'articolo 30, comma 4 bis, della legge n. 724/1994, i presunti soggetti non operativi possono dimostrare in via preventiva la propria posizione fiscale

La risposta della Commissione non pare, però, pienamente convincente e presenta profili di irragionevolezza già alla luce di un'analisi complessiva della disciplina interna.

La prima perplessità è riconducibile alla interrelazione tra l'art. 30, L. 724/1994 ed il disposto dell'art 4, comma 4, D.P.R. 633/1972 che consente la ricomprensione tra le operazioni imponibili di quelle svolte nei confronti dei soci, associati o partecipanti.

Ora, atteso che le società che tendenzialmente dovrebbero venire attratte nell'alveo dell' art. 30, L. 724/1994 sono proprio quelle caratterizzate da una matrice di godimento personale o familiare, si può notare come la disciplina *de qua* possa presentare in ultima battuta profili distorsivi: da un lato si ostacola l'esercizio del diritto di detrazione tramite la limitazione al diritto di rimborso e di compensazione mentre, d'altro canto, continua ad operare pienamente l'attrazione nel regime di imponibilità di tutte le operazioni attive.

Ciò, in astratto, potrebbe ancora essere superabile se si ammettesse un parallelo diritto al riporto a nuovo del credito IVA sugli acquisti indefinitamente o almeno per un lungo periodo: si impedirebbe il rimborso e la

presentando apposita istanza di deroga all'amministrazione tributaria. L'amministrazione verifica quindi la corrispondenza dei relativi ricavi e proventi a un precedente accertamento globale. A quanto pare, pertanto, la perdita del diritto di detrarre l'IVA per i soggetti con scarsi proventi è determinata non già da un rigetto automatico, ma da accertamenti specifici compiuti dalle autorità tributarie. La legge, inoltre, esclude specificatamente dal campo di applicazione delle disposizioni antielusive un'intera serie di soggetti per i quali il livello di rischio non è tale da giustificare un trattamento fondato su presunzione. Risulta che la legge è volta di fatto ad affrontare casi particolari di rischio accertato e pertanto non pregiudica il principio di proporzionalità.”

compensazione così scoraggiando pratiche di pura pianificazione fiscale messe in atto con lo scopo di utilizzare lo strumento societario al solo fine di godere del diritto di detrazione sugli acquisti, ma si limiterebbe la lesione del principio di neutralità, legittimando un progressivo ‘recupero’ del credito IVA a fronte del compimento di operazioni attive nel corso del tempo.

Tuttavia, come noto, la disciplina *de qua* pone una ulteriore limitazione dal momento che statuisce la definitiva perdita dell’eccedenza di credito risultante dalla dichiarazione IVA decorso un triennio senza che la società abbia effettuato operazioni attive in misura “non inferiore all’importo che risulta dall’applicazione delle percentuali di cui al comma 1”²⁸⁴, cioè quelle relative al test di operatività.

Più in generale, poi, la normativa *ex art. 30, L. 724/1994* pare complessivamente più ‘rozza’ e meno rispettosa del principio di neutralità dal momento che, diversamente dal portato dell’art. 4, comma 5, D.P.R. 633/1972 non mira a colpire specifici beni – partecipazioni e soprattutto immobili – che più facilmente si potrebbero prestare a finalità non imprenditoriali, ma insiste, tramite un test di operatività che prende in esame in via indiscriminata tutte le immobilizzazioni, sull’integrale attività della società senza curarsi di distinguere tra atti che potrebbero prestarsi a finalità di godimento ed altre attività che, invece, ragionevolmente possono essere ricondotte soltanto a finalità imprenditoriali.

Proprio tali caratteristiche hanno suscitato in dottrina l’impressione che la *ratio* della disciplina in esame sia quella “di sollevare l’Amministrazione finanziaria dall’esigenza di svolgere controlli approfonditi sulle

²⁸⁴ Cfr. art. 30, comma 4, L. 724/1994.

società la cui redditività appaia scarsa rispetto ad alcuni elementi patrimoniali [...]»²⁸⁵.

Alla luce di queste considerazioni è, quindi, opportuno domandarsi se non vi sia una lesione del principio di proporzionalità nell'aggravio posto in capo alle società non operative che si trovano costrette a doversi attivare – qualora non ricadano nelle previsioni di esclusione e disapplicazione²⁸⁶ – per giustificare le ragioni di carattere oggettivo che ne hanno reso impossibile l'attività, impedendo loro il raggiungimento degli *standards* previsti dal test di operatività.

Ma i dubbi di maggior rilevanza rimangono quelli in merito alla compatibilità della disciplina nazionale di contrasto alle società di comodo rispetto al diritto dell'Unione Europea²⁸⁷, su cui si cercherà di svolgere qualche considerazione in un successivo paragrafo dopo aver meglio sviluppato alcuni principi sanciti dalla Corte di Giustizia in materia di soggettività passiva IVA e diritto alla detrazione²⁸⁸.

4. *La giurisprudenza della Corte di Giustizia tra*

²⁸⁵ R. SCHIAVOLIN, *Considerazioni di ordine sistematico sul regime delle società di comodo*, in L. TOSI, *Le società di comodo*, cit., p. 74.

²⁸⁶ M. NUSSI, *La disciplina impositiva delle società di comodo tra esigenze di disincentivazione e rimedi incoerenti*, cit., pp. 494-497; R. SCHIAVOLIN, *Considerazioni di ordine sistematico sul regime delle società di comodo*, in L. TOSI, *Le società di comodo*, cit., pp. 68-73.

²⁸⁷ R. SCHIAVOLIN, *Considerazioni di ordine sistematico sul regime delle società di comodo*, in L. TOSI, *Le società di comodo*, cit., p. 74.

²⁸⁸ Si veda, *infra*, Parte I, Capitolo V, §§ 5 e 6.

soggettività passiva IVA e diritto alla detrazione per gli acquisti.

E', a questo punto, necessario fare una ricognizione dei principi di diritto dell'Unione Europea con riferimento al tema della soggettività IVA e del diritto alla detrazione sugli acquisti volgendosi, in particolare, al formante giurisprudenziale che ha sempre costituito un fondamentale motore di sviluppo, anche di carattere creativo, nell'ambito del diritto dell'Unione Europea in materia IVA.

Occorre, però, sgombrare fin da subito il campo da un possibile equivoco che potrebbe condizionare una ricostruzione sistematica.

In giurisprudenza, infatti, è possibile assistere ad un certo grado di sovrapposizione tra due piani che dovrebbero essere, a livello teorico, tenuti nettamente separati: quello circa l'inerenza degli acquisti all'attività imprenditoriale e quello, logicamente pregiudiziale, circa il giudizio sulla soggettività passiva IVA dell'impresa stessa²⁸⁹.

²⁸⁹ In tali termini A. GIOVANNINI, *Le società immobiliari di godimento nell'IVA (note sulla nullità)*, cit., p. 994, dove si afferma come "non vi è dubbio che tra 'esercizio dell'impresa' e detraibilità dell'imposta assolta sugli acquisti sussista un rapporto, per così dire, di pregiudizialità-dipendenza. E se tale rapporto è stato generalmente inteso come inerenza dei beni all'attività, per cui il diritto di credito si ritiene esercitabile quando gli acquisti hanno ad oggetto beni inerenti all'attività propria dell'impresa, l'ordinamento non impedisce, ed anzi impone, almeno a me sembra, di anteporre a tale giudizio la valutazione della reale sussistenza dell''impresa' cui tale bene si riferisce. [...] Come si può facilmente constatare siamo su piani radicalmente diversi: questo attiene a valutazioni normative in cui si esclude, a priori, l'esistenza del rapporto di inerenza tra beni (o servizi) acquistati ed

Anticipando i risultati dell'analisi che si svolgerà nei prossimi paragrafi, si può affermare che il diritto dell'Unione Europea tende a favorire – nell'ottica di un'applicazione piena del principio di neutralità – l'integrazione dei requisiti per il godimento della soggettività passiva IVA a più figure possibili, con un'interpretazione del concetto di attività economica di ampia portata²⁹⁰ e una contestuale visione dei fenomeni di occasionalità per ipotesi limite²⁹¹.

5. Il rilievo del diritto alla detrazione ed il necessario collegamento con un'attività economica.

Venendo alla prima questione esposta, si può iniziare rilevando che la giurisprudenza della Corte di Giustizia riconosce la necessità di limitare il diritto alla detrazione qualora l'acquisto effettuato sia utilizzato a fini personali e non nell'ambito dell'attività d'impresa²⁹².

esercizio dell'impresa (arte o professione); quello, invece, si pone come giudizio antecedente ed assai più radicale sull'esistenza stessa dell'impresa.”

²⁹⁰ Si veda B.J.M. TERRA, P.J. WATTEL, *European tax law*, cit., pp. 308

²⁹¹ Cfr. P. CENTORE, *Sfera personale e professionale a confronto nel pranzo d'affari*, in *Corr. trib.*, 2009, pp. 297 segg.; Id, *L'occasionalità delle operazioni economiche e la loro rilevanza ai fini IVA*, cit., p. 336.

²⁹² Sulla nozione di diritto alla detrazione nell'IVA si veda, *ex multis*, M. GIORGI, *Detrazione e soggettività passiva nel sistema dell'imposta sul valore aggiunto*, cit., pp. 265 segg.; P. CENTORE, *La detrazione IVA è connessa (solo) all'attività esercitata?*, in *Corr. trib.*, 2008, pp. 705 segg.; Id., *L'inerenza IVA fra principio di*

Proprio a tale riguardo, nel corso del tempo, si è formato un orientamento giurisprudenziale che ha codificato i principi che possono giustificare le regole nazionali limitative del diritto alla detrazione, che insistono su un parallelismo tra “detrazione prospettica, in funzione della destinazione prevista per il bene o servizio acquistato, e modalità di effettivo utilizzo, che possono condurre all'imponibilità delle operazioni con le quali il bene acquisito è destinato ad usi diversi da quelli previsti”²⁹³.

La questione è, ovviamente, complicata dal fatto che la giurisprudenza distingue tra beni e servizi di utilizzo diretto nell'ambito dell'attività dell'operatore rispetto a quegli acquisti che siano ricollegabili ad un utilizzo prospettico, di natura potenziale, per i quali, nel caso in cui il bene o servizio non venga poi destinato alla sfera professionale del soggetto passivo²⁹⁴, dovrà operare, a seconda dei casi, la rettifica della detrazione oppure sarà necessario dare corso alla disciplina prevista per l'autoconsumo o la destinazione a finalità extra-

connessione e prospettività del ribaltamento, in *Corr. trib.*, 2008, pp. 1869 segg.

²⁹³ Cfr. M. BASILAVECCHIA, *L'uso personale di beni aziendali*, in *Corr. trib.*, 2012, pp. 1368 segg.

²⁹⁴ P. CENTORE, *Sfera personale e professionale a confronto nel pranzo d'affari*, cit, p. 298, dove si evidenzia come il principio della detrazione sia “facilmente applicabile ai beni ed ai servizi che siano utilizzati in modo diretto [...]. Un po' meno facile è individuare il confine della detrazione per gli acquisti utilizzati in modo indiretto [...], considerando che l'inerenza, cioè, l'attitudine dell'acquisto al suo utilizzo per le operazioni soggette ad imposta, deve essere oggetto di una valutazione che la norma (art. 19, quarto comma, del D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633) impone fino alla parcellizzazione del costo sostenuto. Ancora più difficile appare l'applicazione del principio quando l'acquisto sia prospettico, cioè, con utilizzo potenziale futuro [...].”

imprenditoriali²⁹⁵.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia sottolinea, infatti, come il diniego al diritto alla detrazione debba fondarsi primariamente sul presupposto che gli acquisti non siano riconducibili – in una prospettiva né attuale, né potenziale – all’esercizio di un’attività economica²⁹⁶. Non sussisterebbe, quindi, l’obbligatorietà di un collegamento necessario tra esercizio del diritto di detrazione ed utilizzo immediato dell’acquisto per la produzione di operazioni imponibili²⁹⁷.

Proprio in tal senso, peraltro, andrebbero letti gli istituti della rettifica della detrazione e dell’autoconsumo: quali norme di chiusura del sistema dell’IVA atte a intervenire nelle ipotesi in cui, a fronte di un originario esercizio del diritto di detrazione, sia intervenuta la scelta dell’operatore economico di non destinare più – integralmente oppure

²⁹⁵ M. GIORGI, *Detrazione e soggettività passiva nel sistema dell’imposta sul valore aggiunto*, cit., pp. 449-481. Cfr. P. CENTORE, *Sfera personale e professionale a confronto nel pranzo d’affari*, cit, p. 298, dove si evidenzia che “la differenza che distingue (e, in certa parte, unisce) il meccanismo della rettifica della detrazione dalle ipotesi di autoconsumo: la prima si manifesta nel momento del ‘primo’ utilizzo del bene o del servizio per il quale sia stata accordata (o non accordata) la detrazione al momento dell’acquisto; il secondo si applica in un momento successivo al primo utilizzo, quando, cioè, il bene o il servizio siano già entrati nel ciclo produttivo dell’operatore, di norma, destinato a produrre operazioni imponibili”.

²⁹⁶ Si vedano, *ex multis*, le sentenze della Corte di Giustizia nei procedimenti C-118/11 e C-594/10. Si veda anche B.J.M. TERRA, P.J. WATTEL, *European tax law*, cit., pp. 391 segg.; G. MANDO’, D. MANDO’, *Manuale dell’imposta sul valore aggiunto*, cit., pp. 438-439.

²⁹⁷ Si veda M. GIORGI, *Detrazione e soggettività passiva nel sistema dell’imposta sul valore aggiunto*, cit., pp. 90-98.

solo in parte - i beni o servizi acquistati a finalità produttive di operazioni imponibili, scegliendo una destinazione degli stessi a finalità private o di mero godimento²⁹⁸.

Tale impostazione – che muove dal presupposto di una piena tutela del principio di neutralità e si ricollega alla *vis* espansiva della nozione di attività economica²⁹⁹ – richiede l’esperienza di un giudizio che non si fonda sulla verifica circa la conformità delle operazioni passive all’effettivo esercizio dell’impresa inteso sotto il profilo della specifica attività produttiva svolta e – tendenzialmente – risultante come oggetto sociale statutario³⁰⁰.

Piuttosto, l’impostazione accolta dalla giurisprudenza dell’Unione Europea richiede una sola valutazione di stampo oggettivo, basata su una valutazione prospettica di produzione di operazioni imponibili che possa conseguire all’acquisto effettuato, senza che vengano in esame approfondimenti di matrice soggettiva, legati ad una ricostruzione dell’attività della società fondati su un nesso di strumentalità necessaria tra previsione statutaria ed atti

²⁹⁸ Cfr. P. CENTORE, *La detrazione IVA è connessa (solo) all’attività esercitata?*, cit., p. 705.

²⁹⁹ In questo senso si veda P. CENTORE, *Valutazione prospettica e potenziale dello ‘status’ di soggetto passivo IVA per l’esercizio del diritto a detrazione*, in *Corr. trib.*, 2013, p. 1100, dove si afferma come l’impostazione che connette la detrazione ad un’attitudine prospettica dell’acquisto all’attività imprenditoriale “altro non è che l’espressione concreta del concetto di inerenza, collegata, per quanto si è sin qui osservato, non tanto allo status dell’operatore, quanto all’oggetto dell’acquisto che, per le sue prerogative, deve – appunto potenzialmente e prospetticamente – far immaginare il suo utilizzo per l’esecuzione di operazioni tassate.”

³⁰⁰ Cfr. P. CENTORE, *Inerenza IVA nazionale (e non comunitaria)*, cit., pp. 1103 segg.

concretamente posti in essere dalla società³⁰¹.

6. Continua: il rilievo della soggettività passiva IVA nel formante giurisprudenziale.

Discorso diverso e più complesso attiene, invece, alla

³⁰¹ P. CENTORE, *Inerenza IVA nazionale (e non comunitaria)*, cit., p. 1104, dove si evidenzia come non sia condivisibile una valutazione di matrice soggettiva tra operazione passiva e strumentalità rispetto all'attività attuale del soggetto passivo, ma sia necessaria una ricostruzione di carattere puramente oggettivo, fondata sulla valutazione in ordine alla potenzialità che l'acquisto del bene o del servizio sia prospetticamente destinabile ad un'operazione imponibile.

Si veda anche T. TASSANI, *Autonomia statutaria delle società di capitali e imposizione sui redditi*, cit., p. 181 segg., dove l'Autore, pur partendo dal presupposto che "l'oggetto sociale indica [...] le 'attività in vista delle quali la società è stata costituita e al cui esercizio i soci sono tenuti a concorrere' e diventa naturale punto di riferimento per il giudizio di inerenza dei singoli atti compiuti" e, perciò, "se il criterio per valutare l'inerenza dovesse essere costituito, anziché dall'oggetto sociale statutariamente indicato, dai soli atti effettivamente compiuti dalla società, esso potrebbe risultare del tutto inadeguato", riconosce come tale orientamento debba essere coniugato con le modifiche al codice civile intervenute con la riforma societaria del 2003.

In particolare, l'Autore afferma come "rispetto alla società di capitali, è necessario sottolineare che la risposta non può consistere in un generico richiamo ad un'esigenza di effettività del sistema, ma che si tratta pur sempre di ricostruire l'attività della società. In questo senso, è evidente che, mentre singoli atti difformi rispetto alla previsione statutaria dovranno semplicemente considerarsi non inerenti, un complesso di atti posti in essere, riconducibili ad un fine comune, possono evidenziare una diversa attività".

giurisprudenza su un tema pregiudiziale, relativo ai confini della soggettività passiva IVA.

La giurisprudenza della Corte di Giustizia si è, prima di tutto, interessata alla problematica circa l'occasionalità dell'attività economica.

Sono significativi, a tale proposito, alcuni recenti orientamenti della giurisprudenza della Corte di Giustizia che, con l'obiettivo di evitare forme di distorsione del mercato che possano arrecare effetti negativi sotto il profilo della concorrenza, hanno determinato un ampliamento della sfera di soggettività IVA³⁰².

Infatti, la recente giurisprudenza, assumendo un'impronta prettamente oggettivistica³⁰³ – tesa, cioè, a dare primaria rilevanza alla sussistenza di un'attività economica, ancorché modesta od occasionale piuttosto che all'elemento soggettivo dello svolgimento di tali attività con carattere di abitualità – è giunta ad affermare – con il caso *Fuchs* – che anche l'energia elettrica ceduta in rete da un privato proprietario di impianto fotovoltaico di modeste dimensioni, in ragione del fatto che sarebbe ceduta su base continuativa e non episodica, determina l'assoggettamento del produttore al tributo³⁰⁴.

Similmente, con il caso *Kostov*, la Corte di Giustizia è intervenuta sotto un altro profilo inerente la soggettività passiva IVA³⁰⁵.

³⁰² Su tali profili si veda P. CENTORE, *L'occasionalità delle operazioni economiche e la loro rilevanza ai fini IVA*, cit., pp. 334-337.

³⁰³ Si veda, a tale riguardo, G. MOSCHETTI, *'Diniego di detrazione per consapevolezza' nel contrasto alle frodi IVA. Alla luce dei principi di certezza del diritto e proporzionalità*, Padova, 2013, pp. 24 segg.

³⁰⁴ Cfr. Corte di Giustizia, procedimento C-219/12.

³⁰⁵ Cfr. Corte di Giustizia, procedimento C-62/12.

In specie, la vertenza riguarda lo svolgimento, da parte di un ufficiale giudiziario, di un'operazione economica su base meramente occasionale e completamente diversa dall'attività svolta abitualmente. La Corte afferma che ai fini dell'assoggettamento alla disciplina IVA del compenso relativo a tale attività occasionale si deve tenere in conto che, assunto lo *status* di soggetto passivo IVA, qualsiasi operazione economica posta in essere – ancorché possa, di per sé, essere ritenuta meramente occasionale – non può non ricadere tra le operazioni imponibili IVA.

In definitiva, tali pronunce, che postulano un superamento della precedente giurisprudenza, sono portatrici di un ampliamento della sfera di soggettività IVA, delineando la preminenza di una concezione fondata sul dato oggettivo dello svolgimento di un'attività economica, anche occasionale³⁰⁶.

³⁰⁶ In tale senso P. CENTORE, *L'occasionalità delle operazioni economiche e la loro rilevanza ai fini IVA*, cit., pp. 334-335 mette in luce come “l'effetto assorbente dell'attività economica già svolta, ancorché diversa da quello oggetto di contestazione, pone in crisi il tema della valutazione *ex se* dell'operazione, secondo i canoni dell'ampiezza economica e della sua auto-rilevanza ai fini dell'Iva. La precedente giurisprudenza sul tema e, segnatamente, la sentenza 15 settembre 2011, resa dalla Corte di Giustizia nelle cause riunite C-180/10 e C-181/10, *Staby e Kuć*, ha sancito l'inesistenza del requisito soggettivo per una persona fisica che abbia esercitato un'attività agricola su un fondo rustico venduto nell'ambito della gestione del patrimonio privato della persona stessa, dopo che esso sia stato riconvertito in terreno destinato alla costruzione [...]. Secondo tali indicazioni, il requisito soggettivo sussiste, invece, se tale persona intraprende, ai fini della realizzazione delle suddette vendite, iniziative di commercializzazione fondiaria, mobilitando mezzi simili a quelli dispiegati per un'attività di produzione, commercializzazione o prestazione di servizi [...]. Il che sostiene la necessità di una

Soprattutto - specie alla luce dell'analisi della sentenza *Kostov* – la Corte di Giustizia pare operare un'estensione della soggettività passiva IVA per tutte le operazioni attive e passive anche in capo alle persone fisiche ed agli enti non commerciali - indipendentemente dall'abitudine od occasionalità delle stesse³⁰⁷ - attuando una forma di assimilazione con la presunzione assoluta di attrazione prevista tradizionalmente per le sole strutture societarie di stampo commerciale³⁰⁸.

7. L'irrelevanza della forma giuridica alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia in merito agli atti preparatori.

Occorre, a questo punto, riprendere e sviluppare meglio un concetto già anticipato precedentemente: la logica dell'IVA, come si è visto, pone a fondamento e valorizza come snodo centrale l'attuazione di un'attività economica caratterizzata dalla cessione di beni e prestazione di servizi rivolta al mercato³⁰⁹. In questo senso, trova spazio un approccio primariamente oggettivistico, incentrato

valutazione autonoma dell'attività esercitata anche occasionalmente, da valutarsi in riferimento alla sua influenza in tema di concorrenza rispetto alle altre attività [...].”

³⁰⁷ Considerazioni simili vengono mosse da P. CENTORE, *L'occasionalità delle operazioni economiche e la loro rilevanza ai fini IVA*, cit., p. 320.

³⁰⁸ Sul concetto di 'effettuazione nell'esercizio di impresa' si veda G. MANDO', D. MANDO', *Manuale dell'imposta sul valore aggiunto*, cit., pp. 82-83.

³⁰⁹ In questo senso si veda A. COMELLI, *Iva comunitaria e Iva nazionale*, cit., pp. 467 segg.

sull'effettuazione di operazioni economiche, rispetto alle quali il profilo legato all'elemento soggettivo – cioè il tema della soggettività IVA – rappresenta un requisito logicamente successivo che deve sempre essere integrato – pena la violazione del principio di neutralità del meccanismo impositivo – non appena il contribuente svolga operazioni economiche su base non puramente occasionale³¹⁰.

Tale impostazione è confermata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia con riferimento alle problematiche

³¹⁰ Si veda A. FANTOZZI, *Imprenditore e impresa nelle imposte sui redditi e nell'IVA*, cit., p. 27, dove si afferma “fin qui, dunque, le direttive comunitarie le quali, per un'imposta in cui è prevalente il contenuto economico delle operazioni, trattandosi sostanzialmente di un tributo generale sui consumi, hanno in sostanza ricollegato la qualifica di soggetto passivo all'esercizio in modo indipendente ed abituale, di una mera attività economica con o senza scopo di lucro”. Successivamente, l'Autore evidenzia anche come “il legislatore delegato si è trovato a dover inserire le disposizioni comunitarie in un tributo caratterizzato dal peculiare meccanismo impositivo strutturato intorno alla definizione e disciplina delle operazioni imponibili ed in cui i soggetti passivi costituiscono piuttosto che i portatori della capacità contributiva, i mezzi tecnici per trasferire l'imposta in avanti verso il consumatore finale, che sarà l'unico ad esserne inciso”.

Negli stessi termini P. CENTORE, *Il profilo economico delle operazioni soggette ad IVA*, in *Corr. trib.*, 2012, pp. 105 segg., dove si rileva “la centralità del requisito oggettivo, ben individuato dalla norma interna nel rapporto con i criteri di effettuazione (art. 6) e di territorialità (art 7 ss.), viene in rilievo anche per il requisito soggettivo, non tanto dagli artt. 4 e 5 del decreto IVA, ove il profilo dell'operatore è tratteggiato in via autonoma e scollegata dal profilo oggettivo, quanto dalla norma comunitaria (artt. 9 ss. della direttiva 2006/112/CE), nella quale la definizione del soggetto passivo è apertamente influenzata dalla natura ‘economica’ degli atti che esso pone in essere”.

inerenti il trattamento degli atti preparatori dove si è messo in luce come, sempre nell'ottica di una piena applicazione del principio di neutralità dell'IVA, anche il compimento di atti propedeutici all'avvio dell'attività economica può considerarsi quale attività d'impresa ai fini IVA e legittimare l'esercizio del diritto alla detrazione³¹¹.

Tale diritto compete, tra l'altro, anche nel caso in cui l'attività economica non abbia dato luogo ad operazioni imponibili a causa di circostanze estranee alla volontà del soggetto passivo.

Secondo tale orientamento, quindi, l'Amministrazione finanziaria non sarebbe legittimata a procedere ad alcun recupero dell'imposta detratta nel caso in cui non siano state svolte operazioni economiche attive e - sempre a condizione che non intervenga alcun utilizzo a fini personali o familiari dei beni o servizi acquistati - il diritto di detrazione resterebbe acquisito anche a seguito della cessazione dell'attività imprenditoriale con la messa in liquidazione e cancellazione della società.³¹²

Discende da tali pronunce che l'elemento centrale per individuare l'acquisizione della soggettività passiva IVA -

³¹¹ L. GIARETTA, *La detrazione dell'Iva da parte della società a fronte di atti preparatori compiuti dal socio e a quest'ultimo fatturati: l'impatto del principio di neutralità sulla soggettività passiva nell'ambito dei rapporti partecipativi tra forma giuridica e sostanza economica*, in *Riv. d. trib.*, 2012, IV, pp. 203 segg. Si veda anche T. TASSANI, *Gli atti preparatori e l'inizio dell'impresa*, in *Rass. trib.*, 2000, pp. 455 segg.

³¹² G. MANDO', D. MANDO', *Manuale dell'imposta sul valore aggiunto*, cit., p. 442, nota 1. Su tale profilo si veda anche P. CENTORE, *Manuale dell'IVA europea*, Milano, 2008, p. 245. Per quanto riguarda la giurisprudenza della Corte di Giustizia si vedano, *ex multis*, i procedimenti C-37/95; C-110/94; C-32/03 e C-153/11.

più ancora della ricostruzione delle intenzioni del contribuente – è l’analisi delle concrete operazioni poste in essere dal soggetto passivo. L’obiettivo è, infatti, di verificare – sempre sulla base di un approccio oggettivistico – se gli atti preliminari siano ascrivibili “all’attività di organizzazione del soggetto economico nascenti o se, per contro, essi possano prestarsi ad un impiego di tipo personale”³¹³.

Non occorre, quindi, che l’esercizio del diritto di detrazione sia collegato alla sussistenza di un’attività economica in atto, ma è sufficiente una valutazione di carattere potenziale circa il fatto che gli acquisti effettuati nella fase preparatoria possano essere funzionalmente collegabili allo svolgimento di un’attività economica ai fini IVA³¹⁴.

In conclusione, tali profili permettono di cogliere come

³¹³ L. GIARETTA, *La detrazione dell’Iva da parte della società a fronte di atti preparatori compiuti dal socio e a quest’ultimo fatturati: l’impatto del principio di neutralità sulla soggettività passiva nell’ambito dei rapporti partecipativi tra forma giuridica e sostanza economica*, cit., p. 211.

³¹⁴ In questi termini, A. GIOVANNINI, *Le società immobiliari di godimento nell’IVA (note sulla nullità)*, cit., pp. 996-997, dove si afferma che “non vi è dubbio [...] che tali previsioni manifestino l’introduzione da parte del legislatore fiscale di un concetto di esercizio d’impresa non ancorato a quello di ‘esercizio in atto’ dell’impresa. Si è detto, infatti, che per l’integrazione delle previsioni tributarie non è indispensabile lo svolgimento dell’attività o, meglio, che anche gli atti preparatori all’attività imprenditoriale propriamente intesa sono suscettibili di apprezzamento in relazione agli artt. 4, ° comma, e 19, 1° comma d.p.r. n. 633. [...] Il presupposto dettato dall’art. 19, 1° comma, non deve più essere accertato secondo il modello dell’esercizio in atto dell’impresa ma in base a quello del collegamento funzionale o strutturale tra beni acquistati e svolgimento dell’impresa.”

nell'ambito della giurisprudenza della Corte di Giustizia non sia possibile riferirsi al principio di attrazione della forma societaria quale meccanismo di assoggettamento al tributo come, invece, previsto dal D.P.R. 633/1972³¹⁵, atteso che il diritto alla detrazione viene esteso – a condizione che sussista un nesso di inerenza di carattere funzionale tra atti preparatori ed attività economica – anche al caso in cui l'attività d'impresa non sia formalmente iniziata³¹⁶.

8. In particolare: il contrasto all'utilizzo abusivo della forma giuridica secondo l'approccio di diritto interno con riferimento alla disciplina di contrasto alle società di comodo ed all'art. 4, comma 5, D.P.R. 633/1972.

Le considerazioni che si sono avanzate nel paragrafo precedente permettono di giungere ad un risultato intermedio: solo a livello interno e non nelle fonti di diritto

³¹⁵ Cfr. P. CENTORE, *Valutazione prospettica e potenziale dello 'status' di soggetto passivo IVA per l'esercizio del diritto a detrazione*, cit., p. 1110, dove si ribadisce “che non si è ancora inteso che la presunzione voluta dal nostro legislatore delle origini [...] è pacificamente incompatibile con il diritto comunitario [...] per i quali la costituzione di una società commerciale è motivo sufficiente per ottenere la partita IVA e con essa lo status di soggetto passivo. Ed è questo il risultato dell'impostazione formal-nominalistica, secondo cui soggetto passivo è colui che 'è', rispetto alla (prevalente e quindi assorbente) impostazione sostanzial-oggettivistica della norma comunitaria, secondo cui il soggetto passivo è colui che 'fa'.”

³¹⁶ Si veda, sempre su questo tema, P. CENTORE, *Soggettività passiva e detrazione dell'IVA per società neocostituite*, in *Corr. trib.*, 2009, pp. 333 segg.

positivo del diritto dell'Unione possono individuarsi disposizioni di matrice sostanziale che incidano direttamente sulla soggettività IVA.

Occorre fare riferimento a due istituti che sono già stati descritti nei paragrafi precedenti.

Un primo caso riguarda, infatti, la disposizione enucleata all'art. 4, comma 5, D.P.R. 633/1972, in tema di società di mero godimento. Disposizione che, come si è visto, reagendo sull'elemento della presunzione di commercialità ancorata alla forma giuridica, determina un'ipotesi *ex lege* di insussistenza della soggettività passiva IVA per gli enti societari che svolgono attività c.d. di mero godimento.

Si è visto, per vero, che non si tratta di una disposizione che sanziona direttamente, come abusivo, l'utilizzo della struttura societaria, quanto, piuttosto, di una previsione che mira ad individuare *ex ante* alcune ipotesi dove la struttura societaria, anche se di stampo commerciale, non può strutturalmente porre in essere un'effettiva attività economica. Essa, infatti, racchiude condotte tipiche di un mero consumatore finale e, di conseguenza, non può essere ricollocata nell'alveo della presunzione di imprenditorialità prevista in via generale per le società commerciali.

Tuttavia, come si è altresì visto, tale fattispecie delinea – piuttosto che una generale sanzione di insussistenza della soggettività passiva IVA in capo alla società – una meno radicale previsione di limitazione della sfera di imprenditorialità sul presupposto di una valutazione dei singoli atti come espressione di godimento personale.

Sempre legata ad una prospettiva di diritto interno si sono, poi, già brevemente esposte nei paragrafi precedenti alcune peculiarità della disciplina di contrasto alle società di comodo.

Non può, peraltro, negarsi che tale normativa - più

incisivamente di quella *ex art. 4, comma 5, D.P.R. 633/1972*, applicabile anche nei confronti dell'imprenditore individuale - delinea una generale disciplina di sfavore – con pesanti ricadute in tema di soggettività passiva IVA - direttamente e specificamente ricollegata all'utilizzo dello schermo societario da parte di enti collettivi che non svolgono attività economiche tali da poter superare il test di operatività.

Si erano, poi, paventati elementi di potenziale incompatibilità dell'art. 30, L. 724/1994 rispetto al diritto dell'Unione Europea.

Premesso, a tale proposito, che si tratta di una problematica complessa che non può trattarsi *funditus* nel presente lavoro, possono evidenziarsi due elementi di criticità a tale riguardo.

Un primo profilo di perplessità discende dal fatto che la disciplina di contrasto alle società di comodo pone in capo all'operatore economico l'onere di attivarsi per dimostrare la sussistenza delle ragioni che hanno reso impossibile il raggiungimento degli *standards* previsti dal test di operatività.

Tale previsione è criticabile atteso che la Corte di Giustizia insiste – come si è avuto modo di vedere - su una concezione per cui il diritto di detrazione sugli acquisti è legittimo anche quando l'utilizzo del bene è solo di natura prospettica e con carattere potenziale³¹⁷.

³¹⁷ Proprio in chiave di valorizzazione del diritto alla detrazione sulla base di una valutazione di impiego prospettico dei beni e servizi si veda F. MONTANARI, *Le operazioni esenti nel sistema dell'IVA*, cit., pp. 30-31 dove, trattando della distinzione tra operazioni imponibili ed operazioni esenti, evidenzia come sia “condivisibile l'opinione di chi ‘svaluta’, sul piano del diritto europeo, il principio di inerenza come tradizionalmente inteso, valorizzando, invece, l'impiego prospettico dei beni e dei servizi

Tale posizione giurisprudenziale è, peraltro, fondata sul presupposto che vi sono già disposizioni normative in campo IVA che, nei casi in cui il bene o servizio non venga poi destinato alla sfera professionale del soggetto passivo, prevedono autonomamente sia il rimedio della rettifica della detrazione sia quello dell'autoconsumo o della destinazione dell'acquisto a finalità extra-imprenditoriali³¹⁸.

In tale quadro si comprende, quindi, come la disciplina dell'art. 30, L.724/994 non risponda in maniera pienamente conforme a questi principi dal momento che pone in capo all'operatore economico – sempre che non operino le previsioni di esclusione e disapplicazione di portata generale – un onere di attivazione volto ad una preventiva dimostrazione di asserite ragioni oggettive che

verso una 'certa destinazione': dunque, non più (o non solo) inerenza del tipo di bene con il tipo di attività, ma, soprattutto, 'afferenza' degli acquisti ad un'attività economica che dia luogo ad operazioni imponibili, anche se non ancora in essere, in chiave prospettica. Tali conclusioni appaiono, d'altro canto, conformi al cosiddetto principio della 'detrazione immediata', sancito dall'art. 167 della Direttiva, a mente del quale tale diritto nasce quando l'imposta deducibile diventa esigibile e non, quindi, quando è già stata posta in essere un'attività, intesa come sommatoria di operazioni. In altri termini, al fine della detrazione del tributo, l'immissione al consumo assume rilevanza in un momento precedente rispetto al consumo stesso."

³¹⁸ Sempre in tale senso si veda anche F. MONTANARI, *Le operazioni esenti nel sistema dell'IVA*, cit., p. 31, dove si evidenzia come "speculare, e complementare ai principi della 'afferenza prospettica' e della detrazione immediata, è l'istituto della rettifica della detrazione il quale prevede, come è noto, che 'la detrazione operata inizialmente è rettificata quando è superiore o inferiore a quella cui il soggetto passivo ha diritto', così come previsto dall'art. 184 della Direttiva."

hanno reso impossibile il perseguimento dell'attività economica. Così facendo, vengono posti, sostanzialmente, nel nulla gli istituti della rettifica della detrazione e dell'autoconsumo o della destinazione dell'acquisto a finalità extra-impresariali almeno per quanto riguarda gli enti collettivi che non sono in grado di superare i test di operatività.

A tale riguardo, peraltro, occorre evidenziare quella giurisprudenza della Corte di Giustizia che ha messo in rilievo come il diritto di detrazione immediato sugli acquisti, pur determinando un 'vantaggio di tesoreria' per il contribuente, non costituisce una misura di vantaggio competitivo rispetto ad altri operatori – ad esempio quelli che pongono in essere operazioni esenti IVA – in quanto l'esercizio della detrazione immediata è temperata dagli istituti della rettifica della detrazione e della destinazione a finalità extra-impresariali³¹⁹.

Ciò conferma - indirettamente – il ragionamento che si è prima esposto: se per la Corte di Giustizia il vantaggio in termini di tesoreria derivante dall'esercizio immediato della detrazione non costituisce di per sé un vantaggio indebito in capo al contribuente, la limitazione dello stesso diritto a fronte del mancato superamento del test di operatività determina un certo nocimento in termini di tesoreria tale da dare luogo ad un indubbio svantaggio competitivo rispetto ai *competitors* contrastante con il principio di neutralità del tributo.

Un secondo profilo di perplessità alla luce del diritto dell'Unione Europea discende dal fatto che la disciplina *de qua* determina una discriminazione tra forme giuridiche

³¹⁹ Cfr. F. MONTANARI, *Le operazioni esenti nel sistema dell'IVA*, cit., pp. 57-58. In giurisprudenza si veda la sentenza della Corte di Giustizia, procedimento C-460/07.

diverse.

Infatti, atteso che la disciplina in esame individua il proprio perimetro di applicazione soltanto con riferimento alle società commerciali³²⁰, vengono completamente escluse dal quadro normativo tutti quegli enti che, pur essendo caratterizzati da una forma giuridica diversa rispetto a quelli previste dall'elenco dell'art. 30, L.724/994, possono svolgere attività che ricadono nell'ampia nozione di attività economica rilevante in sede IVA³²¹.

Ciò si pone, come già si è detto, in contrasto con il principio reiteratamente espresso dalla Corte di Giustizia secondo cui non dovrebbe assumere rilevanza l'elemento

³²⁰ La disposizione in esame, infatti, ricomprende nel proprio spettro applicativo soltanto le società di capitali, le società di persone nonché gli enti collettivi di ogni tipo non residenti con stabile organizzazione in Italia.

³²¹ Si veda M. GIORGI, *Detrazione e soggettività passiva nel sistema dell'imposta sul valore aggiunto*, cit., p. 126 che mette in luce che la distinzione interna tra enti commerciali ed enti non commerciali "tipica del sistema delle imposte sui redditi in cui le diverse tipologie di reddito sono determinate sulla base di criteri diversi a seconda della qualificabilità del reddito come d'impresa o meno, perde, dunque, di significato e merita di essere menzionata soltanto per il rilievo che assume nel dato normativo."

In aggiunta, occorre anche evidenziare come tale distinzione fondata sulla forma giuridica non è rispondente neanche al quadro attuale del sistema delle imposte sui redditi, dove strutture soggettive diverse dalle tipiche forme societarie commerciali previste dal codice civile possono svolgere attività commerciali.

Si pensi, ad esempio, al fenomeno del trust commerciale la cui rilevanza a fini tributari è stata riconosciuta all'art. 73, *T.U.I.R.* Nello stesso senso si può fare riferimento alle figure delle reti d'impresa e degli Organismi di investimento collettivo del risparmio che possono anch'essi svolgere attività classicamente considerate di tipo imprenditoriale.

della forma giuridica scelto dall'operatore economico, quanto, piuttosto, l'attività economica svolta dal contribuente.

Tale considerazione è valorizzata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia con riferimento alla piena tutela del principio di neutralità che, come visto, costituisce un cardine della disciplina IVA ed è considerato quale “principio immanente dell'ordinamento europeo [...]: interpretazioni che si pongano in contrasto con tale principio e, dunque, con quello di parità di trattamento, non possono che determinare una violazione del diritto europeo [...]”³²².

In questo quadro, infatti, vanno prese a modello le pronunce della Corte di Giustizia dove si assiste ad una valorizzazione del principio di neutralità quale espressione del principio di non discriminazione e parità di trattamento tra operatori economici in forza del quale non può ritenersi legittimo trattare in modo diverso situazioni che presentano profili di analogia qualora siano assenti elementi di natura oggettiva che giustifichino tale differenza di trattamento³²³.

Approfondendo tale argomentazione, si può, peraltro, mettere in luce come il diritto dell'Unione non attribuisca

³²² F. MONTANARI, *Le operazioni esenti nel sistema dell'IVA*, cit., p. 72.

³²³ In questo senso si veda la pronuncia della Corte di Giustizia C-643/11 dove si afferma come “il principio generale della parità di trattamento, di cui il principio di neutralità fiscale costituisce un'espressione particolare a livello di diritto derivato dell'Unione e nel settore peculiare della fiscalità, impone di non trattare in modo diverso situazioni analoghe, salvo che una differenza di trattamento sia obiettivamente giustificata”. Si vedano anche le pronunce C-549/11; C-532/11. Si veda anche F. MONTANARI, *Le operazioni esenti nel sistema dell'IVA*, cit., pp. 68 segg.

rilevanza in quanto tale all'utilizzo della forma giuridica oppure di una specifica forma giuridica piuttosto che di un'altra: questo già, radicalmente, come portato dei principi in materia di libertà fondamentali previste dai Trattati³²⁴.

Come si avrà modo di verificare sulla scorta della giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di libertà di trasferimento³²⁵, sono da ritenersi contrastanti con gli obiettivi dei Trattati quelle disposizioni, anche di carattere fiscale, che costringano l'operatore estero che vuole entrare nel mercato interno di un altro Stato membro a scegliere una specifica forma organizzativa per lo svolgimento della propria attività economica, quale condizione di accesso al mercato³²⁶.

³²⁴ Si vedano, a tale riguardo, S. LOMBARDO, *Some reflections on freedom of establishment of non-profit entities in the European Union*, in *European Business Organization Law Review*, 2013, pp. 225; J.L. HANSEN, *The Vale decision and the Court's case law on the nationality of companies*, in *European company and financial law review*, 2013, pp. 1 segg.; W. SCHÖN, *The free choice between the right to establish a branch and to set-up a subsidiary – a principle of European business law*, in *European Business Organization Law Review*, 2001, pp. 339 segg.; G. MOENS, J. TRONE, *Commercial law of the European Union*, Springer, 2010, pp. 85 segg.

³²⁵ Si vedano, *infra*, Parte II, Capitolo I, §§ 9 segg.

³²⁶ In tal senso, si veda W. SCHÖN, *The free choice between the right to establish a branch and to set-up a subsidiary – a principle of European business law*, cit., pp. 360-361, dove si evidenzia “in so far as national law provides for disparities in the tax burdens depending on the legal form, there are strong arguments in favor of the assumption of a restriction on market access for foreign participants in the market [...]. This is connected with the EC Treaty's fundamental principle of permitting economic operators to choose different degrees of integration into the market in order to assure an optimal allocation of resources. [...]. In this context it is

Su questa linea, quindi, le disposizioni dell'art. 30, L. 724/1994, nella misura in cui vincolano il campo di applicazione del test di operatività a specifiche forme giuridiche soggettive potrebbero presentare elementi di criticabilità in quanto sottopongono alcune forme giuridiche ad un regime fiscale potenzialmente più gravoso, senza offrire precise giustificazioni in punto di proporzionalità della disparità di trattamento rispetto ad altre forme giuridiche che possono anch'esse svolgere attività d'impresa³²⁷.

crucial for them to be able to act on a 'level playing field' in comparison with their competitors in that Member State. Their right to a gradual organizational entrance into the state of establishment is severely infringed by tax provisions that force them to choose the legal form of a subsidiary simply because there is no other way of creating equal competition opportunities in relation to the mostly domestic competitors.”

³²⁷ Sul rilievo delle giustificazioni che possono essere addotte dagli Stati membri per mantenere disposizioni normative che presentano profili di discriminazione rilevanti in materia fiscale si veda, *ex multis*, A. CORDEWENER, G. KOFLER, S.V. THIEL, *The clash between European freedoms and national direct tax law: public interest defences available to Member States*, in *Common Market Law Review*, 2009, pp. 1951 segg.

- PARTE II -

**LE ALTERAZIONI DEL PROFILO
SOGGETTIVO TRA ABUSO DELLA
FORMA GIURIDICA E
INTERPOSIZIONE FITTIZIA**

- CAPITOLO I -

SVALUTAZIONE DEL DOGMA DELLA PRESUNZIONE DI COMMERCIALITÀ: LA SUSSISTENZA DELLA FORMA GIURIDICA QUALE CAUSA NON SUFFICIENTE PER L'ATTRIBUZIONE DEL PROGRAMMA IMPRENDITORIALE ALL'ENTE COLLETTIVO PERSONIFICATO TRA FORME DI ALTERAZIONE SOGGETTIVA DELL'ENTE ED IRRILEVANZA DELLO SCHERMO SOCIETARIO.

Un coerente svolgimento del presente lavoro impone di verificare se non sia possibile inferire, dal punto di vista della teoria generale, la sussistenza di un processo di svuotamento – sotto il profilo soggettivo – della classica nozione che vede gli enti collettivi personificati – tra i quali il caso della società di capitali rappresenta il fenomeno di maggior rilievo – quali soggetti suscettibili di rappresentare il centro di imputazione di fattispecie e di situazioni giuridiche in materia di reddito d'impresa.

Tale questione si pone su un versante diverso, anche se parallelo, rispetto alla questione, indagata in precedenza, relativa all'individuazione del nucleo dell'attività imprenditoriale nell'economicità del programma imprenditoriale, indipendentemente dalla forma giuridica prescelta.

Se, quindi, come si è dimostrato, la forma giuridica non costituisce un elemento necessario per ritenere integrato il requisito dell'attività d'impresa, potendo tale requisito già essere individuato nella nozione di attività economica,

intesa nel senso della destinazione economica dello strumento produttivo, occorre domandarsi, all'inverso, se la forma giuridica sia condizione sufficiente per il riconoscimento del carattere imprenditoriale dell'attività svolta.

In altre parole, ci si vuole interrogare sull'attualità della presunzione di commercialità, fondata sulla sola sussistenza della forma giuridica, in forza della riconduzione al regime dell'imposta sul reddito delle società operata dall'art. 73, comma 1, lett. a, *T.U.I.R.* Occorre domandarsi, in questo senso, se, in costanza del requisito della forma giuridica, sia sempre certa la riferibilità dell'attività al programma imprenditoriale.

1. Breve considerazione preliminare: l'opportunità di distinguere tra la teorica in tema di 'società senza impresa' e la teorica in tema di società a ristretta base proprietaria e cenni introduttivi alla teorica della 'società senza impresa'.

Va fin da subito effettuata una precisazione che permetta di delineare il campo in esame: infatti, occorre fin da subito distinguere tra la teorica in tema di 'società senza impresa' e l'orientamento in materia di società a ristretta base proprietaria³²⁸.

³²⁸ Si veda M. NUSSI, *L'imputazione del reddito nel diritto tributario*, cit., p. 529, dove si pone in luce come "la tematica delle società di comodo è di ricorrente trattazione da parte della dottrina tributaristica, anche se, spesso, è stata confusa con il diverso fenomeno delle società familiari o a ristretta base azionaria. Sotto questo profilo la qualificazione 'di comodo' va ristretta alle sole

La differenza tra le due ipotesi consiste nel fatto che, per quanto riguarda le prime, come si avrà modo di vedere, viene messo in dubbio lo svolgimento di un'attività economica e si considera la società quale mero schermo di intestazione di beni senza finalità imprenditoriali³²⁹.

Nella seconda ipotesi, quella delle società a carattere familiare o a ristretta base azionaria, si tratta di “comuni società imprenditoriali che si caratterizzano in modo peculiare agli effetti fiscali unicamente in ragione della limitata compagine sociale, formata, di regola, da persone fisiche legate da rapporti di parentela, affinità o coniugio, o comunque da un ristretto numero di soci”³³⁰.

Ora, il tema che interesserà le prossime pagine concernerà unicamente l'approfondimento della teorica in tema di ‘società senza impresa’.

In un successivo momento, nell'ambito dello studio del fenomeno interpositorio in diritto tributario, si approfondiranno alcuni profili riconnessi all'orientamento giurisprudenziale in materia di società a ristretta base proprietaria.

Occorre, a questo punto, volgersi alla ricerca di ipotesi in cui la forma giuridica non è condizione sufficiente per lo svolgimento di attività d'impresa e dove appare, quindi, compromesso il dogma della presunzione di commercialità, fondato sulla sola sussistenza della forma giuridica.

Si tratta di una ricerca complessa, che trova solo parziale riscontro in diritto positivo.

società di godimento, connotate ‘negativamente per essere società non imprenditoriali, cioè non produttive.’”

³²⁹ Si veda, a tale riguardo, *infra*, Parte II, Capitolo II.

³³⁰ R. BRACCINI, *Le società di comodo nella recente legislazione tributaria*, pp. 47 segg.

Un ruolo importante è, infatti, assunto anche dal formante giurisprudenziale che, con una serie di pronunce, primariamente in tema di reddito d'impresa, ha delineato soluzioni difficilmente riconducibili in un'ottica sistematica e spesso di carattere latamente sanzionatorio, sintomatiche di un malessere palpabile nei confronti dell'utilizzo abusivo della forma giuridica.

Tali soluzioni interpretative si atteggiavano in vario modo ed individuano soluzioni di grado ed intensità diversa. Alcune, in particolare, chiamano anche in causa la complessa problematica concernente il superamento della soggettività tributaria e si collocano nell'alveo di una tendenza, presente sia in giurisprudenza che in dottrina, volta alla graduale svalutazione della forma societaria e del dogma della personalità giuridica sia ai fini della determinazione del prelievo tributario sia in chiave prettamente sanzionatoria.

In questo senso, sarà, prima di tutto, necessario domandarsi se in diritto tributario possa individuarsi un orientamento a livello sia normativo che giurisprudenziale teso alla dequalificazione ai fini fiscali della forma giuridica utilizzata in maniera abusiva.

Va puntualizzato *in limine* come tale problematica si pone nuovamente al confine con quella concernente la soggettività tributaria che si era affrontata, seppur in maniera sintetica in precedenza, rispetto alla quale sussistono molteplici profili di interrelazione³³¹.

Peraltro, si è già avuto modo di vedere in precedenza con riferimento alla disciplina IVA³³² come siano molti i nodi problematici causati da una nozione di impresa stretta tra la presunzione di assoluta commercialità fondata sulla

³³¹ Si veda, *supra*, Parte I, Capitolo I, §§ 3 segg.

³³² Si veda *supra*, Parte I, Capitolo V.

natura commerciale del tipo societario e l'indagine circa la sussistenza dell'esercizio effettivo di un'attività di carattere economico su base non occasionale o di mero godimento.

Si è anche già esposto, sempre in sede IVA, come tale questione vada letta in una più ampia cornice rappresentata dalla progressiva espansione della disciplina di diritto positivo in un'ottica di contrasto all'utilizzo di strutture societarie con finalità non imprenditoriali e di comodo, il cui fondamento originerebbe dalla necessità di selezionare le strutture soggettive - sulla base di un approccio casistico e fondato su di un'analisi effettiva dell'attività economica esercitata in concreto - al fine di scoraggiarne un uso indebito, anche in chiave di pianificazione fiscale.

Il tema investirà, prima di tutto, un profilo antecedente e pregiudiziale alla soggettività tributaria, insistendo sul versante oggettivo, relativo all'analisi delle condizioni di esistenza di un'attività produttiva di reddito d'impresa da parte delle formazioni collettive.

Solo in un secondo tempo si prenderanno anche in esame ulteriori profili, rilevanti in punto di soggettività tributaria. A tale ultimo proposito, il tema che si intende indagare consisterà nel chiedersi “se, e a quali condizioni, [...] possa non associarsi la consolidazione di un soggetto passivo dell'imposta o — in altre parole — se, e a quali condizioni, la soggettività dell'organizzazione [...] possa essere superata o disconosciuta dall'Amministrazione finanziaria”³³³.

Come si cercherà di dimostrare, non sempre al verificarsi di un fenomeno di dequalificazione della forma giuridica a fini tributari consegue necessariamente una crisi della

³³³ G. ZIZZO, voce *Reddito delle persone giuridiche (imposta sul)*, in *Dig. disc. priv., sez. comm., cit.*, p. 226.

soggettività tributaria. Soltanto in una serie più limitata di ipotesi, di creazione tendenzialmente giurisprudenziale, si possono dare casi di crisi della stessa soggettività passiva. Di conseguenza, il tema relativo alla soggettività tributaria e alle ipotesi di radicale superamento della stessa riguarderà solo alcune, più marginali, ipotesi di abuso in ambito fiscale dello schermo giuridico.

2. Previsioni normative nell'ambito del T.U.I.R. e la mancanza di un approccio sistematico: il rilievo dell'art. 90 T.U.I.R..

La disciplina prevista nell'ambito delle imposte sui redditi, diversamente dalla disciplina IVA, non concepisce alcuna disposizione sulla falsariga dell'art. 4, comma 5, D.P.R. 633/1972.

Non è, quindi, presente alcuna fattispecie direttamente inserita nel *corpus* del T.U.I.R. che delinei una deroga alla presunzione assoluta di imprenditorialità per quanto riguarda gli enti che svolgono unicamente attività di godimento di cespiti patrimoniali, senza dare attuazione a operazioni di natura imprenditoriale.

Vi sono, indubbiamente, alcune disposizioni di dettaglio che dispongono, con riferimento a casi specifici e settoriali, alcune ipotesi di deroga alla presunzione di commercialità, come si avrà modo di descrivere a breve.

Si tratta di casi in cui il legislatore tributario riconosce centralità, prima che alla presunzione di commercialità derivante dalla forma giuridica, alla tipologia di attività concretamente esercitata e, più in generale, accoglie una nozione ampia di attività economica.

In tale senso si colloca una norma, di cui non si è ancora

dato conto nel corso dell'esposizione che, pur non potendo essere letta in correlazione con quanto previsto dall'art. 4, comma 5, D.P.R. 633/1972, presenta una *ratio* non del tutto dissimile, dal momento che testimonia un tendenziale atteggiamento di sfiducia da parte del legislatore nei confronti di alcune tipologie di cespiti, qualora siano di proprietà di enti a forma commerciale³³⁴.

Si tratta, nello specifico, dell'art. 90, *T.U.I.R.* che prevede particolari regole per quanto riguarda sia la tassazione dei redditi derivanti dagli immobili di carattere patrimoniale delle società commerciali che la deduzione dei costi e delle altre componenti negative.

Tale norma, sul cui concreto ambito di applicazione non vi è consenso in dottrina³³⁵, dispone che i redditi degli

³³⁴ Per un'analisi della disciplina reddituale prevista per le società immobiliari si veda L. PERRONE, voce *Società immobiliari (dir. trib.)*, in *Enc. g. Treccani*, XXXIII, 1993, p. 1 segg

³³⁵ In dottrina, infatti, si evidenzia come la concreta nozione di bene immobile patrimoniale sia difficile da tracciare in concreto. Infatti, anche la locazione di beni immobili ad uso abitativo, se effettuate da società che svolgono tali attività su base organizzata e non meramente occasionale “non differisce da ogni altra sistematica prestazione (o vendita) di servizi che sia organizzata imprenditorialmente. In tal caso il fine dell'impresa è la produzione del servizio da mettere a disposizione di terzi e qualunque bene impiegato allo scopo è un bene strumentale con l'ulteriore conseguenza che non ha senso cercare di distinguere il reddito prodotto da ciascuno di questi beni, atteso che tutti concorrono al risultato finale [...]”(L. PERRONE, voce *Società immobiliari (dir. trib.)*, cit., p. 5)

Nello stesso senso cfr. AA.VV., *Commentario breve alle leggi tributarie, III, Tuir e leggi complementari*, diretto da G. FALSITTA, A. FANTOZZI, G. MARONGIU, F. MOSCHETTI, Padova, 2011, cit., p. 460. Per un approfondimento relativo alle diverse tesi si vedano anche S. GHINASSI, *La strumentalità degli immobili posseduti da società immobiliari in materia di imposte sul*

immobili che non costituiscono né beni strumentali per l'esercizio dell'impresa, né beni merci concorrono a formare il reddito complessivo sulla base delle regole previste dal *T.U.I.R.* nell'ambito della categoria dei redditi fondiari.

Ciò implica l'abbandono del metodo di determinazione del reddito fondato sul parallelismo costi-ricavi a favore del meccanismo di quantificazione sulla base della rendita catastale con l'unica – invero significativa – eccezione prevista in caso di locazione, dove trova accoglimento, sulla falsariga di quanto previsto al capo II del titolo I del *T.U.I.R.* per i redditi fondiari, una deroga al sistema di predeterminazione forfettaria del reddito, che fonda l'imposizione sul rilievo del canone locatizio pattuito³³⁶.

Allo stesso modo, sul versante dei componenti negativi, viene prevista l'irrilevanza reddituale dell'ammontare dei costi effettivamente sostenuti, con un più limitato riconoscimento, fino alla soglia massima del quindici per cento con riferimento al canone di locazione complessivo, a fronte dell'effettuazione di spese documentate ed effettivamente rimaste a carico del contribuente per la

reddito, in *Rass. trib.*, 1985, I, pp. 255-262; F. PISTOLESI, *La deducibilità degli interessi passivi afferenti i fabbricati relativi all'impresa*, In particolare, *il regime delle società immobiliari*, in *Riv. d. trib.*, 1995, I, pp. 413 segg.

³³⁶ Si permetta di rinviare, per quanto riguarda l'impostazione accolta dal *T.U.I.R.* per quanto riguarda l'imposizione degli immobili nell'ambito della categoria dei redditi fondiari, a S.M. RONCO, *La tassazione degli immobili ad uso commerciale tra tassazione in base alla maturazione del canone, presunzione di percezione e diritto alla prova della mancata percezione*, in *Giur. it.*, 2012, pp. 2431 segg.

manutenzione ordinaria dell'immobile³³⁷.

Tale fattispecie costituisce un regime di indubbio sfavore rispetto all'ordinario meccanismo impositivo previsto nel *T.U.I.R.* per quanto riguarda i redditi provenienti da immobili strumentali o classificati quali beni-merci in quanto, in particolare, viene disconosciuta la deduzione integrale di tutte le componenti negative non solo con riferimento alla manutenzione di tipo ordinario, ma, soprattutto, di quella a carattere straordinario³³⁸.

³³⁷ Si veda F. PISTOLESI, *La deducibilità degli interessi passivi afferenti i fabbricati relativi all'impresa, In particolare, il regime delle società immobiliari*, cit., pp. 409 segg.

³³⁸ In dottrina si evidenziano gli effetti discriminatori di una tale impostazione: “ne consegue, difatti, un'irrazionale disparità di trattamento tra soggetti che esercitano la medesima attività di gestione immobiliare avente ad oggetto, però, fabbricati diversi. Chi loca capannoni, opifici industriali, officine, uffici ecc. (immobili non suscettibili di diversa utilizzazione senza radicali trasformazioni) verrebbe, cioè, tassato in base alle risultanze del conto economico ('a costi e ricavi'), mentre chi loca appartamenti ad uso abitazione lo sarebbe con i criteri previsti per i redditi fondiari. Non solo! Analoghi effetti sperequativi si creerebbero addirittura tra società che danno in locazione lo stesso tipo di immobile (non strumentale per natura), per esempio fabbricati ad uso abitativo. Ciò in quanto [...] il trattamento riservato agli immobili strumentali vale anche per quelli alla cui produzione o al cui scambio è diretta l'attività dell'impresa (i c.d. immobili merce); cosicché le società di costruzione che edificano ed in attesa di vendere danno in locazione ovvero le società che acquistano per rivendere e nell'attesa del compratore concedono in locazione (lasciando inalterata la classificazione contabile degli immobili come rimanenze) vengono tassate ai fini delle imposte sui redditi sulla base del conto economico a differenza delle società che abbiano, invece, 'patrimonializzato' i beni medesimi” (L. PERRONE, voce *Società immobiliari (dir. trib.)*, cit., p. 5). In termini simili S. GHINASSI, *La strumentalità degli immobili*

Ed è, quindi, innegabile che tale disciplina prenda di mira, tendenzialmente, le sole società di gestione immobiliare che si caratterizzano per la gestione e locazione a terzi di complessi immobiliari a carattere abitativo³³⁹.

Parte della dottrina che si è interrogata sulla *ratio* della disposizione *de qua* ha rilevato che una differenziazione tra i proventi degli immobili patrimoniali e quelli strumentali potrebbe giustificarsi alla luce del fatto che la redditività di tali beni non sarebbe vincolata alle capacità d'iniziativa imprenditoriale dell'imprenditore e non subirebbe, diversamente dagli altri beni d'impresa, il fenomeno dell'obsolescenza economica³⁴⁰.

Tali impostazioni, però, sembrano a chi scrive difficilmente condivisibili.

Da un lato, infatti, tali posizioni non colgono la portata

posseduti da società immobiliari in materia di imposte sul reddito, cit., pp. 265-266.

³³⁹AA.VV., *Commentario breve alle leggi tributarie, III, Tuir e leggi complementari, cit., pp. 459-460.*

³⁴⁰AA.VV., *Commentario breve alle leggi tributarie, III, Tuir e leggi complementari, cit., p. 460*, dove si evidenzia come tali teoriche si fondano sul rilievo che “tali beni, a differenza di quelli impiegati nel ciclo produttivo, non solo non subiscono normalmente un analogo fenomeno di obsolescenza economica (palesando anzi una tendenza all'incremento del proprio valore nel corso del tempo), ma neppure esprimono una redditività dipendente dall'andamento (e dallo stesso esercizio) dell'azione imprenditoriale. Posta l'intrinseca redditività propria di tutti i beni immobili, cioè, la disposizione in commento mira a far sì che questi ultimi, allorquando appartenenti all'impresa e non direttamente coinvolti, però, nell'esercizio della sua attività (né in senso strumentale né quali beni-oggetto), concorrano pur sempre sub specie di reddito d'impresa, ma nella misura forfettizzata (e quindi prescindente dalle sorti dell'attività economica) della determinazione su base catastale.”

della deroga prevista dall'art. 90, *T.U.I.R.* per l'ipotesi della locazione. Ipotesi in cui la previsione di redditività forfettizzata viene abbandonata ed il regime impositivo attribuisce piena rilevanza al canone pattuito con un ritorno al criterio della tassazione sulla base dell'effettività. A ciò non consegue, tuttavia, un pieno riconoscimento dei costi rimasti in capo al locatore.

Da un altro lato, soprattutto, pare difficile sostenere che l'attività svolta da società di gestione immobiliare, qualora effettuata su basi continuative ed organizzate - anche tramite l'utilizzo di dipendenti e la predisposizione di mezzi e strutture apposite - non faccia ricadere tali immobili ad uso abitativo nell'alveo della categoria dei beni strumentali per destinazione³⁴¹.

³⁴¹ Si veda L. PERRONE, voce *Società immobiliari (dir. trib.)*, cit., pp. 5-6, che nota come una rideterminazione in tal senso "oltre a meglio conformare il dato normativo al principio di uguaglianza sostanziale di cui all'art. 3 Cost., permetterebbe di uniformare, in parte qua, il trattamento delle società di leasing, relativamente alle quali [...] non può dubitarsi della strumentalità dei beni locati."

Si veda anche S. GHINASSI, *La strumentalità degli immobili posseduti da società immobiliari in materia di imposte sul reddito*, cit., p. 274, dove si richiama la distinzione tra le società di mero godimento e quelle di gestione immobiliare sul presupposto che in tale seconda ipotesi "non può negarsi l'esistenza di un'attività economica, indirizzata al mercato e produttiva di ricchezza nuova, in quanto la locazione è inserita in un piano più vasto [...]. In tal senso la società compirà necessariamente più operazioni, oltre alla locazione: in primo luogo l'acquisto dei beni e, in ipotesi, la loro vendita ed il successivo acquisto di altri (ad esempio di diverse dimensioni, o con diversa destinazione, abitativa o commerciale) allo scopo di seguire la richiesta del mercato. Si conviene che le distinzioni possono presentare margini di opinabilità nei casi concreti; tuttavia, la differenza esistente tra una società di mero godimento ed una che esercita, tramite la locazione di immobili,

Da tali riflessioni si evince, quindi, come il vero portato dell'art. 90 *T.U.I.R.* debba leggersi con riferimento alle sole società c.d. di godimento immobiliare, rispetto alle quali l'attività di locazione nei confronti dei terzi rappresenta un'attività di carattere episodico ed occasionale³⁴².

Proprio in riferimento a tali strutture soggettive, infatti, troverebbe piena applicazione la disciplina prevista nella disposizione in esame del *T.U.I.R.* alla quale potrebbe, così, attribuirsi una *ratio* non discriminatoria ed irragionevole³⁴³.

un'impresa commerciale è netta e non si può negare ad essa rilevanza”.

Anche F. PISTOLESI, *La deducibilità degli interessi passivi afferenti i fabbricati relativi all'impresa, In particolare, il regime delle società immobiliari*, cit., p. 421, qualifica come immobili strumentali per destinazione quegli immobili di proprietà delle società di gestione immobiliare sul presupposto della presenza di un'organizzazione in forma d'impresa.

³⁴² Cfr. S. GHINASSI, *La strumentalità degli immobili posseduti da società immobiliari in materia di imposte sul reddito*, cit., p. 273, dove si afferma che “le società di puro godimento aventi forma commerciale, pur risultando titolari di redditi d'impresa, non possono essere considerate imprese commerciali. Già ai fini civili si è notato come il mero godimento di un bene da parte di più soggetti configuri uno stato di comunione. [...] Deriva quindi da quanto fin qui detto che gli immobili posseduti dalle società in questione non possono ritenersi strumentali, non perché manchi la destinazione di fatto all'attività societaria, ma perché difetta un'impresa commerciale, termine di riferimento della strumentalità medesima.”

³⁴³ In tal senso L. PERRONE, voce *Società immobiliari (dir. trib.)*, cit., p. 5 dove si evidenzia, alla luce delle note ministeriali alla bozza di testo unico, come la disciplina di cui all'art. 90 *T.U.I.R.* andrebbe anche compresa tenendo in conto lo “spettro delle società di comodo”.

Si tratterebbe di riprendere - sistematizzando anche sul versante reddituale seppure con solo riferimento ai cespiti immobiliari - l'impostazione di contrasto alle società di comodo già manifestata sul versante IVA dall'art. 4, comma 5, D.P.R. 633/1972.

La riconduzione, infatti, del regime impositivo nell'alveo dei redditi fondiari per gli immobili di carattere patrimoniale delle società di c.d. godimento risponderebbe all'obiettivo di trattare tali società alla stessa stregua di persone fisiche non titolari di reddito d'impresa, elidendo, in radice, ogni possibile valutazione di pianificazione fiscale orientata all'intestazione di immobili patrimoniali in società al fine di godere del regime ivi previsto, maggiormente favorevole in punto di deduzione dei costi³⁴⁴.

Cfr. F. PISTOLESI, *La deducibilità degli interessi passivi afferenti i fabbricati relativi all'impresa, In particolare, il regime delle società immobiliari*, cit., p. 423, che rileva che "l'intento originariamente perseguito attraverso l'attribuzione di uno o più fabbricati all'autonomo patrimonio societario, di evitare la determinazione del reddito imputabile a detti beni secondo i principi propri del regime fondiario ha, senz'ombra di dubbio, influito sulla formazione di rigide prese di posizione, assunte in passato dalla giurisprudenza e dall'amministrazione finanziaria, in merito alla natura attribuibile agli immobili desinati a finalità abitative concessi in locazione da società immobiliari. In altri termini, lo spettro delle società di comodo può avere, seppur inconsapevolmente, condizionato l'approccio al tema in discussione, favorendo in ultima analisi la diffusione di pregiudizi e sospetti nei riguardi delle società immobiliari, considerate talora indistintamente più come strumenti elusivi che non quali comuni operatori commerciali."

³⁴⁴ F. PISTOLESI, *La deducibilità degli interessi passivi afferenti i fabbricati relativi all'impresa, In particolare, il regime delle società immobiliari*, cit., p. 410, dove si mette in luce come "la

3. *Continua: previsioni normative nell'ambito del T.U.I.R. e mancanza di un approccio sistematico: brevi cenni introduttivi all'istituto della participation exemption.*

Rimanendo sempre nel solco della ricerca che si è intrapresa nel paragrafo precedente - in merito all'individuazione di specifiche fattispecie direttamente inserite nel *corpus* del T.U.I.R. che delineino forme di deroga alla presunzione assoluta di imprenditorialità per quanto riguarda gli enti che svolgono unicamente attività di godimento di cespiti patrimoniali, senza dare attuazione ad operazioni di natura imprenditoriale – merita approfondire la disciplina introdotta in sede di *participation exemption*³⁴⁵.

disciplina fiscale delle società immobiliari sollecita richiamo ed interessi sempre maggiori, ove si consideri quanto sia diffusa negli ultimi tempi la tendenza ad esercitare la gestione del patrimonio fondiario per il tramite della forma societaria, essendo questa ritenuta uno strumento più conveniente e duttile sia per finalità di ordine fiscale che civilistico.”

³⁴⁵ Su tale tematica si vedano, senza pretesa di completezza, C. GARBARINO, *Le plusvalenze esenti*, in F. TESAURO, *Imposta sul reddito delle società*, Bologna, 2007, pp. 179 segg.; Id., *Il regime dei dividendi e la participation exemption*, in *Atti del Convegno 'Riforma fiscale: la nuova imposta sul reddito delle società'*, Milano, 2003; A. FEDELE, *La nuova disciplina Ires: i rapporti fra soci e società*, in *Riv. d. trib.*, I, 2004, pp. 465 segg.; F. GALLO, *Schema di Decreto legislativo recante 'riforma dell'imposizione sul reddito delle società (IRES)*, in *Rass. trib.*, 2003, pp. 1661 segg.; G. ZIZZO, *Participation exemption e riorganizzazioni societarie*, in *Il Fisco*, 2002, pp. 10572 segg.; F.

Si tratta di una disciplina introdotta nell'ambito della riforma della tassazione societaria operata con il D.Lgs. 12 dicembre 2003, n. 344, emanato in attuazione della legge delega 7 aprile 2003, n. 80, nel quale sono state inserite delle disposizioni volte ad introdurre un nuovo sistema di tassazione tanto dei dividendi quanto delle plusvalenze³⁴⁶. A tal fine, la 'riforma Tremonti' del 2003 ha scelto la strada della promozione di un sistema fondato sull'esenzione delle plusvalenze in occasione della cessione a titolo oneroso delle partecipazioni in presenza di precisi requisiti e sull'esclusione parziale dei dividendi

TESAURO, *La participation exemption ed i suoi corollari*, in *Tributimpresa*, 2003, pp. 11 segg.

³⁴⁶ Precedentemente la riforma del 2003 vigeva infatti il criterio di imputazione fondato sul metodo del credito d'imposta tramite il quale si procedeva ad effettuare, in capo al socio, la ricostruzione della medesima base imponibile utilizzata per tassare la società effettuando di fatto una forma di conguaglio tra le imposte dovute dal socio e quelle corrisposte dalla società.

Si avevano quindi due livelli di tassazione dei redditi prodotti dalle società: in un primo momento veniva tassata direttamente la società sulla base del reddito complessivo; non appena avveniva la distribuzione degli utili in capo ai soci, sulla base della condizione soggettiva di ciascuno di essi, l'entità dell'imposta veniva ricalcolata ed applicata definitivamente. Perciò il primo momento di tassazione in capo alla società poteva considerarsi un vero e proprio acconto.

Peraltro, in conseguenza dell'applicazione del criterio del credito d'imposta le plusvalenze realizzate su partecipazioni societarie avevano piena rilevanza a fini impositivi determinando perciò, qualora si fossero generate in relazione ad utili non distribuiti, una fattispecie di doppia imposizione.

AA.VV., *Commentario breve alle leggi tributarie, III, Tuir e leggi complementari*, cit., p. 452.

distribuiti³⁴⁷.

Si tratta di un istituto caratterizzato da “una pluralità di logiche”³⁴⁸ tra cui primeggiano certamente ragioni emblematiche “di una competizione fiscale”³⁴⁹, ma che possono essere inquadrare, più in generale, nell’alveo di una tendenza volta al contrasto dei fenomeni di doppia imposizione economica³⁵⁰.

L’obiettivo della normativa, in altre parole, sarebbe quello di eliminare tale forma di doppia imposizione che si verificherebbe qualora le plusvalenze originate dalla cessione di partecipazioni venissero considerate quale espressione di reddito imponibile, uniformando la disciplina prevista in tema di plusvalenze da cessione di partecipazioni alla disciplina prevista per i dividendi³⁵¹.

In tale ipotesi, infatti, si tratta di “utili già conseguiti dalla società partecipata e, perciò, tassati in capo alla medesima, ovvero utili sperati che saranno tassati nei confronti della

³⁴⁷ Nei paragrafi successivi si specificherà nel dettaglio il portato specifico della riforma rispetto a queste due componenti positive del reddito d’impresa.

³⁴⁸ AA.VV., *Commentario breve alle leggi tributarie, III, Tuir e leggi complementari*, cit., p. 435

³⁴⁹ S. BIASCO, *Relazione finale della Commissione di studio sulla imposizione fiscale delle società*, p. 23

³⁵⁰ Si veda C. GARBARINO, *Le plusvalenze esenti*, in F. TESAURO, *Imposta sul reddito delle società*, cit., pp. 183-184.

³⁵¹ Si veda C. GARBARINO, *Le plusvalenze esenti*, in F. TESAURO, *Imposta sul reddito delle società*, 2007, dove si evidenzia che “la posizione assunta riguardo alla *participation exemption* è quindi quella della equiparazione delle plusvalenze da cessione di partecipazioni ai dividendi: come i dividendi rappresentano l’ordinario trasferimento del reddito societario delle partecipate verso il socio, così le plusvalenze da cessione costituirebbero simili trasferimenti di valore dalla partecipata al socio.”

società partecipata nel momento in cui verranno prodotti”. Di conseguenza, “le plusvalenze costituirebbero per il socio una fonte di ricchezza del tutto analoga ai dividendi in quanto, al pari di questi ultimi, si ricollegherebbero agli utili generati dalla società partecipata. Il dividendo e la plusvalenza rappresenterebbero, in altre parole, redditi della stessa natura”³⁵².

Questa giustificazione, che vede nell’intenzione di abbattere la doppia imposizione economica, la *ratio* di fondo della disciplina *PEX* non risulta però del tutto soddisfacente³⁵³.

La disciplina *de qua* può, infatti, essere anche letta in una logica di rafforzamento della soggettività tributaria delle strutture societarie costituite secondo i tipi delle società di

³⁵² AA.VV., *Commentario breve alle leggi tributarie, III, Tuir e leggi complementari*, cit., p. 432.

³⁵³ Cfr. F. TESAURO, *La participation exemption ed i suoi corollari*, cit., p. 11 ss.

In tale senso, infatti, in dottrina si messo in luce come almeno un’altra finalità di rilievo abbia spinto nel senso dell’ introduzione del regime *PEX*.

Essa si lega alla volontà di precludere i vantaggi di natura elusiva derivanti dalla dislocazione di società holding in paesi terzi e di armonizzare il sistema italiano di tassazione di dividendi e plusvalenze a quello che in Europa godeva di particolare credito al fine di rispondere alla competizione fiscale che l’Italia subiva rispetto ad altre nazioni europee.

In tale senso si veda S. BIASCO, *Relazione finale della Commissione di studio sulla imposizione fiscale delle società*, p. 19. Nella Relazione del Professor Biasco si afferma esplicitamente come “l’introduzione del sistema *PEX* svolga un ruolo indiretto di rafforzamento della competitività”.

Infatti risulta problematico comprendere l’estensione della disciplina *PEX* anche a situazioni dove la plusvalenza abbia origine da utili non ancora realizzati ma solo sperati e dove perciò non si rischi di incorrere in fenomeni di doppia imposizione.

capitali.

Come si è rilevato in dottrina, infatti, uno dei corollari della disciplina della *PEX* è rappresentato dalla concezione della società di capitali quale soggetto d'imposta di tipo autonomo "nel senso di soggetto dotato di una propria capacità contributiva in quanto portatore di uno specifico interesse alla sussistenza della collettività organizzata, distinto da quello dei singoli partecipanti [...]"³⁵⁴.

Ora, si tratta di una concezione che valorizza la società di capitali – avvalorandone una totale autonomia rispetto alla figura dei soci, rispetto ai quali "l'imposta assolta dalla società non costituirebbe più un prelievo anticipato dell'imposta dovuta dal socio persona fisica nell'eventuale e successiva fase distributiva, bensì un prelievo definitivo direttamente in capo alla società"³⁵⁵.

In tale contesto, è prevista – come si avrà modo di rilevare a breve con riferimento alla descrizione della disposizione di cui all'art. 87, c. 1, lett. d), *T.U.I.R.* - altresì una disciplina tesa a una logica di contrasto all'utilizzo di strutture societarie con finalità non imprenditoriali e di comodo.

Si evidenzierà, infatti, come anche nell'ambito della disciplina della *participation exemption* sussista una logica volta a selezionare le strutture soggettive - sulla base di un approccio casistico e fondato su di un'analisi effettiva dell'attività economica esercitata in concreto - al fine di scoraggiarne un uso indebito, anche in chiave di pianificazione fiscale.

³⁵⁴ In tali termini C. GARBARINO, *Le plusvalenze esenti*, in F. TESAURO, *Imposta sul reddito delle società*, cit., p. 181.

³⁵⁵ C. GARBARINO, *Le plusvalenze esenti*, in F. TESAURO, *Imposta sul reddito delle società*, cit., p. 181.

3.1. *Cenni descrittivi della disciplina di cui all'art. 87 T.U.I.R. con particolare riferimento al quarto requisito dell' art. 87 T.U.I.R.: esercizio da parte della società partecipata di un'impresa commerciale.*

Nell'ambito dei componenti positivi di reddito dell'impresa, l'art. 87 T.U.I.R. è la disposizione istituzionalmente dedicata alla trattazione della *participation exemption* in quanto essa ne determina gli aspetti fondamentali ed i requisiti al cui rispetto è condizionata la fruizione dello stesso.

Essa prevede infatti che “non concorrono alla formazione del reddito imponibile in quanto esenti nella misura del 95 per cento le plusvalenze realizzate e determinate ai sensi dell' art. 86, commi 1, 2 e 3, relativamente ad azioni o quote di partecipazioni in società ed enti indicati nell'art. 5, escluse le società semplici e gli enti alle stesse equiparate, e nell'art. 73, comprese quelle non rappresentate da titoli”³⁵⁶.

Venendo alla disposizione di maggior interesse ai fini della presente trattazione, va evidenziato come l'art. 87, comma 1, lett. d) richiede che la società partecipata svolga un'attività d'impresa ai sensi dell' art. 55 T.U.I.R.³⁵⁷ e che in nessun caso si possa presumere la sussistenza di un'attività d'impresa relativamente alle partecipazioni in

³⁵⁶ Per un'analisi approfondita della disciplina di cui all'art. 87 T.U.I.R. si veda C. GARBARINO, *Le plusvalenze esenti*, in F. TESAURO, *Imposta sul reddito delle società*, cit., pp. 206 segg.

³⁵⁷ Per un'analisi, con riferimento a questi profili, dell' art. 55 si veda G. TABET, *Il reddito d'impresa nel quadro delle categorie reddituali*, in AA. VV., *Il reddito d'impresa*, a cura di G. TABET, Padova, 1997.

società il cui valore del patrimonio sia prevalentemente costituito da beni immobili diversi dagli immobili alla cui produzione o al cui scambio è effettivamente diretta l'attività dell'impresa.

Inoltre, come già per la condizione descritta all' art. 87, comma 2, si stabilisce che l' esercizio di impresa commerciale da parte della società partecipata debba sussistere nel triennio precedente al momento di realizzo della partecipazione.

La *ratio* del requisito in oggetto si può individuare nell'intento di evitare "la costituzione di società partecipate senza impresa, e la loro interposizione nella struttura societaria, al solo fine di godere del regime favorevole di *participation exemption*"³⁵⁸.

Qualora infatti la partecipata non svolgesse effettivamente attività commerciale, "i plusvalori eventualmente emergenti in occasione della cessione delle partecipazioni non risulterebbero formati da entità economiche che hanno già concorso a formare il reddito della partecipata, onde l' imposizione su detto plusvalore realizzato dalla cedente non configurerebbe alcuna doppia imposizione, neppure sul piano economico"³⁵⁹.

Si può quindi dire che tale disposizione sancisca il principio dell' accertamento dell' operatività della società partecipata caso per caso³⁶⁰.

Tale profilo è rafforzato dalla considerazione che il

³⁵⁸ C. GARBARINO, *Le plusvalenze esenti*, in F. TESAURO, *Imposta sul reddito delle società*, cit., p. 223.

³⁵⁹ AA.VV., *Commentario breve alle leggi tributarie, III, Tuir e leggi complementari*, cit., p. 441

³⁶⁰ P. RUSSO, *I soggetti passivi dell' IRES e la determinazione dell' imponibile*, in AA. VV., *La riforma dell' imposta sulle società*, Quaderni CESIFIN, n. 23, Torino, 2005, p. 43. Nello stesso senso,

requisito dell'operatività come impresa commerciale deve rimanere sussistente ininterrottamente nel triennio precedente il momento di realizzo della partecipazione. Si può, pertanto, affermare che tale disposizione rimandi ad una finalità di carattere antielusivo in forza della quale vengono ostacolati comportamenti volti al cambiamento, in prossimità della cessione della partecipazione, della tipologia di attività svolta dalle partecipate tali da far sì che società non idonee al regime *PEX* possano artatamente usufruirne.

La disposizione in esame introduce poi una presunzione assoluta in ragione della quale il criterio della commercialità viene escluso *a priori* per le società partecipate il cui patrimonio sia prevalentemente costituito da immobili non appartenenti né alla categoria di quelli alla cui produzione o scambio è volta l'impresa, né alla categoria degli impianti e fabbricati utilizzati direttamente nell'esercizio dell'impresa³⁶¹.

La verifica della sussistenza o meno della commercialità in capo alla società partecipata insiste su un giudizio di prevalenza condotto sulla base del raffronto tra il valore complessivo di tutti gli immobili della partecipata atti a far scattare la presunzione di cui all'art. 87, comma 1, lett. d) ed il valore complessivo di tutto il patrimonio della società stessa.

Da ultimo si rileva come l'art. 87, comma 5 prevede, relativamente alle partecipazioni in società *holding*, che il requisito dell'operatività commerciale sia riferito alle società indirettamente partecipate e si verifichi quando tale requisito sussista nei confronti delle partecipate che rappresentano la maggior parte del valore del patrimonio

³⁶¹ C. GARBARINO, *Le plusvalenze esenti*, in F. TESAURO, *Imposta sul reddito delle società*, cit., pp. 223-224.

sociale della partecipante.

Tale previsione si può anch'essa ricondurre a una finalità di carattere antielusiva volta ad impedire l'ottenimento di partecipazioni esenti in società prive del requisito dell'operatività per il tramite dello schermo fornito da società *holding*.

L'analisi effettuata permette di affermare come “la *ratio* della complessa disposizione sancita dall' art. 87, comma 1, lett. d) è di carattere anti-elusivo, in quanto esclude l'estensione della esenzione alle plusvalenze direttamente afferenti cespiti immobiliari che sarebbero indirettamente ceduti mediante la mera cessione delle partecipazioni della società che li detiene”³⁶².

In altre parole, anche nell'ambito del regime *PEX* appena delineato è presente una disciplina di sfavore nei confronti delle sole società c.d. di godimento immobiliare, rispetto alle quali la disciplina *PEX* non può trovare applicazione.

Con riferimento a tali strutture soggettive, quindi, si delinea un regime non dissimile da quello di contrasto alle società di comodo già manifestato sul versante IVA dall'art. 4, comma 5, D.P.R. 633/1972.

Più in generale, il disconoscimento del regime di esenzione per le plusvalenze nei confronti delle società immobiliari risponde – come già visto con riferimento alla fattispecie di cui all'art. 90 *T.U.I.R.* - all'obiettivo di elidere in radice ogni possibile valutazione di pianificazione fiscale orientata all'intestazione di immobili patrimoniali in società al fine di godere del regime previsto nell'ambito del reddito d'impresa per le sole società commerciali.

³⁶² C. GARBARINO, *Le plusvalenze esent.*, in F. TESAURO, *Imposta sul reddito delle società*, cit., p. 225.

4. Brevi cenni in merito alla rilevanza del principio di presunzione di commercialità per le società ed enti commerciali. Il rilievo della forma societaria commerciale quale regola di individuazione della categoria reddituale applicabile.

Nel paragrafo precedente si è messo in luce come nell'ambito del *T.U.I.R.* non siano presenti norme con portata sistematica tali da far ritenere sussistente un generale regime di contrasto all'utilizzo distorto della forma giuridica con finalità di godimento personale o familiare sulla falsariga di quanto previsto in sede IVA con l'art. 4, comma 5, D.P.R. 633/1972.

Non sono, in altre parole, presenti meccanismi simili a quelli dati nella disciplina IVA con riferimento alla previsione di cui all'art. 4, comma 5, D.P.R. 633/1972 - che delineino forme di parziale dequalificazione della forma giuridica con riferimento a specifiche categorie di acquisti - ma anche alle ipotesi di autoconsumo o di destinazione a finalità extra-imprenditoriali previste sempre in sede IVA.

Parrebbe, anzi, riconfermata l'impostazione secondo cui, così come per le componenti positive, anche per le componenti negative vige una assoluta presunzione di commercialità con la conseguente automatica rilevabilità di tutte le voci di costo nella formazione del reddito d'impresa³⁶³.

³⁶³ Cfr. T. TASSANI, *Autonomia statutaria delle società di capitali ed imposizione sui redditi*, cit., p. 171, dove si evidenzia che “dalla qualificazione compiuta dall'art. 81, *T.u.i.r.*, sembrerebbe derivare

“Infatti, consegue alla regola per cui tutti i redditi delle società commerciali sono considerati redditi di impresa, che ogni atto [ed ogni bene] della società è in ogni caso un atto [e un bene] cui sarà applicato il regime fiscale d’impresa, indipendentemente dal rapporto con l’oggetto sociale.

Se questi rilievi sono corretti, è però necessario sottolineare come essi non conducano alla conclusione per cui la sola riferibilità di un atto alla società ne comporta sempre la medesima rilevanza nella determinazione del reddito d’impresa, senza poter compiere alcuna distinzione che si fondi sulla relazione con l’attività della società”³⁶⁴.

Ed, infatti - a parte la circostanza che una diversa impostazione sarebbe di per sé difficilmente difendibile dal momento che si presterebbe facilmente ad abusi da parte del contribuente – dottrina e giurisprudenza hanno sempre ricondotto la portata della presunzione di commercialità ad una diversa logica.

Tale presunzione di ricomprensione di commercialità andrebbe letta in chiave di individuazione della categoria reddituale applicabile, non, quindi, quale diretta riferibilità *ex lege* di tutti gli atti posti in essere nell’alveo della categoria del reddito d’impresa alla formazione del reddito dell’attività³⁶⁵.

l’irrelevanza di una indagine volta a fissare una relazione tra gli atti compiuti dalla società e l’attività compresa nell’oggetto sociale”.

³⁶⁴ T. TASSANI, *Autonomia statutaria delle società di capitali ed imposizione sui redditi*, cit., pp. 171-172.

³⁶⁵ Ed, infatti, come evidenziato in dottrina, lo schema fondato su distinte categorie reddituali rende necessario “una corretta valutazione, della classificazione categoriale sotto il profilo [...] della ricerca della materia imponibile; se infatti un reddito è tale, pur derivando da una medesima configurazione civilistica, solo all’interno di certe categorie e non di altre, significa che

Si tratta, indubbiamente, di un profilo di non immediata comprensione, ma la cui logica si può cogliere tenendo in conto la distinzione tra la funzione delle norme in tema di individuazione della categoria reddituale – logicamente antecedenti³⁶⁶ - e le norme in tema di soggettività tributaria³⁶⁷.

Il primo gruppo di disposizioni, diversamente dalle norme in tema di soggettività passiva, va letto in chiave di individuazione della fonte reddituale³⁶⁸.

l'appartenenza a una di queste non può che derivare da una mera qualificazione oggettiva, ma deve rapportarsi necessariamente all'agire del soggetto passivo. Ciò a dire: una medesima operazione economica importa reddito a seconda del soggetto che la compie.” (M. NUSSI, *L'imputazione del reddito nel diritto tributario*, cit., p. 71).

Cfr. anche T. TASSANI, *Autonomia statutaria delle società di capitali ed imposizione sui redditi*, cit., p. 172.

³⁶⁶ M. NUSSI, *L'imputazione del reddito nel diritto tributario*, cit., p. 72, dove si pone in luce che “non necessariamente sussiste identità tra soggetto rilevante ai fini della qualificazione oggettiva del reddito e colui cui quest'ultimo va rapportato in base ai criteri di riferibilità. Evidente, quindi, la priorità logica dei profili oggettivi.”

³⁶⁷ Cfr. M. NUSSI, *L'imputazione del reddito nel diritto tributario*, cit., p. 71, dove si evidenzia che “alla qualificazione dell'attività concorre, infatti, anche il soggetto che la esercita, senza che tuttavia simile procedimento logico normativo debba essere considerato in chiave di ascrivibilità del tributo. Il soggetto, in punto di riferibilità del reddito, va individuato nell'ambito di un'operazione logicamente successiva; prova ne sia il fatto che il soggetto che compie determinati atti è pur sempre il medesimo, ad esempio una persona fisica, eppure in taluni casi il presupposto materiale si concreta, in altri no.”

³⁶⁸ G. TINELLI, *Il reddito d'impresa nel diritto tributario*, cit., p. 60, dove si afferma che “la constatazione dello stretto collegamento tra le norme definitorie ai fini dell'inclusione dei singoli redditi

La previsione di commercialità disciplinata per quanto riguarda le società commerciali, quindi, non implicherebbe l'automatica riferibilità di tutti i singoli atti alla sfera imprenditoriale, ma costituirebbe disposizione che si colloca su un piano precedente, quale disposizione di selezione e collocamento dei componenti reddituali collegati alla particolare fonte produttiva sulla base di un rapporto di causa/effetto³⁶⁹.

Alla luce di queste considerazioni le previsioni di cui agli artt. 6 e 73 *T.U.I.R.* costituirebbero disposizioni di individuazione per tutti i redditi ritratti nell'ambito dell'attività posta in essere da strutture soggettive, qualificandoli *ex lege* come rilevanti nell'alveo del reddito d'impresa.

Certo, non può non notarsi la peculiarità di tali

nelle categorie tipiche e le norme sulla misurazione del reddito, ci consente di distinguere la funzione delle norme sull'individuazione della categoria reddituale da quella delle norme disciplinanti la soggettività passiva del tributo. Infatti, mentre la normativa sulla soggettività passiva tributaria ha per oggetto la disciplina sull'attribuzione a determinati soggetti di una serie di posizioni giuridiche di carattere sostanziale e strumentale a rilevanza fiscale, le regole sull'individuazione della categoria reddituale riguardano invece la qualificazione che una fonte di reddito, fiscalmente rilevante in quanto attribuibile ad un soggetto passivo [...] viene ad assumere agli effetti della quantificazione del reddito.”

³⁶⁹ Si veda O. NOCERINO, *Il problema dell'individuazione di un principio generale (inespresso) di inerenza*, in *Rass. trib.*, 1995, I, p. 913, dove si mette in luce che “la classificazione dei redditi per categorie e, correlativamente, la connotazione della particolare fonte produttiva, al fine di selezionare in componenti reddituali ad essa collegati da un rapporto di causa ad effetto, non giustificano il principio dell'inerenza, bensì lo presuppongono e, pertanto, forniscono il parametro per poter esprimere un giudizio in tal senso.”

disposizioni che delineano una diretta attribuzione di rilevanza fiscale alla forma giuridica del soggetto cui è attribuita la fonte di reddito oggetto di imposizione fiscale³⁷⁰.

Diversamente, infatti, dalle ipotesi previste con riferimento alle altre categorie reddituali³⁷¹, per quanto riguarda l'individuazione della categoria reddituale delle società ed enti commerciali viene abbandonato un criterio improntato alla rilevanza oggettiva della fonte reddituale per seguire un modello che qualifica i redditi sulla base delle caratteristiche soggettive del soggetto che li produce.

Tale inquadramento permetterebbe di cogliere pienamente il senso della simmetria tra gli art. 6 e 73 *T.U.I.R.* nella misura in cui entrambi – con riferimento il primo alle società di persone ed il secondo alle società di capitali – individuano una relazione necessaria tra tipo societario commerciale e ricomprensione nella categoria del reddito

³⁷⁰ Cfr. G. TINELLI, *Il reddito d'impresa nel diritto tributario*, cit., p. 61, nota 51, dove si rileva come “alla regola della rilevanza oggettiva della fonte reddituale pone un'eccezione il secondo comma dell'art. 6 del T.U. n. 917/1986 [...]. La norma in sostanza presume iuris et de iure la natura commerciale del reddito attribuibile a società commerciali, sia di persone che di capitali [...] escludendo in tale modo la configurabilità in capo a tali soggetti di redditi diversi da quelli d'impresa.”

³⁷¹ G. TINELLI, *Il reddito d'impresa nel diritto tributario*, cit., pp. 60, dove si evidenzia “anche quando le regole di individuazione pongono in evidenza aspetti di carattere soggettivo qualificando, ad esempio, un reddito sulla base di caratteristiche proprie del titolare, tali regole non potranno comunque ritenersi sostitutive o integrative della disciplina della soggettività tributaria, in quanto tali norme non interessano i presupposti di tassabilità di un reddito bensì esclusivamente l'individuazione delle regole di determinazione applicabili.”

d'impresa³⁷².

Tale primo risultato interpretativo si collocherebbe in chiave pregiudiziale rispetto al diverso momento inerente il tema della soggettività passiva, cioè l'individuazione del soggetto passivo cui imputare i redditi prodotti.

Su questo secondo livello dovrebbe insistere la biforcazione vista precedentemente tra società di persone e di capitali in tema di soggettività passiva sul binomio organizzazione-individuo, cui riconnettere i diversi modelli impositivi fondati, da un lato, sull'attribuzione della soggettività passiva direttamente in capo agli enti personificati assoggettati a tassazione I.R.E.S e, dall'altro, sull'utilizzo del meccanismo dell'imputazione per trasparenza in capo ai singoli soci del risultato reddituale delle società di persone.

5. Il rilievo della forma giuridica societaria ed il giudizio di inerenza: l'irrilevanza di una verifica circa la riferibilità dell'atto all'impresa.

Tale ricomprensione, che influisce in maniera determinante e definitiva sull'individuazione del regime reddituale applicabile, non implica, invece, un automatico giudizio di conformità e di conseguente riconoscimento fiscale del singolo atto rispetto all'impresa³⁷³.

³⁷² A. FEDELE, *Profilo fiscale delle società di persone*, in AA.VV., *Commentario al Testo Unico delle imposte sui redditi ed altri scritti. Studi in memoria di Antonio Emanuele Granelli*, Roma-Milano, 1990, p. 24.

³⁷³ T. TASSANI, *Autonomia statutaria delle società di capitali ed imposizione sui redditi*, cit., p. 172, dove l'Autore evidenzia "una logica che, però, non è quella di estromettere dalla sfera

Ed, infatti, dopo essersi interrogati, in via pregiudiziale, circa le regole di individuazione della categoria reddituale in cui collocare il reddito imponibile, occorre chiedersi se sussistano ulteriori criteri per verificare la riferibilità di un dato atto all'attività d'impresa.

La questione richiede di evidenziare, *in limine*, una necessaria distinzione tra la categoria del reddito d'impresa ed altre categorie reddituali previste dal *T.U.I.R.* quali, ad esempio, quella dei redditi fondiari.

Infatti, le regole di quantificazione del reddito d'impresa sono impostate, come noto, su un sistema di determinazione basato su un meccanismo di variazioni al risultato reddituale risultante dal conto economico³⁷⁴. Meccanismo, quindi, che, attribuendo rilevanza fiscale non solo ai componenti positivi di reddito, ma anche a tutte le voci di costo che determinano una riduzione del reddito complessivo, richiede la messa in atto di un metodo di valutazione "dell'attività economica" al fine di "prevenire non soltanto valutazioni non corrette della portata economica della specifica fonte produttiva, ma anche

'imprenditoriale' gli atti ed i beni che ad essa non siano riferibili, ma di valutare una non riconducibilità all'attività sociale che non consente un riconoscimento fiscale quale quello riservato agli atti ed ai beni che tale collegamento presentano. In conclusione, la specifica sfera di attività della società, ed il giudizio di conformità rispetto ad essa degli atti e dei beni societari, se non influisce sulla definizione della fonte reddituale, assume però un ruolo fondamentale nella individuazione delle regole di determinazione del reddito della società."

³⁷⁴ Cfr., *ex multis*, O. NOCERINO, *Il problema dell'individuazione di un principio generale (inespresso) di inerenza*, cit., p. 913; G. TINELLI, *Il principio di inerenza nella determinazione del reddito d'impresa*, in *Riv. d. trib.*, 2002, I, p. 446.

compensazioni indebite con altre fonti di reddito”³⁷⁵.

Occorre, quindi, interrogarsi su quale sia il principio che rende possibile svolgere una valutazione circa la ricomprensione di determinati atti al reddito d’impresa o meno.

A tale riguardo, viene tradizionalmente in esame il principio di inerenza quale criterio che disciplina la relazione tra i singoli componenti negativi di reddito e l’attività d’impresa³⁷⁶.

Si tratta, come noto, di una disposizione centrale nell’economia della categoria reddituale del reddito d’impresa – così come, peraltro, dei redditi di lavoro autonomo – che ha come obiettivo quello di garantire la sussistenza di una correlazione, ai fini della determinazione del reddito, tra componenti negativi ed

³⁷⁵ G. TINELLI, *Il principio di inerenza nella determinazione del reddito d’impresa*, cit., p. 446. L’Autore chiarisce, poi, che “per i redditi derivanti dall’esercizio di attività si impone dunque la fissazione di una regola generale di collegamento dell’attività alla specifica fonte produttiva fiscalmente qualificata, che sia tale da consentire la riconduzione dei diversi componenti economici elementari all’attività stessa e, successivamente, al centro d’imputazione soggettiva dell’attività.”

³⁷⁶ Su tale principio si veda, *ex multis*, G. ZIZZO, *L’imposta sul reddito delle società*, in G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario. Parte Speciale. Il sistema delle imposte in Italia*, cit., pp. 408 segg.; M. PROCOPIO, *L’inerenza nel sistema delle imposte sui redditi*, Milano, 2009; G. TINELLI, *Il reddito d’impresa nel diritto tributario*, cit., pp. 249 segg.; Id., *Il principio di inerenza nella determinazione del reddito d’impresa*, cit., pp. 441 segg.; G. ZIZZO, *Regole generali sulla determinazione del reddito d’impresa*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto tributaria*, diretto da F. TESAURO, Torino, 1995, pp. 556 segg.; P. BORIA, *Il concetto di inerenza e le spese promozionali*, in *Riv. d. trib.*, 1992, I, pp. 413 segg.

attività d'impresa esercitata³⁷⁷.

Si tratta, però, di un giudizio che si incentra sulla relazione tra singoli componenti di reddito d'impresa, sulla base di una valutazione individuale e specifica, ed attività dell'impresa³⁷⁸.

Ciò è confermato dalla *ratio* stessa del principio di inerenza, come principio atto a verificare la sussistenza di un collegamento teleologico tra il componente economico e l'attività.

Una verifica, quindi, di carattere oggettivo ed improntata al controllo circa la riconducibilità dell'operazione economica all'impresa, che, però, presenta peculiarità specifiche con riferimento alle società ed enti commerciali. Ed, infatti, se tale impostazione non crea problemi particolari con riferimento ad altri soggetti titolari di reddito d'impresa – ad esempio, l'imprenditore individuale – nei cui confronti il principio di inerenza rappresenta meccanismo attinente l'individuazione e quantificazione del risultato economico – e, quindi, dei singoli atti all'attività d'impresa – non altrettanto può dirsi con riferimento al reddito prodotto dalle società commerciali,

³⁷⁷ M. PROCOPIO, *L'inerenza nel sistema delle imposte sui redditi*, cit., p. 4, dove si evidenzia come la funzione dell'inerenza sia “quella di evitare che il soggetto passivo possa dedurre, quali componenti negativi, costi ed oneri di carattere personale o, comunque, estranei all'attività esercitata. In tal caso la spesa rappresenterebbe un'erogazione liberale del reddito prodotto mentre [...] il concetto di inerenza richiede (necessariamente) che i costi sostenuti devono essere finalizzati alla produzione del reddito.”

³⁷⁸ T. TASSANI, *Autonomia statutaria delle società di capitali ed imposizione sui redditi*, cit., p. 179, dove si mette in luce come l'apprezzamento circa tale nesso di strumentalità “debba essere apprezzato in concreto, in base alle circostanze del caso e debba rilevare ‘oggettivamente’ e non nelle sole intenzioni del soggetto”.

per il quale sussiste, invece, un'ambiguità di fondo, che occorre risolvere³⁷⁹.

Infatti, già in sede di individuazione della categoria reddituale applicabile, come visto, la disciplina di cui agli artt. 6 e 73 *T.U.I.R.* prevede in via automatica e definitiva la riconducibilità alla categoria del reddito d'impresa, con conseguente applicazione delle disposizioni ivi previste.

Ciò non toglie, peraltro, che non possa non darsi, pur a seguito di questa automatica ricomprensione nell'alveo del reddito d'impresa, un'autonoma ed ulteriore verifica in punto di inerenza per la determinazione del reddito complessivo della formazione collettiva, basata su un controllo circa la sussistenza di un nesso di collegamento tra componenti economici attivi e passivi ed attività

³⁷⁹ T. TASSANI, *Autonomia statutaria delle società di capitali ed imposizione sui redditi*, cit., pp. 182-183, dove si afferma come “se l'attività economica della società assume la funzione di delimitare l'ambito entro il quale le spese d'impresa possono considerarsi deducibili, occorre sottolineare nuovamente come il giudizio in oggetto si ponga pur sempre all'interno delle regole di determinazione del reddito d'impresa. In diversi termini la questione si presenta, invece, per gli imprenditori individuali. Proprio per la coesistenza di una sfera personale e di una imprenditoriale, per questi ultimi risulta necessario un giudizio relativo alle singole operazioni che l'imprenditore compie (attive o passive), per valutare se le stesse siano realizzate nell'esercizio dell'impresa. [...] In questa logica, ben può dirsi che sia gli elementi positivi che quelli negativi debbono essere 'inerenti', perché l'esercizio di impresa, fonte della categoria reddituale, è ricostruito in base all'apprezzamento concreto degli atti posti in essere. Con riferimento alle imprese individuali, è dunque possibile condividere le conclusioni cui giunge parte della dottrina che ricostruisce l'inerenza come 'condizione di rilevanza fiscale' di tutti i componenti reddituali, sia positivi sia negativi.”

d'impresa³⁸⁰.

Verifica, quest'ultima, cui seguirà una tendenzialmente automatica attribuibilità del risultato economico complessivo dell'attività alla formazione soggettiva di stampo commerciale.

Ma, indubbiamente, occorrerebbe sempre interrogarsi, almeno sotto un profilo logico, circa la sussistenza di soggetto dotato “di caratteristiche soggettive tali da condizionare la qualificazione stessa dell'attività”³⁸¹, affrontando il tema inerente il profilo della soggettività passiva ricostruita come relazione tra un dato soggetto passivo ed una determinata grandezza reddituale.

³⁸⁰ Peraltro, in dottrina (G. ZIZZO, *L'imposta sul reddito delle società*, in G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario. Parte Speciale. Il sistema delle imposte in Italia*, cit., p. 408) si è anche sostenuto che il principio in questione non possa desumersi da alcuna specifica norma di legge: “questa regola è priva di disposizione, trovando nel nesso di dipendenza del reddito d'impresa dal risultato del conto economico, con il rinvio alla disciplina civilistico-contabile del bilancio che implica, il suo fondamento positivo. L'art. 109, c. 5, cui generalmente si fa riferimento a tale proposito, si occupa infatti del connesso (ma distinto e logicamente successivo) problema della deducibilità dei componenti negativi in presenza di ricavi e proventi non computabili nel reddito d'impresa [...]”.

³⁸¹ G. TINELLI, *Il principio di inerenza nella determinazione del reddito d'impresa*, cit., p. 447, nota 25, dove si evidenzia come sia “questa l'ipotesi disciplinata dall'art. 6, comma 3, Tuir, ove si prevede che i redditi delle società commerciali, da qualunque fonte provengano e quale che sia l'oggetto sociale, sono considerati redditi d'impresa e determinati unitariamente secondo le norme relative a tali redditi. Si tratta dunque di una presunzione assoluta, idonea a qualificare i redditi delle società commerciali secondo criteri alternativi, di tipo soggettivo, rispetto a quelli ordinari, che fondano sull'analisi oggettiva dei componenti economici elementari la qualificazione della fonte.”

6. La residuale portata del principio di inerenza nelle società commerciali come relazione tra il singolo componente negativo di reddito e l'attività d'impresa.

Delineate in questi termini le peculiarità che caratterizzano il giudizio di inerenza rispetto alle società commerciali, consistente in ciò, che l'inerenza non rappresenta il principio cardine per ricomprendere una determinata ricchezza in una categoria sul presupposto di una sua rilevanza o meno quale grandezza reddituale³⁸², occorre brevemente interrogarsi sulla portata del principio di inerenza sotto un diverso profilo, questa volta specificamente riguardante le società commerciali.

Con riferimento a questi enti soggettivi, invero, l'inerenza rileva come giudizio circa l'individuazione della sfera di costi che immediatamente o mediamente afferiscono alla produzione del reddito rispetto a quegli altri che ne costituiscono mera disposizione³⁸³.

³⁸² T. TASSANI, *Autonomia statutaria delle società di capitali ed imposizione sui redditi*, cit., p. 183, dove si rileva che “per le società commerciali, invece, l'inerenza pare esprimersi in un ambito differente, essendo la riferibilità dell'atto all'impresa del tutto irrilevante ai fini della determinazione della categoria reddituale, in quanto questa è legata alla sola sussistenza della società. In altre parole, un giudizio di inerenza all'attività economica non è in generale necessario per le operazioni societarie, dato che il solo fatto di provenire soggettivamente da una società commerciale ne risolve la qualifica imprenditoriale.”

³⁸³ G. ZIZZO, *Regole generali sulla determinazione del reddito d'impresa*, in *L'imposta sul reddito delle persone fisiche*, in *Giur. sist. dir. trib.*, cit., p. 557. Negli stessi termini T. TASSANI, *Autonomia statutaria delle società di capitali ed imposizione sui*

Non occorre, peraltro, soffermarsi lungamente in questa sede circa un'analisi a riguardo dell'oggetto del giudizio di inerenza.

In dottrina e giurisprudenza, infatti, si rimarcava tradizionalmente la rilevanza della relazione tra atti d'impresa ed oggetto statutariamente previsto, quale imprescindibile punto di partenza per valutare l'inerenza di un dato atto all'organizzazione imprenditoriale³⁸⁴.

Tale impostazione, però, è andata incontro a due questioni problematiche: in primo luogo, la questione circa il rilievo di quelle spese non direttamente ed immediatamente ricollegabili all'attività d'impresa, tra cui, per esempio, vanno annoverate, le spese di pubblicità e rappresentanza³⁸⁵.

redditi, cit., p. 183, che afferma che “l'inerenza, quale regola generale per la deduzione dei costi [...] acquista, dunque, una innegabile autonomia concettuale per i soggetti societari, nel momento in cui la si qualifica come condizione di riferibilità dei soli eventi negativi di reddito all'attività della società e la si pone esclusivamente sul piano della individuazione delle regole di determinazione dei componenti reddituali.”

³⁸⁴ T. TASSANI, *Autonomia statutaria delle società di capitali ed imposizione sui redditi*, cit., p. 184, che espone come “l'attività economica indicata nell'oggetto sociale acquista, in quanto inserita in una dinamica contrattuale, un ineliminabile riflesso causale. L'oggetto sociale indica infatti le ‘attività in vista delle quali la società è stata costituita e al cui servizio i soci sono tenuti a concorrere’ e diventa naturale punto di riferimento per il giudizio di inerenza dei singoli atti compiuti.”

³⁸⁵ G. ZIZZO, *Regole generali sulla determinazione del reddito d'impresa*, in *L'imposta sul reddito delle persone fisiche*, in *Giur. sist. dir. trib.*, cit., pp. 557-558, dove si rileva che “devono per il vero ritenersi inaccettabili quegli indirizzi interpretativi [...] che circoscrivevano [...] alle sole spese sopportate per l'acquisizione dei beni o servizi destinati ad incorporarsi nei beni o servizi alla cui produzione o al cui scambio è diretta l'attività dell'impresa, ovvero

In secondo luogo si è valorizzata l'esigenza di un approccio teso a ricostruire – in simmetria con l'impostazione assunta in campo IVA dalla Corte di Giustizia – l'effettiva attività dell'impresa³⁸⁶.

In questo senso, si è affermata una posizione che riconosce tanto atti di impresa – quali gli atti preparatori – in atti che esprimono un collegamento, sebbene ancora solo potenziale, con l'attività d'impresa, quanto, più radicalmente, che riconosce atti d'impresa in atti che non trovano collocazione nei documenti statuari, ma che rappresentano comunque lo svolgimento di un'effettiva attività imprenditoriale, sebbene di tipo diverso da quella statutariamente prevista³⁸⁷.

Si è, peraltro, sostenuta la legittimità di tale impostazione con riferimento sia alle società di persone³⁸⁸ che alle società di capitali.

alle sole spese valutabili come necessarie alla produzione del reddito [...]. [...] si segnala come oggetto di disputa sia stata principalmente la deducibilità di talune spese legate solo in modo indiretto, e non sempre chiaramente percepibile e misurabile, ai ricavi dell'impresa, come talune spese di pubblicità e le spese di rappresentanza”

³⁸⁶ Si veda G. ZIZZO, *L'imposta sul reddito delle società*, in G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario. Parte Speciale. Il sistema delle imposte in Italia*, cit., pp. 409-410.

³⁸⁷ T. TASSANI, *Autonomia statutaria delle società di capitali ed imposizione sui redditi*, cit., pp. 186-187.

³⁸⁸ T. TASSANI, *Autonomia statutaria delle società di capitali ed imposizione sui redditi*, cit., p. 186, dove si afferma che nel caso in cui l'attività concretamente posta in essere dalla società di persone sia differente da quella prevista nella carta sociale “dovrebbe condurre a ritenere di essere in presenza di una modifica dell'oggetto sociale [...] che, ai sensi dell'art. 2252 c.c., consente la modifica del contratto sociale senza necessità di alcuna procedura formale, anche per fatti concludenti.”

In particolare, con riferimento a quest'ultime, si è rilevato come le modifiche introdotte con la riforma del diritto societario del 2003 rappresentino un importante passo in avanti, dal momento che il definitivo superamento del rilievo, anche esterno, dell'oggetto sociale statutariamente previsto implica la piena rilevanza, anche verso i terzi, degli atti posti in essere dagli amministratori nell'esercizio dei loro poteri gestori al di fuori dai limiti previsti nell'oggetto sociale³⁸⁹.

Si è, quindi, giunti a sostenere che nell'ambito della produzione del reddito da parte di formazioni collettive il rilievo dell'oggetto statutario non offre più elementi di supporto nel giudizio di inerenza, e che la valutazione della riferibilità dei componenti negativi al reddito d'impresa deve essere compiuta in un'ottica attenta all'attività effettivamente svolta³⁹⁰.

Rimane, certo, un profilo di perplessità che attiene al diverso trattamento previsto dal *T.U.I.R.* per quanto riguarda i proventi imponibili e che determina, in qualche modo, una certa asimmetria.

³⁸⁹ T. TASSANI, *Autonomia statutaria delle società di capitali ed imposizione sui redditi*, cit., pp. 187-188, dove si afferma che a seguito delle modifiche intervenute con la riforma di diritto societario del 2003 “è dunque possibile affermare il pieno rilievo esterno, nei confronti cioè dei soggetti [...] che entrano in rapporto con la società, dell'agire societario che si ponga al di fuori degli ambiti fissati dall'oggetto sociale, con la possibilità di configurare un'ulteriore dimensione dell'attività societaria.”

³⁹⁰ In questi termini, G. ZIZZO, *L'imposta sul reddito delle società*, in G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario. Parte Speciale. Il sistema delle imposte in Italia*, cit., p. 410, dove si rileva come “per essere definito inerente l'onere deve infatti essere riferibile all'attività dalla quale proviene il reddito, e l'attività in questione è quella concretamente svolta dalla società, non quella che dovrebbe svolgere secondo il suo statuto.”

Se, infatti, come si è avuto modo di vedere, il giudizio di inerenza per le società commerciali attiene propriamente al momento circa la sola riconducibilità delle componenti negative alla formazione del reddito d'impresa, ma non alla distinzione, logicamente pregiudiziale, circa l'afferenza delle voci positive e negative al campo di applicazione del reddito d'impresa, si determina un risultato in qualche modo discriminatorio.

Ed, infatti, in forza del principio di automatica ricomprensione di tutta l'attività al reddito d'impresa sulla base della presunzione di commercialità di cui agli artt. 6 e 73 *T.U.I.R.*, se proprio grazie al successivo dispiegarsi del principio di inerenza non può ancora darsi con certezza la deducibilità delle componenti negative dal risultato economico a fini fiscali, può, però - ed in via definitiva - considerarsi pienamente integrata la ricomprensione di tutti i proventi come voci positive rilevanti nella determinazione del reddito d'impresa³⁹¹.

³⁹¹ T. TASSANI, *Autonomia statutaria delle società di capitali ed imposizione sui redditi*, cit., p. 189, dove si rileva che “il principio di inerenza, che si è fin qui delineato quale condizione per la deducibilità dei componenti negativi di reddito, non trova invece applicazione per i componenti positivi, rispetto ai quali, ed a differenza degli imprenditori individuali, non è dato distinguere tra proventi che afferiscono all'attività societaria e proventi che non sono a quest'ultima riconducibili. Conseguentemente, la sola possibilità di riferire l'atto alla società commerciale, se non è ancora sufficiente per determinare la deduzione di spese, lo è invece per considerare i proventi che ne derivano come componenti del reddito d'impresa. [...] Posta l'unitarietà della determinazione del reddito societario e, quindi, l'impossibilità di determinare una sfera societaria extraimprenditoriale, i componenti positivi, da qualunque fonte provengano e seppur con regimi tra loro differenti, sono sempre destinati ad incrementare il reddito del soggetto. I componenti negativi richiedono invece di essere selezionati per

Tale considerazione permette di rilevare, in ultimo, un ulteriore profilo relativo al principio di presunzione di commercialità che traspare dal diverso rilievo dei proventi rispetto alle voci di costo e che afferisce alla diversa concezione di reddito presa a modello: reddito-prodotto per quanto riguarda le componenti negative e reddito-entrata per le componenti positive.

Si tratta di una questione che richiederebbe ben altro approfondimento e che può solo accennarsi in questa sede³⁹².

Ed, infatti, può pacificamente ritenersi che il sistema del *T.U.I.R.* abbia optato per l'adozione di una nozione di reddito orientata al criterio del reddito-prodotto per quanto riguarda il rilievo dei componenti negativi d'impresa, atteso che gli stessi possono essere presi in esame nell'ambito della determinazione del reddito netto solo se inerenti all'attività d'impresa³⁹³.

Diversamente, invece, di quanto avviene per le componenti negative, si afferma il modello del reddito-entrata, teso ad attrarre a tassazione, sul presupposto della presunzione di commercialità, ogni forma di incremento

individuare, tra gli stessi, quali siano apprezzabili come 'costi' e quali siano piuttosto 'forme di disposizione' del reddito."

³⁹² Su tali profili si vedano, *ex multis*, L. TOSI, *La nozione di reddito*, in *L'imposta sul reddito delle persone fisiche*, in *Giur. sist. dir. trib.*, diretta da F. TESAURO, Torino, I, 1994, pp. 4 segg.; F. CICOGNANI, *Problemi e prospettive della tassazione del reddito d'impresa*, in *Dir. prat. trib.*, 1988, I, pp. 1046 segg.; E. POTITO, *Il sistema delle imposte dirette*, Milano, 1989, pp. 7 segg.

³⁹³ , L. TOSI, *La nozione di reddito*, in *L'imposta sul reddito delle persone fisiche*, in *Giur. sist. dir. trib.*, cit., p. 4, dove si espone come con tale concezione debba riferirsi alle ipotesi dove "vi è un incremento patrimoniale che deriva da una fonte produttiva stabile, in grado di riprodurre periodicamente una simigliante ricchezza".

reddituale, anche a titolo di contributo, plusvalenza, sopravvenienza se riferibile, sotto il profilo soggettivo, ad una formazione collettiva di stampo commerciale³⁹⁴.

7. Conclusioni parziali alla luce dell'analisi del T.U.I.R.: la mancanza di un autonomo regime di contrasto all'utilizzo distorto della forma giuridica.

In via conclusiva, quanto fin qui esposto permette di giungere alla conferma di quanto si era postulato già in precedenza: nell'ambito del *T.U.I.R.* non sono presenti disposizioni che possano legittimare la sussistenza di un generale regime di contrasto all'utilizzo distorto della forma giuridica con finalità di godimento personale o familiare sulla falsariga di quanto previsto in sede IVA con l'art. 4, comma 5, D.P.R. 633/1972.

Vi sono, indubbiamente, disposizioni di dettaglio che dispongono, con riferimento a casi specifici e settoriali, alcune ipotesi di deroga alla presunzione di commercialità

³⁹⁴ Cfr. L. TOSI, *La nozione di reddito*, in *L'imposta sul reddito delle persone fisiche*, in *Giur. sist. dir. trib.*, cit., p. 6, dove evidenzia come il modello del reddito-entrata abbia assunto particolare pregnanza a seguito della riforma tributaria del 1973 dove, specialmente con riferimento al reddito d'impresa, sono state manifestate alcune aperture a favore del reddito-entrata: “in altri termini, non si possono escludere deviazioni dal modello teorico del reddito-prodotto, sia in quanto sono talora esenti da tassazione proventi che rientrerebbero in tale modello [...] sia in quanto sono talora tassati proventi che costituirebbero reddito-entrata. [...] A quest'ultima figura darebbero corpo i contributi, le plusvalenze e le sopravvenienze ottenute nell'esercizio di imprese commerciali [...]”.

tra cui – come si è avuto modo di vedere – si colloca la disciplina di cui all'art. 90 *T.U.I.R.* e la disciplina in tema di *participation exemption*.

In entrambi i casi vi è, seppure in modo indiretto, una previsione di contrasto a forme di utilizzo dello schermo giuridico con finalità di godimento, al di fuori dei canoni di commercialità che dovrebbero contraddistinguere l'attività d'impresa.

Si è, poi, dato luogo ad un approfondimento in tema di giudizio di inerenza, che ha permesso di mettere in luce le peculiarità che caratterizzano tale istituto nell'ambito delle società commerciali. In tale sede, infatti, l'inerenza non rappresenta il principio cardine per ricomprendere una determinata ricchezza in una categoria sul presupposto di una sua rilevanza o meno quale grandezza reddituale, ma si estrinseca solamente in un giudizio circa la relazione di congruenza tra i singoli componenti negativi di reddito e l'attività d'impresa.

In conclusione può, quindi, confermarsi come non sia presente alcuna fattispecie - sulla falsariga dell'art. 4, comma 5, D.P.R. 633/1972 - direttamente inserita nel *corpus* del *T.U.I.R.*, che determini una deroga alla presunzione assoluta di commercialità per quanto riguarda gli enti che svolgono unicamente attività di godimento di cespiti patrimoniali, senza dare attuazione ad operazioni di natura imprenditoriale.

8. Il diverso rilievo della disciplina di contrasto alle società di comodo ex art. 30, L. 724/1994 quale riconoscimento dell'insufficienza della presunzione di commercialità per le società commerciali: l'utilizzo abusivo della forma giuridica.

Le considerazioni che si sono espone fino a questo momento hanno evidenziato come il legislatore tributario abbia predisposto una complessa regolamentazione relativa al contrasto all'illecita deduzione dei costi nell'ambito del reddito d'impresa.

Si tratta, però, di una disciplina che richiede una tendenziale attività di controllo di carattere casistico da parte dell'Erario per verificare l'effettivo rispetto del principio di inerenza.

Su piani differenti si colloca, invece, la disciplina di cui all'art. 30, L. 724/1994 in tema di contrasto alle società di comodo.

Così come nell'ambito dell'IVA, il legislatore tributario ha, infatti, riconosciuto la necessità di contrastare le strutture giuridiche di mero godimento, prevedendo un regime fiscale che si incentra sul contrasto all'utilizzo dello strumento societario da parte del contribuente con finalità latamente riconducibili a forme di indebita pianificazione fiscale.

E', però, evidente, già ad un primo sguardo, come la disciplina *de qua* delinei un regime impositivo che non agisce sul solo versante procedimentale, prevedendo un vero e proprio regime sostanziale, di imposizione nei confronti di una serie di società che per varie ragioni l'ordinamento considera non operative.

Occorre, a questo punto, riprendere considerazioni già formulate precedentemente³⁹⁵, apportando le necessarie rettifiche.

Come si era già anticipato, la disciplina introdotta dalla L. 724/1994 ai fini delle imposte sui redditi presenta marcanti

³⁹⁵ Si veda, *supra*, Parte I, Capitolo V, § 8.

profili di autonomia rispetto a quanto previsto per l'IVA³⁹⁶. Infatti, la disciplina dettata nell'ambito delle imposte sui redditi, oltre alla presunzione di non operatività imprenditoriale integrata dal mancato superamento della soglia di ricavi minimi, prevede anche la predeterminazione di un'imposta minima da versare³⁹⁷.

E', quindi, necessario interrogarsi nuovamente circa la *ratio* della disciplina *de qua* con riferimento alle previsioni introdotte in ordine alle imposte sui redditi.

Se, infatti, trattando della disciplina di cui all'art. 30, L. 724/1994 in ambito IVA si era sostenuto che l'obiettivo preso in considerazione dal legislatore andasse visto in chiave antielusiva, di diretto contrasto all'utilizzo della forma societaria per finalità di mero godimento, tale posizione deve confrontarsi con le caratteristiche che denotano la disciplina *de qua* in campo reddituale³⁹⁸.

³⁹⁶ In generale, sulla disciplina in materia di società di comodo si rinvia alla bibliografia evidenziata, *supra*, Parte I, Capitolo V, § 8. Cfr. M. NUSSI, *La disciplina impositiva delle società di comodo tra esigenze di disincentivazione e rimedi incoerenti*, cit., p. 506, dove si evidenzia come “la disciplina riguardante l'imposizione sui redditi [...] si presenta assai articolata e con molteplici profili regolamentari, a differenza del regime previsto in materia di imposta sul valore aggiunto la cui normativa sembra essere costruita in maniera sostanzialmente autonomo (salva la ‘comune’ presunzione testante la non operatività) [...]”.

³⁹⁷ Non si può in questa sede dilungarsi sulla descrizione del meccanismo previsto dalla disciplina in materia di contrasto alle società di comodo. Per approfondimenti a tale proposito si veda, *ex multis*, M. BEGHIN, *Gli enti collettivi di ogni tipo ‘non operativi’*, in G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario. Parte speciale*, cit., pp. 625 segg.

³⁹⁸ Nell'ambito dell'imposizione reddituale, così come nell'IVA, l'art. 30, L. 724/1994 prevede un test di operatività che il contribuente supera allorché l'ammontare complessivo di ricavi,

Diversamente dalla previsione in tema di IVA, l'art. 30, L. 724/1994 non si limita al contrasto indiretto nei confronti di forme di utilizzo della struttura societaria con finalità di pianificazione fiscale tramite il meccanismo della limitazione al diritto di rimborso e di compensazione dei crediti IVA nei confronti dell'ente societario non operativo, ma prevede anche una disciplina impositiva di carattere sostanziale sulla base di aliquote forfettarie, assumendo come fatti indice di capacità contributiva determinati cespiti in quanto autonomamente fruttiferi³⁹⁹.

E', perciò, sostenibile che la disciplina in questione non presenti solo profili di carattere antielusivo, ma assuma

incrementi delle rimanenze ed altri proventi ordinari supera una specifica soglia di ricavi figurativi calcolati in base all'ammontare di titoli immobili ed alte immobilizzazioni detenute dalla società. Si veda, per ulteriori approfondimenti, AA.VV., *Commentario breve alle leggi tributarie, III, Tuir e leggi complementari*, cit., pp. 954-955.

³⁹⁹ Diversamente dal regime fiscale previsto in sede IVA, nell'ambito dell'imposizione reddituale l'art. 30, L. 724/1994 prevede che, al mancato superamento del test di operatività, si riconnetta una forma di imposizione reddituale rappresentata da un reddito minimo presunto determinato ai sensi del comma 3 dell'art. 30, L. 724/1994 .

In specie, tale reddito minimo viene ottenuto applicando specifiche percentuali ai valori di determinati beni posseduti nel corso dell'esercizio dalla società: si tratta, sostanzialmente, delle quote di partecipazione ed azioni, degli immobili e delle altre immobilizzazioni risultanti dal bilancio dell'ente collettivo.

Qualora, invece, il reddito effettivo prodotto dalla società sia superiore al reddito minimo presunto così determinato la tassazione dovrà incentrarsi sul reddito effettivo e non su quello minimo presunto.

Si veda, per ulteriori approfondimenti, AA.VV., *Commentario breve alle leggi tributarie, III, Tuir e leggi complementari*, cit., pp. 955-957.

anche connotati diversi che, secondo alcuni autori, dovrebbero essere riconnessi ad una funzione di contrasto all'evasione fiscale⁴⁰⁰.

Per altri autori, invece, il regime di non operatività e di ricostruzione del reddito imponibile su basi figurative darebbe luogo ad una forma di "tassazione sostanzialmente patrimoniale"⁴⁰¹.

Al di là, però, dell'impostazione che si voglia seguire per quanto concerne la *ratio* dell'art. 30, L. 724/1994⁴⁰²

⁴⁰⁰ Su tale impostazione, in particolare, si veda R. LUPI, *Le società di comodo come disciplina antievasiva*, cit., pp. 1100 segg.

⁴⁰¹ In particolare, M. CERMIGNANI, *Il regime fiscale delle società di comodo: ratio, attualità e prospettive*, *Dir. prat. trib.*, I, 2011, p. 257.

⁴⁰² In dottrina si è, infatti, rilevata la difficoltà di delineare una concezione unitaria della disciplina *de qua*.

AA.VV., *Commentario breve alle leggi tributarie, III, Tuir e leggi complementari*, cit., p. 952, dove si evidenzia come "parte della dottrina ha rilevato un evidente intento antielusivo del legislatore, finalizzato a penalizzare coloro che intendono realizzare un risparmio d'imposta attraverso un'interposizione soggettiva nei patrimoni [...]. Altra parte della dottrina ha evidenziato una giustificazione di tipo antievasivo, sorretta da una concezione normativa della società quale modulo organizzativo volto esclusivamente all'effettivo esercizio di un'impresa. [...] ovvero la natura di disciplina di contrasto e di svantaggio fiscale della normativa in esame, in quanto finalizzata a combattere l'abnorme impiego dello strumento societario [...]. Si è, inoltre, ammesso che la disciplina in oggetto possa rispondere ad una pluralità di funzioni, rappresentando un caso di polimorfismo normativo [...]. In altre ipotesi, l'incoerenza e l'asistematicità della disciplina hanno impedito il rinvenimento di una giustificazione adeguata alla stessa; si è, quindi, messa in evidenza la valenza sostanziale della disciplina in esame la quale introduce elementi di tassazione patrimoniale nell'ambito delle imposte sul reddito, in casi in cui le società non producono redditi adeguati ai beni posseduti. La

rimane il fatto indiscutibile che tale regime vada letto, prima di tutto, quale riconoscimento della potenziale abusività “dell’involucro societario e della connessa personalità/soggettività giuridica, ai fini esclusivi o prevalenti di indebito risparmio fiscale”⁴⁰³.

L’interprete è, infatti, messo di fronte a una norma che rappresenta, per molti versi, un vero e proprio contrappeso – di portata generale in quanto applicabile ad un amplissimo spettro di strutture giuridiche collettive - all’altrettanto generalissima previsione di presunzione di commercialità di cui agli artt. 6 e 73 *T.U.I.R.* e, conseguentemente, alla tendenziale inerenza delle componenti negative all’attività d’impresa.

Ed, infatti, come si era avuto modo di rilevare già in precedenza, la disciplina *ex art.* 30, L. 724/1994, diversamente dal portato dell’art. 4, comma 5, D.P.R. 633/1972 non mira a colpire specifici beni – partecipazioni e soprattutto immobili – che più facilmente si potrebbero prestare a finalità non imprenditoriali, ma insiste

disciplina esprimerebbe una *mens legis* legata ad esigenze di cassa e finalizzata ad assicurare un concorso alle spese pubbliche anche in assenza di realizzazione del presupposto.”

⁴⁰³ M. CERMIGNANI, *Il regime fiscale delle società di comodo: ratio, attualità e prospettive*, cit., p. 258.

Su posizioni non dissimili si vedano R. SCHIAVOLIN, *Considerazioni di ordine sistematico sul regime delle società di comodo*, in L. TOSI, *Le società di comodo*, cit., p. 64; R. BRACCINI, *Le società di comodo nella recente legislazione tributaria*, cit., 52 segg.; M. NUSSI, *La disciplina impositiva delle società di comodo tra esigenze di disincentivazione e rimedi incoerenti*, cit., p. 493.

Tale impostazione è, peraltro, avvalorata dal fatto che proprio nell’alveo della disciplina *de qua* sia stata enucleata una norma tesa alla trasformazione della struttura societaria di stampo commerciale verso il tipo della società semplice.

sull'integrale attività della società, senza curarsi di distinguere tra atti che potrebbero prestarsi a finalità di godimento e altre attività che, invece, ragionevolmente, possono essere ricondotte soltanto a finalità imprenditoriali.

A tale proposito, infatti, la dottrina ha evidenziato come, in ultima istanza, la *ratio* della disciplina in esame possa essere quella “di sollevare l'Amministrazione finanziaria dall'esigenza di svolgere controlli approfonditi sulle società la cui redditività appaia scarsa rispetto ad alcuni elementi patrimoniali [...]”⁴⁰⁴.

In questo quadro, quindi, oltre a essere una norma di tipo sostanziale, tesa a delineare un peculiare regime impositivo per alcune strutture soggettive, ritenute di comodo a fronte di una scarsa operatività, la disciplina in questione dovrebbe leggersi, in ultima istanza, quale modalità di verifica – in via generale – della sussistenza delle condizioni per la fruizione del meccanismo impositivo del reddito d'impresa per gli enti collettivi di stampo commerciale.

Si era, infatti, avuto modo di notare come la presunzione di commercialità presentasse la peculiarità di delineare una diretta attribuzione di rilevanza fiscale alla forma giuridica del soggetto cui è attribuita la fonte di reddito oggetto di imposizione fiscale, diversamente dalle ipotesi previste con riferimento alle altre categorie reddituali, dove il legislatore segue un criterio improntato alla rilevanza oggettiva della fonte reddituale, che non attribuiva importanza alle caratteristiche soggettive del contribuente. Ora, in questo quadro, la disciplina di cui alla L.724/1994

⁴⁰⁴ R. SCHIAVOLIN, *Considerazioni di ordine sistematico sul regime delle società di comodo*, in L. TOSI, *Le società di comodo*, cit., p. 74.

costituirebbe una modalità di normalizzazione della peculiare disciplina reddituale codificata dagli artt. 6 e 73 *T.U.I.R.*, atta ad attribuire nuovamente preminenza centrale a criteri fondati sul profilo oggettivo, legati a un effettivo svolgimento di un'attività d'impresa su basi non occasionali ed a dequalificare quelle strutture soggettive che non danno corso ad un'effettiva attività d'impresa.

Si tratterebbe, in altre parole, del riconoscimento, da parte del legislatore, della problematicità della logica di radicale specialità enucleata in forza del principio di commercialità di cui agli artt. 6 e 73 *T.U.I.R.* e della necessità di un'ulteriore regolamentazione tesa ad assoggettare la concessione del regime di tassazione del reddito d'impresa a quelle sole entità collettive che conducano un'effettiva attività d'impresa, al di là del solo dato formale attinente la forma giuridica.

Tale impostazione risulta, peraltro, confermata alla luce dell'analisi delle cause di esclusione e di disapplicazione enucleate dallo stesso art. 30, L. 724/1994.

Come noto, infatti, il regime in materia di contrasto alle società di comodo prevede sia ipotesi di radicale ed automatica esclusione dalla disciplina stessa.

Per quanto riguarda le prime, può rilevarsi come l'elemento comune denominatore della categoria sia rappresentato dall'elencazione di caratteristiche tipologiche e di altri indici che, già di per sé, permettono di superare ogni dubbio in merito all'effettivo svolgimento di un'attività economica – tra cui spicca, in modo particolare, l'ipotesi della congruità e coerenza ai fini degli studi di settore⁴⁰⁵.

⁴⁰⁵ AA.VV., *Commentario breve alle leggi tributarie, III, Tuir e leggi complementari*, cit., p. 953, dove si evidenzia come “il legislatore individua diverse situazioni che presentano fattori

Per quanto concerne, poi, le cause di disapplicazione merita rilevare, ai fini della presente trattazione, come si tratti di un'ipotesi in cui è onere del contribuente dimostrare la sussistenza di condizioni di natura oggettiva, di natura tale da aver reso impossibile il superamento del test di operatività.

Si tratta, in sostanza, di ipotesi dove il contribuente deve porre in essere apposite documentazioni giustificative che dimostri le ragioni che hanno reso impossibile lo svolgimento di un'effettiva attività economica da parte dell'ente collettivo⁴⁰⁶.

In conclusione, anche dalla breve descrizione delle due ipotesi di esclusione e disapplicazione della disciplina di cui all'art. 30, L. 724/1994 si conferma il carattere antielusivo della disciplina *de qua*, teso a contrastare l'utilizzo a fini di pianificazione fiscale della struttura societaria, in mancanza di un'effettiva attività economica di carattere imprenditoriale.

9. La disciplina di contrasto alle società di comodo ed il riflesso circa l'abusività con riferimento alla giurisprudenza della Corte di Giustizia: l'ipotesi del 'wholly artificial arrangement'.

Si sono già esposte in precedenza con riferimento alla disciplina IVA alcune criticità in merito al regime della L.

idonei a dimostrare l'estraneità dell'entità collettiva ad un impiego 'di comodo' della struttura sociale. Sono, infatti, identificati indici di vitalità economica o di peculiari *asset* o *status* giuridici".

⁴⁰⁶ AA.VV., *Commentario breve alle leggi tributarie, III, Tuir e leggi complementari*, cit., pp. 957-958.

724/1994.

Ora, tali profili critici non sono direttamente trasponibili in sede di imposte sui redditi.

E' a ciò di ostacolo, oltre alla diversa natura e alle diverse regole di funzionamento delle imposte sui redditi rispetto all'IVA, la circostanza che, come noto, mentre l'IVA rappresenta un regime impositivo rispetto al quale si è determinato un percorso di completa armonizzazione, ciò non si è verificato per le imposte sui redditi, se non con riferimento a specifiche ipotesi⁴⁰⁷.

Tuttavia, tali rilievi non risolvono in via definitiva la problematica del contrasto alle strutture di comodo in relazione ai vincoli di diritto dell'Unione.

E', infatti, noto che anche nell'ambito delle materie non armonizzate a livello dell'Unione, le discipline dei singoli Stati membri sono vincolate, tra l'altro, al rispetto delle libertà fondamentali previste dai Trattati.

Occorre, quindi, chiedersi – nell'ambito della nozione ampia di attività economica che è stata accolta nei Trattati per individuare la sussistenza del reddito d'impresa – se sia possibile individuare un filone della giurisprudenza della Corte di Giustizia che qualifichi, a fini fiscali, il ricorso alla struttura societaria quale ipotesi abusiva.

L'analisi che si era sviluppata in sede IVA aveva permesso di evidenziare come il diritto dell'Unione Europea non attribuisce particolare importanza alla forma giuridica – e più in generale all'elemento soggettivo – ai fini dell'integrazione della soggettività passiva IVA.

Si era visto, infatti, come prevalessesse, nell'ottica di un'applicazione piena del principio di neutralità, il dato oggettivo rappresentato da un'ampia interpretazione del

⁴⁰⁷ Si veda, a tale proposito, B.J.M. TERRA, P.J. WATTEL, *European tax law*, cit.

concetto di attività economica.

Ciò si manifesta, da un lato, con l'attribuzione del diritto di detrazione anche sulla base di una valutazione di carattere potenziale circa la riconducibilità degli acquisti allo svolgimento di un'attività economica ai fini IVA e, dall'altro lato, con la concezione dei fenomeni di occasionalità per ipotesi marginali.

Tali considerazioni avevano, quindi, permesso di evidenziare alcune criticità – da ultimo formulate in merito al regime della L. 724/1994 – relative alla disciplina di contrasto interno a quel fenomeno di 'patologia' della forma giuridica comunemente ricollegato all'esercizio abusivo dello strumento societario per finalità di carattere elusivo.

Tuttavia, tali rilievi non possono risolvere in via definitiva la problematica del contrasto alle strutture di comodo.

E', infatti, corretto rilevare come – in via generale - non sia possibile individuare un filone della giurisprudenza della Corte di Giustizia che disconosca la soggettività passiva IVA sanzionando il ricorso alla struttura societaria quale ipotesi abusiva.

Quest'ultima considerazione – corroborata dall'ampiezza della nozione di operazione economica – è confermata dalla giurisprudenza in materia di abuso del diritto in materia IVA, in cui la verifica circa la sussistenza di una condotta abusiva è stata tendenzialmente incentrata sulle singole operazioni attive e passive poste in essere dall'operatore economico⁴⁰⁸.

⁴⁰⁸ Sul tema dell'abuso del diritto si vedano, senza pretesa di completezza, F. TESAURO, *Elusione e abuso nel diritto tributario italiano*, in M. BEGHIN, F. MOSCHETTI, R. SCHIAVOLIN, L. TOSI, G. ZIZZO, *Atti della giornata di Studi in onore di Gaspare Falsitta*, Padova, 2012, pp. 683 segg.; W. SCHÖN, *Abuse of rights and European tax law*, in J.A. JONES, P. HARRIS, D. OLIVER,

Il ragionamento della Corte di Giustizia si fonda, in questo senso, sulla legittimità o meno della detrazione sugli acquisti effettuata dall'operatore economico, con una verifica casistica sul carattere eventualmente abusivo delle operazioni per le quali si è esercitato il diritto di detrazione⁴⁰⁹.

La possibilità di considerare abusiva la struttura societaria messa in atto dal contribuente non è, tuttavia, assente dal panorama della giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia fiscale⁴¹⁰.

Comparative perspectives on revenue law. Essays in honour of John Tiley, Cambridge University Press, 2008, pp. 75 segg.; A. MONDINI, *Contributo allo studio del principio di proporzionalità nel sistema dell'IVA europea*, Pisa, 2012, pp. 293 segg.; G. MOSCHETTI, 'Diniego di detrazione per consapevolezza' nel contrasto alle frodi IVA. *Alla luce dei principi di certezza del diritto e proporzionalità*, cit, pp. 13 segg.; A. CARINCI, *Elusione tributaria, abuso del diritto e applicazione delle sanzioni amministrative*, in *Dir. prat. trib.*, 2012, I, pp. 785 segg.

⁴⁰⁹ In tale senso, W. SCHÖN, *Abuse of rights and European tax law*, cit., p. 98, dove si evidenzia come nell'ambito delle direttive in materia di imposte indirette trova ampio spazio l'utilizzo del principio dell'abuso del diritto con riferimento a singole transazioni effettuate al fine di ottenere vantaggi di natura fiscale.

⁴¹⁰ W. SCHÖN, *Abuse of rights and European tax law*, cit., p. 88, dove si afferma "the main challenge posed by the concept of abuse of law is to examine the grey area where small or irregular activity exists but does not suffice to justify the application of substantive Community law, in particular the fundamental freedoms. In the judicature of the Court, these situations have been described as 'wholly artificial arrangements' where the legal reality of the transactions is not in doubt (otherwise they would be qualified as mere 'sham') but where the economic substance is largely missing."

10. *Diritto dell'Unione Europea e contrasto alle letterbox companies.*

Occorre, in prima battuta, dare conto di un più generale orientamento a livello di diritto dell'Unione Europea in chiave di contrasto alle strutture collettive prive di sostanza economica.

A tale proposito, l'analisi deve prendere le mosse dalla giurisprudenza in materia di costituzione e trasferimento della società con riferimento ai casi *Centros*⁴¹¹, *Überseering*⁴¹², *Inspire Art*⁴¹³ e *Vale*⁴¹⁴ con i quali la Corte di Giustizia ha affermato la libertà dell'operatore economico di stabilirsi nell'Unione Europea per svolgere la propria attività economica, potendo, peraltro, anche scegliere di costituire, più semplicemente, una società controllata in un altro Stato membro senza dare corso ad attività imprenditoriali⁴¹⁵.

⁴¹¹ Sentenza della Corte di Giustizia, procedimento C-212/97.

⁴¹² Sentenza della Corte di Giustizia, procedimento C-208/00.

⁴¹³ Sentenza della Corte di Giustizia, procedimento C-167/01.

⁴¹⁴ Sentenza della Corte di Giustizia, procedimento C-378/10.

⁴¹⁵ Cfr. W. SCHÖN, *Abuse of rights and European tax law*, cit., p. 84, dove si afferma “in the field of company law, the Court has ruled in *Centros*, *Überseering* and *Inspire Art* that economic agents are free to set up a company wherever in Europe they want and to carry on a business under the legal order governing this company. It is not regarded as abusive to set up a company in the UK which is not meant to do any business in the UK; to the contrary, the Court regards this choice of the applicable law to be at the core of the freedom of establishment as protected under Arts. 43 and 48 of the EC Treaty”. Su posizioni simili M. LANG, S. HEIDENBAUER, *Wholly artificial arrangements*, in L. HINNEKENS, P. HINNEKENS, *A vision of taxes within and outside European borders. Festschrift in honor of Prof. Dr. Frans*

Le pronunce della Corte di Giustizia in materia hanno dato luogo a molteplici critiche in dottrina, fondate sul rilievo che il ragionamento della Corte avrebbe legittimato l'esercizio delle libertà fondamentali a favore di strutture societarie prive di un'effettiva attività economica.

E, di conseguenza, si è obiettato che tale giurisprudenza abbia avuto come effetto quello di incentivare la costituzione di vere e proprie *'letterbox companies'* attive negli Stati membri dell'Unione Europea⁴¹⁶.

Infatti, l'orientamento della giurisprudenza *Centros* implicava che anche le società prive di una effettiva e sostanziale attività economica fossero oggetto delle previsioni di tutela enucleate sia con riferimento alla libertà di stabilimento che alla libertà di fornire servizi nel

Vanistendael, Kluwer Law International, 2008, p. 608, dove si mette in luce come “there is a big difference between Centros and Inspire Art, on the one hand, and Cadbury Schweppes and Test Claimant in the Thin Cap Group Litigation, on the other hand: in Centros, ‘the provisions of national law, application of which the parties concerned have sought to avoid, [were] rules governing the formation of companies and not rules concerning the carrying on of certain trades, professions or businesses. Denying a corporation access to the internal market by already considering the formation of a corporation as a wholly artificial arrangement would have been more severe than examining the specific performance of the corporation.”

⁴¹⁶ C.E. SØRENSEN, *The fight against letterbox companies in the internal market*, in *Common Market Law Review*, 2015, pp. 85 segg., dove si evidenzia che “after the seminal judgment in Centros, it seemed that the fight against letterbox companies was lost. The judgment made it clear that it is possible for a company without any substantial activities in the Member State where it is incorporated to exercise the free movement rights when doing business in other Member States. After this judgment, the widespread use of letterbox companies was not countered by any coordinated effort of the EU”.

territorio dell'Unione⁴¹⁷.

Le considerazioni brevemente esposte permettono di evidenziare come, a livello di libertà fondamentali previste dai Trattati, sia difficile individuare un generale regime di contrasto alle strutture collettive prive di sostanza economica, dovendosi riconoscere – sulla base della giurisprudenza della Corte di Giustizia prima accennata – come lo svolgimento di una genuina attività economica non costituisca un requisito imprescindibile per il godimento della libertà di stabilimento e di offerta di servizi⁴¹⁸.

⁴¹⁷ In questo senso si veda C. BARNARD, *The substantive law of the EU. The four freedoms*, Oxford, 2013, pp. 330-333, dove si espone come “for some, the decision in Centros gave the green light to a Delaware-style race to the bottom coming to the EU in the field of company law”.

Si veda anche C.E. SØRENSEN, *The fight against letterbox companies in the internal market*, cit., p. 90, dove si espone che “in Centros the Court held that there was an establishment even in the situation where a company was set up in one Member State for the sole purpose of establishing a branch in a second Member State, and even if the entire commercial activity of the company was in the Member State where the branch was situated. Thus, a Member State cannot make the registration of a branch conditional on carrying on certain activities in the Member State where the company is incorporated.²¹ Nor can it be required that a company’s head office or real seat is located in the Member State where it is incorporated. Accordingly, as long as a company satisfies the connecting factors required by national law in the State of incorporation, it is entitled to exercise free movement.”

⁴¹⁸ Sempre in questo senso si veda C.E. SØRENSEN, *The fight against letterbox companies in the internal market*, cit., p. 93, che afferma “therefore, in conclusion the free movement rights generally protect the use of letterbox companies and have done more to promote their use than to limit it. This is mainly due to the seminal judgment in Centros.”

Occorre, però, meglio contestualizzare le affermazioni che si sono esposte.

Per quanto, infatti, non vi sia un regime di contrasto alle strutture giuridiche di carattere abusivo delineato dalla Corte di Giustizia a livello delle libertà fondamentali, può, comunque, darsi conto di una progressiva estensione di svariate previsioni normative, emerse in atti di diritto secondario, che predispongono una serie di presidi di contrasto all'abuso della forma giuridica.

Pur in mancanza di interventi di armonizzazione intervenuti direttamente a livello di Unione Europea in materia di diritto commerciale con l'obiettivo di omogeneizzare le forme giuridiche dei vari Stati membri, va detto che specifiche normative settoriali hanno previsto clausole di contrasto nei confronti delle *'letterbox companies'*⁴¹⁹, anche allo scopo di tutelare pregnanti interessi di natura pubblicistica.

A tale proposito viene in considerazione una serie di disposizioni su cui, in questa sede, possono offrirsi soltanto brevi cenni generali. Queste disposizioni si contraddistinguono per l'enucleazione di un regime teso a verificare la sussistenza in concreto di una effettiva attività economica da parte degli operatori economici che intendono fruire dei diritti e delle facoltà previste in tali testi normativi⁴²⁰.

Vengono in considerazione le seguenti disposizioni normative: in primo luogo, la norma introdotta all'art. 4 della Direttiva 96/71CE in materia di distacco dei

⁴¹⁹ C.E. SØRENSEN, *The fight against letterbox companies in the internal market*, cit., pp. 97 segg.

⁴²⁰ Per ulteriori riferimenti ed approfondimenti a tale riguardo si veda C.E. SØRENSEN, *The fight against letterbox companies in the internal market*, cit., pp. 98 segg.

lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi⁴²¹. In secondo luogo, la norma di cui all'art. 5 del Regolamento 1071/2009 in tema requisiti da rispettare per esercitare l'attività di trasportatore su strada⁴²².

⁴²¹ Si veda l'art. 4, comma 2, Directive 2014/67/EC di modifica della Direttiva 96/71/CE, che prevede "al fine di determinare se un'impresa esercita effettivamente attività sostanziali diverse da quelle puramente interne di gestione e/o amministrazione, le autorità competenti operano una valutazione generale di tutti gli elementi fattuali che caratterizzano le attività esercitate da un'impresa nello Stato membro di stabilimento e, ove necessario, nello Stato membro ospitante, tenendo conto di un quadro temporale ampio. Tali elementi possono comprendere, in particolare:

- a) il luogo in cui l'impresa ha la propria sede legale e amministrativa, utilizza uffici, paga imposte e contributi previdenziali e, se del caso, in conformità del diritto nazionale, è iscritta in un albo professionale o è registrata presso la camera di commercio;
- b) il luogo in cui i lavoratori distaccati sono assunti e quello da cui sono distaccati;
- c) la legge applicabile ai contratti stipulati dall'impresa con i suoi lavoratori e con i suoi clienti;
- d) il luogo in cui l'impresa esercita la propria attività economica principale e in cui è occupato il suo personale amministrativo;
- e) il numero di contratti eseguiti e/o l'ammontare del fatturato realizzato nello Stato membro di stabilimento, tenendo conto della situazione specifica che caratterizza tra l'altro le imprese di nuovo insediamento e le PMI."

⁴²² Si veda l'art. 5, Regolamento 1071/2009 che prevede che "per soddisfare il requisito di cui all'articolo 3, paragrafo 1, lettera a), l'impresa, nello Stato membro in questione: a) dispone di una sede situata in tale Stato membro dotata di locali in cui conserva i suoi documenti principali, in particolare i documenti contabili, i documenti di gestione del personale, i documenti contenenti dati relativi ai tempi di guida e di riposo e qualsiasi altra documentazione cui l'autorità competente deve poter accedere per

A una logica simile possono, inoltre, essere ricondotte anche le norme previste nel settore degli intermediari finanziari con riferimento alle condizioni di autorizzazione per l'esercizio dell'attività bancaria con caratteri di transnazionalità nell'Unione Europea⁴²³.

Le previsioni normative fin qui esposte permettono di giungere ad una conclusione per certi versi diversa da

la verifica delle condizioni stabilite dal presente regolamento. Gli Stati membri possono esigere che anche altri documenti siano tenuti a disposizione in qualsiasi momento nei locali delle sedi situate sul loro territorio; b) una volta concessa un'autorizzazione, dispone di uno o più veicoli immatricolati o messi altrimenti in circolazione in conformità della normativa dello Stato membro in questione, posseduti a titolo di proprietà o ad altro titolo, per esempio in virtù di un contratto di vendita a rate, di un contratto di noleggio o di un contratto di leasing; c) svolge in modo efficace e continuativo, con l'ausilio delle attrezzature amministrative necessarie e delle attrezzature e strutture tecniche appropriate, le sue attività concernenti i veicoli di cui alla lettera b) presso una sede operativa situata nello Stato membro in questione.”

⁴²³ Si veda, a tale proposito, il considerando 16 della Direttiva 2013/36/EC che afferma che “i principi del mutuo riconoscimento e della vigilanza esercitata dallo Stato membro d'origine esigono che le autorità competenti di ogni Stato membro rifiutino o revochino l'autorizzazione qualora elementi come il contenuto del programma d'attività, l'ubicazione delle attività o le attività effettivamente svolte indichino in modo evidente che l'ente creditizio ha scelto il sistema giuridico di uno Stato membro al fine di sottrarsi ai criteri più rigidi in vigore in un altro Stato membro sul cui territorio svolge o intende svolgere la maggior parte delle proprie attività. Qualora non vi sia alcuna indicazione evidente, ma la maggior parte delle attività delle imprese di un gruppo bancario si trovi in un altro Stato membro le cui autorità competenti sono incaricate di esercitare la vigilanza su base consolidata, occorre che la responsabilità dell'esercizio della vigilanza su base consolidata possa essere modificata unicamente con l'accordo di dette autorità competenti.”

quanto poteva emergere dalla giurisprudenza *Centros*.
L'indesiderabilità delle strutture societarie prive di sostanza economica costituisce una problematica di ampia portata. Tale fenomeno comincia a essere contrastato non solo con riferimento alla disciplina di diritto dell'Unione relativa al settore del mercato interno dell'UE, ma anche in altri settori normativi di diritto dell'Unione.
L'approccio che, però, traspare in questo momento è di tipo casistico e frammentario, senza la previsione di un principio di portata ampia, già a livello delle libertà fondamentali, teso a garantire un effettivo contrasto alle strutture societarie prive di un'effettiva sostanza economica⁴²⁴.

11. Diritto dell'Unione Europea ed attività marginali: riflessi in tema di contrasto alle forme giuridiche abusive.

Vi è un secondo ordine di riflessioni – anch'esso mutuato dal diritto dell'Unione Europea che potrebbe presentare profili di interesse - anche se in un'ottica indiretta – rispetto alla tematica del contrasto alle strutture giuridiche

⁴²⁴ Cfr. C.E. SØRENSEN, *The fight against letterbox companies in the internal market*, cit., pp. 116-117, dove si evidenzia che “after several years where letterbox companies have been, if not promoted, then tolerated in the EU, it seems that steps are now being taken to counter letterbox companies where they interfere with the functioning of the internal market. Instead of trying to find a more general solution, the problem has been approached on a more selective basis in the areas where problems have occurred. This has been done by introducing secondary legislation supporting the effort of the Member States to hinder abuse of companies in specific sectors and for specific fraudulent purposes.”

di matrice abusiva.

Occorre, a tale riguardo, prendere le mosse dal settore delle libertà fondamentali.

Come noto, le quattro libertà fondamentali sono andate incontro a sviluppi estremamente significativi, che si sono estrinsecati in molteplici aperture interpretative che hanno implicato un'estensione del campo di applicazione rispetto alle originarie previsioni normative enucleate dai Trattati.

Va, però, aggiunto come a fronte di tali progressive aperture la Corte di Giustizia ha anche delineato una limitazione del perimetro di applicazione della disciplina in esame che risulta integrato nelle ipotesi in cui si sia in presenza di situazioni puramente interne ai singoli Stati membri⁴²⁵.

Si tratta, invero, di un principio di difficile sistematizzazione nella giurisprudenza della Corte di Giustizia e sulla cui portata e rilevanza non vi è accordo in dottrina⁴²⁶.

La caratteristica di tale istituto andrebbe individuato nel fatto che gli Stati membri avrebbero voluto estendere le tutele dei Trattati a tutte quelle fattispecie caratterizzate da un elemento di transnazionalità, senza per questo rinunciare *a priori* alla propria sovranità con riferimento a

⁴²⁵ C. BARNARD, *The substantive law of the EU. The four freedoms*, cit., p. 349, dove si evidenzia come sussista un dibattito circa l'applicabilità delle libertà fondamentali "not only to out-of-state providers wishing to establish themselves in the host state but also to in-state providers wishing to establish themselves, either as primary or secondary establishment, in their own state".

⁴²⁶ Si vedano, a tale riguardo, M.S. JANSSON, H. KALIMO, *De minimis meets "market access": transformations in the substance – and the syntax – of EU free movement law?*, in *Common Market Law Review*, 2014, pp. 523 segg.; D. CHALMERS, G. DAVIES, G. MONTI, *European Union Law*, Cambridge, 2010, pp. 755 segg.

quelle sole fattispecie domestiche che non presentano, per le loro caratteristiche, alcuna connessione per quanto riguarda la circolazione tra gli Stati⁴²⁷.

In specie, si è rilevato come tale impostazione, che individua nelle situazioni puramente interne quelle ipotesi di limite al diritto dell'Unione, troverebbe il proprio fondamento nella concezione secondo cui il meccanismo di integrazione europea non sarebbe teso ad un progressivo processo di fusione ed omologazione, quanto, piuttosto, ad un percorso di liberalizzazione dei traffici tra gli Stati membri.

In questa chiave, quindi, “le situazioni prive di elementi transfrontalieri rimangono confinate all'interno di un unico Stato membro e, come tali, sono oggetto dell'esclusiva disciplina nazionale; in altri termini, la normativa dell'Unione in materia di libera circolazione rimane completamente estranea e non trova applicazione a queste fattispecie”⁴²⁸.

⁴²⁷ Si veda A. AMARITI, *L'ambito di applicazione del diritto dell'Unione Europea e le situazioni puramente interne*, Tesi di dottorato, Scuola di Dottorato in Scienze Giuridiche, Università di Milano-Bicocca, A.A. 2013/2014, p. 156, dove si espone come “gli Stati dell'Unione europea, sottoscrivendo impegni diretti all'abolizione degli ostacoli alla libera circolazione e all'eliminazione delle discriminazioni tra i soggetti di quegli ordinamenti, non hanno inteso gravarsi di tali obbligazioni in modo assoluto, ma hanno escluso dalla portata delle regole europee tutte quelle situazioni che risultano prive di elementi di rilevanza comunitaria in quanto legate esclusivamente al proprio territorio nazionale. In questi casi, infatti, non vi sarebbe alcun collegamento con le disposizioni in materia di libera circolazione e l'applicazione della normativa europea sarebbe *a priori* esclusa in un caso di specie”.

⁴²⁸ A. AMARITI, *L'ambito di applicazione del diritto dell'Unione Europea e le situazioni puramente interne*, cit., p. 163.

Per apprezzare la rilevanza di questi concetti con riferimento alla tematica delle strutture giuridiche abusive occorre, quindi, considerare come la Corte di Giustizia affermi che forme di contrasto con le previsioni dei Trattati in tema di libertà fondamentali possono sussistere solo a condizione che siano individuate situazioni di disparità di trattamento tali da poter determinare, almeno a livello potenziale, ostacoli al dispiegamento di una delle libertà di circolazione tra diversi Stati membri⁴²⁹.

In conclusione, il principio che si è qui descritto, relativo all'inapplicabilità della disciplina delle libertà fondamentali alle situazioni meramente interne, può offrire profili di interesse anche per quanto riguarda l'oggetto della presente ricerca.

Al tentativo di usufruire delle libertà fondamentali previste dai Trattati da parte di strutture giuridiche che non svolgono significative attività economiche - quali le strutture giuridiche di comodo - potrebbe validamente opporsi la mancanza di alcun rischio di ostacolo al dispiegarsi delle libertà fondamentali attesa l'irrilevanza dell'attività economica posta in essere dalla struttura giuridica stessa.

12. Diritto dell'Unione Europea e 'wholly artificial arrangements' nella giurisprudenza in materia di libertà fondamentali e nella giurisprudenza in materia di IVA.

⁴²⁹ Si veda C. RITTER, *Purely Internal Situations, Reverse Discrimination, Guimont, Dzodzi and Article 234*, in *European Law Review*, 2006, pp. 690-692.

Sempre su tale tematica si vedano, in giurisprudenza, le pronunce della Corte di Giustizia nei procedimenti C-379/92 e C-134/94

Si è poc'anzi anticipato che la possibilità di considerare abusiva la struttura societaria messa in atto dal contribuente non è sconosciuta nel panorama della giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia fiscale. Ed, infatti, in parallelismo a quanto già esposto con riferimento alle disposizioni di diritto dell'Unione di contrasto alle *'letterbox companies'*, l'impostazione seguita nella giurisprudenza Centros – che trova accoglimento nella giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di libertà di stabilimento con riferimento al campo del diritto commerciale dell'Unione⁴³⁰ – non ha preso piede in campo tributario, dove, come noto, la *vis* espansiva delle libertà fondamentali incontra la barriera del principio di sovranità statale declinato quale necessità di attuare un bilanciamento tra le pretese impositive dei diversi Stati membri⁴³¹.

13. *Brevi cenni generali in ordine alla particolarità del diritto tributario nell'ambito della giurisprudenza della Corte di Giustizia.*

⁴³⁰ Per ulteriori approfondimenti a riguardo della giurisprudenza *Centros* e degli effetti a riguardo della complessa relazione tra ordinamenti fondati sulla dottrina dell'*incorporation* ed ordinamenti orientati verso la concezione della *siège réel* si veda C. BARNARD, *The substantive law of the EU. The four freedoms*, cit., p. 332, dove si mette in luce che “the effect of this judgment may be to erode the *siège réel* doctrine even further. [...] Indeed, a company with its ‘registered office, central administration or principal place of business within the [Union] cannot be denied access to any other State”.

⁴³¹ W. SCHÖN, *Abuse of rights and European tax law*, cit., pp. 84-85.

In dottrina è presente un'impostazione che attribuisce al divieto di discriminazione fiscale una funzione tesa ad "escludere la formazione di ostacoli tributari che potrebbero mettere seriamente in discussione il primario obiettivo di libera circolazione dei fattori e dei prodotti economici"⁴³².

In questo senso, si potrebbe ritenere che gli obiettivi non rappresentativi di istanze collegate alla tutela del libero mercato ed al raggiungimento di un mercato pienamente concorrenziale tra gli Stati membri dovrebbero trovare una limitata applicazione, almeno per quanto concerne la sfera del diritto tributario. Al contrario, i valori di libertà economica e di sviluppo del mercato comune costituirebbero interessi primari ed incompressibili del diritto dell'Unione Europea.

Questa posizione non è però pienamente rappresentativa dell'attuale quadro di riferimento e dell'applicazione che la giurisprudenza della Corte di Giustizia compie circa il principio di non discriminazione in materia fiscale.

Non si vuole con ciò mettere in dubbio la centralità del principio di non discriminazione fiscale in sede comunitaria che, specie per quanto concerne le imposte indirette, trova esplicita menzione nei Trattati⁴³³ ed ha costituito il riferimento cruciale per tutelare le libertà fondamentali in vista del raggiungimento del pieno

⁴³²P. BORIA, *L'interesse fiscale*, Torino, 2002, p. 423.

⁴³³ Si vedano a tale riguardo l'art. 30 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) nonché l'art. 110 TFUE e le successive disposizioni in tema di armonizzazione.

funzionamento del mercato comunitario⁴³⁴.

Occorre però domandarsi quale sia l'ambito di applicazione e quali siano i limiti che la Corte di Giustizia ha fissato in tema di discriminazione fiscale.

A tale riguardo, la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha assunto un approccio tendenzialmente cauto nell'affermare l'incompatibilità di misure nazionali per contrasto con il principio di non discriminazione fiscale⁴³⁵.

Mentre, infatti, nel più generale ambito concernente il tema della tutela delle libertà fondamentali previste dai Trattati è stato "evidenziato il superamento dell'equivalenza fra principio di non discriminazione e libertà fondamentali" e "conformemente a questo orientamento, tali libertà sarebbero dirette all'eliminazione di qualsiasi disposizione, anche non produttiva di effetti discriminatori, che costituisca un ostacolo, di diritto o di fatto, all'esercizio delle libertà fondamentali in un ordinamento diverso da quello d'origine"⁴³⁶, nell'ambito del più ristretto campo afferente le misure fiscali potenzialmente lesive del divieto di non

⁴³⁴ G. BIZIOLI, *Il divieto di discriminazione fiscale*, in C. SACCHETTO, *Principi di diritto tributario europeo ed internazionale*, Torino, 2011, p. 147.

⁴³⁵ In questo senso J. SNELL, *Non-discriminatory tax obstacles in community law*, in *International comparative law quarterly*, 2007, p. 366 dove si afferma che "the Court has generally adopted a more cautious approach towards fiscal than regulatory obstacles. In the field of goods, it has not sought to extend the reach of Article 90 EC and has in practice refrained in *De Danske Bilimportører* from using Article 28 to police national tax levels. It has now adopted a similar approach in an analogous service case, *Mobistar* [...]. The Court has shown similar caution in the field of direct taxation."

⁴³⁶ G. BIZIOLI, *Il divieto di discriminazione fiscale*, in C. SACCHETTO, *Principi di diritto tributario europeo ed internazionale*, cit., p. 153.

discriminazione la Corte di Giustizia ha dato applicazione al principio di non discriminazione in maniera più restrittiva.

Segnatamente, la Corte di Giustizia ha progressivamente rilevato come debbano essere censurate, in quanto discriminatorie, primariamente due tipologie di disposizioni.

Le prime afferiscono alle ipotesi in cui il legislatore nazionale, delineando un diverso trattamento in virtù della nazionalità e del luogo di residenza, determina un inasprimento delle condizioni di accesso di soggetti non nazionali o non residenti nel proprio mercato interno⁴³⁷. Le seconde, invece, fanno riferimento a situazioni in cui la Corte di Giustizia è chiamata non tanto a verificare la legittimità delle eventuali barriere che siano state poste all'ingresso da parte di uno Stato membro, quanto piuttosto la legittimità di quelle norme che rendono più difficoltosa l'uscita dal proprio mercato d'origine⁴³⁸.

⁴³⁷ Si veda a tale riguardo A. CORDEWENER, *The prohibitions of discrimination and restriction within the framework of the fully integrated internal market*, in F. VANISTENDAEL (ed.), *EU Freedoms and taxation*, Amsterdam, 2006, pp. 13 e 14. In giurisprudenza si vedano, *ex multis*, le sentenze 12 febbraio 1974, caso *Sotgiu*, 152/73; 8 maggio 1990, caso *Biehl*, C-175/88; 13 luglio 1993, caso *Commerzbank*, C-330/91.

⁴³⁸ In dottrina A. CORDEWENER, *The prohibitions of discrimination and restriction within the framework of the fully integrated internal market*, in F. VANISTENDAEL (ed.), *EU Freedoms and taxation*, cit., pp. 16 e 17, ha affermato che “the ECJ is trying to suppress distortions of choices for economic actors who want to become ‘market participants’, i.e. who desire to make use of an EU-wide internal market and benefit from it. In order to achieve the free allocation of products and factors of production which is supposed to characterize this internal market, the Court requires neutrality of treatment of cross-border and purely domestic

Tuttavia, la Corte di Giustizia ha sempre evitato di compiere l'ulteriore passo di ricomprendere tra le fattispecie lesive del principio di non discriminazione anche quelle ulteriori situazioni in cui l'atto normativo determina l'insorgere di un mero "ostacolo" all'accesso oppure all'uscita da un mercato nazionale, qualora tale ostacolo non possa configurarsi di natura discriminatoria⁴³⁹.

La Corte di Giustizia ha affermato al riguardo che il principio di non discriminazione fiscale non può essere

transactions. In other words, the home state is obliged not to make cross-border employed and self-employed activities more burdensome than purely domestic ones, just as it is prohibited, e.g., to make investment in foreign corporations less attractive than in domestic corporations, since all these measures would induce potential market participants (workers, self-employed persons, service providers, investors etc.) to 'stay at home'." Nello stesso senso, G. BIZIOLI, , *Il divieto di discriminazione fiscale*, in C. SACCHETTO, *Principi di diritto tributario europeo ed internazionale*, cit., p. 151.

Per un approfondimento circa gli ulteriori sviluppi del principio di non discriminazione si veda A. CORDEWENER, *The prohibitions of discrimination and restriction within the framework of the fully integrated internal market*, in F. VANISTENDAEL (ed.), *EU Freedoms and taxation*, cit., pp. 18 ss..

⁴³⁹ "[...] the fundamental freedoms' non-restriction component must be understood as a 'Right to freedom' (Freiheitsrecht): it is an absolute concept that operates autonomously, which means that is independent from the treatment of other situations. Therefore, it does not require any tertium comparationis and can be applied to cross-border economic transactions without taking the (hypothetical) treatment of equivalent purely domestic transactions into account." (A. CORDEWENER, *The prohibitions of discrimination and restriction within the framework of the fully integrated internal market*, in F. VANISTENDAEL (ed.), *EU Freedoms and taxation*, cit., p. 26).

invocato nell'ipotesi in cui la misura introdotta dia luogo ad una restrizione nello sviluppo del mercato comune. In tal caso, infatti, si è indubbiamente in presenza di una restrizione che limita lo sviluppo delle libertà fondamentali e appare sussistente un ostacolo all'accesso o all'uscita da un mercato nazionale, ma manca l'ulteriore effetto di natura discriminatoria che è individuato nell'elemento del *tertium comparationis*, cioè nella diversa situazione rispetto alla quale viene lamentato un profilo di discriminazione⁴⁴⁰.

In specie, tale considerazione è stata applicata dalla Corte di Giustizia per respingere quelle argomentazioni che ponevano in dubbio la legittimità di misure nazionali caratterizzate dall'assoggettamento di determinati beni della vita ad un'imposizione particolarmente elevata, sul rilievo che esse restringevano lo sviluppo delle libertà fondamentali previste nei Trattati⁴⁴¹.

14. *La nozione di 'wholly artificial arrangements' nella*

⁴⁴⁰C. BARNARD, *The substantive law of the EU: the four freedoms*, cit., pp. 45 ss.; A. EASSON, *Fiscal discrimination: new perspectives on Art. 95 of the EEC Treaty*, in *Common market law review*, 1981, pp. 521 ss..

⁴⁴¹ La Corte ha, peraltro, affermato che l'art. 110 TFUE ha come obiettivo quello di "garantire l'assoluta neutralità dei tributi interni riguardo alla concorrenza tra merci nazionali e merci importate. [...] In particolare, esso non consente di censurare il carattere eccessivo del livello di tassazione che gli Stati membri potrebbero stabilire per determinati prodotti in mancanza di un effetto discriminatorio o protezionistico". Si veda la sentenza 11 dicembre 1990, caso *Commission v Denmark*, C-47/88, §§ 9-10. Nello stesso senso si veda la sentenza 17 giugno 2003, caso *De Danske Bilimportører*, C-383/01.

giurisprudenza in materia di libertà fondamentali.

Tale rilievo - che testimonia una frammentazione tra i diversi settori del diritto e pone in capo all'interprete il compito di discernere la diversa rilevanza e consistenza giuridica dell'elemento della forma societaria a seconda dei diversi settori del diritto dell'Unione Europea⁴⁴² - richiede di soffermarsi ulteriormente sull'abuso della forma giuridica in relazione alla nozione di attività economica con riferimento alla giurisprudenza della Corte di Giustizia in tema di "*wholly artificial arrangements*"⁴⁴³. La giurisprudenza dell'Unione ha, infatti, statuito in materia fiscale, in particolare con la sentenza *Cadbury Schwepps*⁴⁴⁴, come - al fine di evitare eventuali condotte abusive da parte dei contribuenti tese ad ottenere vantaggi fiscali in mancanza di un'effettiva attività di natura

⁴⁴² M. LANG, S. HEIDENBAUER, *Wholly artificial arrangements*, cit., p. 608, evidenzia come "accepting the formation of a legal entity under Community law does not prevent the Court from considering it a wholly artificial arrangement if specific activities are conducted through this entity; on the contrary, having not accepted the formation of a legal entity that merely has its registered office in a Member State and that pursues its activities in another Member State at all, would have prevented the Court from applying a differentiating approach when looking at these activities in detail. Therefore, the assessment of the same arrangement could differ under tax law and under other areas of law: considering an arrangement wholly artificial for tax purposes, and thus allowing CFRC or thin cap rules to apply, does not necessarily mean that the arrangement may as well be ignored for labour law or consumer protection law purposes."

⁴⁴³ Si veda la sentenza della Corte di Giustizia, procedimento C-196/04.

⁴⁴⁴ Sentenza della Corte di Giustizia, procedimento C-196/04.

imprenditoriale – sia necessaria una verifica circa l’effettivo svolgimento di un’attività economica nello Stato ospitante⁴⁴⁵.

Una verifica che, pertanto, può portare ad una compressione alla libertà di stabilimento “con lo scopo specifico di ostacolare comportamenti consistenti nel creare costruzioni puramente artificiali, prive di effettività economica e finalizzate ad eludere la normale imposta sugli utili generati da attività svolte sul territorio nazionale.”⁴⁴⁶

Tale considerazione non si pone in contrasto con l’obiettivo delle libertà fondamentali previste nel Trattato e, più in particolare, della libertà di stabilimento. Essa, infatti, intende consentire ad ogni operatore economico di agire ed integrarsi nei mercati degli altri Stati membri, dal momento che l’esercizio della libertà di stabilimento è condizionata allo svolgimento di un’attività economica per una durata nel tempo tendenzialmente più lunga possibile⁴⁴⁷.

⁴⁴⁵ *Ibidem.* § 54: “Tenuto conto di questo obiettivo di integrazione nello Stato membro ospite, la nozione di stabilimento di cui alle disposizioni del Trattato relative alla libertà di stabilimento implica l’esercizio effettivo di un’attività economica per una durata di tempo indeterminata, mercé l’insediamento in pianta stabile in un altro Stato membro (v. sentenze 25 luglio 1991, causa C-221/89, *Factortame* e a., Racc. pag. I-3905, punto 20, nonché 4 ottobre 1991, causa C-246/89, Commissione/Regno Unito, Racc. pag. I-4585, punto 21). Essa presuppone, pertanto, un insediamento effettivo della società interessata nello Stato membro ospite e l’esercizio quivi di un’attività economica reale.”

⁴⁴⁶ *Ibidem.*, § 55.

⁴⁴⁷ W. SCHÖN, *Abuse of rights and European tax law*, cit., p. 90 dove si pone in luce che “taking into account the basic goal of the fundamental freedoms within the European Union, the decisive ‘test’ should be whether the company is integrated in the market of

Discende da tali pronunce come anche la giurisprudenza del diritto dell'Unione riconosca – certamente *in nuce* e non in chiave istituzionalizzata e di generale applicazione come risulta nell'ambito del diritto interno alla luce dell'art. 30, L. 724/1994 – la necessità di verificare che dietro la forma giuridica utilizzata dall'operatore economico sia individuabile una sostanza economica⁴⁴⁸. Verifica, peraltro, che per la stessa Corte di Giustizia si basa sull'individuazione di “un insediamento reale che abbia per oggetto l'espletamento di attività economiche effettive nello Stato membro di stabilimento” e che “deve poggiare su elementi oggettivi e verificabili da parte di terzi, relativi, in particolare, al livello di presenza fisica della SEC in termini di locali, di personale e di attrezzature”⁴⁴⁹.

Questione aperta, alla luce di questo filone giurisprudenziale, rimane il test di ‘artificialità’ o abusività della struttura giuridica che non può che presentare profili di difficoltà attesa la sua intrinseca vaghezza e la mancanza di riferimenti normativi chiari sul punto⁴⁵⁰.

Test che, tuttavia, diversamente dalla posizione assunta

its host country at all. This has become clear by the Court as early as 1991 in the famous *Factortame* litigation. In *Cadbury Schweppes* the Court described the scope of Art. 43 EC as covering the ‘actual pursuit of an economic activity through a fixed establishment for an indefinite period. The subsidiary has to ‘participate on a stable and continuing basis, in the economic life of a Member State’.

⁴⁴⁸ Si veda W. SCHÖN, *Abuse of rights and European tax law*, cit., p. 90.

⁴⁴⁹ Corte di Giustizia, procedimento C-196/04, §§ 66 e 67.

⁴⁵⁰ W. SCHÖN, *Abuse of rights and European tax law*, cit., p. 91 dove evidenzia “the debate in recent literature, how many fax machines and secretaries you need to be fully established under Art. 43 of the EC Treaty, shows that the ‘artificiality’ test does not lead us anywhere.”

nell'ordinamento interno dall'art. 30, L. 724/1994, non solo richiede una verifica concreta e casistica⁴⁵¹, ma pare porsi – sul versante dell'onere della prova – su posizioni più garantistiche e meno gravose nei confronti del contribuente sospettato di inoperatività⁴⁵².

⁴⁵¹ M. LANG, S. HEIDENBAUER, *Wholly artificial arrangements*, cit., pp. 603-604 dove si chiarisce “on the one hand, the use of the term ‘letterbox’ can be misleading: one might get the impression that a legal entity that has no premises, staff or equipment may be described as a letterbox company and thus may, in a cross-border situation, be treated less favourably. However, the requirement imposed by the ECJ that the legal entity ‘physically exists in terms of premises, staff and equipment’ does not necessarily mean that legal entities without premises, staff or equipment can be completely ignored. The size of premises and the amount of staff and equipment that is required cannot be determined without taking into account the type of business a corporation operates: there does not seem to be a need for an intermediate holding company or a group financing company to have a large office space or lots of full-time employees. In a mere domestic context there is no doubt that such legal entities without office space or staff are not ignored for tax purposes. On the contrary, in many tax jurisdictions even such companies are liable to minimum corporate income tax, even if they only receive tax-exempt dividends. Therefore, one cannot assume that the creation of such legal entities should be considered as wholly artificial arrangements in general.”

⁴⁵² M. LANG, S. HEIDENBAUER, *Wholly artificial arrangements*, cit., pp. 614-615 evidenzia, infatti, come per quanto sia dibattuta la questione circa l'onere della prova in materia di abusività ed artificialità della struttura giuridica soggettiva rimane incontestabile come “the tax authorities may not entirely shift the burden of proof to the taxpayer [...]. The need for a balanced approach has been confirmed by the ECJ in Test Claimant in the Thin Cap Group Litigation. The Court held that on each occasion on which the existence of a wholly artificial arrangement ‘cannot be ruled out, the taxpayer is given an opportunity without being

15. *La rilevanza dell'artificiosità della costruzione giuridica nella giurisprudenza in materia di IVA alla luce del caso Paul Newey.*

Si era precedentemente rilevato come non sia possibile individuare - in via generale - una giurisprudenza della Corte di Giustizia che disconosca la soggettività passiva ai fini IVA sanzionando il ricorso alla struttura societaria quale ipotesi di abuso del diritto.

Tale affermazione era confermata nell'ambito della giurisprudenza in materia di abuso del diritto in campo IVA in cui la verifica circa la sussistenza di una condotta abusiva trovava il proprio fondamento in una critica a singole operazioni attive e passive poste in essere dall'operatore economico.

Ciò posto, appare necessario dare conto di una posizione dottrinale che ha rilevato come la classica concezione di abuso, fatta propria dalla Corte di Giustizia con la giurisprudenza *Halifax*⁴⁵³, sia oggi sottoposta ad un

subject to undue administrative constraints, to provide evidence of any commercial justification that there may have been for that arrangement. The phrase 'without being subject to undue administrative constraints' makes clear that the burden of proof may not be entirely shifted from the tax authorities to the taxpayer".

⁴⁵³Sentenza della Corte di Giustizia, procedimento C-255/02. A tale riguardo la sentenza afferma ai §§ 74 e 75: "tutto ciò considerato, risulta che, nel settore IVA, perché possa parlarsi di un comportamento abusivo, le operazioni controverse devono, nonostante l'applicazione formale delle condizioni previste dalle pertinenti disposizioni della sesta direttiva e della legislazione

percorso di ripensamento in alcune pronunce recenti della Corte di Giustizia stessa⁴⁵⁴.

E' noto, infatti, che la pronuncia *Halifax* ha cristallizzato il duplice *test* con il quale - in prima battuta - l'interprete deve verificare se lo scopo perseguito dalle operazioni economiche sia essenzialmente rivolto al conseguimento di un vantaggio fiscale di matrice indebita in quanto contrario alla *ratio* della norma e - in seconda battuta - se, alla luce di un insieme di elementi certi ed oggettivi, lo scopo essenziale dell'operazione stessa sia quello di raggiungere l'obiettivo di minimizzare il carico fiscale⁴⁵⁵.

nazionale che la traspone, procurare un vantaggio fiscale la cui concessione sarebbe contraria all'obiettivo perseguito da queste stesse disposizioni. Non solo. Deve altresì risultare da un insieme di elementi oggettivi che lo scopo delle operazioni controverse è essenzialmente l'ottenimento di un vantaggio fiscale. Come ha precisato l'avvocato generale al paragrafo 89 delle conclusioni, il divieto di comportamenti abusivi non vale più ove le operazioni di cui trattasi possano spiegarsi altrimenti che con il mero conseguimento di vantaggi fiscali.”

Si vedano anche i procedimenti C-425/06; C-103/09; C-277/09.

⁴⁵⁴ In particolare si veda R. DE LA FERIA, *Abuse of law: from Alifax to Ocean Finance*, in *Global Indirect Tax Management*, disponibile al seguente indirizzo <http://globalindirecttaxmanagement.com/table-of-content/guest-column-professor-rita-de-la-feria/112-abuse-of-law-from-halifax-to-ocean-finance.html> (ultimo accesso 10/06/2015).

⁴⁵⁵ Cfr. J. FREEDMAN, *The anatomy of tax avoidance counteraction*, cit., p. 367-368, dove si evidenzia che “there are cases arising in harmonized areas of law, such as the value-added tax [...] case of *Halifax*, where the relevant questions are whether a tax advantage is being obtained by the taxpayer contrary to the purpose of a specific EU legislation and whether it is apparent from objective factors that the essential aim of the transactions concerned is to obtain a tax advantage, (the two part test). In such circumstances, the *Halifax* decision states that an abusive practice

Ora, tale tradizionale impostazione giuridica della Corte di Giustizia sta subendo, come si diceva, un processo di modifica che insiste, in particolare, sull'elemento dell'artificialità dell'operazione economica posta in essere dal contribuente, che si verifica allorché la stessa non rispecchi l'effettività economica e commerciale delle operazioni.

A tale proposito, infatti, la Corte di Giustizia ha recentemente affermato nel caso *Paul Newey* che “per quanto concerne, più in particolare, il ruolo delle clausole contrattuali nell'ambito della qualificazione di un'operazione come imponibile, si deve rammentare la giurisprudenza della Corte secondo cui la valutazione della realtà economica e commerciale costituisce un criterio fondamentale per l'applicazione del sistema comune dell'IVA [...]. Dato che la situazione contrattuale riflette, di norma, l'effettività economica e commerciale delle operazioni, ed allo scopo di rispettare le esigenze di certezza del diritto, le clausole contrattuali rilevanti costituiscono un elemento da prendere in considerazione quando occorre identificare il prestatore e il destinatario nell'ambito di un'operazione di ‘prestazione di servizi’ ai sensi degli articoli 2, punto 1, e 6, paragrafo 1, della sesta direttiva. Nondimeno, talora può verificarsi che alcune clausole contrattuali non riflettano totalmente l'effettività economica e commerciale delle operazioni. Ciò avviene, in particolare, quando tali clausole contrattuali costituiscono

exists and the transactions involved must be redefined so as to re-establish the situation that would have prevailed in the absence of the transactions constituting the abusive practice. [...] The only difference here is that what is in question is the purpose of EU legislation or of national legislation derived from EU legislation, and which is to be interpreted in accordance with an EU directive or regulation.”

una costruzione meramente artificiosa, non corrispondente all'effettività economica e commerciale delle operazioni. In effetti, la Corte ha affermato in diverse occasioni che la lotta ad ogni possibile frode, evasione ed abuso è un obiettivo riconosciuto e promosso dalla sesta direttiva [...]e che il principio del divieto dell'abuso di diritto comporta il divieto delle costruzioni meramente artificiose, prive di effettività economica, realizzate al solo scopo di ottenere un vantaggio fiscale"⁴⁵⁶.

Tale argomentazione richiama affermazioni già fatte proprie dalla stessa Corte di Giustizia con riferimento al caso *Cadbury Schweppes* in materia di libertà fondamentali. Similmente a tale ultima fattispecie, infatti, la Corte pare dare corso ad un percorso argomentativo che si discosta in maniera significativa rispetto al test enucleato nella sentenza *Halifax*.

Non si nega, certo, che già in tale pronuncia la Corte di Giustizia avesse fatto menzione dell'artificialità dell'operazione economica in esame quale elemento da

⁴⁵⁶ Procedimento C-653/11, §§ 41 segg. La pronuncia prosegue, peraltro, rilevando che “nell’ambito del procedimento principale non è stato messo in discussione che da un punto di vista formale, in base alle clausole contrattuali, l’Alabaster aveva fornito le prestazioni di servizi di intermediazione creditizia ai mutuatari ed era la destinataria delle prestazioni di servizi pubblicitari fornite dalla Wallace Barnaby. Tuttavia, in considerazione della effettività economica dei rapporti commerciali esistenti fra il sig. Newey, l’Alabaster e i mutuatari, da un lato, nonché fra il sig. Newey, l’Alabaster e la Wallace Barnaby, dall’altro, così come essa risulta dalla decisione di rinvio e, segnatamente, dalle circostanze di fatto indicate dall’Upper Tribunal (Tax and Chancery Chamber) nella terza questione, non è possibile escludere che l’effettivo utilizzo e sfruttamento dei servizi oggetto del procedimento principale abbiano avuto luogo nel territorio del Regno Unito, in favore del sig. Newey.”

prendere in considerazione per verificare la sussistenza di un'ipotesi di abuso del diritto⁴⁵⁷.

Tuttavia, il caso *Paul Newey* sembra porre l'accento in maniera radicale sul requisito dell'artificialità dell'operazione - sulla scia della motivazione esposta in *Cadbury Schwepps* - disinteressandosi di quei profili - invero centrali nella giurisprudenza *Halifax* - relativi all'esame circa la contrarietà alla *ratio* della norma dell'operazione messa in atto dal contribuente.

Ed, infatti, la dottrina che si era interessata all'analisi delle argomentazioni addotte nella pronuncia *Cadbury Schwepps* aveva sostenuto che il precipitato specifico di tale sentenza dovesse cogliersi nell'affermazione che le disposizioni dei Trattati che tutelano la libertà di stabilimento non fossero invocabili da quei contribuenti che avessero posto in essere una struttura giuridica di natura, sostanzialmente, artificiale e priva di un'effettiva sostanza economica⁴⁵⁸.

Impostazione, quest'ultima, che trova elementi di contatto nella successiva giurisprudenza *Paul Newey*. Da qui l'evidenziazione di un possibile percorso di embrionale

⁴⁵⁷ Si veda, a tale riguardo, il procedimento C-255/02, § 81.

⁴⁵⁸ J. FREEDMAN, *The anatomy of tax avoidance counteraction*, cit., p. 368, dove si afferma che “as illustrated by the Cadbury Schwepps case, there is a piece of national anti-avoidance legislation, but the issue is not whether that national legislation is abused by the taxpayer. The question is, rather, whether that legislation may properly apply to the taxpayer: that is, whether and to what extent that legislation may legitimately prevent the taxpayer to from exercising his right to freedom of establishment under EU law. In other words, in the Cadbury Schwepps context, is the attempt to establish a subsidiary in another Member State for tax purposes abusive of the freedom of establishment, so that the national legislation may properly inhibit it, or does that national legislation go too far?”

unificazione del concetto di abuso a livello di diritto tributario dell'Unione Europea tra imposizione indiretta ed imposizione diretta⁴⁵⁹.

Percorso che, qualora dovesse consolidarsi nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, potrebbe offrire il fianco a perplessità fondate sulla particolare natura di un test fondato sulla valutazione di una situazione di artificialità creata dal contribuente con la finalità di minimizzare il proprio carico fiscale.

In specie, si è rilevato in dottrina come tale test ponga in secondario rilievo la questione – valorizzata, invece, nella giurisprudenza *Halifax* – circa la verifica dell'elusività della condotta del contribuente rispetto alla norma di legge⁴⁶⁰.

⁴⁵⁹ Su tali profili, con particolare riferimento ad un possibile percorso di unificazione delle diverse nozioni di abuso del diritto a livello di diritto dell'Unione Europea in campo tributario si veda R. DE LA FERIA, *Prohibition of (Community) law: the creation of a new general principle of EC law through tax*, in *Common Market Law Review*, 2008, pp. 395 segg.

⁴⁶⁰ Cfr. R. DE LA FERIA, *From Halifax to ocean finance and Beps: the role of anti-abuse principles and rules in tax law*, in DELI Blog, disponibile al sito <https://delilawblog.wordpress.com/2014/03/13/from-halifax-to-ocean-finance-and-beps-the-role-of-anti-abuse-principles-and-rules-in-tax-law-part-i/>, ultimo accesso 10/06/2015, dove si espone come “it seems that we are witnessing, therefore, a subtle, but clear, move towards equating abuse of law with artificiality. To our mind this is a dangerous development. Can an arrangement, which is not against the purpose of the law, and thus within the intention of the legislator, be deemed abusive solely on the basis that it was undertaken with sole purpose of saving tax? It is certainly true that in many situations an artificial arrangement will also be against the purpose of the law, but this is not necessarily the case. The CJEU found that this was not the case, for example, in *Weald Leasing* and in *RBS Holding*. How can an arrangement that

Ora, non vi è dubbio che in molteplici ipotesi vi potrà essere una tendenziale coincidenza tra le ipotesi di ‘artificialità’ dell’operazione economica con quelle in cui la stessa operazione economica potrebbe essere colpita sulla base del principio dell’abuso del diritto.

Tuttavia, la concezione fondata su una verifica di non artificialità dell’operazione economica potrebbe delineare un ampliamento ulteriore – e per certi versi più incisivo – dei poteri dell’Amministrazione finanziaria, al di là delle già intrusive attribuzioni conferite sulla base della dottrina dell’abuso del diritto.

In sostanza, infatti, il test in esame non si soffermerebbe più – almeno in prima battuta – sul dato normativo, cercando di individuare se il contribuente ha manifestato l’intenzione di abusare del testo normativo, ma concederebbe all’Erario la possibilità di sindacare – indipendentemente da un atteggiamento di tipo elusivo – la

complies with both the word and purpose of the law be deemed unacceptable? Worst still, in this era of “naming and shaming”, are the situations where artificiality – in the sense of setting up an arrangement with the sole purpose of saving tax – was actually the intention of the legislator, for example when tax advantages are granted to encourage investment, as it happened in the recent Vodafone case. Democratic societies are characterised, to a higher or lesser degree, by the principle of separation of powers. There are very good reasons behind this principle: it limits the discretion of the executive, preventing abuses; it creates a system of checks and balances; it limits subjectivity; but above all, it ensures the respect for the democratic principle and the rule of law. Concentrating only on artificiality, and equating artificial arrangements with abuse of law, allowing the executive branch to dismiss / ignore the law, puts into question this basic principle, and as such creates serious risks for the rule of law. Some ends may justify certain means, but there is no end that can ever justify putting into question the fundamental principle of the rule of law.”

condotta del contribuente sulla base di una verifica circa il solo profilo concernente la minimizzazione del carico fiscale del contribuente conseguente all'operazione sottoposta a scrutinio.

16. *Il rilievo della forma giuridica nella Direttiva 90/435/CEE 'madri e figlie'.*

Come noto, la Direttiva 90/435/CEE del Consiglio del 23 luglio 1990, concernente il regime fiscale comune applicabile alle società 'madri e figlie' di Stati membri diversi dell'Unione ha come obiettivo quello di limitare gli ostacoli fiscali al funzionamento del mercato interno, eliminando il fenomeno della doppia imposizione sui dividendi⁴⁶¹.

Ai fini della presente trattazione costituisce elemento di interesse la circostanza che la Direttiva 'madri e figlie' preveda all'art. 2 una delimitazione sotto il profilo soggettivo delle strutture giuridiche che possono usufruire del regime enucleato nella stessa Direttiva.

In specie, l'art. 2 statuisce, tra l'altro, che solo le strutture soggettive costituite secondo i tipi societari enumerati in un allegato alla Direttiva citata possano ricadere nel campo di applicazione della disciplina.

Tale circostanza ha dato luogo ad un ampio dibattito in dottrina teso a comprendere le ragioni di fondo della scelta

⁴⁶¹ Per un'analisi di tale testo normativo si vedano, *ex multis*, F. BULGARELLI, *Le recenti modifiche alla Direttiva "madre-figlia" e la riforma tributaria italiana*, in *Rass. trib.*, 2005, pp. 115 segg.; G. MAISTO, *Current issues on the interpretation of the Parent-Subsidiary Directive*, in AA.VV., *EU Income Tax Law: Issues for the Years Ahead*, Amsterdam, 2013, pp. 1 segg.

di valorizzare l'elemento soggettivo circa la forma giuridica adottata dal contribuente.

Le argomentazioni giuridiche si sono incentrate, da un lato, sul fatto che, atteso l'ampio spettro di strutture soggettive dei vari Stati membri dell'Unione, la mancanza di un elenco puntuale avrebbe potuto ingenerare problemi sotto il profilo della corretta individuazione e qualificazione delle forme giuridiche di diritto estero sconosciute oppure caratterizzate da profonde dissonanze in altri Stati membri. Da un altro lato, si è evidenziato come la scelta di limitare il campo di applicazione della Direttiva ad una specifica serie di enti collettivi permettesse di tutelare meglio le ragioni di gettito dei singoli Stati membri. In caso diverso essi si sarebbero visti pregiudicati dall'estensione indeterminata del campo di applicazione a qualsiasi struttura soggettiva dei vari Stati membri⁴⁶².

Tale impostazione di fondo – fondata, come si è detto, sul rilievo della forma giuridica quale discrimine tra contribuenti che potevano o meno accedere al regime fiscale previsto per i dividendi dalla Direttiva 90/435/CEE

⁴⁶² G. MAISTO, *Current issues on the interpretation of the Parent-Subsidiary Directive*, in AA.VV., *EU Income Tax Law: Issues for the Years Ahead*, cit., p. 3, dove si evidenzia che “the introduction of the legal form requirement stimulated a lengthy debate in the tax literature. The listing intends to facilitate Member States in assessing the conditions for the application of the Directive in the hands of companies of other Member States. In other words, the listing seeks to avoid conflicts of qualification regarding foreign entities; i.e. conflicts which may arise to the extent that certain legal forms are not be found in the state bound by the application of the Directive’s regime. The listing also pursues another aim, namely preventing the loss of tax revenue that Member States would have derived from a generalized broadening of the Directive’s scope.”

- è stata in un primo tempo confermata sia a livello normativo che a livello giurisprudenziale.

A tale riguardo, infatti, anche l'estensione della portata soggettiva operata dalla Direttiva 2003/123/CE ha continuato a prescegliere il meccanismo dell'ampliamento del catalogo allegato alla Direttiva 'madri e figlie', senza adottare una formulazione che abbandonasse la preminenza del requisito della forma giuridica⁴⁶³.

Il principio è stato in un primo momento confermato a livello giurisprudenziale. La Corte di Giustizia ha infatti ritenuto nella sentenza 247/08 che la scelta legislativa di adottare il requisito della forma giuridica quale criterio di accesso per il regime della Direttiva costituisca un elemento di selezione legittimo e di per sé non discriminatorio⁴⁶⁴.

⁴⁶³ F. BULGARELLI, *Le recenti modifiche alla Direttiva "madre-figlia" e la riforma tributaria italiana*, cit., p. 117 dove, pur ponendo in risalto che "l'estensione dei soggetti cui è applicabile il regime ridimensiona in modo significativo il requisito della forma giuridica" e che "il regime è infatti spesso applicabile ad enti organizzati in forma diversa da quella societaria" che "dimostra che è l'assoggettamento all'imposta sulle società il vero requisito essenziale, mentre quello della forma rischia di precludere in modo ingiustificato l'applicazione del regime a talune forme di impresa che, pur soggette all'imposta sulle società, non risultano ricomprese nell'elenco", rimane fermo che "la scelta di enumerare i tipi di società si giustificherebbe con l'esigenza di superare le possibili difficoltà di una lettura comune, tra i diversi ordinamenti, dei profili connotanti il regime di un particolare soggetto giuridico".

⁴⁶⁴ Si veda il procedimento della Corte di Giustizia, sentenza C-247/08. Su tale pronuncia si veda anche G. MAISTO, *Current issues on the interpretation of the Parent-Subsidiary Directive*, in AA.VV., *EU Income Tax Law: Issues for the Years Ahead*, cit., p. 3, dove si evidenzia che "another remarkable issue is the nature of

17 ...ed il progressivo superamento di tale impostazione alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia e ad opera della Direttiva 121/2015 che ha previsto l'introduzione di una clausola anti-abuso nella direttiva Madri-figlie.

Occorre tuttavia rilevare che, in tempi più recenti, è in corso un processo di revisione, volto ad attribuire sempre meno centralità al dato formale insito nell'adozione di una data forma giuridica da parte del contribuente. Questo processo tende a riconoscere l'importanza di una verifica di tipo sostanziale per l'accesso al regime di esenzione dei dividendi previsto dalla Direttiva stessa.

Un primo indizio di tale percorso poteva già cogliersi nella pronuncia della Corte di Giustizia nel caso *Aberdeen*⁴⁶⁵, ove si era affermato – in contrasto con la successiva pronuncia *Gaz de France* - come la forma legale non potesse rappresentare, da sola, un elemento sufficiente per disconoscere i benefici previsti dalla Direttiva 'madri e figlie'.

La Corte aveva rilevato in tale caso come dovesse essere presa in considerazione, oltre alla forma legale, soprattutto una serie di dati di carattere sostanziale attinenti alle

the list, i.e. whether it is illustrative or exhaustive. In *Gaz de France* [...] the ECJ affirmed the exhaustive nature of the list: this conclusion was grounded on the principle of legal certainty, which has the nature of a general principle of European law, and which has also been held applicable in the field of taxation. Given the comprehensiveness of the list, the Court also pointed out in *Gaz de France* that mismatches or loopholes in the Annex cannot be overcome by recourse to extensive or analogical interpretation”.

⁴⁶⁵ Procedimento della Corte di Giustizia, sentenza C-303/07.

modalità di funzionamento ed alla tipologia di attività svolte dall'ente giuridico⁴⁶⁶.

Un ulteriore, significativo, passo nella direzione dell'abbandono di un'autonoma rilevanza del requisito della forma giuridica è stato, poi, compiuto con l'introduzione della Direttiva 121/2015 che, come noto, ha previsto l'inserimento di una clausola anti-abuso nella direttiva 'madri e figlie'⁴⁶⁷.

⁴⁶⁶ Cfr. G. MAISTO, *Current issues on the interpretation of the Parent-Subsidiary Directive*, in AA.VV., *EU Income Tax Law: Issues for the Years Ahead*, cit., p. 4, dove si espone che “in *Aberdeen* [...] the Court pointed out that the absence of a complete harmonization in the field of company law cannot justify the existence of a discriminatory tax regime, since otherwise the right of establishment would be seriously compromised. In my viewpoint, the legal form should not be considered *a priori* irrelevant for justification purposes, not as far as discriminations between resident and non-resident entities are concerned. Nonetheless, when ascertaining whether a certain tax regime is in fact discriminatory, it is not the legal form as such that must be taken into account; in this respect, other substantive aspects must be taken into account, such as the structure and the organization and functioning of the entity. In *Aberdeen*, for example, the Court highlighted some substantive differences between national and foreign legal forms (respectively between Finnish real estate investment funds and Luxembourg SICAVs); although in the end such differences were not considered adequate to justify the existence of discrimination”.

⁴⁶⁷ La norma in questione, all'art. 1 della Direttiva 121/2015/UE afferma che “gli Stati membri non applicano i benefici della presente direttiva a una costruzione o a una serie di costruzioni che, essendo stata posta 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 della presente direttiva, non è genuina avendo riguardo a tutti i fatti e le circostanze pertinenti. Una costruzione può comprendere più di una fase o parte. Ai fini del

Assai importante è al riguardo il dettato dell'art. 1, comma 3 della Direttiva, che esplicitamente mette in rilievo la centralità del *test* fondato sulla verifica in ordine alla genuinità della costruzione economica con riferimento al parametro della realtà economica della stessa⁴⁶⁸.

V'è con ciò il riconoscimento a livello normativo di quella posizione della Corte di Giustizia che aveva valorizzato il requisito della realtà economica dell'operazione quale parametro per verificarne la non abusività.

Tale riconoscimento implica un passo ulteriore rispetto a quanto già statuito dalla Corte nella sentenza *Halifax*, dove, come si era esposto, il requisito circa la realtà delle operazioni poteva costituire uno tra i molti indizi presi in considerazione dal giudice nazionale per ritenere integrata la sussistenza di una condotta del contribuente essenzialmente finalizzata alla minimizzazione del proprio carico fiscale.

Con l'emanazione della Direttiva 121/2015/UE pare ora possibile affermare la netta presa di posizione del legislatore dell'Unione in favore dell'adozione del requisito della genuinità della sostanza economica quale elemento cardine della verifica in punto abusività dell'operazione economica posta in essere dal contribuente⁴⁶⁹.

paragrafo 2, una costruzione o una serie di costruzioni è considerata non genuina nella misura in cui non è stata posta in essere per valide ragioni commerciali che riflettono la realtà economica.”

⁴⁶⁸ Per un primo approfondimento della norma in questione si veda L. ROSSI, G. FICAI, *Modifiche 'antielusive' alla direttiva madre figlia*, in *Corr. trib.*, 2015, pp. 1699 segg.

⁴⁶⁹ In questo senso cfr. L. ROSSI, G. FICAI, *Modifiche 'antielusive' alla direttiva madre figlia*, cit., p. 1670, dove si evidenzia che “dai resoconti dei lavori del Consiglio, che hanno

18. *Cenni di sintesi alla luce del diritto dell'Unione Europea: dall'abuso del diritto ad un test fondato sulla sussistenza di un'attività economica.*

Si possono, a questo punto, formulare alcuni brevi cenni di sintesi alla luce del percorso che si è delineato in diritto dell'Unione Europea.

La possibilità di considerare abusiva la struttura societaria non è del tutto assente dal panorama della giurisprudenza della Corte di Giustizia e di specifiche normative di diritto dell'Unione Europea di carattere settoriale.

Anche la giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia fiscale riconosce la possibilità di contestare l'abusività dell'utilizzo della struttura giuridica di tipo collettivo nei confronti dei "*wholly artificial arrangements*".

Pare, peraltro, come si è descritto, che anche la giurisprudenza in materia di IVA manifesti una tendenza a convergere verso l'utilizzo di un parametro sostanzialistico, atto a verificare la sostanza economica

preceduto l'adozione della Direttiva 2015/121, si desume che l'intenzione degli Stati membri è stata quella di 'istituzionalizzare' i principi affermati dalla giurisprudenza comunitaria in materia di costruzioni di puro artificio [...], infatti, diversamente dalla normativa in tema di CFC (oggetto della precedente sentenza *Cadbury Schweppes*), nella quale l'artificiosità può riguardare solamente l'insediamento (costituzione) della società, con riferimento alle distribuzioni di dividendi l'artificiosità può, in teoria, concernere sia l'effettivo stabilimento della società madre, sia eventuali operazioni che consistono nell'attribuzione, ad una società effettivamente stabilita in uno Stato membro, della partecipazione cui afferiscono i dividendi distribuiti".

dell'operazione economica posta in essere dal contribuente. Ciò può, quindi, implicare una contestazione di abusività della struttura giuridica a fronte del compimento di operazioni economiche per il tramite di enti collettivi che non svolgono effettive attività economiche.

Senza riprendere ulteriormente rilievi che si erano descritti in precedenza con riferimento alla giurisprudenza *Cadbury Schweppes* e *Paul Newey* si può, a questo punto, affermare come anche la giurisprudenza del diritto dell'Unione riconosca, pur con tutte le difficoltà ed incertezze che si sono già rilevate, la necessità di effettuare una verifica atta a comprendere che dietro la forma giuridica utilizzata dall'operatore economico sia individuabile una sostanza economica.

Verifica che si deve basare sull'individuazione di “un insediamento reale che abbia per oggetto l'espletamento di attività economiche effettive nello Stato membro di stabilimento” e che “deve poggiare su elementi oggettivi e verificabili da parte di terzi, relativi, in particolare, al livello di presenza fisica della SEC in termini di locali, di personale e di attrezzature”⁴⁷⁰.

In ultimo, come si è accennato prendendo a riferimento la Direttiva 121/2015/UE, la rilevanza di una verifica fondata sull'esistenza di uno stabilimento economico di tipo genuino pare costituire uno *standard* in via di affermazione a livello di diritto dell'Unione quale fondamentale architrave del principio dell'abuso del diritto.

Può, quindi, concludersi come anche nel diritto dell'Unione sia possibile enucleare una corrente giurisprudenziale – oltre che un embrionale orientamento legislativo – che, fondando la nozione di abuso del diritto

⁴⁷⁰ Corte di Giustizia, procedimento C-196/04, §§ 66 e 67.

sul presupposto di una genuinità dell'attività economica del contribuente, giunge ad affermare la possibilità di contestare non solo l'abusività delle singole operazioni economiche poste in essere dall'operatore economico, ma anche l'abusività della stessa struttura giuridica con conseguente dequalificazione della stessa a fini fiscali⁴⁷¹.

⁴⁷¹ Su tali profili, cfr. W. SCHÖN, *Abuse of rights and European tax law*, cit., pp. 85 e 90-91; M. LANG, S. HEIDENBAUER, *Wholly artificial arrangements*, cit., pp. 602 segg.

- CAPITOLO II -

PROFILI IN MERITO ALL'INESISTENZA SOGGETTIVA DELLA STRUTTURA SOCIETARIA.

Nei paragrafi precedenti si è analizzata una serie di ipotesi caratterizzata dalla perdita di rilievo della forma giuridica quale elemento necessario e sufficiente per la qualificazione dei redditi nell'alveo della disciplina del reddito d'impresa a cagione della mancanza di una genuina attività di tipo economico. In tali casi appare compromesso il dogma della presunzione di commercialità fondato sulla sola sussistenza della forma giuridica commerciale dell'ente collettivo.

Occorre, a questo punto, domandarsi se residui un qualche spazio per quanto concerne la possibilità di individuare fattispecie di inesistenza soggettiva della stessa struttura societaria, legate a forme di interposizione fittizia, dove l'elemento abusivo tocca, prima ancora che le eventuali operazioni economiche poste in essere dal soggetto passivo, la stessa scelta di utilizzare una struttura societaria come mero schermo di interposizione, quando difetti la volontà di dare corso ad operazioni di natura economica.

Si tratta di una ricerca complessa, che trova solo parziale riscontro nel diritto positivo. La problematica soggiacente emerge, infatti, in relazione all'operatività di meccanismi di contrasto all'evasione che prendono di mira l'istituto dell'interposizione.

Il percorso che si intende perseguire non è facilmente riconducibile a un quadro sistematico, in quanto il

fenomeno oggetto d'esame affiora asistematicamente come sintomo dell'utilizzo abusivo della forma giuridica. Ciò chiama in causa, con gradi ed intensità diverse la complessa problematica concernente il superamento della soggettività tributaria, manifestando, a tratti, logiche di carattere latamente sanzionatorio.

1. *Brevi considerazioni in merito all'assenza di una nozione di inesistenza soggettiva nell'ambito della giurisprudenza della Corte di Giustizia.*

A tale riguardo, come evidenziato in dottrina, occorre distinguere il caso dell'abuso del diritto – giurisprudenza *Halifax*⁴⁷² - o della frode attuata mediante omesso versamento IVA – giurisprudenza *Axel Kittel* - rispetto a contestazioni circa l'inesistenza soggettiva di una delle parti dell'operazione economica⁴⁷³.

Come già esposto⁴⁷⁴, la giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di IVA non approfondisce questo aspetto. Anche la giurisprudenza *Axel Kittel*, che ha

⁴⁷² Si tratta, come noto, del *leading case* in materia di abuso del diritto enucleato dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, procedimento C-255/02.

⁴⁷³ G. MOSCHETTI, *'Diniego di detrazione per consapevolezza' nel contrasto alle frodi IVA. Alla luce dei principi di certezza del diritto e proporzionalità*, cit, p. 19, dove l'Autore rileva che "è il caso peraltro di osservare che l'abuso del diritto viola certo la norma sotto l'aspetto del contrasto alla *voluntas legis*, ma non si avvale di creazioni fittizie; nel caso invece delle operazioni soggettivamente inesistenti, che sono ipotesi di simulazione soggettiva, domina la falsa rappresentazione della realtà".

⁴⁷⁴ Si veda *supra*, Parte I, Capitolo V.

indagato i profili frodatori nell'ambito delle frodi carosello⁴⁷⁵, si colloca sul piano delle singole operazioni, censurandone il meccanismo fraudolento volto ad omettere il versamento IVA dovuto, senza mai delineare una contestazione di inesistenza soggettiva al fine di dequalificare la struttura soggettiva⁴⁷⁶.

Ciò, peraltro, non dovrebbe stupire atteso che, come si è visto, la giurisprudenza della Corte di Giustizia non segue un'impostazione del tema della soggettività passiva assimilabile a quella tipica del diritto interno, dove la forma giuridica assume –sulla base di norma espressa di legge - un rilievo autonomo, quale centro di imputazione di tutte le posizioni giuridiche attive e passive, rispetto all'ente stesso.

Quanto appena esposto è confermato, inoltre, dal fatto che anche la possibilità di determinare una restrizione all'esercizio della libertà di stabilimento contestando non solo l'abusività delle singole operazioni economiche, ma anche - sebbene solo in casi marginali - l'abusività della stessa struttura giuridica non giunge ad affermarne una più radicale inesistenza soggettiva⁴⁷⁷.

⁴⁷⁵ Si veda, *ex multis*, E. MARELLO, *Oggettività dell'operazione passiva IVA e buona fede del soggetto passivo: note su un recente orientamento della Corte di Giustizia*, in *Riv. dir. fin. sc. finanz.*, 2008, pp. 24 segg.

⁴⁷⁶ Si veda G. MOSCHETTI, *'Diniego di detrazione per consapevolezza' nel contrasto alle frodi IVA. Alla luce dei principi di certezza del diritto e proporzionalità*, cit, pp. 16 segg., dove si rileva "che nella pronuncia *Axel Kittel* mai si fa riferimento ad operazioni fittizie. Dalla lettura di tale sentenza emerge che oggetto di giudizio erano operazioni reali, compravendite reali [...]”(si veda, in particolare, p. 20).

⁴⁷⁷ Su tali profili si veda, *supra*, Parte II, Capitolo I, §§ 9 segg.

2. *Il rilievo del fenomeno interpositorio alla luce del diritto civile.*

La nozione di interposizione, prima ancora che in diritto tributario, presenta molteplici profili problematici già alla luce della dottrina civilistica⁴⁷⁸.

Si tratta, in buona sostanza, di una manifestazione particolarmente significativa di dissociazione tra forma e sostanza nel cui alveo viene ricondotta una molteplicità di fenomeni giuridici non facilmente sistematizzabili⁴⁷⁹.

Tale fattispecie riguarda, peraltro, situazioni che, pur ricadendo nell'ambito dell'ampio insieme del fenomeno dell'interposizione di persona, non presentano significati

⁴⁷⁸ L. NANNI, *L'interposizione di persona*, Padova, 1990, pp. 87 segg.

Si veda anche M. NUSSI, *L'imputazione del reddito nel diritto tributario*, cit., p. 502; F. PAPARELLA, *Possesso di redditi ed interposizione fittizia. Contributo allo studio dell'elemento soggettivo nella fattispecie imponible*, Milano, 2000, pp. 257 segg. Entrambi gli Autori mettono in luce come la nozione di interposizione assuma contenuti non perfettamente delimitabili in diritto civile, dal momento che manca in tale sede "una regolamentazione espressa delle ipotesi in cui sussiste una manifestazione del presupposto ed una determinazione dell'imponibile unitarie, 'apparentemente' da ascrivere ad una persona, cui però non corrisponde una riferibilità soggettiva compatibile con la capacità contributiva specifica dei tributi sul reddito" (M. NUSSI, *L'imputazione del reddito nel diritto tributario*, cit., p. 502).

⁴⁷⁹ F. PAPARELLA, *Possesso di redditi ed interposizione fittizia. Contributo allo studio dell'elemento soggettivo nella fattispecie imponible*, cit., pp. 258-259.

univoci⁴⁸⁰.

Possono, comunque, descriversi per sommi capi alcune conclusioni a cui è giunta la dottrina civilistica sulla base di una fondamentale distinzione teoretica.

Vi è, infatti, una prima fattispecie di interposizione, definita di tipo reale, in cui l'interposto agisce effettivamente come contraente, assumendo in proprio diritti ed obblighi che scaturiscono dal contratto, a cui si aggiunge l'ulteriore vincolo, di natura obbligatoria, di ritrasferire all'interponente i diritti ed obblighi assunti a mezzo di uno specifico atto di trasferimento. Tale atto è imprescindibile, stante l'estraneità dell'interponente al negozio tra interposto e terzo⁴⁸¹.

Vi è, poi, una seconda fattispecie di interposizione, definita di tipo fittizio, denotata dal fatto che l'intervento dell'intermediario interposto ha carattere simulato, poiché l'unico soggetto che effettivamente si obbliga con il terzo è

⁴⁸⁰ Come rilevato da M. NUSSI, *L'imputazione del reddito nel diritto tributario*, cit., pp. 502-503, la nozione di interposizione gode di una certa sfiducia anche nell'ambito del diritto civile, dove si è giunti ad affermarne un mero rilievo sotto il profilo effettuale, quale conseguenza comune di un ampio spettro di fenomeni giuridici non altrimenti classificabili.

⁴⁸¹ L. NANNI, *L'interposizione di persona*, cit., pp. 38-39, dove ulteriormente si evidenzia come questa prima forma di interposizione "può avere luogo in due modi: quando l'intermediario compie un atto che non suppone alcuna qualità speciale nell'agente, così fare un acquisto, contrarre un'obbligazione, sebbene nell'interesse altrui, oppure quando compie un atto che richiede nel contraente una posizione prestabilita, una vocazione determinata, un diritto anteriore, così fare un'alienazione, una remissione di debito, ecc., la quale suppone nell'agente la qualità di proprietario o creditore. Nella prima posizione la persona interposta è un mandatario in nome proprio, nell'altra è un fiduciario."

l'interponente.

In questo secondo schema, pertanto, il soggetto interposto non esprime alcuna autonoma volontà negoziale, limitandosi a simulare la volontà di addivenire alla conclusione del contratto⁴⁸².

All'interno di questo secondo modello si può ancora distinguere tra l'interposizione fittizia quale ipotesi di simulazione relativa dove l'interposto agisce quale controparte simulata in uno schema contrattuale oggettivamente esistente sebbene tra parti diverse rispetto al dato formale, e il fenomeno del prestanome.

Questa ulteriore sottocategoria è caratterizzata dal fenomeno della simulazione assoluta, poiché essa insiste sia sul versante soggettivo, inerente le parti del contratto, che l'elemento oggettivo del trasferimento di diritti, in realtà non avvenuto, rimanendo sempre il bene oggetto del rapporto nella disponibilità dell'interponente⁴⁸³.

La distinzione tra le due figure, rispettivamente dell'interposizione reale e fittizia, consiste dunque primariamente nel fatto che solo nell'interposizione fittizia vi è una precisa intesa tra tutte le parti dell'accordo simulatorio, indi per cui l'interponente deve ritenersi parte del contratto fin dall'originaria costituzione del rapporto formale tra terzo ed interposto⁴⁸⁴.

Da queste considerazioni si evince, quindi, come l'interposizione fittizia vada ricondotta al più ampio insieme dei fenomeni simulatori, disciplinati agli artt. 1414

⁴⁸² L. NANNI, *L'interposizione di persona*, cit., pp. 39-40.

⁴⁸³ L. NANNI, *L'interposizione di persona*, cit., pp. 39-40

⁴⁸⁴ U. ROMA, *La simulazione*, in AA.VV., *Il nuovo contratto*, diretto da P.G. MONATERI, E. DEL PRATO, M. R. MARELLA, A. SOMMA, C. COSTANTINI, Torino, 2007, p. 146.

segg.⁴⁸⁵ del codice civile, coincidendo con le situazioni di simulazione relativa⁴⁸⁶.

L'interposizione reale, al contrario, si colloca al di fuori del campo del fenomeno simulatorio e non delinea, pertanto, diversamente dalle forme di simulazione relativa, tra cui si collocano le fattispecie di interposizione fittizia, alcuna dissociazione tra forma e sostanza, cioè tra quanto voluto dai pasciscenti e quanto formalmente risultante

⁴⁸⁵ Sul tema della simulazione si vedano, senza pretesa di completezza, U. ROMA, *La simulazione*, in AA.VV., *Il nuovo contratto*, diretto da P.G. MONATERI, E. DEL PRATO, M. R. MARELLA, A. SOMMA, C. COSTANTINI, cit., pp. 137 segg.; A. GENTILI, *Simulazione*, in AA.VV., *Trattato di diritto privato*, diretto da M. BESSONE, XIII, Torino, 2002, pp. 461-697; R. SACCO, voce *Simulazione*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVIII, Roma, 1992; R. SGROI, artt. 1414-1417, in AA.VV., *La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina*, a cura di C. RUPERTO, III, Milano, 2005, pp. 2002 segg.

⁴⁸⁶ U. ROMA, *La simulazione*, in AA.VV., *Il nuovo contratto*, diretto da P.G. MONATERI, E. DEL PRATO, M. R. MARELLA, A. SOMMA, C. COSTANTINI, cit., pp. 142-143, dove si evidenzia come in tale ipotesi "l'accordo simulatorio prevede che, in luogo del rapporto derivante dal contratto simulato, insorga tra le parti un diverso rapporto contrattuale. L'intesa simulatoria assume, quindi, un duplice ruolo: quello di conferire carattere fittizio al contratto apparente (contratto simulato) e quello di porsi quale fonte del rapporto realmente voluto, detto contratto dissimulato."

A tale riguardo, peraltro, si pongono ulteriori problematiche, che non possono essere affrontate in questa sede, relative all'interrelazione – significativa anche sotto il profilo dei rapporti tra Amministrazione fiscale e contribuente – a riguardo degli effetti del negozio simulato rispetto ai terzi estranei al fenomeno di simulazione relativa. Su tali profili si veda G. MARINO, *La relazione di controllo nel diritto tributario. Analisi interdisciplinare e ricostruzione sistematica*, Padova, 2008, pp. 316-317.

dalle risultanze contrattuali⁴⁸⁷.

3. Il diverso rilievo del fenomeno interpositorio nel diritto civile e nel diritto tributario.

Le considerazioni fin qui esposte vanno integrate tenendo in conto gli scopi ed obiettivi cui è stato tradizionalmente ricollegato il fenomeno interpositorio nel nostro ordinamento.

Va ricordato, che in diritto civile “la teoria dell’interposizione serve sia in funzione del limite che delinea all’autonomia dispositiva delle parti, sia in funzione del controllo sull’esercizio dell’autonomia”⁴⁸⁸.

Ora, però, tale concezione trova spazio in una visione marcatamente civilistica, sottoponibile, peraltro, ad un certo grado di revisione critica attesi i profondi mutamenti intervenuti in tempi recenti nel sistema civilistico, sempre più orientato a criteri di trasparenza, di tutela dei terzi e di rafforzamento dei meccanismi di individuazione dei soggetti cui allocare responsabilità di matrice

⁴⁸⁷ U. ROMA, *La simulazione*, in AA.VV., *Il nuovo contratto*, diretto da P.G. MONATERI, E. DEL PRATO, M. R. MARELLA, A. SOMMA, C. COSTANTINI, cit., pp. 146-147 ribadisce come il fenomeno dell’interposizione fittizia si distingua rispetto all’interposizione reale “che ricorre nel contratto fiduciario o nella rappresentanza indiretta, poiché la persona interposta, nella prima, non è destinataria degli effetti contrattuali ed appare solamente come parte del contratto, mentre nell’interposizione reale è realmente destinataria degli effetti contrattuali sebbene non in via definitiva, essendo tenuta a ritrasferirli ad un terzo (in forza di mandato senza rappresentanza o di negozio fiduciario)”.

⁴⁸⁸ L. NANNI, *L’interposizione di persona*, cit., pp. 172-173.

patrimoniale⁴⁸⁹.

La concezione civilistica trova la propria origine in una visione orientata alla valorizzazione dell'autonomia privata ed alla ricerca dei suoi confini nella prospettiva del primato degli assetti definiti dagli interessi esclusivamente inter-privatistici.

In diritto tributario, invece, tali considerazioni non sono affatto decisive, dovendosi attribuire portata centrale ai principi ed interessi di natura pubblicistica propri del modulo impositivo⁴⁹⁰.

A tale riguardo, la dottrina tributaristica ha rilevato come il fenomeno interpositorio delinei “un effetto di apparenza di ascrivibilità soggettiva della manifestazione di capacità contributiva”⁴⁹¹ e trovi il suo riferimento, nell'ambito dell'imposizione reddituale, nella disposizione di cui all'art. 37, comma 3, D.P.R. 600/1973.

La disamina della portata del predetto art. 37, comma 3, D.P.R. 600/1973, porta a interrogarsi sul suo campo di applicazione, allo scopo di verificare se la portata del fenomeno interpositorio preso in esame in diritto tributario

⁴⁸⁹ M. NUSSI, *L'imputazione del reddito nel diritto tributario*, cit., pp. 504-505.

⁴⁹⁰ In tal senso M. NUSSI, *L'imputazione del reddito nel diritto tributario*, cit., pp. 502-503, dove si evidenzia come “molte delle considerazioni svolte in sede privatistica non hanno pregio in materia tributaria, ove l'interposizione di persona va analizzata secondo principi ed interessi affatto diversi da quelli privatistici.” In tema di rapporti tra diritto civile e diritto tributario si veda anche M.C. FREGNI, *Obbligazione tributaria e Codice civile*, Torino, 1998.

⁴⁹¹ M. NUSSI, *L'imputazione del reddito nel diritto tributario*, cit., p. 505, dove si rileva come la manifestazione di capacità contributiva “appare di un soggetto, ma in realtà ne esiste un altro, celato sotto una molteplicità di possibili varianti civilistiche, al quale essa è in sostanza esclusivamente ricollegabile”.

si limiti alla sola interposizione fittizia oppure si estenda oltre, fino a ricomprendere anche forme di interposizione reale.

4. *La disciplina prevista ex art. 37, comma 3, D.P.R. 600/1973 quale espressione del contrasto al fenomeno dell'interposizione fittizia.*

La previsione di cui all'art. 37, comma 3, D.P.R. 600/1973 è stata oggetto di approfonditi dibattiti in dottrina, che si sono incentrati, in particolare, sul problema inerente il suo spettro applicativo.

La dottrina – a fronte di una certa ambiguità del testo normativo – si è divisa tra due orientamenti, che si sono confrontati sulla portata della nozione di interposizione presa a riferimento dal legislatore⁴⁹².

Secondo una prima corrente di pensiero, infatti, l'art. 37, comma 3, D.P.R. 600/1973 prende in esame i soli fenomeni di interposizione fittizia; diversamente, un secondo orientamento adotta una chiave di lettura più ampia, ricomprendendo nella nozione di interposizione anche i fenomeni di interposizione reale⁴⁹³.

⁴⁹² In questo senso si veda U. MORELLO, *Il problema della frode alla legge nel diritto tributario*, in *Dir. prat. trib.*, I, 1991, pp. 8 segg.

Si veda anche G. MARINO, *La relazione di controllo nel diritto tributario. Analisi interdisciplinare e ricostruzione sistematica*, cit., p. 314.

⁴⁹³ Su posizioni favorevoli a ritenere che l'ambito di applicazione della norma sia limitato alla sola interposizione fittizia si vedano F. PAPARELLA, *Possesso di redditi ed interposizione fittizia. Contributo allo studio dell'elemento soggettivo nella fattispecie*

Sembra, anzitutto, che l'interpretazione letterale del dato normativo induca a ritenere ricompresi nella norma in questione i soli casi di interposizione fittizia.

Come è stato rilevato in dottrina, l'esplicito riferimento al fatto che i redditi oggetto di rettifica 'appaiono' nella titolarità di altri soggetti rispetto a quelli a cui sono formalmente imputati sembra orientare l'interprete a ritenere che soltanto le ipotesi di interposizione fittizia siano attinte dalla disciplina del predetto articolo del D.P.R. 600/1973.

Infatti, come si è in precedenza rilevato, sono proprio i fenomeni di interposizione fittizia a caratterizzarsi per un disegno nel quale vi è totale dissonanza tra forma e sostanza, tale per cui l'interposto ed il terzo sono parte dello schema simulatorio e non sussistono effetti reali voluti dagli stessi nel loro accordo contrattuale⁴⁹⁴.

La giurisprudenza che si è interessata all'interpretazione di tale disposizione ha inteso maggioritariamente l'ambito di applicazione della norma *de qua* quale presidio di contrasto ai soli fenomeni di interposizione fittizia⁴⁹⁵.

imponibile, cit., pp. 290 segg.; A. LOVISOLO, *Possesso di reddito ed interposizione di persona*, in *Diritto prat. trib.*, 1993, I, pp. 1665 segg.; F. GALLO, *Prime riflessioni su alcune recenti norme antielusione*, in *Dir. prat. trib.*, 1992, I, pp. 1761 segg.

Una diversa posizione, aperta alla ricomprensione nell'art. 37, comma 3, D.P.R. 600/1973 anche dei fenomeni di interposizione reale è stata sostenuta nell'ambito degli orientamenti del SECIT, con le delibere 49 e 137 del 1993.

⁴⁹⁴ Tale argomentazione è formulata da G. MARINO, *La relazione di controllo nel diritto tributario. Analisi interdisciplinare e ricostruzione sistematica*, cit., p. 319.

⁴⁹⁵ Cfr. A. VASAPOLLI, G. VASAPOLLI, *Quando si verifica l'interposizione fittizia di persona*, in *Bilancio e reddito d'impresa*, 2013, pp. 7 segg.

Secondo questo filone giurisprudenziale gli elementi tipici che caratterizzerebbero i fenomeni di interposizione fittizia rilevanti ai fini dell'art. 37, comma 3, andrebbero ricercati in quelle situazioni di radicale difformità tra apparenza formale e situazione sostanziale, nelle quali il soggetto interposto non ha alcun ruolo effettivo, dovendosi riferire il rapporto negoziale unicamente all'interponente.

Tale giurisprudenza, peraltro, ha approfondito anche sotto il profilo probatorio gli elementi in base ai quali si possa addivenire all'individuazione di fattispecie di interposizione fittizia.

Viene ritenuto necessario, da un lato, che sussista la prova in merito alla diretta riferibilità del reddito in capo al soggetto interponente, mentre, dall'altro lato, si richiede la dimostrazione di un accordo simulatorio che investa anche il terzo nello schema simulatorio⁴⁹⁶.

Questa impostazione pare preferibile anche prendendo in considerazione un approccio in chiave di coerenza esterna. Se si addivenisse all'applicazione dell'art. 37, comma 3, D.P.R. 600/1973 anche ai fenomeni di interposizione reale, si creerebbe una divaricazione tra effetti civilistici e fiscali. Per il diritto civile, infatti, le forme di interposizione reale – quali il negozio fiduciario ed il mandato senza rappresentanza – rimarrebbero negozi giuridici validi ed efficaci, che non avrebbero conseguenze nei rapporti intersoggettivi tra interposto ed interponente. Nel diritto

La giurisprudenza, a tale riguardo, è ampia. Si vedano, *ex multis*, Cass. civ., sez. V, 15-04-2011 n. 8671; Cass. civ., sez. V, 3-04-2000, n. 3979; Commissione Tributaria Regionale di Firenze, Sez. V, 11 giugno 2005, n. 19; Cass. civ., Sez. V, 26-02-2010, n. 4737; Commissione Tributaria Regionale di Trieste, Sez. VII, 12 marzo 2007, n. 85.

⁴⁹⁶ A. VASAPOLLI, G. VASAPOLLI, *Quando si verifica l'interposizione fittizia di persona*, cit., p. 9.

tributario si adotterebbe un criterio dissimile, tale da legittimare l'imputazione diretta in capo all'interponente dei redditi ritratti dall'interposto, svalutando la realtà della contrattazione tra terzo e soggetto interposto⁴⁹⁷.

Soprattutto, poi, una tale concezione avrebbe l'effetto di trascurare che il rapporto tra interposto ed interponente ai fini civilistici rimane regolato da un autonomo rapporto contrattuale di tipo obbligatorio, senza che all'interponente possa attribuirsi fin da subito – e senza un ulteriore trasferimento di diritti tra interposto e interponente – la titolarità dei redditi nella disponibilità dell'interposto.

L'art. 37, comma 3, D.P.R. 600/1973 è andato incontro, tuttavia, a interpretazioni favorevoli all'estensione anche alle fattispecie di interposizione reale.

In specie, vi sono alcune, anche recenti, prese di posizione a livello giurisprudenziale che hanno sostenuto tale ultima tesi.

In tale solco si iscrive, ad esempio, l'arresto della Cassazione 12 giugno 2011, n. 12788⁴⁹⁸, secondo la quale l'ambito di applicazione della norma in esame non si limita a sanzionare ipotesi di simulazione relativa – nel cui

⁴⁹⁷ G. MARINO, *La relazione di controllo nel diritto tributario. Analisi interdisciplinare e ricostruzione sistematica*, cit., pp. 319-320 dove si evidenzia, contestando un'eventuale estensione della portata dell'art. 37, comma 3, D.P.R. 600/1973 anche all'interposizione reale, che in tale ipotesi “si addiverrebbe alla circostanza in cui, ai sensi della legge civile, il reddito sarebbe riconducibile all'interposto mentre, ai fini tributari, il medesimo reddito sarebbe imputato all'interponente.”

⁴⁹⁸ Su tale pronuncia, così come sulle tensioni giurisprudenziali in merito all'individuazione del campo di applicazione dell'art. 37, comma 3, D.P.R. 600/1973 si veda M. BASILAVECCHIA, *L'interposizione soggettiva riguarda anche comportamenti elusivi?*, in *Corr. trib.*, 2011, pp. 2968 segg.

alveo ricade il fenomeno dell'interposizione fittizia – ma può validamente operare anche con riferimento a condotte di tipo elusivo, che non chiamano necessariamente in causa una condotta di tipo fraudolento, ma ricadono nel più vasto insieme delle operazioni di tipo abusivo e deviante volte a determinare un'erosione della base imponibile⁴⁹⁹.

In via conclusiva, è, quindi, necessario rilevare come, malgrado la condivisibilità dell'orientamento teso a limitare lo spettro della norma *de qua* al solo fenomeno dell'interposizione fittizia – peraltro maggioritario anche in giurisprudenza⁵⁰⁰ – la problematica circa l'effettiva portata applicativa della norma in esame è aperta ad

⁴⁹⁹ La pronuncia in esame, infatti, afferma che l'art. 37, comma 3, D.P.R. 600/1973 rappresenta “norma, che ha evidenti finalità antielusive [...] non presuppone un comportamento fraudolento [...] essendo sufficiente un uso improprio, ingiustificato e deviante [...]”. In particolare, poi, la sentenza afferma che “il fenomeno della simulazione relativa (nell'ambito del quale può ricomprendersi l'interposizione personale fittizia) non esaurisce il campo di applicazione della norma, ben potendo attuarsi lo scopo elusivo mediante operazioni effettive e reali, nelle quali difetta del tutto l'elemento caratteristico dei negozi simulati costituito dalla divergenza tra la dichiarazione esterna e l'effettiva volontà dei contraenti o meglio della relazione funzionale, integrante la causa unitaria, che intercorre tra il negozio apparentemente stipulato (simulato) e quello effettivamente concluso dalle parti (dissimulato).”

⁵⁰⁰ Si veda, a tale riguardo, come quasi contestualmente al deposito della sentenza della Cassazione 12788/2011 prima descritta, un'altra pronuncia della Suprema Corte, sempre in tema di art. 37, comma 3, D.P.R. 600/1973, si pronunciava affermando la riconducibilità della sola interposizione fittizia al campo di applicazione della disposizione *de qua*, disconoscendone una portata di contrasto anche nei confronti di fenomeni di interposizione reale.

ulteriori rimeditazioni, specialmente alla luce del formante giurisprudenziale, in cui si sta assistendo a significative oscillazioni.

5. Ulteriori spunti di riflessione in tema di abuso dello schermo giuridico alla luce del fenomeno interpositorio.

Le considerazioni che si sono delineate nei paragrafi precedenti hanno permesso di rilevare come il fenomeno interpositorio presenti una fondamentale biforcazione.

Da un lato, infatti, con riferimento all'interposizione fittizia, si possono individuare fattispecie di inesistenza soggettiva in grado di reagire sulla stessa esistenza ed opponibilità ai terzi della struttura societaria.

In tali casi, viene ad essere contestata, al di là alle eventuali singole operazioni economiche poste in essere dal soggetto passivo, la stessa scelta di utilizzare una struttura societaria come mero schermo di interposizione, in mancanza di un'obiettiva attività di tipo economico dell'ente.

Da un altro lato, però, il fenomeno interpositorio è più ampio della mera interposizione fittizia e si caratterizza – nell'ambito delle ipotesi di interposizione reale – con connotati che, pur presentando alcuni elementi di comunanza con il predetto fenomeno dell'interposizione fittizia, se ne distanziano significativamente.

In specie, si è esposto come nell'interposizione reale il soggetto interposto agisce come effettivo contraente, dando corso ad operazioni di tipo economico autonome rispetto a quelle dell'interponente - stante l'estraneità dell'interponente al negozio tra interposto e terzo - tramite l'assunzione in proprio di diritti ed obblighi.

Ciò premesso, è opportuno riflettere ulteriormente, partendo dal riconoscimento della difficoltà di tracciare una precisa linea di demarcazione tra i diversi fenomeni di contrasto alle diverse tipologie di abuso della forma giuridica.

Si può notare, infatti, un certo grado di commistione, specie a livello giurisprudenziale, tra istituti e paradigmi teoricamente ben distinti, ma che, a livello concreto, si caratterizzano per plurimi elementi di contatto e sovrapposizione⁵⁰¹.

Ciò si verifica, ad esempio, nelle situazioni in cui le contestazioni, pur incentrandosi – almeno in prima battuta – su profili puntuali di una specifica operazione economica, si riverberano sul quadro di insieme in cui si colloca la singola operazione economica.

In tali casi, quindi, forieri di possibili commistioni tra istituti normativi e paradigmi non accomunabili, potrebbero affiorare profili problematici a riguardo dell'estensione della verifica di abusività con riferimento all'intera natura elusiva dello schema contrattuale posto in essere dal contribuente “sì da poter riqualificare l'intero paradigma negoziale considerando lo stesso ‘inopponibile’ all'Amministrazione finanziaria: l'apprezzamento della

⁵⁰¹ P. BORRELLI, *La (non sempre facile) distinzione tra i concetti di abuso, interposizione, antieconomicità*, in *Il Fisco*, 2014, pp. 3312 segg., dove si espone come “se, in chiave teorica, le categorie dell'interposizione reale e personale, della fittizietà o dell'inerenza quantitativa sono [...] assai diverse, la ricorrente presenza di ‘anomalie’ nelle operazioni, in ambiti completamente diversi, può indurre talora in errore, sì da tracciare linee di demarcazione non sempre agevoli da identificare. Proprio la giurisprudenza, infatti, non ha mancato, in talune circostanze, di operare una commistione tra istituti e paradigmi diversi, probabilmente disorientata dalle peculiarità dei contesti oggetto di valutazione.”

singola operazione anomala può ‘sfociare’, quindi, nella valutazione dell’intero mosaico degli schemi contrattuali, anche frammentati, di cui l’operazione in esame costituisce un tassello, che abbiano condotto a perseguire un’unica (o del tutto prevalente) finalità fiscale, volta ad un’indebita riduzione della tassazione”⁵⁰².

In questo quadro la stessa giurisprudenza della Cassazione sembra dimenticare, a tratti, le sostanziali differenze che distinguono le contestazioni in tema di abuso del diritto e di elusività dalle contestazioni che insistono in via diretta sulla censura di fittizietà dell’operazione economica posta in essere dal contribuente⁵⁰³.

6. Cenni di sintesi in tema di abuso della struttura giuridica alla luce del prisma offerto dal fenomeno interpositorio: dall’interposizione reale quale cripto-tipo della disciplina delle società di comodo all’interposizione fittizia dell’ente giuridico quale fenomeno giuridico tipico incarnato nel rapporto societario proprio delle società di ‘mero schermo’.

⁵⁰² Cfr. P. BORRELLI, *La (non sempre facile) distinzione tra i concetti di abuso, interposizione, antieconomicità*, cit., p. 3313.

⁵⁰³ In tal senso si vedano le pronunce della Cassazione del 12 novembre 2010, n. 22994 e del 21 aprile 2010, n. 9476, dove, come rilevato da P. BORRELLI, *La (non sempre facile) distinzione tra i concetti di abuso, interposizione, antieconomicità*, cit., p. 3313, si evidenzia che “la stessa Corte di Cassazione ha ritenuto, in qualche caso, di poter addirittura soprassedere alla valutazione circa l’effettività delle operazioni laddove le stesse fossero state comunque sindacabili sotto il profilo dell’abuso del diritto, quasi a voler considerare, con un approccio forse un po’ semplicistico, che ‘fittizietà’ ed ‘elusività’ convergano verso un unico obiettivo illecito, in ogni caso censurabile”.

Occorre, quindi, delineare alcuni punti fermi in un'ottica teorica, con specifico riferimento ai soli fenomeni di abuso della forma giuridica⁵⁰⁴.

A tale riguardo, giova ribadire come la questione vada contestualizzata in una più ampia cornice rappresentata dalla progressiva espansione della disciplina di diritto positivo in un'ottica di contrasto all'utilizzo di strutture societarie con finalità non imprenditoriali e di comodo, il cui fondamento origina dalla necessità di selezionare le strutture soggettive - sulla base di un approccio casistico e

⁵⁰⁴ Ai fini della presente trattazione non si intendono approfondire i complessi problemi attinenti ai rapporti tra altri istituti – quali l'inerenza quantitativa, l'antieconomicità e l'abuso del diritto – che sono stati enucleati nel tempo dal formante giurisprudenziale in campo tributario. Si tratta, infatti, di problematiche che primariamente si incentrano sulle singole operazioni economiche poste in essere dal contribuente, senza assumere, di per sé, profili di interesse per quanto riguarda la questione inerente la crisi della struttura soggettiva ed i profili di abusività o inesistenza delle formazioni collettive.

Su tali istituti, per un primo approfondimento, si vedano M. DI SIENA, *Le valide ragioni economiche alla prova di resistenza della disciplina antielusiva: quando la motivazione è tutto*, in *Rass. trib.*, 2014, pp. 632 segg.; G. FRANSONI, *Abuso del diritto, elusione e simulazione: rapporti e distinzioni*, in *Corr. trib.*, 2011, pp. 13 segg.; F. TESAURO, *Elusione e abuso nel diritto tributario italiano*, in *Dir. prat. trib.*, I, 2012, pp. 683 segg.; A. CONTRINO, *Il divieto di abuso del diritto fiscale: profili evolutivi, (asseriti) fondamenti giuridici e connotati strutturali*, in *Dir. prat. trib.*, III, 2009, pp. 1463 segg.; A. MARCHESELLI, *Equivoci e prospettive della elusione tributaria, tra principi comunitari e principi nazionali*, in *Dir. prat. trib.*, V, 2010, pp. 1081 segg.; P. PIANTAVIGNA, *Abuso del diritto fiscale nell'ordinamento europeo*, Torino, 2011.

fondato su di un'analisi effettiva dell'attività economica esercitata in concreto - al fine di scoraggiarne un uso indebito, anche in chiave di pianificazione fiscale.

Ciò posto, pare possibile - al di là di specifiche sfumature e distinzioni presenti a livello normativo e giurisprudenziale - formulare la seguente distinzione fondamentale alla luce del prisma offerto dal fenomeno interpositorio.

Da un lato, infatti, è rilevabile un'ampia gamma di fattispecie - dalla teorica della società senza impresa⁵⁰⁵ fino alla più sistematica disciplina di contrasto alle società di comodo di cui alla L. 724/1994 - in cui, sostanzialmente, la forma giuridica utilizzata abusivamente ricade nell'alveo del tipo dell'interposizione c.d. reale⁵⁰⁶.

⁵⁰⁵ Su cui già si era accennato in precedenza. A tale riguarda, si rimanda, per una prima introduzione al tema, A. GIOVANNINI, *Le società immobiliari di godimento nell'IVA (note sulla nullità)*, cit., pp. 987 segg.; R. LUPI, *Società senza impresa, detrazione Iva e fiscalità dell'imprevedibile*, cit., pp. 875 segg.; Id., *Le società di mero godimento tra irrilevanza Iva e autoconsumo*, cit., pp. 11 segg.; D. STEVANATO, *Atti di organizzazione, società senza impresa e detrazione dell'IVA*, cit., pp. 736 segg.; G. ZIZZO, *Società 'senza impresa' e detrazione dell'Iva sugli acquisti*, cit., pp. 227 segg.; A. URICCHIO, *I redditi prodotti in forma associata e le società senza impresa*, in *Dir. prat. trib.*, 1990, I, pp. 271 segg.; A. CONTRINO, *Incertezze e punti fermi sul presupposto soggettivo dell'imposta sul valore aggiunto*, cit., pp. 535 segg.; M. GIORGI, *Detrazione e soggettività passiva nel sistema dell'imposta sul valore aggiunto*, cit.

⁵⁰⁶ Su tale posizione si veda M. CERMIGNANI, *Il regime fiscale delle società di comodo: ratio, attualità e prospettive*, cit., pp. 257-258, dove si evidenzia che "il concetto di elusione [...] appare, *ictu oculi*, strettamente connesso alla fattispecie 'dell'abuso del diritto', inteso nel senso specifico di uso 'abnorme' e distorsivo [...] dell'autonomia privata e delle norme giuridiche civilistiche e tributarie, le quali vengono utilizzate e combinate al fine di conseguire un determinato effetto economico-giuridico correlato ad

E' riscontrabile, dall'altro lato, una seconda e, invero, più marginale tipologia di casi – integrata dalle ipotesi delle società mero schermo – per le quali troverebbe, invece, applicazione il modulo rappresentato dall'interposizione di tipo fittizio.

7. Brevi cenni di ricostruzione del mosaico frantumato. In particolare, profili in tema di titolarità dei redditi a fronte di uno schermo societario fittiziamente interposto.

Le considerazioni prima esposte, che distinguono tra interposizione reale e fittizia quale chiave di lettura per differenziare le diverse sfumature e gradazioni di abuso della forma giuridica, non rappresentano, a parere di chi scrive, mere considerazioni di sistematizzazione teorica, ma possono offrire elementi significativi per una applicazione pratica sotto due punti di vista.

In primo luogo, la ricostruzione in esame permette di distinguere in punto di conseguenze sotto il profilo dell'individuazione del soggetto passivo cui è riferibile il presupposto. Tema, questo, su cui ci si soffermerà nel corso delle successive pagine.

un contestuale risparmio fiscale [...]. In questo alveo potrebbe inserirsi anche il fenomeno delle società di comodo, inteso essenzialmente come 'abuso' dell'involucro societario e della connessa personalità/soggettività giuridica, a fini esclusivi o prevalenti di 'indebito' risparmio fiscale. La condotta 'abusiva' [...] si articolerebbe, in questo caso, sull'utilizzo 'non normale', in quanto eccedente i limiti 'interni' consentiti dall'ordinamento, dello strumento contrattuale societario, il quale viene impiegato in modo distorsivo e 'deviante' rispetto alle funzioni oggettive assegnate ad esso dal sistema giuridico-economico.”

In secondo luogo la differenziazione in parola può costituire un criterio guida per quanto riguarda il versante sanzionatorio, con specifico riferimento ai soggetti che dovrebbero essere attinti da misura punitiva⁵⁰⁷.

Per quanto attiene alla prima delle due cennate questioni, occorre anzitutto ribadire il percorso logico-argomentativo fin qui seguito: il fenomeno interpositorio si deve ricollegare ad una crisi sul versante soggettivo, cioè di riferibilità in punto di soggettività passiva del presupposto, senza di per sé involgere necessariamente un mutamento oggettivo in ordine alla fonte produttiva⁵⁰⁸.

Quest'ultimo punto – per quanto indubbiamente valido in via generale – si scontra con la presunzione di attrazione di tutti i redditi prodotti dall'ente giuridico di stampo commerciale nell'alveo della categoria del reddito d'impresa, in forza delle previsioni, prima viste, di cui agli

⁵⁰⁷ Su tali profili si veda, *infra*, Parte II, Capitolo III.

⁵⁰⁸ Tale impostazione viene seguita, sul versante relativo alla tematica della soggettività, da M. CERMIGNANI, *Il regime fiscale delle società di comodo: ratio, attualità e prospettive*, cit., p. 261, dove si espone come “la soggettività passiva tributaria delle società ‘di comodo’ non viene ‘oltrepassata’ né eliminata [...]. Detta soggettività viene semplicemente limitata o condizionata dalle norme in questione sulla base di specifici e rigidi meccanismi presuntivi di non operatività [...]”

L'Autore, poi, si distanzia dall'impostazione seguita dallo scrivente nel corso della presente trattazione in quanto giunge a sostenere come non venga “intaccata la natura del reddito imputato a tali enti societari, che rimane sempre reddito d'impresa (sia pure determinato secondo criteri diversi da quelli ordinari)” (M. CERMIGNANI, *Il regime fiscale delle società di comodo: ratio, attualità e prospettive*, cit., pag. 261).

Si veda anche G. MARINO, *La relazione di controllo nel diritto tributario. Analisi interdisciplinare e ricostruzione sistematica*, cit., pp. 318-319 per un'analisi del formante giurisprudenziale.

artt. 6 e 73 *T.U.I.R.*.

Come si è avuto modo di sostenere, infatti, tale ricomprensione di commercialità va letta in chiave di individuazione della categoria reddituale applicabile, senza che ciò implichi l'automatica riferibilità di tutti i singoli atti alla sfera imprenditoriale. La previsione, infatti, si colloca su un piano antecedente, relativo alla disposizione di selezione e collocamento dei componenti reddituali collegati alla particolare fonte produttiva sulla base di un rapporto di causa-effetto.

In sostanza, le previsioni di cui agli artt. 6 e 73 *T.U.I.R.* delineano una diretta attribuzione di rilevanza fiscale alla forma giuridica del soggetto cui è attribuita la fonte di reddito oggetto di imposizione fiscale, con l'abbandono dei criteri improntati alla rilevanza oggettiva della fonte reddituale per seguire un modello che qualifica i redditi sulla base delle caratteristiche soggettive del soggetto che li produce.

Ora, tale particolare modalità di qualificazione dei redditi, improntata ad un'assunzione di rilevanza della forma giuridica, obbliga l'interprete a domandarsi, sotto il profilo del modello di qualificazione reddituale, quali possano essere le conseguenze nel caso in cui lo schermo giuridico sia ritenuto abusivo, cioè non espressivo di un'effettiva attività economica.

Come anticipato, occorre a questo riguardo provare a distinguere facendo perno sul diverso rilievo del fenomeno interpositorio.

8. Profili in tema di interposizione reale ed enti collettivi

Venendo, in primo luogo, alle ipotesi di abuso della forma

giuridica che si sono prima ricondotte nell'alveo del fenomeno dell'interposizione reale – quale tipologia di enti non ritenuti fittizi – può rilevarsi come l'obiettivo, tanto a livello normativo – si veda l'art. 30, L. 724/1994 in tema di contrasto alla disciplina delle società di comodo – quanto a livello giurisprudenziale (nell'ambito delle pronunce che si sono soffermate sul tema della 'società senza impresa') sia di dequalificare la struttura soggettiva quale ente strutturalmente volto a dare corso ad attività d'impresa, allo scopo di usufruire della disciplina prevista nella categoria del reddito d'impresa⁵⁰⁹.

⁵⁰⁹ Si veda M. BEGHIN, *Le intestazioni societarie 'di comodo' nel decreto legge n. 138/2011 tra difetto di inerenza e resistibile tassazione dei risparmi di spesa*, in *Riv. d. trib.*, I, 2012, p. 141-143, dove si espone come tali ipotesi – in particolare la disciplina di cui all'art. 30, L. 724/1994 – “non si prestano ad essere contrastate dall'amministrazione finanziaria attraverso l'impiego delle disposizioni civilistiche in tema di simulazione relativa e, segnatamente, in tema d'interposizione fittizia. Nei casi riconducibili all'intestazione societaria di comodo, infatti, non si può parlare di simulazione dato che i beni appartengono, in concreto, alla società. Quest'ultima diviene rispetto al venditore, contraente effettivo, pur limitandosi ad un impiego distorto dei cespiti, direttamente utilizzati dai soci in maniera del tutto disallineata rispetto al programma imprenditoriale che la medesima società dovrebbe attuare. Detto altrimenti, siamo di fronte a beni effettivamente acquistati dalla società, la quale, pur trovandosi nella condizione economico-giuridico che le consentirebbe di utilizzarli per il perseguimento del proprio programma operativo, li pone gratuitamente a disposizione di azionisti o quotisti, estraniandoli così dal circuito di produzione della ricchezza tipicamente riconducibile all'impresa. Nelle intestazioni societarie di comodo non v'è pertanto alcuna manipolazione della volontà, come accade, invece, nella simulazione: si riscontra, piuttosto, un impiego abnorme dello strumento societario, che si trasforma in

In questo modo, come già si è affermato con riferimento al contrasto delle società di comodo, alla dequalificazione della struttura giuridica dovrebbe conseguire necessariamente la frammentazione dell'eventuale risultato reddituale dell'ente collettivo.

Ciò in quanto, dequalificato il rilievo ai fini impositivi della forma giuridica, in una certa misura dovrebbe determinarsi nuovamente l'espansione delle originarie regole categoriali previste dal *T.U.I.R.* - legate all'attuazione dei moduli impositivi enucleati per le singole fonti reddituali oppure, come si è postulato, l'applicazione di forme di imposizione patrimoniale slegate dalla produzione di un reddito effettivo e fondate su valutazioni latamente antielusive o extrafiscali come nelle fattispecie prima viste in tema di contrasto alle società di comodo o *ex art. 90, T.U.I.R.*.

Tale impostazione non è allo stato pacifica e si scontra con il fatto che le specifiche fattispecie che si sono analizzate precedentemente – previste dalla disciplina di cui all'art. 90 *T.U.I.R.*, ovvero dalla disciplina della *participation exemption* fino alla normativa di cui all'art. 30, L. 724/1994 – non prevedono un unitario regime per le diverse forme di abuso della forma giuridica come, invece, è previsto in sede IVA dall'art. 4, comma 5, D.P.R. 633/1972.

Certo è, però, che i regimi di determinazione del risultato reddituale enucleati da tali norme – specialmente con riferimento alle fattispecie di cui all'art. 90 *T.U.I.R.* ed alla normativa di contrasto alle società di comodo - divergono, in maniera significativa, rispetto all'ordinario meccanismo di tassazione previsto in materia di reddito d'impresa.

una situazione di parziale devianza rispetto al programma economico enunciato nell'atto costitutivo [...]"

Si tratta, in altre parole, di meccanismi che presentano venature legate – ad opinione di chi scrive - a forme di imposizione di tipo patrimoniale⁵¹⁰ tese all'obiettivo di costringere i contribuenti a porre in essere una politica di dismissione di quelle strutture societarie utilizzate al di fuori di finalità fiscalmente desiderabili.

Tale logica discende, già ad una prima analisi, dalla stessa impostazione del legislatore in sede di enucleazione della disciplina di contrasto alle società di comodo, con la quale si era – in parallelo – favorito l'esodo di tutte quelle entità collettive costituite secondo i tipi commerciali verso il tipo della società semplice, quale espressione di una forma giuridica non caratterizzata dalla intrinseca commercialità. Più in generale, poi, la fondatezza di un'impostazione che veda nel complessivo regime *de quo* forme di imposizione patrimoniale può essere ricondotta ad un dibattito inerente l'efficacia di forme di imposizione di natura patrimoniale al fine di attuare una discriminazione qualitativa dei redditi⁵¹¹.

Si tratta, in sostanza, di un esperimento dell'imposta patrimoniale volta ad incentivare un'efficiente utilizzazione dei beni da parte del contribuente. Impostazione che, peraltro, ha anche incontrato positiva

⁵¹⁰ Non può, peraltro, dubitarsi circa la sussistenza, già in passato, su forme di imposizione patrimoniale sul patrimonio imprenditoriale.

Infatti, come evidenziato in E. MARELLO, *Contributo allo studio delle imposte sul patrimonio*, Milano, 2006, p. 81 “le imposte sul patrimonio adibito all'attività imprenditoriale hanno avuto una buona frequenza nell'ordinamento italiano: non costituiscono prelievi facilmente trascurabili dall'interprete.”

⁵¹¹ Su tale tematica si veda, diffusamente, E. MARELLO, *Contributo allo studio delle imposte sul patrimonio*, cit., pp. 201 segg.

accoglienza nella giurisprudenza della Corte Costituzionale⁵¹².

Come evidenziato in dottrina, infatti, “in questo contesto, l'imposta sul patrimonio può essere considerata come strumento per la discriminazione (non reddituale ma) patrimoniale a danno dei patrimoni inattivi, con intento promozionale e costituzionalmente tutelato”⁵¹³.

Si tratta, quindi, di una chiave di lettura interessante della complessiva disciplina di contrasto a forme di utilizzo dello schermo giuridico con finalità abusiva, generalmente riconducibili a forme di interposizione reale.

Ed, infatti, alla luce di questo prisma concettuale può, forse, darsi conto della preferenza del legislatore per quei soli enti collettivi che svolgono un'effettiva attività economica, quale ragione di fondo del superamento del principio di presunzione di commercialità di cui agli artt. 6 e 73 *T.U.I.R.*

Solo a questi ultimi enti collettivi, infatti, verrebbe attribuita la possibilità di fruire effettivamente del regime impositivo previsto nell'alveo del reddito d'impresa, in quanto si tratterebbe di enti collettivi dediti ad un utilizzo maggiormente fruttuoso ed efficace del proprio patrimonio.

Diversamente, nei confronti degli enti collettivi di comodo - mere forme di intestazione di beni personali dei singoli soci e familiari - non sussisterebbero interessi costituzionalmente tutelati e di promozione sociale che legittimino l'assoggettamento di tali contribuenti al regime

⁵¹² Si vedano, *ex multis*, le pronunce della Corte Costituzionale n. 16 del 18 marzo 1965 e 25 luglio 1995, n. 377.

⁵¹³ Come evidenziato in E. MARELLO, *Contributo allo studio delle imposte sul patrimonio*, cit., p. 206.

del reddito d'impresa.

Al contrario, sussisterebbe, in un'ottica ordinamentale, una *ratio* di generale contrasto in merito alla permanenza di tali ultimi soggetti quali forme giuridiche di stampo commerciale, che legittimerebbe, perciò, larvate forme di imposizione patrimoniale volte ad escludere ogni possibilità di fruizione di quei vantaggi fiscali riservati soltanto agli enti collettivi che svolgono effettivamente attività d'impresa⁵¹⁴.

9. Profili in tema di interposizione fittizia ed enti collettivi

Più complesso, invece, il quadro di riferimento conseguente ad una censura di fittizietà della struttura giuridica.

In tale ipotesi, infatti, i problemi da risolvere sono di duplice natura.

Il primo di essi, che reagisce sul piano oggettivo, circa l'individuazione del regime categoriale applicabile a fronte

⁵¹⁴ In questo senso possono ritenersi applicabili le affermazioni esposte in E. MARELLO, *Contributo allo studio delle imposte sul patrimonio*, cit., p. 206, dove si afferma che “è possibile sostenere che l'utilizzazione più redditizia del patrimonio ha una propria dignità costituzionale che può essere promossa tramite l'imposta. L'utilizzo maggiormente fruttuoso, infatti, non solo gratifica il titolare, ma ha esternalità positive per gli altri consociati, aumentando le possibilità di crescita complessiva, realizzando quel progresso materiale della società richiamata dall'art. 4 Cost. e che prende avvio dalle attività dei singoli. [...] Infine, va rilevato che il generico incentivo alla più elevata produttività del bene è l'unico vettore efficientista individuabile in Costituzione a riguardo dell'imposta sul patrimonio [...]”.

di un dato provento di natura reddituale, pare presentare profili non dissimili rispetto a quanto appena descritto con riferimento alle società di comodo.

Ed, infatti, per quanto concerne tale primo corno del problema, pare congruo ritenere che alla dequalificazione della struttura giuridica, a fronte di una sanzione di radicale fittizietà, debba conseguire la frammentazione dell'eventuale risultato reddituale dell'ente collettivo, con conseguente espansione delle originarie regole categoriali previste dal *T.U.I.R.* per i singoli proventi di matrice reddituale.

Vi è, però, un secondo ordine di problemi conseguenti alla fittizietà della forma giuridica, che non si presentano nei fenomeni di interposizione reale.

Indipendentemente, infatti, dalla questione sul versante oggettivo, circa la corretta qualificazione dei redditi, va rilevata nei casi in esame l'impossibilità di riferire le ricchezze oggetto di tassazione alla formazione collettiva ritenuta inesistente. Essa, infatti, non è degna di costituire un centro di imputazione di situazioni giuridiche attive e passive.

L'art. 37, comma 3, D.P.R. 600/1973 dispone al riguardo che “sono imputati al contribuente i redditi di cui appaiono titolari altri soggetti quando sia dimostrato, anche sulla base di presunzioni gravi, precise e concordanti, che egli ne è l'effettivo possessore per interposta persona”, permette di individuare il centro di imputazione che risulta l'effettivo possessore dei redditi⁵¹⁵.

⁵¹⁵ Sul tema del rilievo dell'art. 37, comma 3, D.P.R. 600/1973 si veda, oltre alle considerazioni esposte nei paragrafi precedenti, F. PAPARELLA, *Possesso di redditi ed interposizione fittizia. Contributo allo studio dell'elemento soggettivo nella fattispecie imponible*, cit., pp. 287 segg.

Resta da svolgere un'ultima considerazione con specifico riferimento alle sole ipotesi di inesistenza soggettiva della forma giuridica a cui consegue l'imputazione nei confronti di un altro soggetto passivo i risultati reddituali oggetto di imposizione reddituale. Il mutamento del soggetto passivo cui riferire la capacità contributiva determina, invero, conseguenze in punto sanzionatorio che possono essere particolarmente afflittive.

Un'eventuale declaratoria di inesistenza soggettiva per fittizietà della struttura giuridica implica la sottoposizione a carico sanzionatorio di un soggetto "terzo" rispetto all'ente giuridico formalmente titolare dei redditi, con conseguenze significative a livello di sanzioni amministrative tributarie per il soggetto interponente.

L'analisi del formante giurisprudenziale che si è interessato al tema delle strutture giuridiche colpite da inesistenza soggettiva, consente di percepire interesse che non è impositivo, quanto, piuttosto, sanzionatorio, sia in chiave amministrativa che penale.

10. Considerazioni critiche di alcuni istituti alla luce del fenomeno interpositorio

Scopo di questa sezione è di analizzare una serie di fattispecie normative previste in materia di imposte sui redditi – la disciplina di cui agli artt. 167 e 168 T.U.I.R. in tema di imputazione dei redditi prodotti da entità estere controllate e collegate e la disciplina in materia di residenza fiscale delle società ed enti di cui all'art. 73 T.U.I.R. - alla luce del prisma concettuale offerto dalla logica di contrasto ai fenomeni di interposizione reale e fittizia.

Va accertato se il contrasto ai fenomeni interpositori rappresenti o meno un obiettivo comune a tutti i summenzionati istituti, esaminando il problema da un angolo visuale che si pone in continuazione con l'analisi precedentemente svolta.

Si valuterà anzitutto se l'elemento della genuinità dell'attività economica può ritenersi un parametro di riferimento che accomuna le diverse fattispecie in esame e, in tale caso, se i suoi elementi portanti si differenziano effettivamente rispetto alla concezione di sostanza economica che si è vista finora.

In secondo luogo ci si interrogherà sulla portata effettiva delle summenzionate disposizioni, secondo uno scrutinio che, caso per caso, esamini se sia possibile riportare *la ratio* dei diversi istituti nell'alveo dell'interposizione fittizia ovvero dell'interposizione reale.

10.1. *Imputazione dei redditi prodotti da entità estere controllate e collegate.*

Come noto, l'ordinamento italiano, sulla scia delle esperienze di altri ordinamenti⁵¹⁶, ha previsto una disciplina specifica concernente l'imputazione dei redditi prodotti da entità estere controllate e collegate, c.d. *controlled foreign companies (CFC)*⁵¹⁷.

⁵¹⁶ Per un primo approfondimento in chiave comparatistica si veda G. MARINO, *La considerazione dei 'paradisi fiscali' e la sua evoluzione*, in AA.VV., *Diritto tributario internazionale*, a cura di V. UCKMAR, Padova, 2005, pp. 873-881.

⁵¹⁷ Su tale tematica si vedano, senza pretesa di completezza, i seguenti contributi: R. CORDEIRO GUERRA, *Le imprese controllate e collegate*, in AA.VV., *Imposta sul reddito delle*

La caratteristica di fondo del regime in esame, disciplinato agli artt. 167 e 168 *T.U.I.R.*, consiste in un allontanamento dalle regole ordinarie previste in tema di tassazione dei redditi delle società.

In specie, tramite il meccanismo dell'imputazione per trasparenza, si realizza una tassazione in capo al soggetto controllante residente nello Stato italiano dei redditi provenienti – anche tramite società fiduciaria o per interposta persona - dal soggetto estero partecipato o collegato, residente o comunque localizzato in Stati o territori diversi da quelli previsti nella c.d. “*white list*”⁵¹⁸.

società (IRES), diretta da F. TESAURO, Torino, 2007, pp. 961 segg.; Id., *Riflessioni critiche e spunti sistematici sulla introducenda disciplina delle controlled foreign companies*, in *Rass. trib.*, 2000, pp. 1399 segg.; R. LUPI, *Principi generali in tema di C.F.C. e radicamento territoriale delle imprese*, in *Riv. d. trib.*, 2000, I, pp. 1730 segg.; R. DOMINICI, *L'imputazione dei redditi prodotti da entità estere controllate e collegate (CFC)*, in *AA.VV., Diritto tributario delle società*, a cura di G. SCHIANO DI PEPE, Milano, 2005, pp. 355 segg.; D. STEVANATO, *Controlled foreign companies: concetto di controllo e imputazione del reddito*, in *Riv. d. trib.*, 2000, I, pp. 777 segg.; G. MAISTO, *Il regime di imputazione dei redditi delle imprese estere partecipate, c.d. controlled foreign companies*, in *Riv. d. trib.*, 2000, IV, pp. 39 segg.

⁵¹⁸ Tale elenco, previsto ai sensi dell'art. 168-bis, *T.U.I.R.* non è ancora entrato in vigore. Perciò, nelle more, trova applicazione il Decreto del Ministero delle Finanze del 21 novembre 2001, concernente l'individuazione degli Stati o territori a regime fiscale privilegiato di cui all'art. 127-bis, comma 4, del testo unico delle imposte sui redditi (cd. “*black list*”).

In sostanza, tale elenco contiene l'indicazione di una serie di Paesi individuati sulla base di due criteri: quello fondato sulla sussistenza di un livello di tassazione sensibilmente inferiore rispetto a quello applicato in Italia e quello relativo alla mancanza di un adeguato sistema di scambio di informazioni con l'Italia.

L'imposta dovuta per trasparenza da parte della società residente in Italia è determinata con criteri diversamente modulati per quanto riguarda rispettivamente le società controllate e collegate⁵¹⁹, in proporzione alla partecipazione detenuta nella società estera⁵²⁰.

Occorre, ai fini della presente trattazione, però, domandarsi se la *ratio* che caratterizza la normativa in esame possa offrire elementi di interesse per la ricerca che si sta portando avanti con riferimento al fenomeno interpositorio.

In dottrina sono state avanzate al riguardo diverse ipotesi che, sebbene tutte improntate, in prima approssimazione, a una concezione antielusiva, hanno valorizzato anche differenti finalità.

Secondo una prima chiave di lettura il legislatore avrebbe inteso concentrarsi sulle operazioni infra-gruppo tra imprese residenti e localizzate in Paesi a fiscalità privilegiata con l'obiettivo di paralizzare eventuali arbitraggi e meccanismi elusivi tesi a determinare forme di distrazione di utili dal regime impositivo italiano verso quello, più favorevole, previsto nei c.d. "paradisi fiscali".

In questa prospettiva si insiste sul rilievo dell'utilizzabilità in chiave abusiva di meccanismi di "*tax deferral*", che determinano la postergazione, potenzialmente per un tempo indefinito, della tassazione sui dividendi non distribuiti dalla partecipata localizzata in Paesi a fiscalità

⁵¹⁹ Si veda a tale riguardo R. CORDEIRO GUERRA, *Le imprese controllate e collegate*, in AA.VV., *Imposta sul reddito delle società (IRES)*, cit., pp. 972-978.

⁵²⁰ G. MARINO, *La considerazione dei 'paradisi fiscali' e la sua evoluzione*, in AA.VV., *Diritto tributario internazionale*, cit., p. 878.

privilegiata⁵²¹.

La posizione appena riferita è stata sottoposta a revisione critica sul presupposto che, se l'obiettivo della disciplina in tema di *CFC* fosse davvero consistito nel contrasto ai meccanismi di “*tax deferral*”, l'art. 167 *T.U.I.R.* avrebbe potuto limitare il campo di applicazione alle sole ipotesi di integrazione del c.d. controllo di diritto sulla società partecipata.

Inoltre, e soprattutto, con l'opinione riferita non si riusciva a ricondurre ad unità l'ulteriore previsione di cui all'art. 168 *T.U.I.R.* in tema di società collegate, dove, a rigore di logica, ben difficilmente è possibile postulare la sussistenza di un controllo tale da poter influenzare in maniera decisiva la politica di distribuzione dei dividendi⁵²².

Una seconda linea di pensiero, invece, più attenta ai richiami della dottrina di prevalente matrice internazionale, ha colto nella disciplina *de qua* una differente logica, inquadrando la normativa sulle *CFC* nell'alveo di una tendenza di *policy* fiscale volta a garantire una situazione di parità di trattamento nella scelta di un investitore residente a favore della produzione di

⁵²¹ R. DOMINICI, *L'imputazione dei redditi prodotti da entità estere controllate e collegate (CFC)*, in AA.VV., *Diritto tributario delle società*, cit., p. 355, dove si mette in luce come “nell'ottica repressiva del *tax deferral* la logica sottesa a tale disciplina evidentemente presuppone la possibilità che il soggetto residente condizioni la politica di distribuzione degli utili prodotti da un'entità autonoma localizzata in un paese a fiscalità privilegiata [...]”.

⁵²² Su tali considerazioni si veda R. DOMINICI, *L'imputazione dei redditi prodotti da entità estere controllate e collegate (CFC)*, in AA.VV., *Diritto tributario delle società*, cit., pp. 356-357.

redditi all'estero oppure nello Stato della residenza⁵²³.

In base a tale seconda impostazione la disciplina in esame potrebbe ritenersi espressione del principio di *capital export neutrality*, dal momento che renderebbe irrilevante, sotto il profilo della convenienza fiscale, la collocazione dell'attività produttiva in un Paese a fiscalità privilegiata, favorendo, quale criterio di discernimento circa la localizzazione territoriale dell'impresa, l'effettiva sussistenza di valide ragioni imprenditoriali.

Tale teorica trova indubbi punti di appoggio alla luce della disciplina prevista all'art. 167, comma 5, *T.U.I.R.* per quanto riguarda le esimenti che possono essere validamente addotte dalla società residente per neutralizzare l'operatività del meccanismo di imputazione per trasparenza del reddito prodotto dalla società partecipata.

Ora, una delle esimenti previste è particolarmente significativa in quanto collega la disapplicazione del regime previsto per le *CFC* al rilievo relativo all'effettivo svolgimento di un'attività industriale o commerciale nel c.d. "paradiso fiscale" da parte dell'ente collettivo partecipato.

Tale previsione è importante perché, da un lato, pone in rilievo la valorizzazione delle ragioni imprenditoriali –

⁵²³ Cfr. R. DOMINICI, *L'imputazione dei redditi prodotti da entità estere controllate e collegate (CFC)*, in AA.VV., *Diritto tributario delle società*, cit., p. 357, che valorizza questa impostazione, rilevando come "un tentativo di inquadramento sistematico della disciplina quale emerge dopo le innovazioni apportate con il d.lgs. 344/2003 deve muovere dalla constatazione secondo cui [...] le più recenti tendenze di politica fiscale degli Stati tendono a garantire una sostanziale parità di trattamento tra chi produce i redditi all'estero e chi produce i redditi nel territorio dello Stato interessato ("*capitali export neutrality*")."

prima di quelle fiscali – per la localizzazione dell’attività imprenditoriale, riconoscendo, d’altra parte, la necessità di non giungere, in nome delle esigenze di gettito, ad un risultato afflittivo per quelle imprese che scelgono, supportati da valide ragioni imprenditoriali, di produrre i propri redditi all’estero⁵²⁴.

Certo è che l’esimente in questione si presta anche a ulteriori considerazioni, che permettono di valorizzare il portato della linea argomentativa seguita nel corso di queste pagine.

Parte della dottrina, infatti, ricostruendo la logica della disciplina in tema di *CFC*, ne ha colto anche il carattere di contrasto ai fenomeni di interposizione.

L’obiettivo della norma si denoterebbe per una funzione antielusiva tesa a togliere rilievo allo schermo societario estero, permettendo l’attrazione a tassazione di redditi prodotti formalmente da società estere, ma “in realtà generati attraverso un’attività che continua ad avere il proprio centro direttivo e/o operativo nel (o comunque in connessione col) territorio dello Stato”⁵²⁵.

⁵²⁴ A tale proposito, infatti, utili indicazioni si possono cogliere anche dagli orientamenti di prassi, dove è stato valorizzato il criterio dell’effettività dell’attività d’impresa localizzata nel Paese estero, disconoscendo la sussistenza dell’esimente in esame in quelle ipotesi dove la società estera svolga solamente attività di “mera intestazione di attività finanziarie e di godimento degli eventuali frutti prodotti” (Circolare del 29 gennaio 2003, n. 18/E). Si veda, a tale riguardo, R. DOMINICI, *L’imputazione dei redditi prodotti da entità estere controllate e collegate (CFC)*, cit., p. 371.

⁵²⁵ Si veda R. CORDEIRO GUERRA, *Riflessioni critiche e spunti sistematici sulla introducenda disciplina delle controlled foreign companies*, cit., p. 1406.

Su tali profili si veda anche R. DOMINICI, *L’imputazione dei redditi prodotti da entità estere controllate e collegate (CFC)*, cit.,

Si tratterebbe, secondo questo filone interpretativo, di una disposizione volta ad eliminare forme di scostamento tra titolarità giuridica in capo al soggetto partecipante ed effettiva disponibilità del reddito da parte della partecipata⁵²⁶.

In via conclusiva, può, quindi, ritenersi, anche con riferimento alle *CFC*, similmente a quanto accade per la disciplina di contrasto alle società di comodo di cui all'art. 30, L. 724/1994, che il legislatore persegue la finalità di contrastare le strutture giuridiche utilizzate con finalità di pianificazione fiscale.

Sussistono, certamente, alcune diversità rispetto alla disciplina in tema di contrasto alle società di comodo.

La normativa sulle *CFC*, infatti, svaluta la portata dello schermo societario, attuando uno schema che direttamente riconosce la natura interpositoria della struttura posta nel Paese estero, imputando i risultati reddituali in capo alla società partecipante residente.

Si tratta, in sostanza, di un “livello di indesideratezza” per certi versi ulteriore rispetto a quello rappresentato dalla

pp. 355-356, in chiave critica che evidenzia come tale impostazione risulti eccessivamente riduttiva.

⁵²⁶ A favore di tale impostazione si colloca G. MARINO, *La relazione di controllo nel diritto tributario. Analisi interdisciplinare e ricostruzione sistematica*, cit., p. 321, dove si mette in luce che “l'intento del legislatore è in realtà quello di neutralizzare lo scostamento tra titolarità giuridica (da parte della società controllata) ed effettiva disponibilità del reddito da parte di un altro soggetto (colui che detiene il controllo), al fine di disporre del reddito in modo meramente strumentale all'attenuazione del carico fiscale, con una modalità disapprovata dall'ordinamento tributario. La norma sulle imprese estere controllate è quindi essenzialmente volta a contrastare fenomeni di dissociazione tra titolarità giuridica ed effettivo possesso di un reddito per finalità evasive”.

disciplina *ex art. 30, L. 724/1994*: come visto, in quest'ultimo caso, pur a fronte dell'indesideratezza della struttura societaria, non si perveniva ad affermare la irrilevanza della struttura giuridica della società, cui erano comunque imputati i redditi risultanti a seguito dell'applicazione congiunta dei test di operatività e redditività.

Certo è che, ferme restando queste differenze di rilievo rispetto alla disciplina sulle società di comodo, occorre ancora domandarsi se gli artt. 167 e 168 *T.U.I.R.* abbiano come obiettivo quello di contestare specifici fenomeni di interposizione fittizia.

La norma chiave che regola i fenomeni di interposizione fittizia è rappresentata dall'art. 37, comma 3, D.P.R. 600/1973.

La dottrina, soffermandosi sul confronto del predetto art. 37, comma 3, D.P.R. 600/1973 con la normativa in tema di *CFC*, ha messo in risalto come i due istituti giuridici non abbiano un campo di applicazione assimilabile e si contraddistinguano per una *ratio* differente⁵²⁷.

In particolare, si è rilevato che la disposizione in tema di *CFC* non delinea una totale dequalificazione della soggettività passiva della società residente, atteso che rimane intatta la sua soggettività passiva ai fini *I.R.E.S.*

Questa interpretazione troverebbe conferma nella mancanza di forme di presunzione di fittizietà in punto di possesso del reddito⁵²⁸.

⁵²⁷ Si veda G. MARINO, *La relazione di controllo nel diritto tributario. Analisi interdisciplinare e ricostruzione sistematica*, cit., pp. 322-323.

⁵²⁸ G. MARINO, *La relazione di controllo nel diritto tributario. Analisi interdisciplinare e ricostruzione sistematica*, cit., p. 322, dove si rileva che "la norma non pare sottendere alcuna presunzione circa la fittizietà del possesso del reddito da parte della

Ulteriori argomentazioni nello stesso senso si ricavano dall'esistenza di apposite esimenti, tali da permettere la possibilità di dimostrare l'integrazione dei requisiti afferenti lo svolgimento di un'attività commerciale da parte della partecipata estera⁵²⁹.

E' lecito però esprimere qualche dubbio sul punto.

Da un lato, è certo che il legislatore ha predisposto, tramite la disciplina della *CFC*, una modalità di imputazione dei redditi che, sostanzialmente, nega in radice la soggettività passiva dell'ente interposto, attribuendo tutti i risultati reddituali in capo alla società partecipante residente. Ciò richiama quanto prevede, in via generale, il meccanismo enucleato dall'art. 37, comma 3, D.P.R. 600/1973, specificandone le particolarità applicative in considerazione delle peculiarità dei rapporti dei gruppi societari con particolare riferimento a quelle strutture giuridiche localizzate in Paesi a fiscalità privilegiata⁵³⁰. Da

partecipata estera: a tal fine, infatti, occorrerebbe provare o la distribuzione occulta dei dividendi o, alternativamente, il materiale possesso dei redditi da parte della controllante italiana."

⁵²⁹ G. MARINO, *La relazione di controllo nel diritto tributario. Analisi interdisciplinare e ricostruzione sistematica*, cit., p. 323, dove si mette in luce come un'eventuale ratio di interposizione fittizia della norma *de qua* è sconfessata anche dalla sussistenza di un apposito regime in punto di esimenti per il caso in cui la società partecipata estera dia corso ad un'effettiva attività imprenditoriale.

⁵³⁰ In questo senso si veda P. VALENTE, *Esterovestizione e residenza*, Milano, 2013, p. 76 dove si rileva che "appare chiaro che, in assenza di collegamento ed effettivo radicamento sul territorio, le società 'off-shore', solitamente localizzate in Paesi o territori a fiscalità privilegiata, sono considerati dagli ordinamenti giuridici degli Stati a fiscalità avanzata quali meri schermi societari, la cui unica funzione è quella di localizzare attività (ed i redditi d'impresa che ne rinvengono) prevalentemente in 'paradisi fiscali'. Trattasi di [...] realtà giuridiche alle quali risulta

un altro lato, non pare che la sussistenza di apposite esimenti possa mutare il quadro delineato.

Le esimenti si collocano, infatti, su un piano procedimentale, rappresentando previsioni volte a tutelare il contribuente, che gli forniscono la possibilità di dimostrare la non fittizietà della struttura giuridica partecipata.

L'analisi condotta fin qui in tema di legislazione *CFC* permette di concludere che la disciplina in esame, differentemente dal regime di contrasto alle società di comodo di cui all'art. 30, L. 724/1994, debba considerarsi un mezzo per il contrasto a fenomeni di carattere elusivo che si sostanziano in forme di interposizione fittizia, senza che sia possibile dimostrare profili di effettiva difformità rispetto alla portata della disciplina di contrasto ai fenomeni di interposizione fittizia di cui all'art. 37, comma 3, D.P.R. 600/1973⁵³¹.

10.2. *Fenomeno interpositorio e rilievo della sede*

applicabile [...] la disciplina antielusiva relativa alla *CFC*, mediante la quale il legislatore tributario, indipendentemente dal tema della residenza fiscale, attribuisce – in via di presunzione relativa – i redditi provenienti da siffatte *legal entities* al soggetto d'imposta controllante”.

⁵³¹ In questi termini G. MARINO, *La relazione di controllo nel diritto tributario. Analisi interdisciplinare e ricostruzione sistematica*, cit., p. 323, che conclude, ritenendo che “il fine perseguito sia il disconoscimento dell'esistenza dello schermo societario limitatamente ai casi in cui il radicamento territoriale delle attività e dei cespiti dell'impresa sia modesto, circostanza che fa scattare la presunzione della prevalente finalità di risparmio d'imposta nel dislocamento in una giurisdizione a fiscalità ridotta. Con ciò, la disciplina in parola deve considerarsi un mezzo per il superamento di fenomeni di interposizione reale [...]”.

dell'amministrazione delle società controllate da enti assoggettati ad I.R.E.S. Brevi cenni in merito alla disciplina in tema di residenza ex art. 73, comma 3, T.U.I.R.

Occorre, ancora, prendere in esame un'ulteriore disciplina che si pone al confine con il regime previsto ex art. 37, comma 3, D.P.R. 600/1973 per quanto riguarda l'interposizione fittizia, disciplina che presenta con tale regime alcuni profili di interazione che meritano ora un approfondimento⁵³², prendendo le mosse dall'art. 73, comma 3 del T.U.I.R., concernente i requisiti di individuazioni della residenza delle società controllate da enti sottoposti ad imposizione I.R.E.S.⁵³³.

⁵³² In questo senso, G. MARINO, *La relazione di controllo nel diritto tributario. Analisi interdisciplinare e ricostruzione sistematica*, cit., p. 289.

⁵³³ Con riferimento al tema della residenza fiscale dei soggetti I.R.E.S. si vedano, senza pretesa di completezza, i seguenti contributi: G. MARINO, *La residenza nel diritto tributario*, Padova, 1999; S. DORIGO, *Residenza fiscale delle società e libertà di stabilimento nell'Unione Europea*, Padova, 2012; P. PISTONE, *EC law and tax residence of companies*, in AA.VV., *Residence of companies under tax treaties and EC law*, a cura di G. MAISTO, Amsterdam, 2009, pp. 183 segg.; G. MARINO, *Residenza fiscale, libertà fondamentali e normative antielusive nazionali*, in *Riv. d. trib.*, I, 2001, pp. 195 segg.; AA.VV., *Esterovestizione societaria. Disciplina tributaria e profili tecnico-operativi*, a cura di C. SACCHETTO, Torino, 2013; C. SACCHETTO, *L'imposta sul reddito delle persone giuridiche*, in AA.VV., *Trattato di diritto tributario. I tributi in Italia*, diretto da A. AMATUCCI, IV, Padova, 1994, pp. 88 segg.; AA.VV., *Commentario al testo unico delle imposte sui redditi, III, Tuir e*

La caratteristica di fondo della disciplina introdotta all'art. 73, comma 3, *T.U.I.R.* risponde alla funzione – centrale nell'economia di un sistema impositivo come quello italiano improntato ad un criterio di tassazione personale dei redditi – di offrire un criterio di collegamento per la delimitazione del potere impositivo degli Stati⁵³⁴.

In questa chiave, l'obiettivo dell'istituto della residenza fiscale è di fornire, appunto, validi criteri che permettano agli operatori di comprendere se e a quali condizioni l'ordinamento consideri effettivamente sussistente una tipologia di legame qualificato tra il soggetto passivo *I.R.E.S.* ed un dato Paese, tale da legittimare l'assoggettamento a tassazione da parte di quello stesso Stato di tutti i redditi prodotti, su base mondiale, invece che dei soli redditi prodotti sul suo territorio⁵³⁵.

Venendo, quindi, ai criteri enucleati dall'art. 73, comma 3, *T.U.I.R.* occorre rilevare come gli stessi, a carattere alternativo e non cumulativo, tengano in conto tanto elementi formali - quali la sede legale della società – quanto profili di carattere sostanziale – quali l'oggetto principale e la sede dell'amministrazione - che favoriscono un'indagine effettuale, da condursi in chiave casistica, circa la sede di effettivo svolgimento dell'attività economica⁵³⁶.

leggi complementari, diretto da G. FALSITTA, A. FANTOZZI, G. MARONGIU, F. MOSCHETTI, cit., pp. 627 segg.

⁵³⁴ Si veda S. DORIGO, *Residenza fiscale delle società e libertà di stabilimento nell'Unione Europea*, cit., pp. 44-45.

⁵³⁵ S. DORIGO, *Residenza fiscale delle società e libertà di stabilimento nell'Unione Europea*, cit., p. 45.

⁵³⁶ G. ZIZZO, *L'imposta sul reddito delle società*, in G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario. Parte Speciale. Il sistema delle imposte in Italia*, cit., p. 269.

In limine, può, peraltro, evidenziarsi che, per quanto i criteri di matrice sostanziale permettano di giungere a un accertamento effettivo circa la sussistenza di una situazione che integra il presupposto per essere considerati residenti, favorendo una più completa e tendenzialmente più veritiera mappatura dei soggetti residenti, tuttavia tali criteri prestano il fianco a rischi di opinabilità ed incertezza, non immediatamente superabili, come, al contrario, accade per gli altri criteri di collegamento, di natura più formale⁵³⁷.

In particolare, dall'analisi del formante giurisprudenziale, emerge come possano sorgere innumerevoli difficoltà specialmente con riferimento al criterio incentrato sulla localizzazione della sede dell'amministrazione delle

Sulla rilevanza dell'attività effettivamente svolta quale elemento centrale della nozione di oggetto sociale si veda C. GARBARINI, *L'oggetto principale dell'attività quale elemento per determinare la residenza delle persone giuridiche*, in *Riv. d. trib.*, 2014, V, pp. 47 segg. In particolare quest'ultimo Autore rileva come la giurisprudenza italiana rilevi come "l'oggetto principale è costituito dall'attività essenziale e caratterizzante della società; tale identificazione dell'oggetto sociale con l'attività esercitata deriva, nell'interpretazione della Cassazione, da quanto previsto dall'art. 73, comma 4, ultimo periodo, Tuir [...] l'oggetto principale non coincide con i beni mediante i quali l'attività si esplica; non è dunque dirimente, ai fini di localizzare l'oggetto principale, la circostanza che i beni principali posseduti dalla società si trovino in Italia; perché l'oggetto principale sia infatti localizzabile in Italia occorre che, per effetto della presenza dei beni in territorio italiano, l'attività della società sia qui concretamente svolta [...]" (pp. 52-44).

⁵³⁷ S. DORIGO, *Residenza fiscale delle società e libertà di stabilimento nell'Unione Europea*, cit., p. 56. Si veda anche G. ZIZZO, *L'imposta sul reddito delle società*, in G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario. Parte Speciale. Il sistema delle imposte in Italia*, cit., p. 269.

società controllate⁵³⁸.

La localizzazione della sede ove effettivamente sono poste in essere attività di amministrazione e di direzione dell'ente non è affatto di semplice individuazione, specie alla luce del sempre più frequente utilizzo di forme di comunicazione e di direzione aziendale che si fondano su meccanismi di comunicazione a distanza, quali i sistemi di video-conferenza, che non richiedono una presenza fisica presso la sede formale dell'impresa⁵³⁹.

Ulteriori difficoltà, sempre relative alla corretta interpretazione dei confini dei criteri di collegamento sostanzialistici, attengono alla problematica circa l'individuazione del concetto di amministrazione preso in esame dalla disposizione di cui all'art. 73, comma 3,

⁵³⁸ C. SACCHETTO, *L'imposta sul reddito delle persone giuridiche*, in AA.VV., *Trattato di diritto tributario. I tributi in Italia*, cit., pp. 91-92, dove si espone come tale criterio presenta particolari complessità nei casi in cui gli amministratori del soggetto passivo svolgano un'attività gestoria di tipo occasionale e, più in generale, nei confronti di "quei soggetti passivi d'imposta che, non essendo tenuti ad indicare la sede nell'atto costitutivo, possono difettare sia di una 'sede legale', sia di un vero e proprio organo amministrativo, sia di una sede dell'amministrazione [...]". Nello stesso senso, G. ZIZZO, *L'imposta sul reddito delle società*, in G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario. Parte Speciale. Il sistema delle imposte in Italia*, cit., p. 269.

⁵³⁹ S. DORIGO, *Residenza fiscale delle società e libertà di stabilimento nell'Unione Europea*, cit., pp. 56-57, dove si mette, peraltro, in luce come ulteriori difficoltà insorgano per quanto riguarda l'onere della prova e l'acquisizione da parte dell'Amministrazione finanziaria di tutte le informazioni necessarie, anche relative alle attività di amministrazione e gestione dell'impresa svolte al di fuori del territorio dello Stato.

*T.U.I.R.*⁵⁴⁰.

In dottrina si è, infatti, esposto come non sia facile comprendere se la nozione di amministrazione presa in esame dalla norma *de qua* si limiti a considerare la sola alta amministrazione, cioè quel tipo di amministrazione che riguarda il centro di direzione da cui promano gli impulsi decisivi per la vita e le scelte imprenditoriali, oppure si estenda fino a ricomprendere anche forme di amministrazione di tipo ordinario, rappresentate dagli atti di gestione dei rapporti quotidiani con clienti e fornitori che possono giungere fino a tipologie di amministrazione improntate a funzioni meramente esecutive⁵⁴¹.

10.2.1. *La normativa in materia di contrasto all'esterovestizione delle società controllate da enti assoggettati ad I.R.E.S quale espressione di un fenomeno di interposizione.*

⁵⁴⁰ In questo senso cfr. G. ZIZZO, *L'imposta sul reddito delle società*, in G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario. Parte Speciale. Il sistema delle imposte in Italia*, cit., pp. 269-270 che rileva come la crisi del modello di cui all'art. 73, comma 3, *T.U.I.R.* si possa superare, alternativamente, perseguendo una ricerca del luogo di effettivo controllo degli impulsi di alta amministrazione, oppure della località dove si compie la gestione operativa della società.

⁵⁴¹ G. MARINO, *La relazione di controllo nel diritto tributario. Analisi interdisciplinare e ricostruzione sistematica*, cit., pp. 307-308, che si esprime per la prima impostazione, tesa a riconoscere la portata della nozione di amministrazione, rilevando come, invece, la seconda forma di amministrazione dovrebbe, a rigore, essere valorizzata quale espressione del criterio di oggetto sociale effettivo dell'impresa.

Il criterio fondato sulla sede dell'amministrazione è stato valorizzato dal legislatore⁵⁴² con l'introduzione nel 2006 di specifiche norme di contrasto alla c.d. esterovestizione societaria⁵⁴³.

Tali disposizioni, come noto, hanno statuito una previsione di presunzione di residenza in Italia per gli enti collettivi – tra i quali si collocano le società controllate da enti assoggettati ad I.R.E.S - basata sul rilievo, alternativo, del controllo, anche indiretto, da parte di soci residenti nel territorio italiano oppure dell'amministrazione esercitata da soggetti che operano prevalentemente sul territorio nazionale⁵⁴⁴.

La *ratio* della norma sta nello scopo di addivenire all'individuazione della sede effettiva della società,

⁵⁴² Tale dato è messo in luce dalla Relazione finale della Commissione c.d. Biasco, che ha rilevato come la normativa in materia di esterovestizione introdotta all'art. 73, commi 5 *bis* e 5 *ter* “non introduce un nuovo criterio di residenza, ma si affida ad uno dei tre criteri alternativi attualmente in vigore, la sede dell'amministrazione, desumendola, in via presuntiva, da alcuni elementi quali il controllo della società e la residenza degli amministratori”. Si veda anche AA.VV., *Commentario al testo unico delle imposte sui redditi, III, Tuir e leggi complementari*, diretto da G. FALSITTA, A. FANTOZZI, G. MARONGIU, F. MOSCHETTI, cit., p. 634.

⁵⁴³ Al testo dell'art. 73, *T.U.I.R.* sono stati aggiunti i commi 5 *bis* e 5 *ter*, a seguito dell'emanazione dell'art. 35, comma 13, D.L. 4 luglio 2006, n. 223, convertito con la Legge 4 agosto 2006, n. 248. I contributi in materia di esterovestizione sono molteplici. Si vedano, *ex multis*, G. MELIS, *Il trasferimento della residenza fiscale nell'imposizione sui redditi, profili critici ed ipotesi ricostruttive*, Aracne editore, 2008.

⁵⁴⁴ Si veda AA.VV., *Commentario al testo unico delle imposte sui redditi, III, Tuir e leggi complementari*, diretto da G. FALSITTA, A. FANTOZZI, G. MARONGIU, F. MOSCHETTI, cit., pp. 633-634.

superando i dati formali relativi alla collocazione della sede all'estero, dando massima rilevanza ai profili relativi all'elemento del controllo societario - incentrando il nucleo della disciplina sulla localizzazione della residenza dei soci che, direttamente o indirettamente, hanno il controllo dell'ente - oppure all'elemento dell'amministrazione, considerando centrale la residenza dei soggetti che svolgono le attività di amministrazione apicale della società⁵⁴⁵.

Anche tale previsione normativa pare rispondere a una logica di contrasto nei confronti di quei fenomeni, prima descritti, caratterizzati da una dissociazione tra forma e sostanza e che ricadono nel più ampio insieme sistematico dell'interposizione⁵⁴⁶.

Atteso, infatti, che l'obiettivo dei contribuenti che pongono in essere pratiche di esteroinvestizione è rappresentato, alternativamente, dal tentativo di sottrarre alla disciplina fiscale domestica specifiche fonti di redditi ovvero anche determinate attività d'impresa che,

⁵⁴⁵ Si veda P. VALENTE, *Esterovestizione e residenza*, cit., pp. 76 segg., dove si evidenzia come la disciplina in esame presenti profili problematici in particolare con riferimento alle società *holding*. L'Autore afferma, infatti, che “le holding di partecipazione, in conseguenza della peculiare tipologia dell'attività d'impresa, sono necessariamente localizzate nel territorio di Stati (solitamente appartenenti all'UE): i cui ordinamenti tributari prevedono specifici regimi per il cd. 'passive income' (dividendi, interessi, capital gains); aventi un ampio network convenzionale con numerosi Paesi, diretto a regolamentare i predetti flussi transnazionali di reddito. La configurazione dell'attività dell'impresa e delle holding e [...] il problema della corretta identificazione della residenza ai fini fiscali delle stesse, presenta elementi applicativi [...] di difficile interpretazione [...]”.

⁵⁴⁶ In tale senso P. VALENTE, *Esterovestizione e residenza*, cit., p. 76.

altrimenti, sarebbero suscettibili di attrazione ad imposizione in Italia⁵⁴⁷ – le costruzioni giuridiche localizzate all'estero e destinate a tali scopi presentano una specifica caratteristica distintiva.

Specialmente, con riferimento alle società *holding*, si assiste a una mancanza quasi assoluta di genuinità delle operazioni economiche poste in essere nello Stato della residenza, poiché le effettive attività industriali e commerciali che contraddistinguono l'ente giuridico risultano delocalizzate e poste in essere in uno Stato estero⁵⁴⁸.

Da ultimo va meglio specificato il rapporto esistente tra la disciplina relativa all'esterovestizione e la normativa in materia di *CFC*.

A questo riguardo, come è stato evidenziato in dottrina, si può rilevare come i due fenomeni presentino molteplici profili di contatto, ponendosi in un'ottica di continuità l'uno rispetto all'altro⁵⁴⁹.

⁵⁴⁷ P. VALENTE, *Esterovestizione e residenza*, cit., p. 79.

⁵⁴⁸ P. VALENTE, *Esterovestizione e residenza*, cit., pp. 80-81, dove si espone che “nelle configurazioni strutturali formate per ragioni di convenienza fiscale, spesso si assiste alla (pressoché totale) assenza dell'elemento sostanziale nel Paese di costituzione della società (es., assenza di qualsivoglia organizzazione di uomini e mezzi, astrattamente idonea al perseguimento delle finalità economiche d'impresa) alla quale fa da contraltare l'ineccepibile formalizzazione della vita societaria della *legal entity*, per lo più attraverso l'attività esercitata in outsourcing da società di consulenza locali. Ci si riferisce, in particolare, alle holding di mera gestione di partecipazione in società italiane (cd. ‘*holding passive*’ o ‘statiche’), che non svolgono alcuna attività economica di particolare rilievo.”

⁵⁴⁹ Cfr. P. VALENTE, *Esterovestizione e residenza*, cit., p. 75, nota 9, dove si rileva come, tramite la disciplina *CFC* “si realizza, così, da parte degli ordinamenti degli Stati a fiscalità avanzata una

Infatti, la disciplina in materia di esterovestizione pare muoversi quale strumento di contrasto ai fenomeni di illecita sottrazione di materia imponibile in un momento logicamente parallelo rispetto alle misure in materia di *CFC*.

Sotto il profilo funzionale tale disciplina pare anch'essa volta a contrastare forme di interposizione fittizia dove al dato formale della localizzazione della residenza in uno specifico Paese estero si accompagna la mancanza, su un piano sostanziale, dello svolgimento dell'attività economica imprenditoriale nello stesso Paese di residenza⁵⁵⁰.

Anche in tale ipotesi, quindi, come nel caso del regime di cui agli art. 167 e 168 *T.U.I.R.*, l'obiettivo della disciplina è di colpire la divaricazione tra forma e sostanza, negando la sussistenza del requisito della residenza nel Paese estero e sottoponendo conseguentemente tutti i risultati reddituali a imposizione nel Paese dove è localizzata la residenza effettiva.

Tuttavia, tra le due situazioni esaminate vi è una differenza di rilievo.

I requisiti che la disciplina in tema di esterovestizione prende in esame per individuare il luogo dell'effettiva

presunzione legale volta ad attrarre a tassazione i redditi estervestiti, determinando, inoltre, un'inversione dell'onere probatorio a carico del contribuente, chiamato a dare prova che l'operazione non è connessa ad una strategia diretta esclusivamente a conseguire illegittimi risparmi d'imposta".

⁵⁵⁰ Si veda P. VALENTE, *Esterovestizione e residenza*, cit., p. 76, dove si rileva che "il tema dell'individuazione della residenza fiscale si pone unicamente per le società '*on-shore*', i cui redditi rinvengono da attività d'impresa condotta (sul territorio ove esse sono localizzate o all'estero) mediante struttura organizzata (azienda), e non per le società '*off-shore*' [...]".

residenza dell'ente collettivo controllato si incentrano, primariamente, su meccanismi di collegamento fondati sulla localizzazione della catena proprietaria o sull'individuazione della sede dell'amministrazione dell'ente stesso tenendo in conto un approccio di carattere formale.

Criterio, quest'ultimo, che oltre a esporsi a critiche in relazione a quanto si evince dalle fonti – come si avrà modo di sostenere nel seguente paragrafo - dell'Unione Europea, si palesa distonico rispetto al criterio di matrice sostanziale che, invece, costituisce il parametro di riferimento nell'ambito della disciplina sulla *CFC*.

Infatti, come si era in presenza rilevato, una delle esimenti previste nella disciplina in materia di *CFC* delinea un regime di disapplicazione fondato sull'effettivo svolgimento di un'attività industriale o commerciale nel c.d. “paradiso fiscale” da parte dell'ente collettivo partecipato.

Tale previsione, che si incentra sulla valorizzazione delle ragioni imprenditoriali – prima di quelle fiscali – per la localizzazione dell'attività imprenditoriale, non trova, invece, diretta rilevanza nell'ambito del meccanismo di contrasto all'esterovestizione.

10.2.2 Critica alla scelta del legislatore in tema di sede dell'amministrazione ex art. 73, comma 3, T.U.I.R. e necessità di un approccio fondato su criteri di collegamento compatibili con il diritto dell'Unione Europea.

Occorre, a questo punto, tornare ad affrontare alcuni profili che si erano già abbozzati in precedenza, sebbene con

riferimento specifico al tema dell'abuso della forma giuridica nell'ambito del diritto dell'Unione Europea.

Infatti, come si era avuto modo di osservare, in diritto dell'Unione Europea trova particolare rilievo l'istituto della libertà di stabilimento, che delinea, con maggior pregnanza, il plesso di libertà esercitabili da parte dei soggetti che svolgono attività d'impresa⁵⁵¹.

Già in precedenza si è visto come l'elemento caratteristico che rappresenta il *proprium* della libertà di stabilimento debba cogliersi nell'esercizio continuativo e duraturo di un'attività di tipo economico nel territorio dello Stato estero.

Tale concezione non è priva di risvolti anche in tema di residenza fiscale dei soggetti passivi *I.R.E.S.*.

Ed, infatti – come si è brevemente avuto modo di accennare – i criteri di collegamento in punto di residenza forniti dall'art. 73, comma 3, *T.U.I.R.* costituiscono espressione di una concezione tesa a dare primaria rilevanza a meccanismi di collegamento fondati sulla localizzazione della catena proprietaria o sull'individuazione della sede dell'amministrazione dell'ente stesso⁵⁵².

Ora, non si vuole negare che gli Stati membri non possano scegliere, secondo loro valutazioni discrezionali, quali

⁵⁵¹ S. DORIGO, *Residenza fiscale delle società e libertà di stabilimento nell'Unione Europea*, cit., pp. 292-293.

⁵⁵² In questo senso, si vedano G. MARINO, *La relazione di controllo nel diritto tributario. Analisi interdisciplinare e ricostruzione sistematica*, cit., pp. 290 segg.; S. DORIGO, *Residenza fiscale delle società e libertà di stabilimento nell'Unione Europea*, cit., pp. 298 segg., dove si espone come “criteri di collegamento fondati sul principio del controllo – e, dunque, sulla localizzazione dei soci o degli amministratori dell'ente – non dovrebbero rilevare nell'ordinamento europeo.”

debbano essere i criteri di collegamento più opportuni per l'individuazione della residenza fiscale degli enti collettivi⁵⁵³.

Tuttavia, occorre rilevare, come risulta dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, che tale libertà degli Stati membri non sia assoluta, ma vada incontro ad una serie di limitazioni che riguardano, in particolare, il rispetto delle libertà fondamentali dell'Unione.

A questo riguardo, occorre riprendere quanto prima esposto in sede di analisi della problematica concernente l'abuso della forma giuridica nell'ambito del diritto dell'Unione, riflettendo sulla distonia tra giurisprudenza *Centros* in materia di esercizio della libertà di stabilimento in campo di diritto commerciale e giurisprudenza *Cadbury Schweppes* e *Paul Newey* in materia fiscale.

In quella sede si è avuto modo di vedere come, diversamente da ciò che accade nel diritto commerciale, in diritto tributario la Corte di Giustizia non riconosce la piena legittimità dei criteri di carattere formale, postulando la necessità che la struttura giuridica svolga un'effettiva attività economica.

Si tratta di una tensione, quest'ultima, che si palesa anche con riferimento alla disciplina fiscale in materia di residenza degli enti collettivi⁵⁵⁴.

⁵⁵³ Cfr. S. DORIGO, *Residenza fiscale delle società e libertà di stabilimento nell'Unione Europea*, cit., p. 239.

⁵⁵⁴ In tal senso S. DORIGO, *Residenza fiscale delle società e libertà di stabilimento nell'Unione Europea*, cit., p. 247, dove si evidenzia che “nel contesto europeo pare acquisire crescente rilievo il criterio, prettamente formale, del luogo nel quale la società è stata creata ed ha, quindi, la propria sede legale o statutaria. Si tratta di un criterio per lungo tempo osteggiato, anche in seno all'Unione Europea, a favore di regole di tipo sostanziale, fondate cioè sul concetto di sede effettiva: ciò sulla base della convinzione

Sembra, peraltro, legittimo affermare come questa distonia di orientamenti interpretativi della giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di libertà di stabilimento con riferimento rispettivamente al versante di diritto commerciale ed a quello di diritto tributario possa avere avuto anche conseguenze sul tema della residenza fiscale degli enti.

Da un lato, si sarebbe reso meno difficoltoso lo spostamento della residenza degli enti nell'ambito dell'Unione, incentivando eventuali fenomeni di migrazione con finalità puramente fiscali.

Dall'altro, si sarebbe, così, resa più impellente una disciplina di tutela delle ragioni del Fisco allo scopo di aggredire in maniera severa forme di pianificazione fiscale formalmente ineccepibili, ma sostanzialmente orientate a sottrarre materia imponibile da Stati ad elevata fiscalità verso Paesi a fiscalità privilegiata⁵⁵⁵.

Inquadrate in questi termini le coordinate di riferimento in relazione al diritto dell'Unione Europea, occorre

che queste fossero maggiormente rappresentative di quel legame reale – che un ente deve manifestare nei confronti dell'ordinamento che gli attribuisce la residenza ed esercita su di esso la piena potestà impositiva [...]”.

⁵⁵⁵ Su posizioni simili si veda S. DORIGO, *Residenza fiscale delle società e libertà di stabilimento nell'Unione Europea*, cit., p. 268, dove si espone che “la ravvisata importanza assunta da criteri di collegamento di tipo formale nel contesto dell'Unione europea anche nella materia fiscale reca con sé conseguenze particolarmente rilevanti. Così, uno Stato non potrà, almeno tendenzialmente, negare l'autonomia soggettività di una società regolarmente costituita secondo le leggi di un diverso Stato membro ed imporle l'assoggettamento alle norme fiscali nazionali, alla stregua di una società costituita *ab origine* secondo queste ultime, sulla base dell'applicazione di regole interne sulla residenza fondate su criteri di tipo sostanziale.”

domandarsi se vi sia corrispondenza tra i criteri di collegamento basati sulla localizzazione della catena proprietaria ed amministrativa, di cui all'art. 73, comma 5-*bis* del *T.U.I.R.*, e la concezione di tipo sostanzialistico ed effettuale della giurisprudenza della Corte di Giustizia nei casi *Cadbury Schweppes* e *Paul Newey*.

Non si nega, anzitutto, che sussista un consolidato orientamento, anche nell'ambito del diritto dell'Unione, volto a contrastare tipologie di localizzazione della residenza caratterizzate da profili di abusività e fittizietà⁵⁵⁶. E' tuttavia opportuno un esame critico della disciplina interna in tema di contrasto all'esterovestizione, alla luce dell'orientamento, generalizzato in ambito di diritto dell'Unione che attribuisce rilievo centrale al dato sostanziale, che si ritiene integrato dallo svolgimento effettivo di un'attività di tipo economico su basi continuative e stabili.

Come si è rilevato in dottrina “la valorizzazione del luogo di residenza dei soci ai fini dell'attribuzione della residenza della società risulta, invero, già di per sé ontologicamente in contrasto con il contenuto della libertà di stabilimento”⁵⁵⁷.

⁵⁵⁶ Cfr. S. DORIGO, *Residenza fiscale delle società e libertà di stabilimento nell'Unione Europea*, cit., p. 289.

⁵⁵⁷ S. DORIGO, *Residenza fiscale delle società e libertà di stabilimento nell'Unione Europea*, cit., pp. 299-300, dove si rileva, ulteriormente, come “il diritto di stabilimento si attua tipicamente attraverso la collocazione di una società in uno Stato diverso da quello nel quale risiedono i proprietari del capitale. Ne consegue che attrarre la residenza fiscale in tale ultimo ordinamento comporterebbe sempre la negazione della libertà di stabilimento [...]. Ne consegue che tale relazione di controllo non può essere assunta dal legislatore nazionale per sottoporre la società controllata alla propria disciplina, anche fiscale, perché altrimenti

V'è di più. Tali criteri di collegamento, come, per esempio, il criterio relativo all'individuazione del luogo di amministrazione della società, si prestano a rischi di aleatorietà ed ambiguità in ragione della difficoltà di individuare l'effettivo Stato della residenza a fronte di compagini sociali o consigli di amministrazione composti da soggetti provenienti da Paesi diversi tra loro.

Paiono, quindi, condivisibili le posizioni dottrinali che hanno evidenziato l'opportunità di abbandonare i criteri di localizzazione della residenza societaria sulla base della catena di controllo societario o amministrativa, accogliendo, invece, le logiche adottate, tra l'altro, nell'ambito della disciplina *CFC*.

Da un lato, tale soluzione presenterebbe il pregio di offrire una visione di tipo sistematico, in grado di accomunare ed armonizzare i meccanismi applicativi relativi a due istituti centrali del diritto tributario.

Da un altro lato, e soprattutto, si giungerebbe a un ulteriore riconoscimento dei criteri legati alla verifica circa la sussistenza di un'effettiva attività economica quale presupposto del godimento delle libertà fondamentali in diritto dell'Unione⁵⁵⁸.

11. La difficoltà di classificazione della società a ristretta base azionaria tra interposizione e tertium genus di soggettività.

si perverrebbe all'assurdo che tutte le società controllate, rispetto alle quali è stato legittimamente esercitato il diritto di stabilimento, potrebbero per ciò solo essere considerate fiscalmente residenti nello Stato della controllante [...]"

⁵⁵⁸ In tale senso si veda S. DORIGO, *Residenza fiscale delle società e libertà di stabilimento nell'Unione Europea*, cit., pp. 301-320.

Vi è, infine, un ulteriore fenomeno di cui è necessario dare conto nell'ambito dell'approfondimento del fenomeno interpositorio.

Va ricordato quanto detto in precedenza, che in diritto tributario sussiste una fondamentale bipartizione per quanto concerne i modelli di imputazione di situazioni giuridiche soggettive rilevanti in diritto tributario.

Ora, tale bipartizione sistematica è andata incontro a critiche, di particolare pregnanza alla luce del formante giurisprudenziale, che ne hanno messo in luce la non piena rispondenza, nella situazione economica attuale, alle effettive interrelazioni società-soci.

Si era osservato come il modello imprenditoriale preso in considerazione dall'art. 73 *T.U.I.R.* abbia come punto di riferimento le strutture capitalistiche di medio-grandi dimensioni, caratterizzate da un'organizzazione di mezzi e persone di ampia portata.

Diversamente, il modello della trasparenza, ricollegato agli enti collettivi costituiti a mezzo dei tipi societari personalistici, ha rappresentato lo strumento societario tipico della piccola impresa italiana, denotata da una scarsa organizzazione imprenditoriale e da un apporto fondamentale delle risorse personali dei singoli soci⁵⁵⁹.

⁵⁵⁹ Si veda, a tale proposito, P. BORIA, *Il principio di trasparenza nella imposizione delle società di persone*, cit., pp. 78-79, dove si evidenzia che “si è venuta così creando in sostanza nell'economia moderna una bipartizione: da una parte il sistema programmato, formato da poche grandi imprese; dall'altra parte il sistema di mercato vero e proprio, formato da una moltitudine di piccole e medie imprese. [...] Esiste dunque nell'attuale fase economica il presupposto per la formazione di società di ristrette dimensioni che

L'impostazione bipartita presa a riferimento dal legislatore in tema di soggettività passiva si è scontrata con la circostanza che, oltre alle imprese medio-grandi, lo strumento societario capitalistico è stato interessato da un utilizzo estremamente frequente anche da parte di altri soggetti, in dottrina e giurisprudenza comunemente definiti quali 'società di capitali a ristretta base proprietaria'⁵⁶⁰. Tale situazione ha, quindi, richiamato l'attenzione degli interpreti e della giurisprudenza che si sono interrogati circa la possibilità di ricondurre, al di là degli schemi organizzativi di matrice civilistica formalmente adottati, forme giuridiche formalmente di capitali nel novero di un

possono svolgere non solo attività imprenditoriali di modeste dimensioni, ma anche attività di maggior portata.”

⁵⁶⁰ Sul tema delle società a ristretta base azionaria si vedano, *ex multis*, A. PERRONE, *Perché non convince la presunzione di distribuzione di utili 'occulti' nelle società di capitali a ristretta base proprietaria*, in *Riv. d. trib.*, I, 2014, pp. 575 segg.; A. CONTRINO, *Ancora sulla presunzione di distribuzione di utili occulti nelle società di capitali 'a ristretta base proprietaria'*, in *Rass. trib.*, 2013, pp. 1113 segg.; F. RASI, *La tassazione per trasparenza delle società di capitali a ristretta base proprietaria*, cit.; F. PAPARELLA, *La presunzione di distribuzione degli utili nelle società di capitali a ristretta base sociale*, in *Dir. prat. trib.*, 1995, I, pp. 453 segg.; A. PICCARDO, *Sul valore meramente indiziario della ristretta base azionaria ai fini della prova della distribuzione ai soci del maggior reddito accertato a carico della società*, in *Dir. prat. trib.*, 2000, I, 1122 ss.; M. BEGHIN, *L'occulta distribuzione dei dividendi nell'ambito delle società di capitali a "ristretta base" tra automatismi argomentativi e prova per presunzioni*, in *GT - Riv. giurisprudenza tributaria*, 2004, pp. 431 segg.; A. BENAZZI, *La ristrettezza della base sociale legittima l'accertamento basato su criteri presuntivi*, in *Corr. trib.*, 2008, pp. 212 segg.; S. DE MARCO, *Il regime della tassazione per trasparenza delle società di capitali*, cit.

modello di imputazione soggettiva di tipo personalistico⁵⁶¹. In sostanza, tali formazioni collettive costituite nella forma di società di capitali presenterebbero come caratteristica comune quella di essere denotate per una compagine societaria ristretta⁵⁶².

Alla ristrettezza della compagine societaria viene associato il dato ulteriore del rapporto di immedesimazione tra soci ed ente collettivo. Rapporto che, come noto, viene tradizionalmente riconnesso, già in diritto commerciale, ad una matrice di stampo personalistico in cui il connubio tra potere gestorio, qualità di socio e diritto alla percezione degli utili è tendenzialmente indissolubile.

L'elemento della ristretta base proprietaria verrebbe letto quale espressione dello svuotamento del carattere proprio della struttura di stampo capitalistico, stravolta alla radice da un utilizzo fortemente personalistico, non dissimile da quello tipico delle società di persone. Diversa sarebbe soltanto la modulazione del diritto alla percezione degli utili, vincolato, nelle società di stampo capitalistico, all'esistenza di una delibera assembleare⁵⁶³, a differenza di ciò che avviene nelle società di persone.

L'impostazione che si è appena vista rappresenta l'architrave teoretica di un orientamento giurisprudenziale che, in un'ottica di contrasto al fenomeno dell'evasione fiscale nell'ambito delle società di capitali a ristretta base proprietaria, ha codificato una vera e propria presunzione di distribuzione degli utili extracontabili che siano stati oggetto di un accertamento nei confronti della società di

⁵⁶¹ P. BORIA, *Il principio di trasparenza nella imposizione delle società di persone*, cit., p. 79.

⁵⁶² F. RASI, *La tassazione per trasparenza delle società di capitali a ristretta base proprietaria*, cit., p. 17.

⁵⁶³ In questo senso cfr. F. RASI, *La tassazione per trasparenza delle società di capitali a ristretta base proprietaria*, cit., p. 18.

capitali direttamente in capo ai soci⁵⁶⁴.

La giurisprudenza ha, infatti, ammesso che i soci di società di capitali a ristretta base societaria possano essere oggetto di autonomo avviso di accertamento avente ad oggetto la ripresa a tassazione degli utili “in nero” accertati in capo alla società partecipata in proporzione alla quota di partecipazione detenuta, sul solo presupposto, appunto, della ristrettezza della compagine societaria⁵⁶⁵.

In ogni caso, al di là dei riflessi procedimentali che si sono appena accennati, occorre interrogarsi, in linea con l’orientamento della presente ricerca, sulla questione teorica circa i riflessi della presunzione in esame sotto il profilo relativo alla soggettività passiva.

Occorre precisare, cioè, se al fenomeno impositivo che consegue all’accertamento in capo alle società di capitali a ristretta base societaria deve essere o meno riconnessa un’autonomia di effetti in punto di soggettività tributaria al di fuori dei due modelli prima visti: l’uno, di riconduzione del reddito prodotto dall’ente collettivo nell’alveo del meccanismo dell’imputazione alla forma giuridica sul

⁵⁶⁴ Su tali profili si veda, in particolare, A. CONTRINO, *Ancora sulla presunzione di distribuzione di utili occulti nelle società di capitali ‘a ristretta base proprietaria’*, cit., p. 1113.

⁵⁶⁵ La natura di tale presunzione è stata sottoposta a molteplici critiche in dottrina su cui si veda, *ex multis*, A. CONTRINO, *Ancora sulla presunzione di distribuzione di utili occulti nelle società di capitali ‘a ristretta base proprietaria’*, cit., pp. 1113 segg.

In particolare, tale Autore ha evidenziato come, anche ad ammettere la legittimità della presunzione di distribuzione fondata sulla ristrettezza della compagine societaria, non può, comunque, darsi luogo ad un’ulteriore presunzione circa l’intervenuta ripartizione tra i soci degli utili stessi in mancanza di ulteriori elementi probatori che possano rendere almeno probabile tale ulteriore presunzione.

presupposto dell'organizzazione capitalistica; l'altro, all'imputazione per trasparenza, sul rilievo fondamentale del ruolo degli individui-soci.

La dottrina si è mostrata contraria a riconoscere la sussistenza di un *tertium genus*, alternativo ai modelli dell'imputazione per trasparenza o fondati sul rilievo della struttura della società in forza del riferimento all'organizzazione⁵⁶⁶, facendo leva, in particolare, sulla circostanza che la presunzione di distribuzione in capo ai soci dei risultati reddituali rappresenta, in mancanza di ulteriori elementi di carattere probatorio che la possano assistere, una mera ipotesi priva di riscontro.

Presunzione, peraltro, che così come formulata, viene contestata anche sul rilievo che essa determina una lesione del principio di capacità contributiva, non essendo sufficiente a legittimarla costituzionalmente il ricorso al principio della trasparenza⁵⁶⁷.

Il discorso, così posto nelle sue linee fondamentali, non esaurisce ancora la questione, richiedendo un ulteriore approfondimento.

Infatti, se non è possibile legittimare, come si è appena

⁵⁶⁶ F. RASI, *La tassazione per trasparenza delle società di capitali a ristretta base proprietaria*, cit., p. 102.

⁵⁶⁷ F. RASI, *La tassazione per trasparenza delle società di capitali a ristretta base proprietaria*, cit., pp. 102-103, dove si evidenzia come “il semplice riferimento alla particolare compagine societaria resta null'altro che una supposizione, una congettura, qualora non concorrano altri elementi; anche nelle società a ristretta base familiare o azionaria può mancare, con eguale grado di probabilità, quella ‘complicità’ aprioristicamente attribuita ai soci di tali società. Nel bilanciamento delle norme di rango costituzionale, ciò consente di dare la primazia al principio di capacità contributiva e quindi non ritenere possibile estendere alla società di capitali il meccanismo di tassazione per trasparenza.”

esposto, una presunzione generalizzata di distribuzione degli utili evasi dalla società di capitali a ristretta base proprietaria in capo ai soci che la partecipano, occorre precisare come tale presunzione di matrice giurisprudenziale si ponga su di un piano differente da altre ipotesi di crisi della forma giuridica soggettiva degli enti collettivi.

Va detto al riguardo che, nell'ambito delle società a ristretta base proprietaria, l'ordinamento riconosce pienamente la sussistenza di un'effettiva attività economica di matrice imprenditoriale.

Certo, l'effetto della presunzione di distribuzione in capo ai soci degli utili accertati in capo alla società non è ininfluenza nei rapporti società-soci, determinando una deviazione dal tradizionale modello impositivo previsto per le società di capitali, che disegna una regressione alla trasparenza quale meccanismo di imputazione dei risultati reddituali.

Ma si tratta, per vero, di una forma di crisi che impatta unicamente sul criterio di imputazione soggettiva, senza implicare più radicali alterazioni o svalutazioni, sotto il profilo oggettivo, della riconduzioni di tutti i proventi nell'alveo della categoria del reddito d'impresa sulla base della presunzione di commercialità per gli enti collettivi di stampo commerciale di cui all'art. 73, *T.U.I.R.*.

12. Accertamento bancario e riferibilità alla società delle somme movimentate sui conti intestati ai soci o ai loro congiunti: ulteriore forma di lata applicabilità del criterio di inesistenza della struttura giuridica?

Va esaminata ora una diversa questione, anch'essa

affrontata dalla giurisprudenza, che riguarda sempre le società a ristretta base societaria.

Si era visto nel paragrafo precedente come la giurisprudenza, ritenendo la ristretta base proprietaria sintomo di uno svuotamento del carattere proprio della struttura di stampo capitalistico, abbia codificato una presunzione di distribuzione in capo ai soci degli utili extracontabili che siano stati oggetto di un accertamento nei confronti della società di capitali.

La questione che ora si descriverà è relativa a un fenomeno, sempre in tema di società a ristretta base societaria, per certi versi di natura inversa a quella precedentemente esaminata. Si tratta della questione circa la legittimità, ammessa in giurisprudenza, dell'accertamento bancario⁵⁶⁸ effettuato nei confronti di soci - e loro congiunti - di società a ristretta base, allo scopo di riferire gli importi risultanti dalle somme movimentate su tali conti in capo alla società stessa.

Si è assistito, a tale riguardo, ad un rilevante mutamento giurisprudenziale.

Un primo filone giurisprudenziale, infatti, aveva affermato la legittimità dell'utilizzo dell'accertamento bancario nei confronti di soci e loro congiunti alla sola ipotesi in cui l'Amministrazione fosse stata pregiudizialmente in grado di dimostrare la fittizietà dell'intestazione dei conti correnti in capo ai soci e familiari - in realtà meri soggetti

⁵⁶⁸ Su tale tematica si vedano, con particolare riferimento al recente arresto della Corte Costituzionale del 6 ottobre 2014, n. 228, P. BORIA, *Un leading case della Corte Costituzionale in materia di presunzioni bancarie (nota a Corte Cost.n. 228/2014)*, in *Riv. d. trib.*, II, 2014, pp. 228 segg.; G. FRANSONI, *Il coraggio della Consulta, il valore indiziario dei prelievi bancari ed il principio di Al Capone (postilla a Emanuele Artuso)*, in *Riv. d. trib.*, II, 2014, pp. 260 segg.

interposti –, offrendo la dimostrazione che gli importi risultanti dalle movimentazioni bancarie fossero, in realtà, imputabili direttamente alla società sottoposta ad accertamento⁵⁶⁹.

Tale orientamento giurisprudenziale è stato, successivamente, superato da un'altra linea argomentativa che ha sostenuto addirittura la legittimità della presunzione di riferibilità in capo alla società delle movimentazioni riscontrate sui conti correnti di soci e loro familiari tramite l'utilizzo dell'accertamento bancario direttamente nei confronti di questi ultimi sul presupposto del solo indizio relativo alla “sostanziale sovrapposizione degli interessi personali e societari, nonché [...] degli interessi economici perseguiti dalla società con quelli stessi dei soci”⁵⁷⁰.

⁵⁶⁹ Si vedano, a tale proposito, le pronunce della Cassazione n. 16345 del 26.09.2012 e n. 20199 del 24.09.2010, dove si era affermato che l'accertamento di tipo bancario “non trova applicazione con riguardo a conti bancari intestati esclusivamente a persone diverse, ancorché legate al contribuente da vincoli familiari o commerciali, salvo che l'ufficio opponga e poi provi in sede giudiziale che l'intestazione a terzi è fittizia o comunque, in relazione alle circostanze del caso concreto, dalla sostanziale imputabilità al contribuente medesimo delle posizioni creditorie e debitorie annotate sui conti”.

⁵⁷⁰ Si vedano, a tale proposito, le pronunce della Cassazione n. 4152 del 2.03.2015; n. 10386 del 13.05.2014; n. 12276 del 12.06.2015.

Proprio in tale ultima pronuncia la Suprema Corte ha affermato che “il D.P.R. n. 633 del 1972, art. 51, comma 2, n. 7 [...] non prevede alcuna limitazione all'attività di indagine volta al contrasto dell'evasione fiscale, nel senso di circoscrivere l'analisi ai soli conti correnti bancari e postali o ai libretti di deposito intestati esclusivamente al titolare dell'azienda individuale o alla società. L'accesso ai conti intestati formalmente a terzi, le verifiche finalizzate a provare per presunzioni la condotta evasiva e la riferibilità alla società contribuente delle somme movimentate sui

Si può così rilevare come, similmente alla presunzione di distribuzione nei confronti dei soci degli utili accertati in capo alla società, si determina anche in questo caso una deviazione dal tradizionale modello impositivo previsto per le società di capitali.

Anche in quest'ultimo caso il diritto "vivente" riconosce pienamente la sussistenza di un'effettiva attività economica di matrice imprenditoriale. Pertanto, ci si pone su di un piano differente rispetto alle altre ipotesi, prima viste, di crisi della forma giuridica soggettiva degli enti collettivi, dove, al contrario, la crisi della soggettività passiva è basata sull'insussistenza di un'effettiva attività economica da parte dell'ente collettivo.

Eppure, anche qui, la giurisprudenza disegna una forma *sui generis* di regressione alla trasparenza quale meccanismo di imputazione dei risultati reddituali.

Regressione alla trasparenza che, però, diversamente dal caso della presunzione di distribuzione nei confronti dei

conti intestati ai soci, o anche ai loro congiunti, ben possono, invero, essere giustificati da alcuni elementi sintomatici come il rapporto di stretta contiguità familiare, l'ingiustificata capacità reddituale dei prossimi congiunti nel periodo di imposta, l'infedeltà della dichiarazione e l'attività di impresa compatibile con la produzione di utili, incombando in ogni caso sulla società contribuente la prova che le ingenti somme rinvenute sui conti dei soci o dei loro familiari non siano ad essa riferibili [...] A tal fine, non può certo dubitarsi del fatto che un elemento fortemente presuntivo in tal senso sia costituito dall'essere la società di capitali, sottoposta a verifica, connotata - come nella fattispecie in esame è dato desumere dagli atti del giudizio - da una ristretta compagine sociale. In tal caso, infatti, per intuibili ragioni, è particolarmente elevata la probabilità che le movimentazioni sui conti bancari dei soci, e perfino dei loro familiari, debbano - in difetto di specifiche ed analitiche dimostrazioni di segno contrario - ascrivere allo stesso ente sottoposto a verifica."

soci degli utili accertati in capo alla società, non si esplica nell'ordinario – ed indubbiamente più ragionevole - modulo tipico dei rapporti società-soci, tale per cui dovrebbe essere il socio il beneficiario ultimo degli utili e dei proventi derivanti dall'attività della società partecipata, ma si sviluppa in un percorso più tortuoso.

Ed, infatti, la giurisprudenza appena esaminata giunge a ritenere che le disponibilità non giustificate dal contribuente debbano ricondursi, sempre nell'ambito dell'insieme di redditi e proventi sottratti a tassazione, non tanto ad utili extracontabili derivanti dall'attività della società – oggetto, pertanto, di ripresa a tassazione direttamente nei confronti dei soci – quanto, piuttosto, a redditi evasi dall'ente collettivo stesso, oggetto, quindi, di tassazione ed aggravio sanzionatorio in capo alla sola società.

13. Cenni di sintesi tra teorica delle società a ristretta base azionaria e presunzione di riferibilità in capo alla società delle movimentazioni risultanti dai conti correnti personali di soci e loro familiari.

Ora, si ritiene che tali orientamenti giurisprudenziali in materia di società a ristretta base azionaria non si collochino nell'insieme, prima tratteggiato, delle varie forme di crisi della soggettività tributaria.

Non pare, in altre parole, possibile ricondurre tale ipotesi nell'alveo del fenomeno dell'interposizione della struttura giuridica.

Ed, infatti, come si è avuto modo di rilevare, la complessiva teorica della società a ristretta base societaria si distingue dalle altre forme di crisi della forma giuridica

soggettiva degli enti collettivi, atteso che l'ente collettivo svolge, in questo caso, un'effettiva attività economica.

Non vi è, in altre parole, un'abusività dello schermo giuridico tale da determinare, sotto il profilo oggettivo, la necessità di individuare un modulo impositivo applicabile nei confronti dei redditi prodotti ed ascrivibili a fonti produttive ricollegate all'ente giuridico diverso rispetto a quello delineato agli artt. 6 e 73 *T.U.I.R.*, sulla base del principio di diretta attribuzione di rilevanza fiscale alla forma giuridica del soggetto cui è attribuita la fonte di reddito oggetto di imposizione fiscale.

Si tratta, in questo senso, di una giurisprudenza che non mette in dubbio la sussistenza della formazione collettiva, quale soggetto degno di costituire un centro di imputazione di situazioni giuridiche attive e passive.

Tale orientamento si colloca, piuttosto, su un piano diverso, teso ad affermare – nei confronti delle società a ristretta base azionaria – la sola diretta riconducibilità in capo ai soci degli utili extracontabili, oppure – nel caso dell'esperimento di accertamento bancario in capo ai soci e loro familiari - la considerazione delle movimentazioni finanziarie non giustificate come maggiori redditi dell'ente giuridico.

In ultimo, non può non rilevarsi come, in ogni caso, tale giurisprudenza determini conseguenze in punto sanzionatorio che possono essere particolarmente afflittive, dal momento che rende possibile la sottoposizione a carico sanzionatorio anche di soggetti "altri" rispetto all'ente giuridico formalmente titolare dei redditi.

14. Conferma della centralità del requisito della sostanza economica quale architrave che accomuna le disposizioni di contrasto al fenomeno dell'abuso della forma giuridica,

delle società di comodo e delle ipotesi normative di contrasto a forme di interposizione: cenni di sintesi.

Si possono, a questo punto, formulare alcuni brevi cenni di sintesi alla luce dell'analisi condotta in queste pagine con riferimento al prisma dell'interposizione reale e fittizia.

Si è, infatti, avuto modo di proporre una possibile chiave di lettura del fenomeno dell'abuso della forma giuridica distinguendo tra fattispecie che l'ordinamento tributario dequalifica a fini fiscali, senza, però, disconoscerne la soggettività passiva, ed altri istituti – quali la disciplina in materia di *CFC* e di contrasto all'esterovestizione – dove l'ordinamento presuppone, invece, una radicale fittizietà dello schermo giuridico, disciplinando in maniera puntuale l'attribuzione dei risultati reddituali in capo a soggetti passivi diversi da quelli formalmente titolari degli stessi sulla base dei meccanismi impositivi ordinari.

Ora, questa panoramica offre la possibilità di confermare le conclusioni intermedie che si erano già formulate alla luce del diritto e della giurisprudenza dell'Unione Europea. Ed, infatti, si può affermare come anche la complessiva disciplina di diritto interno in sede di contrasto ai fenomeni di interposizione reale e fittizia, pur con gradazioni e conseguenze sotto il profilo soggettivo – come visto – non assimilabili, presenta un profilo di comunanza che si fonda sulla necessità di effettuare una verifica volta a comprendere se dietro la forma giuridica utilizzata dall'operatore economico sia individuabile una sostanza economica.

Si tratta di considerazioni che già si erano formulate con riguardo al rilievo della sostanza economica nell'ambito del diritto dell'Unione e che qui possono essere integralmente riprese.

Merita, tuttavia, provare a formulare alcune considerazioni che cerchino di delimitare i confini e meglio specificare, per quanto possibile, la nozione di attività economica e di verifica sostanziale che si è fin qui postulata, cercando di selezionare gli elementi cardine di tale nozione.

15. La nozione di sostanza economica: due chiavi di lettura: la presenza fisica e l'esercizio di un'attività economica effettiva. Riflessioni alla luce del progetto BEPS.

Va, dunque, ripreso e meglio specificato quanto già si è rilevato in precedenza descrivendo il percorso argomentativo della giurisprudenza *Cadbury Schweppes*.

Tale pronuncia, così come le conclusioni dell'avvocato generale *Léger*, permettono di individuare alcuni parametri che consentono di ritenere integrato uno stabilimento di natura genuina, che non costituisce una costruzione di puro artificio. L'avvocato generale aveva delineato in tale sede tre meccanismi diversi: la tipologia di presenza fisica della controllata nello Stato dove era intervenuto lo stabilimento in termini di locali, personale ed attrezzature; l'effettivo svolgimento di un'attività di tipo economico in detto Stato e, in ultimo – sebbene si tratti di criterio proposto da parte del solo avvocato generale e non ripreso dalla Corte di Giustizia nelle proprie motivazioni – il livello di valore economico specifico dell'attività della società a fronte del complessivo valore della società madre o del gruppo⁵⁷¹.

Tralasciando, in questa sede, quest'ultimo *test*, si può

⁵⁷¹ Si vedano le conclusioni dell'avvocato generale *Léger* nel procedimento C-196/04, §§ 111 segg.

rilevare come i due criteri relativi alla presenza fisica ed organizzativa dell'ente e quello circa l'effettivo esercizio di un'attività economica si prestino ad una lettura unitaria. Generalmente, infatti, allo svolgimento di un'attività economica effettiva sul territorio di uno Stato si accompagna la sussistenza di un apparato tecnico ed organizzativo atto a supportare l'attività economica in questione.

Si tratta, però, di criteri di cui non è semplice tracciare un chiaro perimetro a livello legislativo. Ed, infatti, l'esatta portata di tali nozioni non potrà che essere lasciata nelle mani di un apprezzamento discrezionale e casistico ad opera dei singoli giudici nazionali⁵⁷².

Occorre, infine, evidenziare come tale impostazione si collochi anche in linea con recenti studi, scaturiti in ambito OCSE, con riferimento al progetto in tema di '*basis erosion profit shifting*' (BEPS)⁵⁷³.

⁵⁷² S. DORIGO, *Residenza fiscale delle società e libertà di stabilimento nell'Unione Europea*, cit., p. 309.

⁵⁷³ Si vedano, per una prima introduzione a tale tematica, oltre ai documenti predisposti in sede OCSE nell'ambito del progetto BEPS tra cui, in particolare, i documenti del 2013 *Addressing base erosion and profit shifting* e l'*Action plan on base erosion and profit shifting*, R.S. AVI-YONAH, *International tax as international law*, Cambridge, 2007; C. KEUSCHNIGG, M.P. DEVEREUX, *The arm's length principle and distortions to multinational firm organization*, in *Journal of International Economics*, 2013, pp. 432 segg.; S. JOGARAJAN, *Stamp, Seligman and the drafting of the 1923 Experts' Report on double taxation*, in *World tax journal*, 2013, pp. 368 segg.; M.P. DEVEREUX, R. DE LA FERIA, *Defining and implementing a destination-based corporate tax*, in *Oxford University centre for business taxation*, 2012, working paper 14/07; M.P. DEVEREUX, J. VELLA, *Are we heading towards a corporate tax system fit for*

Si tratta di un progetto di ampia portata che ha l'obiettivo di portare a compimento una serie di cambiamenti al modello di diritto tributario internazionale che rappresenta oggi il *consensus* a livello globale⁵⁷⁴.

In specie, tale modello insiste sulla centralità della nozione di sostanza economica e di effettività dell'attività posta in essere in un dato territorio dal contribuente quale condizione ulteriore rispetto a quelle fissate dal diritto tributario internazionale classico per l'individuazione dello Stato cui compete la potestà impositiva⁵⁷⁵.

Indubbiamente non si può negare che sia assai complesso anche alla luce degli studi elaborati dall'OCSE, comprendere l'esatta portata della nozione di sostanza economica. Concetto che, infatti, è già stato sottoposto a pregnanti critiche in dottrina, incentrate sulle difficoltà inerenti l'individuazione dell'effettiva attività economica nell'ambito dei gruppi multinazionali e - più in generale -

the 21st century?, in *Oxford University centre for business taxation*, 2014, *working paper* 14/25.

⁵⁷⁴ M.P. DEVEREUX, J. VELLA, *Are we heading towards a corporate tax system fit for the 21st century?*, cit., p. 11, dove si evidenzia come "the OECD BEPS project focuses on the need to change the existing legal system".

⁵⁷⁵ M.P. DEVEREUX, J. VELLA, *Are we heading towards a corporate tax system fit for the 21st century?*, cit., pp. 13-14, dove si rileva come "the desired outcome of 'better align[ing] rights to tax with economic activity' constitutes a departure from the current regime. Put simply, the international tax system does not currently allocate taxing rights to countries according to where 'economic activity' takes place. Indeed, when passive income is paid across borders it will be taxed in the recipient's country of residence solely by virtue of the recipient's residence in that country. No economic activity in the country of residence is required. This change thus overlays a new and completely different principle onto the existing structure."

sull'elusività della nozione di sostanza economica⁵⁷⁶.

Rimane, però, fermo che la nozione di sostanza economica e di effettività dell'attività economica costituisce oggi, nel panorama nazionale ed internazionale, un elemento significativo che concorre a delineare le regole impositive relative alla tassazione delle società e degli enti collettivi che esercitano attività di tipo economico.

⁵⁷⁶ M.P. DEVEREUX, J. VELLA, *Are we heading towards a corporate tax system fit for the 21st century?*, cit., p. 17, dove si rileva che “a system that seeks to align taxing rights over income with the ‘economic activity’ which created it is questionable because it is not at all clear where such economic activity actually takes place. [...] However, these concepts are elusive and thus a critical weakness in the OECD’s project. Numerous factors contribute to the creation of income, including finance, research and development, head office functions, manufacturing, marketing and sales. In the context of a multinational, these factors might be spread over a number of countries thus making it impossible to pinpoint where the relevant ‘economic activities’ which created the income took place.”

- CAPITOLO III -

PROFILI SANZIONATORI ED INESISTENZA SOGGETTIVA

Le considerazioni espone in precedenza in ordine al rilievo dell'inesistenza soggettiva e ai riflessi in punto di soggettività tributaria assumono particolare importanza in ambito sanzionatorio tributario.

Occorre tornare a quanto si era prima esposto in merito alla rilevanza del fenomeno interpositorio.

In quella sede si era sostenuto che la distinzione tra interposizione reale e fittizia rappresentasse una chiave di lettura utile non solo in ottica teorica, ma anche sotto il profilo relativo all'individuazione del soggetto passivo del tributo ed in punto sanzionatorio.

In specie, si era sostenuto che solo nel caso dell'interposizione fittizia, al di là dell'impossibilità di riferire i risultati reddituali all'ente collettivo in quanto inesistente, sarebbe stato necessario interrogarsi anche su ulteriori specifici profili inerenti il versante sanzionatorio, con specifico riferimento ai soggetti che dovrebbero essere attinti da misura punitiva.

Occorre al riguardo dare conto di alcune soluzioni interpretative adottate in giurisprudenza che, riconoscendo la fittizietà dell'ente collettivo, hanno affermato - in chiave sanzionatoria - il superamento dello schermo societario.

Ci si intende soffermare su alcune pronunce della Corte di Cassazione che chiamano in causa la complessa problematica concernente l'abuso della personalità giuridica, collocandosi nell'alveo di una tendenza, presente sia in giurisprudenza che in dottrina, tesa a svalutare la

rilevanza del dogma della personalità giuridica a favore di istanze sostanzialistiche volte al rafforzamento del sistema di diritto punitivo. Tale dottrina è potenzialmente foriera di rilevanti conseguenze in materia di sanzioni a carico di società ed enti personificati.

1. Brevi considerazioni in merito alla sussistenza di un regime irragionevolmente discriminatorio in materia sanzionatoria a seguito dell'introduzione dell'art. 7, D.L. 4 settembre 2003, n. 269 ad esclusivo favore degli enti collettivi personificati.

Prima di procedere oltre, giova formulare alcune riflessioni in merito alla rilevanza del principio della personalità giuridica in diritto tributario con riferimento alla disciplina sanzionatoria⁵⁷⁷.

E' noto, infatti, che l'art. 7, D.L. 4 settembre 2003, n. 269, costituisce una deroga di particolare importanza nel complessivo sistema punitivo originato a seguito della

⁵⁷⁷ Per un inquadramento della disciplina in materia di sanzioni amministrative tributarie a seguito della riforma introdotta con il D.Lgs. 18 dicembre 1997, n. 472 si vedano, senza pretesa di completezza, F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario. Parte generale*, Torino, 2009, pagg. 313 ss.; G. MARONGIU, *Le sanzioni amministrative tributarie: dall'unità al doppio binario*, in *Riv. d. trib.*, I, 2004, pagg. 373 ss.; A. GIOVANNINI, *Sui principi del nuovo sistema sanzionatorio non penale in materia tributaria*, in *Dir. prat. trib.*, I, 1997, pagg. 1188 ss.; L. DEL FEDERICO, *Introduzione alla riforma delle sanzioni amministrative tributarie: i principi sostanziali del D.Lgs. n. 472/1997*, in *Riv. d. trib.*, I, 1999, pagg. 107 ss.; L. TOSI, *Profili soggettivi della disciplina delle sanzioni tributarie*, in *Rass. trib.*, 1999, pagg. 1328 ss..

riforma operata dal D.Lgs. 18 dicembre 1997, n. 472.

Sulla compatibilità della deroga con tale impianto normativo sono state sollevate molteplici perplessità in dottrina⁵⁷⁸.

Si è rilevato come tale disposizione dia luogo ad un sistema di diritto punitivo non lineare, orientato alla discriminazione, sotto il profilo sanzionatorio, sulla base di un criterio meramente soggettivo, fondato sull'attribuzione o meno della condotta illecita ad un centro di imputazione – la persona giuridica - alla quale l'ordinamento ricollega *ex lege* la titolarità di diritti ed obblighi giuridici⁵⁷⁹.

Disposizione, pertanto, che difficilmente può collocarsi organicamente nell'alveo di una disciplina sanzionatoria che vede il suo cardine nel principio di personalità della responsabilità sanzionatoria tributaria statuito all'art. 2,

⁵⁷⁸ Si veda, a tale riguardo, anche per ulteriori riferimenti al dibattito dottrinale in merito alla portata della norma *de qua*, si veda AA.VV., *Commentario breve alle leggi tributarie. Accertamento e sanzioni* diretto da G. FALSITTA, A. FANTOZZI, G. MARONGIU, F. MOSCHETTI, Padova, 2011, pp. 809-810, dove si rileva la disposizione in esame “deroga ad uno dei principi cardine del sistema sanzionatorio delineato dal d.lgs. 472, il principio personalistico, secondo il quale la sanzione è riferibile esclusivamente alla persona fisica. Poiché, tuttavia, questa disposizione si riferisce esclusivamente alle società ed enti con personalità giuridica, con la sua entrata in vigore si è creato uno sdoppiamento della disciplina: da una parte le imprese individuali, le società di persone e gli enti privi di personalità giuridica, ai quali continua ad applicarsi il d.lgs. 472/1997; dall'altra le società di capitali e gli enti con personalità giuridica ai quali, viceversa, dovrà applicarsi la disposizione in esame”.

⁵⁷⁹ Si vedano, *ex multis*, M. BASILAVECCHIA, *Passi indietro nelle sanzioni amministrative*, in *Corr. trib.*, 2003, p. 3783; G. MARONGIU, *Le sanzioni amministrative tributarie: dall'unità al doppio binario*, cit., pp. 373 segg.

comma 2, D.Lgs. 18 dicembre 1997, n. 472.

E', quindi, evidente come tale impostazione possa prestare il fianco a critiche laddove essa possa indurre - quando non addirittura incentivare -, tramite una previsione di sostanziale irresponsabilità personale sotto il profilo sanzionatorio tributario, la commissione di condotte fiscalmente illecite per mezzo di società od enti personificati.

La questione, però, è più complessa di quanto a prima vista potrebbe apparire. Infatti, sebbene sia concreta la possibilità che condotte di particolare disvalore per l'ordinamento, se messe in atto utilizzando lo schermo di società od enti dotati di personalità giuridica potrebbero implicare una sostanziale impunità a favore degli autori materiali sotto il profilo del diritto sanzionatorio di matrice amministrativa, va tuttavia ricordato che, nell'ambito del più ampio insieme del diritto punitivo, oltre alle sanzioni di matrice amministrativa, trovano altresì luogo le più penetranti sanzioni di carattere penale. Sanzioni tese, precipuamente, a colpire l'autore materiale piuttosto che la persona giuridica⁵⁸⁰.

A tale riguardo, si deve evidenziare, in prima battuta, come vada sempre più assumendo importanza una concezione unitaria in materia di *ius puniendi*⁵⁸¹, che rappresenta il

⁵⁸⁰ F. BATISTONI FERRARA, *Dubbi di incostituzionalità sull'applicabilità delle sanzioni all'ente o al legale rappresentante*, in *GT – Giurisprudenza tributaria*, 2007, pp. 75 segg.

⁵⁸¹ Si veda R. CORDEIRO GUERRA, *Illecito tributario e sanzioni amministrative*, Milano, 1996, p. 6. Su tale definizione si veda F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 1988, p. 870 che afferma che "nel *genus* del diritto punitivo rientra non solo il diritto criminale o penale in senso stretto, ma anche il diritto punitivo amministrativo o, con denominazione già in uso, il diritto penale amministrativo: cioè non soltanto il complesso di norme

portato della novellata disciplina introdotta con il D.Lgs. 18 dicembre 1997, n. 472⁵⁸². Con essa, il legislatore ha inteso operare una netta scelta di campo, attribuendo alle sanzioni amministrative una evidente funzione afflittiva, in un'ottica di assimilazione, in chiave repressiva, della sanzione tributaria a quella penale⁵⁸³.

Tale concezione unitaria, tesa a delineare un ordito armonico in materia di diritto tributario sanzionatorio, è rispecchiata nel D.Lgs. 10 marzo 2000, n. 74.

In tal senso, al precipuo fine di garantire il necessario coordinamento tra misure afflittive di matrice rispettivamente amministrativa e penalistica nel rispetto del principio del *ne bis in idem*, l'art. 19 D. Lgs. 2000/74 introduce il principio della specialità tra sanzione penale e amministrativa, indi per cui nel momento in cui si dovesse verificare una violazione fiscale ed astrattamente potesse darsi l'irrogazione tanto di una sanzione amministrativa quanto di una di matrice penalistica, si dovrebbe optare per la fattispecie che presentasse nel caso concreto il maggior numero di elementi specializzanti⁵⁸⁴.

giuridiche che prevedono quei particolari fatti illeciti per i quali sono comminate sanzioni penali strictu sensu, ma anche quel complesso di norme che prevedono quei fatti illeciti per i quali sono comminate sanzioni extrapenali aventi carattere punitivo.”

⁵⁸² M. DI SIENA, *Dal velleitarismo preventivo al pragmatismo retributivo: brevi considerazioni in tema di politica punitiva tributaria a margine delle nuove modalità di definizione agevolata delle sanzioni amministrative*, in *Riv. d. trib.*, I, 2010, p. 1002; M. PIERRO, *Il responsabile per la sanzione amministrativa tributaria*, in *Riv. dir. fin. sc. finanz.*, I, 1999, pagg. 224 ss..

⁵⁸³ F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario. Parte generale*, cit., p. 315.

⁵⁸⁴ G. CESARI, *Illecito penale e tributario. Il principio del ne bis in idem alla luce della più recente giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e di Cassazione (nota a Corte*

Quanto appena esposto non esime dall'evidenziare, come prima già accennato, che l'art. 7, D.L. 40 settembre 2003, n. 269 presenti comunque alcuni aspetti distonici che mal si coordinano con l'impianto del D.Lgs. 18 dicembre 1997, n. 472.

Tale distonia è, ad esempio, particolarmente evidente – e difficilmente giustificabile - in tutti quei casi in cui le condotte illecite messe in atto dagli amministratori di enti personificati non raggiungano le soglie previste dalle molteplici fattispecie incriminatrici del D.Lgs. 10 marzo 2000, n. 74⁵⁸⁵.

In tali ipotesi, infatti, non può non rilevarsi come sussista una situazione di *favor* nei confronti delle persone fisiche che agiscono per il tramite di persone giuridiche, dal momento che l'unica sanzione applicabile – quella amministrativa – potrà essere comminata esclusivamente nei confronti dell'ente, senza possibilità di incidere sugli autori materiali dell'illecito tributario. Diversamente, nel caso in cui non fosse presente lo schermo della personalità giuridica, la medesima sanzione tributaria verrebbe irrogata, in conformità al principio di personalità della sanzione, nei confronti della persona fisica⁵⁸⁶.

Tuttavia, anche quest'ultima considerazione non può essere estremizzata dal momento che lo stesso sistema

Europea dei Diritti dell'Uomo, sez. IV, n. 11828/11/2014, Cass., sez. III pen., n. 20266/2014), in Riv. d. trib., IV, 2014, p. 85.

⁵⁸⁵ In generale, sul tema del diritto penale tributario, si vedano G.L. SOANA, *I reati tributari*, Milano, 2013; A. MARTINI, *Reati in materia di finanze e tributi*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da C.F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO, Volume XVII, Milano, 2010; P. ALDROVANDI, *I profili evolutivi dell'illecito tributario*, Padova, 2005.

⁵⁸⁶ AA.VV., *Commentario breve alle leggi tributarie. Accertamento e sanzioni cit.*, pp. 809-810.

sanzionatorio amministrativo introdotto dal D.Lgs. 18 dicembre 1997, n. 472, prevedeva fin dalla sua origine un certo temperamento al principio della personalità della sanzione nei confronti di persone fisiche che agiscono nell'interesse di un altro soggetto.

Tale obiettivo è stato raggiunto tramite un meccanismo di non sempre agevole comprensione, che delinea una forma di solidarietà tra l'ente collettivo e la persona fisica autrice dell'illecito fiscale disciplinato agli artt. 5, comma 2⁵⁸⁷, ed 11, D.Lgs. 472/1997⁵⁸⁸.

Da quanto sopra esposto si evince, pertanto, come sia difficile tracciare una conclusione netta a riguardo della sussistenza di un regime di *favor* legislativo in materia di trattamento sanzionatorio nei confronti degli amministratori e soci di persone giuridiche rispetto alle persone fisiche che agiscono nell'interesse di enti collettivi non personificati o di imprenditori individuali quale conseguenza dell'introduzione dell'art. 7, D.L. 40

⁵⁸⁷ Cfr. AA.VV., *Commentario breve alle leggi tributarie. Accertamento e sanzioni*, cit., p. 737, dove si rileva come uno degli obiettivi di tale disposizione sia quello di “porre un limite ragionevole alla responsabilità della persona fisica che abbia commesso violazioni sostanziali agendo nell'interesse di un altro soggetto [...] Esso è applicabile, peraltro, soltanto nel caso in cui le violazioni non siano state commesse con dolo o colpa grave.”

⁵⁸⁸ Cfr. AA.VV., *Commentario breve alle leggi tributarie. Accertamento e sanzioni*, cit., p. 754, dove si evidenzia come “la natura strettamente personalistica del sistema viene meno, tuttavia, laddove il legislatore prevede una responsabilità solidale in capo a soggetti diversi dall'autore della violazione, come nel caso dell'art. 11 [...], in cui è prevista, appunto, una responsabilità solidale in capo a chi, pur non avendo commesso la violazione, ha tratto da essa vantaggio.”

settembre 2003, n. 269⁵⁸⁹.

Si può concludere rilevando come, indubbiamente, il quadro normativo complessivo si presenti frammentato, non facilmente intellegibile e certamente criticabile sotto un profilo di coerenza interna. Tuttavia – in chiave di deterrenza sanzionatoria ed in considerazione di una lettura unitaria del sistema di diritto punitivo di matrice tributaria, comprensivo sia della normativa sanzionatoria amministrativa che di quella di matrice penalistica – la sussistenza di un regime discriminatorio a seconda della conduzione dell'attività sociale da parte di un ente personificato o meno non pare rappresentare un dato del tutto pacifico.

2. Ulteriori considerazioni alla luce della giurisprudenza in materia di ne bis in idem.

Quanto appena esposto – circa la non pacifica sussistenza di un regime discriminatorio in campo sanzionatorio a favore dei soli enti personificati – va ulteriormente contestualizzato tenendo conto dei recenti sviluppi della giurisprudenza di diritto dell'Unione Europea e della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in materia sanzionatoria.

Infatti, l'impostazione unitaria di tipo punitivo, precedentemente esposta, appare in consonanza con gli sviluppi offerti dalle fonti di diritto sovranazionale che

⁵⁸⁹ Cfr. AA.VV., *Commentario breve alle leggi tributarie. Accertamento e sanzioni*, cit., p. 755, dove si mette in luce come il regime di solidarietà di cui all'art. 11, D.Lgs. 472/1997 ha un ambito soggettivo di applicabilità “circoscritto ai soli casi in cui il contribuente sia una persona fisica oppure una società o ente sprovvisti di personalità giuridica [...]”.

estendono il concetto di materia penale nei confronti di tutte le misure di natura afflittiva, indipendentemente dal fatto che esse siano etichettate quali sanzioni penali o amministrative.

Proprio a tale riguardo, infatti, la giurisprudenza delle Corti sovranazionali – in primo luogo della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo – ha statuito il divieto del *bis in idem* con riferimento alle sanzioni penali e a quelle amministrative riconducibili alla materia penale⁵⁹⁰.

Si tratta, come noto, di una questione di ampio respiro che pone, per la sua portata sistematica rispetto alla complessiva disciplina di diritto sanzionatorio tributario, complessi problemi applicativi anche in chiave di dialogo tra Corti interne e sovranazionali. Questioni che, peraltro, sono oggi state poste anche all’attenzione della Corte Costituzionale italiana⁵⁹¹.

⁵⁹⁰ Su tale questione, che costituisce un tema oggi particolarmente significativo, si vedano per un primo approfondimento G.M. FLICK, *Reati fiscali, principio di legalità e ne bis in idem: variazioni italiane su un tema europeo*, in *Diritto penale contemporaneo*, disponibile al seguente indirizzo <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1410541488FLICK2014b.pdf> (ultimo accesso 15/06/2015); G. DE AMICIS, *Ne bis in idem e ‘doppio binario’ sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza ‘Grande Stevens’ nell’ordinamento italiano*, in *Diritto penale contemporaneo- Rivista trimestrale*, 2014, pp. 201 segg.; G. CESARI, *Illecito penale e tributario. Il principio del ne bis in idem alla luce della più recente giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo e di Cassazione (nota a Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, sez. IV, n. 11828/11/2014, Cass., sez. III pen., n. 20266/2014)*, cit., pp. 74 segg.

⁵⁹¹ M. CAIANIELLO, *Ne bis in idem e illeciti tributari per omesso versamento dell’iva: il rinvio della questione alla Corte costituzionale*, in *Diritto penale contemporaneo*, disponibile al seguente indirizzo

Poste queste premesse, ai fini della presente trattazione merita approfondire un profilo particolare, che potrebbe avere conseguenze di rilievo, anche se indirette, sul complessivo trattamento sanzionatorio degli enti personificati.

In specie, occorre domandarsi se sussista effettivamente un *idem factum* qualora il soggetto passivo del rapporto giuridico d'imposta sia una persona giuridica e non l'amministratore della stessa.

A tale riguardo, infatti, si potrebbe ritenere che non possa sussistere un *bis in idem* dal momento che società ed amministratore sono soggetti distinti, ciascuno dei quali viene attinto da una diversa misura sanzionatoria: quella di matrice penale nei confronti del solo amministratore e quella di carattere amministrativo nei confronti della persona giuridica.

In altre parole, da un lato, nei casi di società ed enti collettivi non personificati sarebbe possibile rilevare il contrasto con il principio del *ne bis in idem*, dato che sanzione penale ed amministrativa ricadrebbero, almeno in parte, in capo al medesimo soggetto che risulta autore della condotta illecita.

Da un altro lato, invece, nel caso degli enti personificati, in forza del dettato normativo dell'art. 7, D.L. 40 settembre 2003, n. 269 – che, appunto, prevede l'ascrivibilità delle sanzioni amministrative in capo alla sola società – non verrebbe leso il principio del *ne bis in idem*, atteso che le sanzioni di carattere penale sono ascritte ad un soggetto diverso quale l'amministratore dell'ente giuridico.

L'argomentazione non è priva di pregio; al momento, però, non trova riscontro a livello di giurisprudenza della Corte

Europea dei Diritti dell’Uomo.

Proprio in tale sede, infatti – dove un’obiezione di questo genere era stata esplicitamente evinta in una controversia in cui il resistente era il governo finlandese – la Corte ha avuto modo di affermarne la non divisibilità alla luce di una corretta definizione del principio del *ne bis in idem*⁵⁹². Tale principio non si limiterebbe a prevedere un divieto di sottoposizione a duplice sanzione punitiva in capo allo stesso soggetto, ma, piuttosto, fonderebbe un più generale divieto di tipo processuale, fondato sull’inammissibilità di una doppia sottoposizione a processo per i medesimi fatti, anche qualora l’intervento processuale fosse compiuto nei confronti di soggetti diversi⁵⁹³.

⁵⁹²Si veda la sentenza della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo nel caso *Kiiveri c Finlandia* del 10.05.2015, § 45, dove si espone che “the Court notes that it is true that both the use of criminal proceedings and the tax surcharges imposed on the applicant form part of the sanctions under Finnish law for the failure to provide information about income in a tax declaration with a result that a too low tax assessment is made. However, under the Finnish system the criminal and the administrative sanctions are imposed by different authorities without the proceedings being in any way connected: both sets of proceedings follow their own separate course and become final independently from each other. Moreover, neither of the outcomes of the proceedings is taken into consideration by the other court or authority in determining the severity of the sanction, nor is there any other interaction between the relevant authorities. More importantly, the tax surcharges are imposed under the Finnish system following an examination of an applicant’s conduct and his or her liability under the relevant tax legislation which is independent from the assessments made in the criminal proceedings.”

⁵⁹³ M. CAIANIELLO, *Ne bis in idem e illeciti tributari per omesso versamento dell’iva: il rinvio della questione alla Corte costituzionale*, cit, p. 6, dove si espone che “quanto al dubbio sull’*idem factum*, l’obiezione potrebbe essere basata osservando

In conclusione, anche da tali riflessioni alla luce del principio del *ne bis in idem* si può constatare come il quadro normativo complessivo si presenti frammentato e non facilmente intellegibile.

Non solo, ma può anche postularsi che - specie qualora venga avvalorata in diritto interno la tesi secondo cui l'unica forma di *ne bis in idem* contrario ai principi

che, nell'ottica della normativa tributaria, il soggetto passivo del rapporto giuridico d'imposta è la società, non già l'amministratore della stessa (che pur ne deteneva parte delle quote). Si tratta di una considerazione senza dubbio di un certo rilievo, e tuttavia, nel caso di specie, non decisiva: da un lato, in quanto il soggetto che si è sottoposto al pagamento della sanzione tributaria (nonché dell'imposta evasa e degli interessi) è la stessa persona fisica contro la quale successivamente è stata esercitata l'azione penale. Il caso pare quello, in sostanza, dell'imprenditore che, per rimediare ai debiti della propria società, debiti legati alla crisi economica, decide di mettere mano al proprio patrimonio personale per risanare l'illecito in cui ha posto l'ente giuridico da lui gestito. Dall'altro, perché un caso del tutto analogo si è verificato nella sentenza *Kiiveri*. Anche in questa vicenda il soggetto del rapporto tributario era una persona giuridica, diversamente da quello del giudizio penale, come non aveva mancato di evidenziare il Governo finlandese. Tuttavia, la Corte non ha ritenuto di rilevare in questo elemento una ragione preclusiva all'operare del *ne bis in idem*, evidentemente preferendo far leva sulla sostanza delle vicende verificatesi. Si tratta di una scelta, questa della Corte EDU, sotto certi aspetti criticabile, perché pare tendere a sovrapporre il divieto di doppia punizione – cioè il *ne bis in idem* sostanziale – con quello di una doppia sottoposizione a processo – per l'appunto il *ne bis in idem* processuale. Tuttavia se l'intento è quello di portare il nostro sistema a uniformarsi a quanto predicato da Strasburgo, il distinguo incentrato sulle diverse identità tra il soggetto del rapporto tributario rispetto a quello del rapporto giuridico processuale penale non pare facilmente percorribile, aprendo la strada a un non remoto rischio di condanna davanti alla Corte EDU.

fondamentali sia quella di carattere sostanziale, fondata sull'identità del soggetto nei cui confronti vengono irrogate sia sanzioni amministrative che misure di tipo penalistico – il complessivo sistema sanzionatorio si stia orientando ad un aggravamento sanzionatorio, in via di fatto, nei confronti dei soli enti giuridici personificati nei cui confronti trova applicazione il disposto dell'art. 7, D.L. 40 settembre 2003, n. 269.

3. L'orientamento giurisprudenziale teso alla svalutazione della personalità giuridica: irrilevanza dello schermo della personalità giuridica creata nell'esclusivo interesse della persona fisica.

3.1. ...con riferimento alla giurisprudenza della Cassazione in materia di sanzioni amministrative tributarie.

Posti questi cenni generali sul rapporto tra normativa sanzionatoria tributaria ed enti collettivi, occorre soffermarsi su specifiche pronunce in cui sono state formulate delle soluzioni interpretative che, riconoscendo la fittizietà dell'ente collettivo, hanno affermato - in chiave sanzionatoria - il superamento dello schermo societario.

E', a tale riguardo, opportuno descrivere brevemente il percorso argomentativo seguito dalla Corte di Cassazione con la sentenza 19716 del 28 agosto 2013.

In tale caso, la Suprema Corte ha affrontato una problematica in materia di sanzioni tributarie comminate nei confronti di persone giuridiche, collocandosi su una linea interpretativa che presenta profili di indubbia

novità⁵⁹⁴.

⁵⁹⁴ Come appena accennato, tale sentenza in esame trae origine da un accertamento emesso nei confronti di una società di capitali con il quale l'Amministrazione finanziaria affermava, sulla scorta di molteplici risultanze documentali, come tale società non svolgesse alcuna effettiva attività d'impresa, non risultando possibile individuarne una reale sede operativa e commerciale e non essendo in alcun modo reperibile il legale rappresentante della medesima.

Dai controlli esperiti, peraltro, si veniva ad evidenziare come tutta l'attività della società fosse in realtà gestita direttamente da un altro soggetto, terzo rispetto al legale rappresentante – che di conseguenza doveva ritenersi quale mero prestanome - che aveva autonomamente ideato e messo in atto le violazioni tributarie contestate in sede di accertamento. Alla luce di tali elementi l'Agenzia delle Entrate riteneva, in considerazione del fatto che le violazioni addebitate erano state commesse ad esclusivo vantaggio di un soggetto terzo, che tali condotte illecite non potessero essere poste a carico della società. Di conseguenza, l'Amministrazione finanziaria riteneva inapplicabile il disposto dell'art. 7, D.L. 40 settembre 2003, n. 269 nel caso di specie, affermando, piuttosto, l'autonoma ed integrale sanzionabilità in via amministrativa dell'autore materiale delle condotte illecite, quale amministratore di fatto della società ed esclusivo beneficiario delle violazioni tributarie ascritte.

A fronte di tale posizione dell'Erario, il ricorrente si difendeva contestando come una tale impostazione si scontrasse con il portato del predetto art. 7, D.L. 40 settembre 2003, n. 269, che prevede, in via generale, che 'le sanzioni amministrative relative al rapporto fiscale proprio di società od enti con personalità giuridica sono esclusivamente a carico della persona giuridica'.

Alla luce di tale disposizione, quindi, rilevanza centrale sarebbe assunta dalla riferibilità della sanzione unicamente in capo al soggetto giuridico oggetto dell'imposizione tributaria - cioè la persona giuridica – senza che possa essere ammessa una diversa sanzionabilità dell'autore materiale della condotta illecita. Diversamente opinando, infatti, verrebbe aggirato il precetto dell'art. 7, D.L. 40 settembre 2003, n. 269, in quanto si

La pronuncia in esame, in particolare, si sofferma sul disposto dell'art. 7, D.L. 4 settembre 2003, n. 269, convertito con la Legge 24 novembre 2003, n. 326, alla cui stregua le sanzioni tributarie irrogate nei confronti di società ed enti con personalità giuridica sono poste ad esclusivo carico della persona giuridica stessa. Tale disposizione, secondo la Corte non troverebbe applicazione nel caso in cui la persona giuridica risulti creata artificialmente, con una finalità illecita, ad esclusivo beneficio della persona fisica a cui vanno ricondotte l'ideazione e commissione, quale autore materiale, delle violazioni contestate.

Come si avrà modo di evidenziare più avanti, la pronuncia in esame testimonia una tensione immanente al sistema sanzionatorio tributario, determinata dalla difficile conciliabilità del dettato dell'art. 7, D.L. 4 settembre 2003, n. 269, con l'impianto originario, di matrice personalistica, che informa il complessivo sistema punitivo delineato dalla riforma intervenuta con il D.Lgs. 18 dicembre 1997, n. 472.

La Suprema Corte, nel caso in questione, ha confermato la posizione espressa dall'Agenzia delle Entrate, ritenendo legittima la non applicazione del disposto dell'art. 7, D.L. 4 settembre 2003, n. 269, statuendo l'irrogazione della sanzione tributaria nei confronti solamente dell'autore materiale delle violazioni.

In specie, prendendo le mosse dalla circostanza che la

giungerebbe ad ammettere la sottoposizione a sanzione di soggetti, quali gli amministratori e dirigenti di enti personificati, che in considerazione del dettato letterale e della *ratio* del predetto art. 7, D.L. 40 settembre 2003, n. 269, avrebbero dovuto esserne radicalmente esclusi, in quanto la disposizione in parola non configurerebbe deroghe di alcun genere volte a sottoporre a sanzione le persone fisiche in luogo dell'ente personificato.

società di capitali risultava essere stata costituita “artificiosamente, a fini illeciti dalla persona fisica nel suo esclusivo interesse”⁵⁹⁵, e rilevando che, in conseguenza, il rapporto fiscale da cui erano scaturite le condotte illecite non poteva attribuirsi alla persona giuridica, ma unicamente alla persona fisica che aveva ideato e beneficiato di tali violazioni, il Supremo Collegio perviene a formulare un’interpretazione teleologica dell’art. 7, D.L. 4 settembre 2003, n. 269, insistendo sul fatto che tale articolo regolamenterebbe le sole ipotesi in cui “vi sia una differenza tra trasgressore e contribuente e, in particolare, l’ipotesi di un amministratore di una persona giuridica che, in forza del proprio mandato, compie violazioni nell’interesse della persona giuridica medesima”⁵⁹⁶.

Tale fattispecie non potrebbe, quindi, trovare applicazione nel diverso caso in cui, in ragione dell’artificiosità dello schermo elevato a protezione delle persone fisiche dal meccanismo della personalità giuridica, non sia riscontrabile alcuna differenza tra trasgressore e contribuente.

Ciò in quanto, in tale ultima situazione, la persona giuridica, che l’art. 7, D.L. 4 settembre 2003, n. 269 assume quale il solo responsabile per il pagamento della sanzione amministrativa derivante da una violazione tributaria, sarebbe una mera *fictio*.

Di conseguenza, tornerebbero a trovare applicazione gli ordinari principi in materia di diritto punitivo che vedono – in conformità al principio personalistico esplicitato all’art. 2, D.Lgs. 18 dicembre 1997, n. 472 - nella persona fisica, autrice e beneficiaria dell’illecito tributario, il soggetto nei cui confronti comminare la sanzione.

⁵⁹⁵ Corte di cassazione, sentenza 19716 del 28 agosto 2013.

⁵⁹⁶ Corte di cassazione, sentenza 19716 del 28 agosto 2013.

3.2....con riferimento alla giurisprudenza della Cassazione in materia di confisca.

Si deve, a questo punto, analizzare una serie di pronunce ove, seguendo una logica improntata a forti venature penalistiche, la giurisprudenza è giunta ad enucleare forme ulteriori di superamento dello schermo societario.

Occorre, in prima battuta, evidenziare che la confisca non è un istituto giuridico unitario, poiché “è noto che la confisca può presentarsi, nelle leggi che la prevedono, con varia natura giuridica.

Il suo contenuto, infatti, è sempre la stessa privazione di beni economici, ma questa può essere disposta per diversi motivi e indirizzata a varie finalità, sì da assumere, volta per volta, natura e funzione o di pena, o di misura di sicurezza, ovvero anche di misura giuridica civile e amministrativa.

Ciò che, pertanto, spetta di considerare non è una astratta e generica figura di confisca, ma, in concreto, la confisca così come risulta da una determinata legge”⁵⁹⁷.

Si può, comunque, evidenziare, ai fini della presente trattazione, che tale istituto tende a raggiungere il risultato dell’ablazione delle “cose che servirono o furono destinate a commettere il reato, e delle cose, che ne sono il prodotto o il profitto”⁵⁹⁸ con l’ulteriore possibilità, prevista da norme speciali, di poter essere esercitata anche per equivalente⁵⁹⁹.

⁵⁹⁷ C. Cost., 9 giugno 1961, n. 29.

⁵⁹⁸ In tale senso si pronuncia espressamente l’art. 240, c.p..

⁵⁹⁹ Sull’istituto della confisca per equivalente si vedano, *ex multis*, C. DI GREGORIO, G. MAINOLFI, G. RISPOLI, *Confisca per equivalente e frode fiscale*, Milano, Teoria e Pratica del Diritto –

Peraltro, va altresì rilevata la potenziale – ulteriore – estensione dell’istituto della confisca – anche per equivalente – nell’ambito del settore del diritto tributario. Si tratta, infatti, del combinato disposto dell’art. 648 *ter*.1, c.p. con il quale è stato introdotto nell’ordinamento italiano il reato di ‘autoriciclaggio’, e dell’art. 648-*quater* che prevede, appunto, la confisca obbligatoria, anche per equivalente, in caso di condanna o di patteggiamento a titolo di autoriciclaggio per tutte le ipotesi in cui, stante la commissione di delitti non colposi, l’autore degli stessi proceda ad impiegare, sostituire, trasferire “in attività economiche, finanziarie, imprenditoriali o speculative, il denaro, i beni o le altre utilità provenienti dalla commissione di tale delitto, in modo da ostacolare concretamente l’identificazione della loro provenienza delittuosa”.

Poste queste sommarie premesse alla nozione di confisca, è opportuno, in particolare, focalizzarsi sulla giurisprudenza che si è interessata alla tematica concernente la possibilità di disporre il sequestro preventivo finalizzato alla confisca, diretta o per equivalente, di beni appartenenti ad una persona giuridica per le violazioni tributarie commesse dal legale rappresentante della stessa⁶⁰⁰.

Fisco e Tributi, 2011; G. SOANA, *La confisca per equivalente*, Milano, Officina Penale e Processo, 2013.

⁶⁰⁰ Su tale problematica si vedano, in via generale, A. PERINI, *Reati tributari*, in *Dig. Disc. Pen.*, 2008, pagg. 943 segg.; C. SANTORIELLO, *Sul sequestro per equivalente dei beni della persona giuridica per i reati tributari commessi nel suo interesse*, in *Il Fisco*, 2011, pp. 1696 segg.; G. ESCUROLLE, *Sulla confisca dell’equivalente nei reati tributari*, in *Giur it.*, 2012, pp. 6 segg.; I. CARACCIOLI, *Reati tributari e confisca per equivalente*, in *Riv. d. trib.*, III, 2012, pp. 27 segg.; P. CORSO, *Esclusa la confisca sui*

Si tratta di una questione complessa, di spiccata rilevanza pratica, che ha anche dato luogo a un contrasto giurisprudenziale presso la Suprema Corte.

Questa problematica permette di mettere in luce la rilevanza della teorica del superamento dello schermo giuridico in relazione alla commissione di reati di natura tributaria⁶⁰¹.

Già in precedenza la giurisprudenza, interrogandosi circa la non applicabilità dell'istituto del sequestro preventivo, funzionale alla confisca per equivalente, disciplinato all'art. 19 del D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231, nei confronti di beni intestati in capo alla persona giuridica qualora si stesse procedendo per violazioni commesse dal rappresentante legale della stessa, aveva previsto un'unica deroga per quanto riguarda le ipotesi di società mero schermo⁶⁰².

beni sociali per i reati tributari del rappresentante commessi nell'interesse dell'ente, in *Corr. trib.*, 2012, pp. 2551 segg.

⁶⁰¹ G.L. SOANA, *I reati tributari*, cit., pp. 540 segg., dove si espone come “non sia possibile procedere alla confisca per equivalente dei beni delle persone giuridiche non essendo una tale soluzione consentita dalla natura sanzionatoria di questo istituto che lo rende applicabile, in assenza di una norma che lo estenda anche a questi soggetti, solo nei confronti del reo [...] portando una soluzione diversa all'introduzione di una forma surrettizia di responsabilità non prevista [...]. Il tutto a mezzo di un'applicazione analogica dell'art. 19, D.Lgs. 231/2001 non solo vietata dall'art. 25, comma 2, Cost. [...] ma in contrasto con una precisa e volontaria scelta politico criminale che ha portato ad escludere i reati fiscali tra quelli che possono fondare la responsabilità dell'ente [...]” (p. 541).

⁶⁰² Cfr. F. D'ARCANGELO, *Abuso dello schermo societario, utilizzo strumentale dell'ente e logica sanzionatoria del d.lgs. 231/2001*, in *Resp. amm. della società e degli enti*, 2009, pp. 7 segg.; A. TRAVERSI, *Responsabilità amministrativa delle società*

Per il caso “in cui la struttura aziendale costituisca un apparato fittizio utilizzato dal reo per commettere gli illeciti”, la Suprema Corte aveva rilevato che lo schermo della personalità giuridica si potesse superare proprio in forza di tale natura interpositoria fittizia, con la conseguenza che il sequestro preventivo avrebbe potuto essere disposto sui beni nella titolarità dell’ente collettivo⁶⁰³.

La giurisprudenza della Cassazione è, poi, tornata sul tema, interessandosi alla questione circa la possibilità di aggredire, tramite misura confiscatoria, i beni nella titolarità di un ente collettivo personificato per violazioni tributarie commesse dal legale rappresentante⁶⁰⁴.

In specie, tale questione rimandava al più ampio dibattito inerente la legittimità di procedere, in tali casi, alla confisca di beni nella titolarità di enti collettivi personificati – pur in mancanza di una previsione che ammettesse una autonoma forma di responsabilità dell’ente giuridico collettivo per reati tributari – qualora si verificasse il caso in cui il profitto derivante dalla violazione tributaria fosse rimasto nelle casse dell’ente collettivo stesso, senza beneficiare, di conseguenza, l’autore materiale della condotta penalmente rilevante che non ne era risultato l’effettivo beneficiario.

Senza volere trattare nello specifico tale questione, che esula dal campo della presente ricerca, può dirsi come, similmente alla giurisprudenza in tema di sottoposizione a sequestro preventivo nell’ambito della disciplina di cui al

anche per i reati tributari?, in *Riv. resp. soc. enti*, 2007, pp. 155 segg.

⁶⁰³ Si vedano, a tale riguardo, le sentenze della Cassazione del 04/07/2012, n. 25774; del 10/01/2013, n. 1256; del 03/04/2013, n. 15349.

⁶⁰⁴ G.L. SOANA, *I reati tributari*, cit., pp. 541-542.

D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231, la Cassazione si è orientata nell’ottica di ritenere ammissibile il sequestro preventivo volto alla confisca per equivalente su beni dell’ente giuridico pur a fronte di illeciti tributari commessi dal legale rappresentante nel solo caso in cui “la struttura societaria costituisca un apparato fittizio utilizzato dal reo all’esclusivo scopo di farvi confluire i profitti illeciti derivanti dai reati tributari”⁶⁰⁵.

In conclusione, può, quindi, evidenziarsi come anche nell’ambito della giurisprudenza penalistica che si è interessata al campo di applicazione della confisca – con specifico riferimento all’istituto della confisca per equivalente – possa individuarsi una teorica che ammette un utilizzo più esteso della stessa, tale da superare la barriera dello schermo giuridico, nelle fattispecie in cui la condotta complessiva del legale rappresentante cui vengono ascritti specifici illeciti tributari di portata penale dimostri di aver compiuto un abuso dello schermo giuridico, asservendolo ai suoi scopi illeciti⁶⁰⁶.

⁶⁰⁵ Si vedano, a tale proposito, la sentenza della Cassazione del 10.01.2013, n. 1256 nonché la pronuncia delle Sezioni Unite del 14.01.2014, n. 105. Si veda anche G.L. SOANA, *I reati tributari*, cit., p. 542.

Sempre a tale riguardo si veda anche l’ordinanza della Cassazione del 15.06.2015, n. 24927, dove si è affermato che “la confisca per equivalente dei beni della persona giuridica per reati tributari commessi dal legale rappresentante deve essere esclusa, salva l’ipotesi in cui la persona giuridica stessa sia in concreto priva di autonomia e rappresenti solo un apparato fittizio, uno schermo attraverso cui l’amministratore agisce come effettivo titolare dei beni.”

⁶⁰⁶ G.L. SOANA, *I reati tributari*, cit., p. 542, dove si evidenzia come “si è infatti osservato che il reato tributario deve essere addebitato dal punto di vista della sanzione penale alla persona fisica che ha agito ma che le conseguenze patrimoniali di questa

In ultimo, non può non rilevarsi come da tale orientamento si ricavi, una volta di più, l'insussistenza di un complessivo regime di *favor*, sotto il profilo sanzionatorio nei confronti dei soli enti giuridici personificati.

Occorre, piuttosto, rilevare come si sia affermato, sempre nell'ambito della giurisprudenza della Cassazione di cui da ultimo si è dato conto, un ulteriore principio con riflessi potenzialmente peggiorativi – sotto il profilo del complessivo regime sanzionatorio – nei confronti dei soli enti collettivi personificati.

Le Sezioni Unite, come detto, hanno statuito che il sequestro preventivo volto alla confisca di beni dell'ente giuridico a fronte di condotte criminose poste in essere dal legale rappresentante potesse venire ammesso a condizione che insistesse direttamente sui beni che rappresentano il profitto diretto o derivato del reato commesso dall'autore materiale⁶⁰⁷.

condotta ricadono direttamente anche sull'ente a favore del quale è stata compiuta questa azione illecita – salvo che si dimostri che vi sia stata una rottura del rapporto organico – potendo allora la confisca per equivalente essere disposta anche sui suoi beni [...]. Conclusioni a cui si giunge senza che sia di ostacolo [...] la mancata previsione di una responsabilità dell'ente in questa materia ai sensi del d.lgs. n. 231/2000 [...] tenendo conto del rapporto di immedesimazione organica che lega il rappresentante legale di un ente all'ente medesimo in virtù, tra l'altro, di un principio fissato dall'art. 1, lett. e), d.lgs. n. 74/2000 per il quale il dolo di evasione della persona fisica che agisce in nome e per conto dell'ente è da riferirsi direttamente all'ente; il tutto in misura tale da fare valutare come i beni dell'ente non possono essere considerati come appartenenti a persona estranea al reato considerando che è proprio questo soggetto a conseguire il vantaggio patrimoniale della condotta illecita [...]"

⁶⁰⁷ Su tale problematica si veda V. CARDONE, F. PONTIERI, *Il sequestro preventivo finalizzato alla confisca dei beni della società*

Con ciò le Sezioni Unite hanno inteso limitare l'operatività della confisca per equivalente sui beni nella titolarità dell'ente giuridico – dove, quindi, non è risultato possibile giungere all'identificazione del profitto del reato – alle sole ipotesi, prima viste, in cui la società costituisce un mero schermo fittizio del legale rappresentante⁶⁰⁸.

Ora, come si comprenderà, la portata di tale statuizione implica non facili profili di interrelazione con la disciplina sanzionatoria tributaria che già prevede un'autonoma sanzionabilità in via amministrativa, ai sensi dell'art. 7, D.L. 4 settembre 2003, n. 269, degli enti personificati.

Si pone, in questo senso, il problema concernente l'interrelazione tra ablazione del profitto derivante dal reato tributario e disciplina sanzionatoria tributaria.

Non vi è dubbio che - come rilevato in giurisprudenza con riferimento alla disciplina prevista in materia di misure di prevenzione patrimoniale *ex* D.Lgs. 159/2011 – la

per delitti tributari commessi dal legale rappresentante (nota a Cass., sez. un., pen., n. 10561/2014), in Riv. d. trib., III, 2014, pp. 66 segg. Si veda anche C. SANTORIELLO, Confiscabilità 'limitata' dei beni della società per i reati commessi dall'amministratore, in il Fisco, 2014, pp. 1251 segg.

⁶⁰⁸ In tale senso si veda la pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione del 14.01.2014, n. 105, dove si è affermato che “è consentito nei confronti di una persona giuridica il sequestro preventivo finalizzato alla confisca di denaro o di altri beni fungibili o di beni direttamente riconducibili al profitto di reato tributario commesso dagli organi della persona giuridica stessa, quando tale profitto (o beni direttamente riconducibili al profitto) sia nella disponibilità di tale persona giuridica. [...] Non è consentito il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente nei confronti di una persona giuridica qualora non sia stato reperito il profitto di reato tributario compiuto dagli organi della persona giuridica stessa, salvo che la persona giuridica non sia uno schermo fittizio”.

sussistenza di un'effettiva sottoposizione ad imposizione dei proventi dell'evasione fiscale, se riconnessa ad un carico sanzionatorio, elide in radice la sussistenza di qualsiasi forma di vantaggio o profitto derivante dall'impiego dei proventi dell'evasione fiscale, atteso che ogni eventuale frutto della condotta di evasione fiscale è stata oggetto di piena tassazione e aggravio sanzionatorio⁶⁰⁹.

Consegue, pertanto, che stante il mancato coordinamento della disciplina prevista *ex art. 7, D.L. 40 settembre 2003, n. 269* con il diritto vivente in materia di confiscabilità dei profitti diretti o indiretti sui beni della persona giuridica che ha tratto vantaggio dalla condotta penalmente rilevante del legale rappresentante sottoposto a processo penale, la complessiva disciplina sanzionatoria nei confronti degli enti giuridici personificati si presenta più penalizzante rispetto a quella prevista per le persone fisiche e gli enti collettivi non assoggettati al regime di cui all'art. 7, D.L. 40 settembre 2003, n. 269.

4. Il difficile coordinamento tra confisca e tassazione dei proventi illeciti con riferimento alle fattispecie di inesistenza della struttura giuridica.

Problematiche non del tutto dissimili rispetto a quelle che

⁶⁰⁹ Si veda, in questo senso, la sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione del 29/07/2014, n. 33451, dove tali principi sono stati enucleati con riferimento all'applicabilità di misura di prevenzione reale, a mezzo di confisca di prevenzione, nei confronti di un soggetto che aveva asserito il compimento di una rilevante evasione di imposta quale elemento che avrebbe potuto giustificare l'origine delle proprie disponibilità economiche.

sono state appena evidenziate possono rilevarsi in relazione alla tassazione dei proventi di matrice illecita⁶¹⁰ attribuibili ai beneficiari effettivi di quelle strutture giuridiche societarie che siano ritenute apparati fittizi utilizzati al solo fine di farvi confluire profitti illeciti derivanti dalla commissione di reati tributari.

Ora, come noto, le categorie del diritto tributario in materia di attività illecite non distinguono sulla base del bene giuridico protetto o sulla base della maggior o minor gravità per l'ordinamento della condotta posta in essere, ma tendono, piuttosto, a individuare un generale regime di imponibilità legato alla sola circostanza dell'emersione di una ricchezza novella.

L'attuale panorama legislativo ha visto, infatti – dopo ampi dibattiti che hanno interessato la dottrina e la giurisprudenza – la prevalenza della linea di pensiero secondo cui anche redditi di origine illecita vanno sottoposti a tassazione.

Tale impostazione è stata, poi, positivamente sancita nell'ambito delle imposte sui redditi con l'introduzione dell'art. 14, comma 4, L. 24 dicembre 1993, n. 537 (L. 537/1993), che ha previsto che “nelle categorie di reddito di cui all'articolo 6, comma 1, del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, devono intendersi ricompresi, se in esse classificabili, i proventi derivanti da fatti, atti o attività qualificabili

⁶¹⁰ In generale sul tema della tassazione dei proventi illeciti si vedano, *ex multis*, A. GIOVANNINI, *Provento illecito e presupposto dell'imposta personale*, Milano, 2000; A. MARCHESELLI, *Le attività illecite tra Fisco e sanzione*, Padova, 2001; M. BEGHIN, *La tassazione dei redditi da proventi illeciti*, in *Corr. trib.*, 2002, pp. 3280 segg.; G. FALSITTA, *La tassazione dei proventi da reato nell'analisi della giurisprudenza dell'ultimo decennio*, in *Rass. trib.*, 2001, pp. 1123 segg.

come illecito civile, penale o amministrativo se non già sottoposti a sequestro o confisca penale. I relativi redditi sono determinati secondo le disposizioni riguardanti ciascuna categoria”.

Tale generale regola di imponibilità ha trovato consenso anche nell’ambito dell’imposizione indiretta.

La Corte di Giustizia dell’Unione Europea ha, infatti, statuito – con riferimento all’imposta sul valore aggiunto (IVA) – che le attività di natura illecita costituiscono operazioni imponibili ai fini IVA a condizione che sussista un mercato di riferimento e, di conseguenza, sussista la possibilità di una concorrenza tra operatori economici.

Solo in tale ipotesi, infatti, il mancato assoggettamento ad imposizione IVA dell’operazione *de qua* violerebbe la regola della neutralità del tributo IVA, causando una distorsione della concorrenza in danno ai soli operatori economici onesti che, altrimenti, si vedrebbero penalizzati anche sul versante fiscale avendo – solo loro – sottoposto a tassazione l’operazione economica⁶¹¹.

Poste in questo senso le coordinate di riferimento, la tematica circa la tassazione delle attività illecite richiede ancora una serie di considerazioni di rilievo con

⁶¹¹ Si veda B. DENORA, *Spunti sulla nozione di attività economica degli enti pubblici in ambito IVA*, in V. FICARI, V. MASTROIACOVO, *Corrispettività, onerosità e gratuità. Profili tributari*, Torino, 2014, pp. 285-286 dove si mette in luce come “la Corte di Giustizia ha più volte precisato che queste [le attività illecite] rilevano ai fini IVA a condizione che sussista un mercato di riferimento e, quindi, una possibile concorrenza. Nella prospettiva del giudice europeo, infatti, l’IVA è un tributo che evita disparità di trattamento tra operatori economici nell’ambito di un determinato settore di mercato.” Si veda anche A. MARCHESELLI, *Proventi illeciti ed imponibilità IVA*, in *Dir. prat. trib.*, II, 2003, pp. 389 segg.

riferimento ai profili di concorso tra l'esecuzione di un'eventuale misura di confisca penale e la riconduzione a tassazione dei proventi di origine illecita ai sensi dell'art. 14, comma 4, L. 537/1993.

Non può negarsi, infatti, che la questione circa l'interrelazione tra misura confiscatoria ed imposizione ex art. 14, comma 4, L. 537/1993 presenti profili di non facile razionalizzazione in via pratica⁶¹².

Per un verso, infatti, vi è l'esigenza di non colpire due volte una stessa ricchezza, sottoponendola, ad un tempo, a tassazione, ed allo stesso tempo, a misura ablatoria. Tale risultato determinerebbe un'ingiustificata lesione delle ragioni del contribuente, costretto a subire un'imposizione su una ricchezza della quale non potrà disporre a seguito di definitiva espropriazione a mezzo di confisca. Anche la giurisprudenza ha riconosciuto tale esigenza, affermando che il concetto di profitto sottoponibile a misura ablativa si sostanzia nel "vantaggio economico di diretta e immediata derivazione causale dal reato presupposto", con la precisazione che "nel caso in cui questo venga consumato nell'ambito di un rapporto sinallagmatico, non possa essere considerato tale anche l'utilità eventualmente conseguita dal danneggiato in ragione dell'esecuzione da parte dell'ente delle prestazioni che il contratto gli impone. In tal senso si è dunque voluto evidenziare come, qualora la consumazione del reato interferisca con l'esercizio legittimo dell'attività d'impresa, è necessario distinguere

⁶¹² Su tale questione si vedano A. MARCHESELLI, *La rilevanza del momento di attuazione del sequestro e della confisca dei redditi illeciti*, in *Corr. trib.*, 2003, pp. 2569 segg.; A. AMATUCCI, *L'imponibilità dei proventi da reato*, in *Corr. trib.*, 2002, pp. 774 segg.; L. TOSI, *La tassazione dei redditi da attività delittuose*, in *Riv. d. trib.*, I, 1994, p. 113.

tra profitto illecito (confiscabile) e profitto lecito (non confiscabile)”⁶¹³. Il volume di profitto confiscabile va pertanto limitato al solo effettivo incremento patrimoniale di cui il beneficiario abbia goduto in connessione causalmente diretta con il compimento della fattispecie di reato.

Per un altro verso non può non rilevarsi la mancanza di una norma che coordini confisca penale ed imposizione fiscale, con il risultato che, malgrado gli sforzi di dottrina e giurisprudenza, l’orientamento oggi prevalente in materia tributaria ritiene che l’Ente impositore debba tenere in considerazione i soli eventi verificatisi all’interno del periodo di imposta, potendo sempre ricondurre a tassazione i proventi illeciti tranne nei casi in cui gli stessi siano stati espropriati all’interno del periodo medesimo⁶¹⁴.

Risultato, quest’ultimo, che, come si comprende facilmente, non tutela pienamente la posizione del contribuente che subirà, nella maggior parte dei casi, prima la sottoposizione a tassazione del provento di origine illecita e, successivamente, l’ablazione del rimanente incremento patrimoniale realizzato con l’esecuzione della confisca⁶¹⁵.

⁶¹³ Cass., sez. un., 27 marzo 2008, n. 26654, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, pp. 1738 segg.

⁶¹⁴ A. MARCHESELLI, *La rilevanza del momento di attuazione del sequestro e della confisca dei redditi illeciti*, cit., p. 2571.

⁶¹⁵ Sulla circostanza che la confisca debba limitarsi a colpire l’incremento patrimoniale attuale e di segno positivo della posizione patrimoniale del reo si veda M. M. SCOLETTA, *Profitto confiscabile: materialità dell’incremento patrimoniale e diretta derivazione causale dal reato presupposto*, in *Le società*, 2014, pp. 1005 segg.

RIFLESSIONI CONCLUSIVE

1. *Brevi cenni di sintesi dei risultati raggiunti nei capitoli precedenti.*

La ricerca condotta nei capitoli precedenti ha posto in luce come il meccanismo di automatica riconduzione *ex lege* di ogni tipo di entrata reddituale prodotta dalle società di stampo commerciale in forza delle disposizioni di cui agli artt. 6 e 73 *T.U.I.R.* nell'alveo del reddito d'impresa merita di essere sottoposta a revisione critica.

In primo luogo, si è descritto come tale impostazione implichi un risultato difficilmente giustificabile in chiave sistematica, atteso che il meccanismo in questione opera una non ragionevole discriminazione tra imprenditori persone fisiche ed enti non commerciali e società di stampo commerciale sulla base della sola forma giuridica. Discriminazione, peraltro, ancora meno giustificabile in considerazione dei rilevanti mutamenti intervenuti in sede civilistica che hanno determinato una progressiva svalutazione del criterio della forma giuridica in favore di un generale riconoscimento del principio di neutralità⁶¹⁶.

Di conseguenza, si è cercato di verificare – alla luce dell'ausilio offerto dal diritto dell'Unione Europea - se sia individuabile un modello alternativo che permetta di rappresentare con più pienezza - rispetto al criterio del collegamento in forza della forma giuridica o dell'oggetto sociale statutario - il profilo distintivo che caratterizza gli

⁶¹⁶ *Supra*, Parte I, Capitoli II e III.

enti collettivi commerciali rispetto alle altre figure di enti collettivi.

A tale riguardo, si è potuto comprendere come il diritto dell'Unione Europea, alla luce del prisma offerto dalla disciplina in materia di aiuti di stato e dalla disciplina IVA, consideri centrale l'elemento dell'attività economica, piuttosto che quello della forma giuridica⁶¹⁷.

In secondo luogo, si è dato conto di un processo diverso e parallelo rispetto al tema indagato nei capitoli precedenti, in forza del quale è possibile porre in dubbio che la forma giuridica possa ritenersi condizione sufficiente per il riconoscimento del carattere imprenditoriale dell'attività svolta.

Ci si è, in altre parole, chiesti se, in costanza del requisito della forma giuridica, sia sempre certa la riferibilità dell'attività al programma imprenditoriale.

Tale ricerca, che ha preso le mosse dall'analisi della disciplina del *T.U.I.R.*, ha permesso di evidenziare la sussistenza di una molteplicità di fattispecie in cui il legislatore riconosce la potenziale abusività dello schermo giuridico, prevedendo forme di dequalificazione della struttura soggettiva in mancanza di un'effettiva attività economica svolta dall'ente⁶¹⁸.

A tale proposito, poi, si è cercato di offrire – con l'analisi dell'istituto dell'interposizione – una chiave di interpretazione teorica che possa contribuire a distinguere le diverse sfumature di abuso della forma giuridica, sia sotto il profilo delle conseguenze sotto il profilo del risultato reddituale, sia per quanto concerne la soggettività passiva dell'ente collettivo⁶¹⁹.

⁶¹⁷ *Supra*, Parte I, Capitoli IV e V.

⁶¹⁸ *Supra*, Parte II, Capitolo I.

⁶¹⁹ *Supra*, Parte II, Capitolo II.

in ultimo, si sono formulate alcune considerazioni tese ad approfondire i risvolti dell'abuso della forma giuridica in sede di diritto punitivo, prendendo in esame, in particolare, il formante giurisprudenziale formatosi in materia di sanzioni tributarie amministrative ed in materia di confisca penale⁶²⁰.

2. Il meccanismo della trasparenza quale rimedio parziale nell'ottica della rivalutazione della logica di automatica riconduzione ex lege di ogni tipo di entrata reddituale prodotta dalle società di capitali a ristretta base che svolgono un'effettiva attività economica.

In precedenza si è evidenziato come in diritto tributario sussista un'importante differenza, in punto di soggettività passiva, tra soci di società di persone assoggettati al regime della trasparenza e società di capitali, per le quali è prevista un'autonoma soggettività d'imposta.

Si è anche posto in luce come, sotto questo profilo, il legislatore fiscale si ponga in distonia rispetto al legislatore civilistico, per il quale non può dubitarsi della presenza di un'autonoma soggettività civilistica anche in capo ai tipi societari di stampo personalistico.

Ci si potrebbe, quindi, domandare se possa essere di qualche utilità – in una prospettiva *de jure condendo* – un ampliamento dell'utilizzo del meccanismo della trasparenza anche nei confronti di quelle strutture collettive di stampo capitalistico a ristretta base azionaria.

Come si è avuto modo di vedere, infatti, la teorica della

⁶²⁰ *Supra*, Parte II, Capitolo III.

società a ristretta base societaria si distingue dalle altre forme di crisi della forma giuridica soggettiva degli enti collettivi, esaminate nel corso del lavoro, poiché l'ente collettivo svolge, nel primo caso, un'effettiva attività economica.

Non vi è, in altre parole, un'abusività dello schermo giuridico tale da determinare, sotto il profilo oggettivo, la necessità di individuare un modulo impositivo applicabile nei confronti dei redditi prodotti ed ascrivibili a fonti produttive ricollegate all'ente giuridico diverso rispetto a quello delineato agli artt. 6 e 73 *T.U.I.R.*, sulla base del principio di diretta attribuzione di rilevanza fiscale alla forma giuridica del soggetto.

Come già visto, infatti, la giurisprudenza applica nei confronti di tali enti collettivi una vera e propria presunzione di distribuzione nei confronti dei soci degli utili extracontabili accertati in capo alla società, sul presupposto che la ristrettezza della base proprietaria implichi uno svuotamento del carattere proprio della struttura di stampo capitalistico, determinato da un utilizzo fortemente personalistico, assimilabile a quello tipico delle società di persone.

Si tratterebbe, quindi, di valorizzare tale elemento, assimilando in concreto sotto il profilo fiscale tali strutture societarie, anche se di stampo capitalistico, alle società di persone.

Né, peraltro, paiono insuperabili eventuali criticità in punto di soggettività tributaria.

A tale proposito, come è stato rilevato in dottrina, la soggettività tributaria costituisce un elemento che può essere giustificato anche da ragioni di matrice extrafiscale, da 'diverse esigenze, non necessariamente riconducibili alla sola oggettiva idoneità, valutata alla luce dell'art. 53 della Costituzione, dell'ente o della struttura a esprimere

una autonoma capacità contributiva”⁶²¹, corrispondenti a “ragioni storiche e di praticabilità tecnica, non certo a differenze di carattere ontologico”⁶²².

Di conseguenza, non parrebbe ingiustificabile un superamento della previsione di un’autonoma soggettività tributaria *ex art. 73, T.U.I.R.* in capo alle società di capitali a ristretta base proprietaria. Superamento, peraltro, la cui fattibilità il legislatore ha già legittimato con l’introduzione degli artt. 115 e 116 *T.U.I.R.* ad opera del D.Lgs. 344/2003, con i quali, come noto, è stata prevista la possibilità dell’opzione della trasparenza da parte delle società di capitali⁶²³.

3. L’utilizzo della forma giuridica di stampo commerciale quale espressione di un meccanismo incentivante e promozionale volto all’efficace utilizzazione dei beni destinati all’attività economica?

Si è dato conto in precedenza del fatto che la disciplina impositiva prevista per le società di comodo presenti nei tratti che permettono di ricondurla a forme di imposizione di natura patrimoniale.

Si è rilevato altresì come ciò introduca una chiave di lettura interessante, che può contribuire a giustificare la particolarità della disciplina di contrasto a forme di utilizzo

⁶²¹ Si veda T. TASSANI, *Autonomia statutaria delle società di capitali e imposizione sui redditi*, cit., p. 91.

⁶²² A. FANTOZZI, R. LUPI, *Le società per azioni nella disciplina tributaria*, in AA.VV., *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. COLOMBO, G.B. PORTALE, Torino, 1993, p. 19

⁶²³ Su tali profili, *ex multis*, T. TASSANI, *Autonomia statutaria delle società di capitali e imposizione sui redditi*, cit., p. 92.

dello schermo giuridico con finalità abusiva.

In tale senso si è anche osservato come l'esperimento di forme di imposizione di natura patrimoniale possa ricondursi nell'alveo di quella giurisprudenza della Corte Costituzionale che afferma la legittimità di forme di imposizione premiale all'efficiente utilizzazione dei beni da parte del contribuente.

In altre parole, tale chiave di lettura permette di valorizzare la relazione biunivoca tra svolgimento di attività economica effettiva e presunzione di commercialità di cui agli artt. 6 e 73, *T.U.I.R.*.

Accogliendo questa impostazione si tratterebbe, in sostanza, di riconoscere come solo agli enti dediti a un'effettiva attività economica è attribuita la possibilità di fruire effettivamente del regime impositivo previsto nell'alveo del reddito d'impresa, sul presupposto di un utilizzo fruttuoso ed efficace dei beni destinati all'attività d'impresa. Una preferenza, quindi, di carattere ordinamentale volta a legittimare la fruizione del regime del reddito d'impresa a quei soli enti collettivi che non rappresentino strutture giuridiche di comodo. Per queste ultime, invece, sarebbero legittime larvate forme di imposizione di tipo patrimoniale.

Occorre, in questa sede, approfondire ulteriormente tali considerazioni, domandandosi se la presunzione di cui agli artt. 6 e 73 *T.U.I.R.* possa essere ritenuta effettivamente l'estrinsecazione di un regime premiale.

In primo luogo, va ribadito che la presunzione di commercialità risponde solo a una logica di collocamento e individuazione della categoria reddituale applicabile: quella del reddito d'impresa. In altre parole, la presunzione in esame non rappresenta una disposizione che fonda la diretta riferibilità *ex lege* di tutti gli atti posti in essere alla categoria del reddito d'impresa alla formazione del reddito

dell'attività. Profilo, quest'ultimo, che rimane sottoposto a una valutazione in punto di inerenza, quale criterio discrezionale in merito alla riconducibilità dei singoli componenti negativi di reddito all'attività d'impresa.

In secondo luogo, soprattutto, è intrinsecamente discutibile qualificare la presunzione di cui agli artt. 6 e 73 *T.U.I.R.* quale espressione di un modulo impositivo di tipo premiale.

Basti ribadire, a tale proposito, che, per un verso, grazie all'operare del principio di inerenza non può mai darsi un'automatica e diretta deducibilità delle componenti negative, che rimane legata a una valutazione casistica circa l'inerenza della componente all'attività economica. Per un altro verso, la stessa presunzione *de qua* implica la ricomprensione diretta e definitiva di tutti i proventi quali voci positive rilevanti nella determinazione del reddito d'impresa, determinando un risultato discriminatorio nei confronti di quei soli enti collettivi di stampo commerciale nei cui confronti trovano applicazione le norme di cui agli artt. 6 e 73 *T.U.I.R.*.

4. La necessità di una rivalutazione dell'elemento del rischio quale condizione naturale dell'attività d'impresa: la rilevanza della forma giuridica come elemento di delimitazione del rischio.

La dottrina di diritto commerciale ha storicamente rilevato come a corollario dell'attività economica, quale condizione imprescindibile di qualificazione della nozione

stessa di imprenditore, si collochi l'elemento del rischio⁶²⁴. In tal senso si è affermato come "l'imprenditore corre il rischio del processo produttivo. Come contropartita, egli fa suoi i profitti dell'impresa. Il profitto è in altre parole l'esatto corrispondente del rischio; o, se si preferisce, il rischio giustifica il profitto"⁶²⁵.

Tale considerazione è storicamente ben presente nella dottrina commercialista, la quale riconosce l'importanza della tutela offerta dalla forma giuridica di stampo capitalistico quale modalità di allocazione del rischio imprenditoriale, in un'ottica di rafforzamento dei traffici economici⁶²⁶, sul presupposto della intrinseca rischiosità

⁶²⁴ Su tale nozione si veda, in generale, G. ALPA, voce *Rischio (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, pp. 1144 segg. Con riferimento al rischio imprenditoriale si vedano V. BUONOCORE, *L'impresa*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da V. BUONOCORE, Torino, 2002, pp. 222 segg.; F. CAVAZZUTI, voce *Rischio d'impresa*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento IV, 2000, Milano, pp. 1093 segg.

⁶²⁵ G. COTTINO, *L'imprenditore. Diritto commerciale*, Padova, 2000, pp. 75-76.

⁶²⁶ A tale riguardo si veda, *ex multis*, AA.VV., *Il nuovo diritto societario. Le nuove società di capitali e cooperative. Tomo I*, a cura di F. GALGANO, R. GENGHINI, Padova, 2006, pp. 4-5, dove l'Autore evidenzia come "assumere responsabilità limitata significa, in termini economici, non correre altro rischio se non di perdere la somma o il bene conferito in società; significa salvare, nel caso di dissesto della società, il proprio restante patrimonio. La responsabilità limitata comporta, in termini giuridici, che il socio non è obbligato, patrimonialmente, se non ad eseguire il conferimento determinato nel contratto sociale, e che è a ciò obbligato solo nei confronti della società".

Sempre sulla centralità della forma giuridica e, in particolare, sulla gestione del rischio d'impresa, nonché in merito all'analisi delle specifiche tipologie di rischio imprenditoriale si vedano gli approfondimenti degli studi di *corporate finance*, tra cui, in

dell'attività imprenditoriale⁶²⁷.

Ora, l'elemento del rischio che, come visto, costituisce dato intrinseco e proprio all'attività imprenditoriale, trova riconoscimento anche nella dottrina tributaria che si è interessata al tema dell'imposizione sulle attività rischiose⁶²⁸.

In tale sede, infatti, si è evidenziato come la consistenza dell'obbligazione tributaria possa mutare alla luce di "accadimenti futuri, non perfettamente prevedibili (o controllabili)" che "possono comportare vantaggio svantaggi per taluni soggetti"⁶²⁹.

Si tratta, però, di un tema complesso che non si presta a facili generalizzazioni.

Parte della dottrina ha, infatti, sostenuto che le modalità

particolare, P. MÄNTYSAARI, *The law of corporate finance: general principles and EU law. Volume I: cash flow, risk, agency, information*, Springer, 2010; I. WELCH, *Corporate finance: an introduction*, Prentice Hall, 2009.

⁶²⁷ V. BUONOCORE, *L'impresa*, in *Trattato di diritto commerciale*, cit., p. 226, dove si evidenzia come "il rischio può anche costituire la ragione giustificatrice delle regole dettate per l'impresa e di quelle regolanti la responsabilità dell'imprenditore, proprio perché è la stessa attività imprenditoriale che o per la quantità dei rapporti posti in essere o per la qualità degli stessi comporta un rischio e una pluralità di rischi".

Si veda anche M. MAUGERI, *Impresa e società*, in AA.VV., *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini*, a cura di V. DI CATALDO, V. MELI, R. PENNISI, I, Milano, 2015, pp. 379 segg.

⁶²⁸ Si vedano, a tale proposito, E. MARELLO, *Il rischio del tributo. Il fondamento dei concordati preventivi in materia fiscale*, in *Riv. dir. fin. sc. finan.*, I, 2006, 368 segg.; M. CARDILLO, *Aleatorietà e imposizione*, Bari, 2005.

⁶²⁹ E. MARELLO, *Il rischio del tributo. Il fondamento dei concordati preventivi in materia fiscale*, cit., p. 376.

che contrassegnano il sistema impositivo vigente, caratterizzate dall'abbinamento “tra la determinazione postergata del reddito percepito e l'esteso paradigma dell'imposizione del reddito effettivo comporta, in genere, l'allocazione del rischio esclusivamente in capo all'Erario”⁶³⁰.

Si tratta di una posizione indubbiamente corretta, ma che, tuttavia, va ulteriormente specificata.

Non si dubita, infatti, che – diversamente dai moduli di carattere catastale o fondati su predeterminazioni di tipo normativo – il modello della tassazione su base del principio di effettività ponga l'Erario quale vero e proprio ‘socio’ passivo dell'imprenditore, generalmente sottoposto in via riflessa all'andamento economico dell'impresa.

Va, però, aggiunto che tale affermazione non muta il quadro d'insieme: più marcatamente rispetto ad altre tipologie di reddito, in caso di andamento economico negativo, l'imprenditore stesso potrà trovarsi senza alcun reddito. Ciò, appunto, sulla base della particolare e tipica rischiosità propria dell'attività imprenditoriale⁶³¹.

Altra parte della dottrina – approfondendo sempre il tema del rischio nell'ambito del reddito d'impresa - si è incentrata su tale nozione di rischio, rilevando come, sotto un profilo economico, occorra segmentare la nozione stessa di reddito d'impresa, distinguendo tre diversi elementi: “*at the bottom line a risk-free rate of return on*

⁶³⁰ E. MARELLO, *Il rischio del tributo. Il fondamento dei concordati preventivi in materia fiscale*, cit., p. 377.

⁶³¹ M. MAUGERI, *Impresa e società*, in AA.VV., *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini*, cit., p. 380, dove si evidenzia come “l'adozione di qualsiasi scelta funzionalmente orientata alla massimizzazione del valore dell'investimento azionario sconta l'ineliminabile possibilità di un insuccesso dell'iniziativa [...]”.

*the invested capital, secondly infra-marginal income from economic rents (e. g. from location-specific natural resources, from proprietary intellectual property or from other monopolistic income-generating assets) and – last not least - income from risky activities, where the income is dependent on uncertain future developments like the success of innovative research, the exploitation of a new market, the reliability of the existing workforce or the stability of the political environment”*⁶³².

Secondo tale teorica, quindi, non sarebbe possibile individuare una nozione unitaria di reddito d’impresa, dovendosi rilevare un frazionamento del reddito d’impresa sulla base della maggiore o minore rischiosità dell’attività. In tale modo, si potrebbe giungere anche a giustificare un’imposizione diversificata sulla base del diverso grado di rischio imprenditoriale.

Sempre su tale linea, peraltro, si collocano anche quelle posizioni dottrinali secondo cui sarebbero ammissibili – sempre in considerazione di un diverso gradiente di rischiosità dell’attività svolta – forme di tassazione volte a colpire specificamente i “*windfall profits*” dell’impresa⁶³³.

In questo caso, infatti, si tratterebbe di profitti derivanti da

⁶³² W. SCHÖN, *International taxation of risk*, 2014, p. 2, disponibile al seguente indirizzo web <http://ssrn.com/abstract=2402612> (ultimo accesso 20/06/2015). Per ulteriori approfondimenti a tale riguardo si vedano, *ex multis*, D. SHAVIRO, *The economics of tax law*, 2014, disponibile al seguente indirizzo web <http://ssrn.com/abstract=2380898> (ultimo accesso 20/06/2015).

⁶³³ Si vedano, a tale proposito, C. HURT, *The windfall myth*, 2009, disponibile al sito web <http://ssrn.com/abstract=1456466> (ultimo accesso 20/06/2015); D.P. RODRÌGUEZ, *Absorbing EU ETS windfall profits and the principle of free allowances: iberdrola and others*, in *Common Market Law Review*, 2014, pp. 679 segg.

rendite di tipo monopolistico legate – ad esempio – a disposizioni legislative che attribuiscono ad alcuni operatori economici soltanto determinati diritti ed autorizzazioni⁶³⁴, oppure riconducibili a particolari e contingenti condizioni del mercato che permettono ad alcuni settori industriali di ottenere sovraprofiti non correlati ad alcun rischio imprenditoriale⁶³⁵.

Ora, premesso che tali posizioni rappresentano una riaffermazione della centralità dell'elemento del rischio nell'ambito del reddito d'impresa, occorre connotare meglio la nozione di rischio di interesse ai fini della presente ricerca per evitare possibili fraintendimenti.

Infatti, ad opinione di chi scrive, le posizioni dottrinali prese a riferimento poc'anzi – peraltro, tra loro fortemente diversificate e difficilmente riconducibili a unità anche alla luce dei diversi angoli di visuale del concetto di rischio presi a riferimento – vanno ricondotte nell'alveo di una nozione di rischio di tipo economico.

Come si è rilevato in dottrina, infatti, tale tipologia di rischio è indubbiamente ricollegabile alla gestione dell'impresa da parte dell'imprenditore, ma dipende “tranne nei casi in cui sia direttamente imputabile al *modus operandi* dell'imprenditore [...] da cause e da

⁶³⁴ Si veda, a tale proposito, la pronuncia della Corte di Giustizia relativa ai procedimenti C-566/11, C-567/11, C-580/11, C-591/11, C-620/11, C-640/11. Su tale pronuncia si veda D.P. RODRÌGUEZ, *Absorbing EU ETS windfall profits and the principle of free allowances: iberdrola and others*, cit.

⁶³⁵ A tale riguardo, si veda l'esempio della *Crude oil windfall profit tax act* introdotta negli Stati Uniti nel 1980. Per ulteriori riferimenti cfr. la *General explanation del Crude oil windfall profit tax act of 1980*, preparato dal *Joint Committee on Taxation* del Congresso degli Stati Uniti, disponibile al sito web <http://www.jct.gov/s-1-81.pdf> (ultimo accesso 20/06/2015).

fattori, o naturali (e normali) come [...] l'andamento del mercato e/o la capacità del soggetto gestore, ovvero provocati e indotti, come può essere l'indirizzo politico impresso dal governo [...]"⁶³⁶.

Si tratta, in altre parole, di una concezione di rischio diversa dal vero e proprio rischio di tipo giuridico, che interessa qui approfondire.

Con tale nozione, infatti, si intende fare riferimento a quella più limitata tipologia di rischio economico che si colloca in quell'area di rischio imputabile all'attività dell'imprenditore⁶³⁷.

In specie, la portata di questo concetto discende dalla circostanza che, mentre il rischio di tipo economico "nelle sue varie declinazioni, si presenta intrinsecamente immanente all'attività d'impresa, sino al punto di precludere la possibilità stessa di qualificare 'imprenditoriale' una decisione degli amministratori che ne sia sprovvista, il rischio giuridico, per contro, non solo si

⁶³⁶ V. BUONOCORE, *L'impresa*, in *Trattato di diritto commerciale*, cit., pp. 229-230.

⁶³⁷ M. MAUGERI, *Impresa e società*, in AA.VV., *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini*, cit., pp. 389-390, dove si evidenzia come con tale più ristretta nozione si "richiama l'eventualità che una condotta imputabile all'ente societario integri una violazione di norme di legge/regolamenti o una lesione di posizioni soggettive altrui protette dall'ordinamento ed esponga, conseguentemente, la società al pericolo, in senso tecnico, di subire un pregiudizio economico (sotto forma di obbligazioni risarcitoria, di sanzione pecuniaria amministrativa, ma anche di confisca/sequestro di liquidità o di altri elementi dell'attivo)".

Si veda anche V. BUONOCORE, *L'impresa*, in *Trattato di diritto commerciale*, cit., p. 230, dove si evidenzia come "il rischio economico connesso all'attività dell'impresa viene addossato al soggetto cui sia possibile imputare [...] l'attività stessa, così trasformandosi in rischio giuridico".

sottrae a qualsiasi forma di ‘ponderazione’ da parte dell’organo amministrativo, ma costituisce, a ben vedere, un vero e proprio limite esterno al suo agire”⁶³⁸.

Ora, non è questa la sede per trattare le diverse posizioni in merito alle fonti della responsabilità giuridica dell’imprenditore e alla configurabilità di un autonomo principio che possa governare la responsabilità d’impresa⁶³⁹.

Merita, piuttosto, alla luce di queste considerazioni, spostare l’angolo di osservazione interrogandosi sulle modalità di distribuzione del rischio d’impresa, tra traslazione in capo ai terzi ed internalizzazione in capo all’operatore economico.

In specie, tale problematica è stata oggetto di attento vaglio critico alla luce del prisma concettuale offerto dagli studi di analisi economica del diritto con particolare riferimento alla giustificabilità di una tassazione di tipo ambientale

Le origini teoriche di tali ricerche possono individuarsi nei primi anni del secolo scorso negli spunti pionieristici di A.C. Pigou in materia di tassazione ambientale⁶⁴⁰.

⁶³⁸ M. MAUGERI, *Impresa e società*, in AA.VV., *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini*, cit., p. 390.

⁶³⁹ Su cui si veda V. BUONOCORE, *L’impresa*, in *Trattato di diritto commerciale*, cit., pp. 237 segg.; M. MAUGERI, *Impresa e società*, in AA.VV., *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini*, cit., pp. 395 segg.

⁶⁴⁰ Si veda, in generale, su tali problematiche J.E. MILNE, *Environmental taxation: why theory matters*, in AA.VV., *Critical issues in environmental taxation*, in J.E. MILNE, K. DEKETELAERE, L. KREISER, H. ASHIABOR (eds.), Richmond, 2004, pp. 3 segg. L’Autrice, peraltro, evidenzia come possano individuarsi almeno quattro teorie economiche che possono giustificare la tassazione ambientale: ‘the Pigouvian

Come noto, Pigou – che espose la tesi nel volume “*The Economics of Welfare*” – rilevò come, dal momento che l’attività economica privata è mirata primariamente alla massimizzazione del profitto, in mancanza della fissazione di un prezzo per le esternalità negative causate dalle attività economiche – tra cui, ad esempio, Pigou menzionava espressamente l’inquinamento industriale – il medesimo privato non avrebbe alcun interesse a sobbarcarsi gli eventuali costi sociali nei confronti della collettività⁶⁴¹.

A fronte di tale divergenza tra interessi di matrice privatistica e l’interesse pubblico della collettività, Pigou propose, con l’obiettivo di annullare o almeno mitigare il costo sociale prodotto dalle attività economiche, l’imposizione di “*bounties and taxes*” tali da costringere l’operatore economico privato ad internalizzare tra i suoi costi anche le esternalità provocate alla collettività⁶⁴².

theory’; ‘the polluter pays principle’; ‘the least cost abatement’; ‘the double dividend theory’.

⁶⁴¹ J.E. MILNE, M.S. ANDERSEN, *Introduction to environmental taxation concepts and research*, in AA.VV., *Handbook of research on environmental taxation*, in J.E. MILNE, M.S. ANDERSON (eds.), Edward Elgar Publishing Limited, 2012, p. 15.

⁶⁴² Si veda A.C. PIGOU, *The economics of welfare*, 1920, dove l’Autore afferma “it is plain that divergences between trade and social net product of the kinds we have so far been considering cannot [...] be mitigated by a modification of a contractual relationship between any two contracting parties, because the divergence arises out of a service or disservice rendered to persons other than the contracting parties. It is, however, possible for the State, if it so chooses, to remove the divergence in any field by ‘extraordinary encouragements’ or ‘extraordinary restraints’ upon investments in that field. The most obvious forms, which these encouragements and restraints may assume, are, of course, those of bounties and taxes”.

In definitiva, quindi, secondo questa prima linea di pensiero, il *gap* tra il costo affrontato dal privato e quello sociale – cioè l'esternalità negativa sofferta dalla collettività a causa dell'attività privata – avrebbe potuto essere internalizzata tramite un'attività di imposizione di matrice fiscale messa in atto da parte dello Stato e pari a tale maggiore costo provocato alla collettività e non originariamente già incorporato dal privato⁶⁴³.

I risultati proposti da questa prima corrente di pensiero, tuttavia, vennero sottoposti a revisione critica negli anni 60' in particolare ad opera di R. Coase nel suo noto studio "*The Problem of Social Cost*"⁶⁴⁴.

In tale studio Coase intese dimostrare come le asserzioni di Pigou, poste specificamente con riferimento alla necessità che il privato debba sempre farsi carico dei maggiori costi derivanti dalle sue attività inquinanti, fossero infondate, dal momento che in molti casi sarebbe preferibile raggiungere un accordo tra il privato dedito ad attività inquinanti ed i membri della collettività direttamente soggetti all'inquinamento ambientale⁶⁴⁵.

⁶⁴³ Cfr. J.E. MILNE, M.S. ANDERSEN, *Introduction to environmental taxation concepts and research*, cit., p. 17, dove si afferma come "Pigou emphasized the concept of externalities and introduced the idea of using taxes as one way to capture, or internalize, externalities. Reduced to a simplified essence, taxes equal to the externalities could equalize the private and social marginal cost."

⁶⁴⁴ R.H. COASE, *The problem of social cost*, in *Journal of Law and Economics*, 3, 1960, pp. 1 segg.

⁶⁴⁵ R.H. COASE, *The problem of social cost*, cit., p. 17, dove si rileva "analyses of taxes based on Pigou's theory followed in the 1960s. One of his most ardent critics, Ronald Coase wrote a seminal piece [si tratta di 'The problem of social costs'] evaluating the Pigouvian tradition. He challenged Pigou's assumptions that the polluter should always bear the cost of externalities, arguing that in

Nell'ottica di Coase, infatti, partendo da un approccio teso a valorizzare la centralità dei diritti di proprietà e, pertanto, a rilevare come anche la tutela della collettività provochi una limitazione al diritto di proprietà del produttore e quindi un danno a quest'ultimo nell'esercizio di un'attività economica tesa al raggiungimento del profitto, viene evidenziata la maggior efficienza di un sistema di carattere privatistico dove le parti sono libere di determinare, nell'ambito di una contrattazione su un piano di parità, volta ad attribuire reciproche concessioni dei propri diritti, il livello di allocazione delle risorse maggiormente efficiente.

Come evidente, l'approccio di Coase si distanzia radicalmente da quello, prima descritto, di Pigou e dei suoi seguaci e, in ultima istanza, la differenza può essere ricondotta alla diversa concezione dell'intervento pubblico e all'esistenza o meno di situazioni di fallimento del mercato dove solo la regolamentazione di carattere pubblicistico potrebbe evitare il propagarsi di esternalità negative ed il verificarsi di costi sociali a carico della collettività.

Infatti, nell'ottica di Pigou il ruolo centrale deve essere assunto dalla mano pubblica al fine di internalizzare le esternalità provocate dall'attività del privato, sul presupposto dell'impossibilità del mercato di offrire un rimedio più efficiente. Diversamente, secondo la tesi di Coase non sussisterebbero ragioni per discostarsi da un approccio di mercato, dovendosi attribuire centralità alle reciproche attribuzioni di diritti messe in atto nell'ambito

some situations negotiated settlements between the polluter and the victim are preferable, and his challenged sparked detailed theoretical, economic explorations and critiques of the Pigovian tradition.”

di una trattativa privata, in cui sono chiaramente definiti i diritti di proprietà di ciascuna parte, non sussistono costi di contrattazione e sono ignorati gli effetti sotto il profilo reddituale.

Tali teoriche testimoniano, pur nella loro radicale diversità, che l'intrinseca rischiosità dell'attività imprenditoriale possa determinare effetti pregiudizievoli anche nei confronti dei terzi, valorizzando "la circostanza che a correre l'alea non è solo l'imprenditore, ma anche creditori e dipendenti, i quali, anzi, rischiano in misura ancora maggiore non avendo a disposizione strumenti per limitare o addirittura dirottare la responsabilità"⁶⁴⁶.

Ora, poste in questi termini le coordinate di fondo, è chiaro come l'intrinseca rischiosità dell'attività imprenditoriale costituisca un elemento specifico che caratterizza in maniera particolare la nozione di reddito d'impresa.

E', perciò, legittimo chiedersi se tale elemento possa essere in grado di giustificare la presunzione di commercialità di cui agli artt. 6 e 73 *T.U.I.R.* e il rilievo ai fini impositivi della forma giuridica quale circostanza di differenziazione del modello impositivo alla categoria *de qua* rispetto a altre categorie reddituali disciplinate dal *T.U.I.R.*.

Tale impostazione non è, però, convincente: anche l'imprenditore individuale, infatti, svolge attività di impresa – e quindi è soggetto al rischio imprenditoriale tanto quanto gli enti collettivi – eppure il meccanismo impositivo applicato nei suoi confronti non attribuisce alcuna rilevanza a profili soggettivi, quali la forma giuridica.

⁶⁴⁶ V. BUONOCORE, *L'impresa*, in *Trattato di diritto commerciale*, cit., p. 234.

5. Forma giuridica e limitazione della responsabilità: profili critici della traslazione del rischio dell'attività imprenditoriale.

Alla luce di queste considerazioni è, a questo punto, opportuno approfondire il tema della limitazione della responsabilità quale elemento distintivo delle strutture societarie di tipo capitalistico.

Si debbono, quindi, richiamare considerazioni di cui si è dato conto in precedenza: il modello collettivo di stampo societario costituisce lo strumento di intrapresa tipico dell'attività economica di stampo imprenditoriale nell'epoca moderna, in considerazione del beneficio del principio della limitazione della responsabilità quale espressione di delimitazione della sfera di rischio accettabile da parte dell'imprenditore.

Si potrebbe, quindi, sostenere che l'istituto della limitazione della responsabilità previsto per i tipi societari capitalistici e, più in generale, per le persone giuridiche possa costituire un elemento così significativo, tale da giustificare – per certi versi – un modulo impositivo peculiare, legato direttamente alla forma giuridica soggettiva dell'ente.

Tale affermazione si presterebbe fin da subito ad un'obiezione critica di non poco momento: la presunzione di commercialità fondata sul rilievo della forma giuridica trova applicazione, ai sensi dell'art. 6 *T.U.I.R.*, anche nei confronti delle società di persone rispetto alle quali, come noto, non vige alcun principio di limitazione della

responsabilità⁶⁴⁷.

Con questo non si intende sminuire la portata del principio della limitazione della responsabilità quale istituto che ha avuto grande rilievo nel corso del tempo per facilitare e rafforzare lo sviluppo dell'economia capitalista moderna. Tale affermazione – di indubbia portata storica – deve essere, tuttavia, contestualizzata alla luce dei recenti sviluppi della legislazione e della giurisprudenza, dove con sempre maggiore forza trovano spazio esigenze di tutela dei terzi con cui l'ente collettivo si trova ad operare⁶⁴⁸.

Tali considerazioni – di cui si sono prima visti alcuni riflessi alla luce del prisma dell'analisi economica del diritto – trovano riscontro in diritto positivo.

Si è già dato conto del fatto che uno degli effetti della limitazione della responsabilità è proprio rappresentato dalla possibilità di traslare il rischio economico dell'attività imprenditoriale. Traslazione, peraltro, che

⁶⁴⁷ F. DENOZZA, *Responsabilità dei soci e rischio d'impresa nelle società personali*, Milano, 1973.

⁶⁴⁸ Si veda, per un approfondimento delle ragioni che ancora oggi giustificano il principio della limitazione della responsabilità nell'ambito degli enti collettivi, alla luce delle indagini svolte nell'ambito della teoria dell'*organizational law*, H. HANSMANN, R. KRAAKMAR, *The essential role of organizational law*, in *Yale Law Journal*, 2000, disponibile al sito web <http://ssrn.com/abstract=229956> (ultimo accesso 20/06/2015), dove si evidenzia come “organizational law permits the formation of a floating lien on the pool of assets associated with a firm, and permits as well the assignment of that lien to the constantly-changing group of creditors who transact with the firm, while shielding the assets from creditors of the firm's managers and beneficiaries. This type of affirmative asset partitioning, which plays a critical role in permitting the formation of the large nexuses of contracts that are employed to organize most modern business activity, could not otherwise be accomplished”. (p. 43)

facilmente potrebbe lasciare maggiormente esposti proprio quei creditori della società che si trovano strutturalmente in una posizione di debolezza⁶⁴⁹.

Ora, come noto, in contrasto con tale previsione generale di limitazione della responsabilità degli enti collettivi, specialmente costituiti secondo i tipi delle società di capitali, si è venuta affermando a livello di diritto comune la teorica dell'abuso della personalità giuridica.

In altre parole, si sono progressivamente affermati orientamenti giurisprudenziali e dottrinali che, al fine di mitigare i rischi che potrebbero derivare da un utilizzo distorto ed abusivo della persona giuridica per trarre indebito vantaggio dallo schermo da essa offerto nei confronti dei soci, tendono ad ammettere la legittimità di operazioni ermeneutiche volte alla disapplicazione della disciplina generale prevista per gli enti personificati – in particolare, con riferimento alla limitazione della responsabilità dei membri dell'ente – con contestuale riconduzione dell'ente collettivo nell'alveo della disciplina generalmente prevista per gli enti non personificati⁶⁵⁰.

⁶⁴⁹ In questo senso, AA.VV., *Le nuove società di capitali e cooperative*, in *Il nuovo diritto societario. Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da F. GALGANO, R. GENGHINI, I, Padova, 2006, pp. 9-10, dove si evidenzia come “la responsabilità limitata produce un effetto economico non trascurabile: rende possibile una parziale traslazione del rischio connesso alle attività economiche. Il rischio dell'impresa è corso dai soci solo in parte, nei limiti, cioè, del loro conferimento in società; per ciò che eccede questo limite, il rischio si trasferisce sui creditori della società [...]. I creditori della società non si trovano tutti su un medesimo piano: l'effetto traslativo si verifica solo a danno dei creditori economicamente più deboli, sui piccoli fornitori, sulla massa dei lavoratori dipendenti [...]”.

⁶⁵⁰ Si veda, *ex multis*, AA.VV., *Le nuove società di capitali e cooperative*, in *Il nuovo diritto societario. Trattato di diritto*

Considerazioni che, peraltro, sono rafforzate, sempre a livello di diritto commerciale, da ulteriori argomentazioni che valorizzano la sussistenza di un principio di protrazione degli effetti dell'impresa anche al di là degli eventi che riguardano il soggetto imprenditore⁶⁵¹.

Si tratta, in questo caso, del riconoscimento della rischiosità degli effetti causati dall'attività imprenditoriale che si fonda sulla considerazione "dell'impresa come entità, che, per sua natura e per le funzioni che svolge nell'ambito della comunità, non può non sopravvivere alle vicende dell'imprenditore quand'anche concretantisi nella di lui scomparsa o nella di lui incapacità"⁶⁵².

Profili, questi ultimi, che hanno trovato nuova linfa negli studi di diritto penale tesi ad approfondire la legittimità di forme di sanzione di matrice punitiva direttamente rivolte nei confronti degli enti collettivi⁶⁵³ e che, peraltro, non paiono del tutto sconosciuti in diritto tributario.

Si pensi, a tale proposito, al riconoscimento della peculiarità del fenomeno estintivo delle strutture collettive ai fini fiscali a seguito dell'introduzione, ad opera dell'art. 28, comma 4, del D.Lgs. 21 novembre 2014, n. 175, di una previsione di differimento di cinque anni degli effetti

commerciale e di diritto pubblico dell'economia, diretto da F. GALGANO, R. GENGHINI, cit., pp. 168 segg.

⁶⁵¹ V. BUONOCORE, *L'impresa*, in *Trattato di diritto commerciale*, cit., p. 234.

⁶⁵² V. BUONOCORE, *L'impresa*, in *Trattato di diritto commerciale*, cit., p. 254.

⁶⁵³ Per un primo approfondimento di tale filone di ricerca si vedano, L. CONTI, *Il diritto penale dell'impresa*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, Padova, 2001, pp. 72 segg.; A. GIOVANNINI, *Persona giuridica e sanzione tributaria: idee per una riforma*, in *Rass. trib.*, 2013, pp. 509 segg.

fiscali dell'estinzione della società⁶⁵⁴.

Ora, senza volersi addentrare in tale materia, può forse cogliersi la preoccupazione, da parte del legislatore fiscale, di evitare che, per mezzo della cancellazione dal registro delle imprese, cessi in via definitiva ogni rapporto di natura tributaria della società con gli enti impositori⁶⁵⁵.

Da tali elementi si evince, in sostanza, una progressiva e sempre più incisiva delimitazione della portata del principio della limitazione della responsabilità tradizionalmente connessa all'istituto della personalità giuridica.

Tale impostazione, peraltro, non pare, di per sé, irragionevole se si tengono in giusta considerazione gli sviluppi intervenuti in sede di diritto societario, dove si sta

⁶⁵⁴ Si veda, a tale riguardo, G. FRANSONI, *L'estinzione postuma della società ai fini fiscali ovvero della società un poco morta e di altre amenità*, in *Rass. trib.*, 2015, pp. 47 segg. Più in generale, sul tema dell'estinzione della società ed i riflessi in campo tributario si vedano, *ex multis*, G. RAGUCCI, *La responsabilità tributaria dei liquidatori di società di capitali*, Torino, 2013; L. BIANCHI, *Società di capitali cancellata: tra successione e responsabilità (tributaria) dei soci*, in *Dir. prat. trib.*, I, 2015, pp. 1001 segg.

⁶⁵⁵ Cfr. G. RAGUCCI, *La responsabilità tributaria dei liquidatori di società di capitali*, cit., p. 87, dove si evidenzia come "con l'estinzione la società cessa di essere parte del rapporto tributario, e gli organi della liquidazione decadono. Ciò implica [...] l'impossibilità per l'amministrazione di notificare alcun nuovo avviso di accertamento, per la mancanza del destinatario che, ricevendolo, ne assicuri l'esistenza ed efficacia".

Con ciò non si può negare come la giurisprudenza abbia affermato che in parallelo al verificarsi dell'estinzione dell'ente collettivo legata alla cancellazione della società si verifica un fenomeno di tipo successorio per cui i soci succedono, a determinate condizioni, nei debiti sociali della società. Si veda, a tale riguardo, G. RAGUCCI, *La responsabilità tributaria dei liquidatori di società di capitali*, cit., pp. 87-88.

assistendo ad una sempre più forte divaricazione tra responsabilità e potere⁶⁵⁶.

Si tratta, certo, di un profilo che attiene principalmente ai rapporti endo-societari piuttosto che al rischio d'impresa relativo all'attività economica svolta dalla società⁶⁵⁷.

Ad ogni modo, non può non rilevarsi un percorso di progressivo svincolamento dell'istituto della limitazione della responsabilità da contrappesi di natura responsabilizzante in capo ai soci di controllo⁶⁵⁸.

Peraltro, in chiave ancora più generale, tale mutamento nell'ambito del diritto societario trova conferma in diritto civile dove alla concezione, figlia del liberismo affermatosi con la Rivoluzione francese, 'un solo soggetto, un solo patrimonio, una sola responsabilità' si è venuto ad affermare "il moltiplicarsi delle forme giuridiche che consentono una limitazione della responsabilità patrimoniale del debitore in relazione a qualunque scopo lecito e la possibilità di utilizzare a tale fine, oltre agli

⁶⁵⁶Si vedano, *ex multis*, M. COSSU, *Società aperte e interesse sociale*, Torino, 2006; E. BARCELLONA, *Rischio e potere nel diritto societario riformato fra golden quota di s.r.l. e strumenti finanziari di s.p.a.*, Torino, 2012.

⁶⁵⁷ Come rilevato in dottrina, infatti, nel momento in cui l'impresa è organizzata secondo i tipi delle società di capitali l'azionista non incorre in uno specifico rischio d'impresa, ma solo nel rischio di perdita del capitale conferito. Si veda M. COSSU, *Società aperte e interesse sociale*, cit., p. 15, dove si evidenzia come "riferire il rischio di impresa all'azionista sarebbe metodologicamente errato anche avendo riguardo all'azionista unico [...] poiché gli azionisti sopportano un rischio di capitale, ma non il rischio d'impresa, il quale ultimo, quando questa sia organizzata nella forma della società, non è sopportato da nessuno".

⁶⁵⁸ Si veda, in questo senso, E. BARCELLONA, *Rischio e potere nel diritto societario riformato fra golden quota di s.r.l. e strumenti finanziari di s.p.a.*, cit.

strumenti che portano alla costruzione di un nuovo e diverso soggetto di diritto diversi strumenti che determinano la formazione di diverse masse patrimoniale facenti capo ad un medesimo soggetto ma tra loro separate e chiamate ciascuna a rispondere solo dei debiti costituiti in relazione agli scopi per cui esse sono state istituite”⁶⁵⁹.

Come si è rilevato in dottrina, infatti, si è sempre più accentuata la linea di tendenza volta ad ammettere la creazione di forme di segregazione e separazione patrimoniale in senso ampio, anche indipendentemente dalla sussistenza di finalità specifiche, considerate da incentivare e tutelare da parte dell’ordinamento⁶⁶⁰.

6. La centralità dell’interesse sociale quale elemento fondante degli enti collettivi di stampo commerciale.

La ricerca che si è effettuata in questi paragrafi non ha portato, a parere di chi scrive, a risultati soddisfacenti che possano offrire coordinate di riferimento affidabili per quanto riguarda la comprensione del meccanismo di tassazione del reddito d’impresa in capo agli enti collettivi

⁶⁵⁹ M. NUZZO, *Indivisibilità del patrimonio e responsabilità del debitore*, in AA.VV., *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, a cura di M. NUZZO, I, Torino, 2014, pp. 107-108.

⁶⁶⁰ Su tale tematica, in via introduttiva, si vedano M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1996; A. ZOPPINI, *Autonomia e separazione del patrimonio, nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, pp. 570 segg.; R. SANTAGATA, *Patrimoni destinati e rapporti intergestori*, Torino, 2005; P. LAROMA JEZZI, *Separazione patrimoniale e imposizione sul reddito*, Milano, 2006.

societari sulla base della presunzione di commercialità di cui agli artt. 6 e 73 *T.U.I.R.*

Merita, quindi, tornare ad una tematica affrontata all'inizio del lavoro con riferimento all'angolo di visuale del diritto commerciale, provando a vedere se tale prisma concettuale possa offrire utili punti di appoggio nella ricerca *de qua*.

Si era esposta, all'inizio del lavoro, la diatriba dottrinale tra contrattualismo ed istituzionalismo.

Ora, in tale dibattito si è progressivamente fatto spazio il tema della *corporate social responsibility*, quale espressione delle ragioni di tutela degli *stakeholders*.

Come evidenziato in dottrina, infatti, “nella teorica più recente possiamo considerare un dato acquisito e condiviso che nell’impresa azionaria coesistono una pluralità di interessi, convenzionalmente individuati in due categorie, gli interessi degli *shareholders* e gli interessi degli *stakeholders*”⁶⁶¹.

Si tratta, non vi è dubbio, di una tematica di ampio respiro, molto discussa anche in dottrina⁶⁶².

⁶⁶¹ P. MONTALENTI, *Società per azioni, corporate governance e mercati finanziari*, Milano, 2011, p. 90.

⁶⁶² Su tale questione si vedano, senza pretesa di completezza, P. MONTALENTI, *Società per azioni, corporate governance e mercati finanziari*, cit., pp. 89 segg.; R. WEIGMAN, *Compensi esagerati agli amministratori di società a base ristretta*, in *Giur. it.*, 1991, pagg. 11 ss.; F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a.. Dopo la riforma delle società*, Milano, 2004, pagg. 182 segg.; M. COSSU, *Società aperte e interesse sociale*, cit.

Per una posizione critica della teorica della *corporate sociale responsibility*, tesa a riaffermare la centralità dell'elemento del profitto quale elemento proprio e distintivo dell'impresa si vedano M. DALLOCCHIO, A. SALVI, *Finanza aziendale 1. Finanza ordinaria*, Milano, 2011, pp. 4 segg.; M. FRIEDMAN, *The social responsibility of business is to increase its profits*, in *The New York Times Magazine*, del 13 settembre 1970.

Parte della dottrina ha, infatti, criticato tale impostazione, riaffermando la centralità dell'elemento del profitto quale funzione fondamentale dell'impresa, sottolineando come “la prima responsabilità di un'impresa sia verso i suoi azionisti: ogni pretesa responsabilità sociale che si configuri come una ‘tassazione occulta’ degli stessi, indebolisce nel lungo periodo la legittimità dell'impresa e la sua capacità di operare al meglio”⁶⁶³.

Tali considerazioni hanno trovato, tuttavia, solo parziale riscontro nella dottrina italiana dove, in particolare, ha assunto rilievo centrale la concezione di interesse sociale mutuata dai pionieristici studi di P.G. Jaeger⁶⁶⁴.

In specie, gli approfondimenti che si sono incentrati sulla portata della nozione di interesse sociale hanno, da un lato, dimostrato la difficoltà di far coincidere la nozione di interesse sociale con quella della massimizzazione del profitto dell'impresa.

Dall'altro, hanno – più radicalmente – messo in luce la difficoltà di giungere ad una nozione unitaria di interesse sociale valida per tutto il plesso degli enti collettivi⁶⁶⁵.

⁶⁶³ M. DALLOCCHIO, A. SALVI, *Finanza aziendale 1. Finanza ordinaria*, cit., p. 5, dove si evidenzia anche come “la sola consapevolezza sociale delle imprese consiste nell'aumentare i profitti”.

⁶⁶⁴ P.G. JAEGER, *L'interesse sociale*, Milano, 1964; T. ASCARELLI, *L'interesse sociale dell'art. 2441 c.c.*, in *Giur. comm.*, I, 2000, pp. 795 segg.

⁶⁶⁵ F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a.. Dopo la riforma delle società*, cit., p. 182, dove si espone come “oggi si ritiene che l'interesse sociale non possa identificarsi con la massimizzazione del profitto, in quanto si ritiene che non esista una nozione unitaria di interesse sociale, sia perché le s.p.a. sono diventate strumenti fungibili e neutri utilizzabili per le più diverse finalità, non solo per perseguire lo scopo di lucro; sia perché sono via via emersi nuovi interessi (dei lavoratori, dei finanziatori, del pubblico dei

Si tratterebbe, in altre parole, di riconoscere la particolarità e specialità di quelle strutture societarie di grandi dimensioni – tendenzialmente costituite secondo il tipo della società per azioni – nelle quali si afferma che “gli amministratori, nella gestione dell’impresa azionaria, debbono tenere in conto anche di interessi-altri rispetto agli interessi degli azionisti”⁶⁶⁶.

Si tratta di tematiche i cui risultati vanno, a questo punto, trasposti con riferimento al campo del diritto tributario.

Anche in questa sede, infatti, sono stati oggetto di approfondimenti i risultati degli studi della *corporate governance*⁶⁶⁷.

risparmiatori, della continuazione dell’impresa anche se in crisi, ecc.) riconosciuti anche a livello legislativo mediante l’imposizione di correlativi obblighi agli amministratori; sia perché quando il capitale sociale sia posseduto dallo Stato o da un ente pubblico, o quando la società abbia per oggetto sociale l’esercizio di un servizio pubblico, emergono prepotentemente interessi pubblici – o quanto meno “diffusi” – che gli amministratori non possono ignorare nello stabilire quale sia l’interesse che la società deve cercare di perseguire.”

⁶⁶⁶ P. MONTALENTI, *Società per azioni, corporate governance e mercati finanziari*, cit., p. 91, dove si evidenzia come “se il perseguimento dell’interesse degli azionisti è elemento imprescindibile della condotta degli amministratori [...] pare oggi dai più condivisa l’idea che gli interessi degli *stakeholders* debbano trovare qualche forma di tutela nella gestione della grande impresa azionaria contemporanea. E’ significativo, sotto questo profilo, che tutti i codici etici delle più importanti società multinazionali [...] contengano un riferimento diretto ed articolato, nei diversi principi, alla protezione degli interessi degli *stakeholders*”.

⁶⁶⁷ Si vedano, *ex multis*, AA.VV., *Tax and corporate governance*, a cura di W. SCHÖN, Springer, 2008; R.S. AVI-JONAH, *Corporate social responsibility and strategic tax behavior*, in University of Michigan Law & Economics, Olin Working Paper No. 06-008,

Occorre, però - al fine di evitare possibili fraintendimenti – specificare meglio il campo d’indagine.

Il tema della *corporate governance* si presta, infatti, ad una duplicità di considerazioni in ambito fiscale.

Da un lato, l’istituto in esame viene utilizzato nell’ambito delle misure di contrasto a forme di pianificazione fiscale aggressive messe in atto da parte di grandi gruppi, in genere multinazionali⁶⁶⁸.

In questa prima ipotesi si utilizza il richiamo alla funzione dell’interesse sociale ed alla *corporate social responsibility* quale strumento di pressione, in via politica ma anche giudiziaria, nei confronti di società di capitali criticate per il fatto di utilizzare complessi meccanismi e strategie per versare meno tasse di quanto asseritamente dovuto nelle casse dei propri Paesi di residenza, generalmente membri dell’OECD e tendenzialmente caratterizzati da un elevato livello di prelievo fiscale anche nei confronti delle strutture imprenditoriali⁶⁶⁹.

disponibile al sito web: <http://ssrn.com/abstract=944793> (ultimo accesso 20/06/2015).

⁶⁶⁸ Cfr. R.S. AVI-JONAH, *Corporate social responsibility and strategic tax behavior*, cit., p. 15.

⁶⁶⁹ Per tale distinzione si veda W. SCHÖN, *Tax and corporate governance: a legal analysis*, in AA.VV., *Tax and corporate governance*, a cura di W. SCHÖN, cit., p. 37, dove si evidenzia come “from an analytical point of view, it seems to be important not to mix the corporate governance problems arising from the fictitious character of the company as a taxpayer with the debate on corporate social responsibility in the tax area. The argument on aggressive tax planning and social responsibility of large corporations is not fundamentally driven by the fact that corporations face coordination problems between shareholders, managers, the workforce and other third parties. The public call for “ethical” behavior of companies is merely a consequence of the fact that some big economic actors have the monetary funds to

Più interessante, ai fini della presente ricerca, è, invece, approfondire il rilievo della *corporate governance* e della *corporate social responsibility*, quali espressioni del ruolo dell'interesse sociale e della funzione, anche sociale, dell'ente collettivo.

In altre parole, tale concezione dell'ente collettivo potrebbe costituire una giustificazione teorica valida della presunzione di commercialità di cui agli artt. 6 e 73 *T.U.I.R.*

Si tratterebbe di un'impostazione teorica, questa appena formulata, che meglio potrebbe dare esplicazione – pur nella profonda diversità, si pensi soltanto al tema della limitazione della responsabilità – dell'utilizzo del medesimo meccanismo di stampo soggettivo quale regola di selezione e collocamento dei proventi derivanti dall'attività sia delle società di persone che delle società di capitali nell'alveo del reddito d'impresa⁶⁷⁰.

Inoltre, tale ricostruzione avrebbe il pregio di facilitare la comprensione del fenomeno dell'abuso della forma giuridica quale riaffermazione della non sufficienza del criterio soggettivo di tassazione del reddito d'impresa in

engage in tax planning in order to divert substantial revenue from the government. This situation can be described in terms of “economies of scale” as tax planning only brings about a positive return if large sums are involved and the amount, by which the tax burden is reduced, fairly surpasses the costs involved in a tax strategy, i.e. legal and advisory fees, additional administrative costs, losses due to sub-optimal investment and so on”.

⁶⁷⁰ In questa chiave l'Erario andrebbe concepito come un creditore, posto in una condizione non dissimile dagli altri creditori privati dell'ente collettivo. In tale senso si veda W. SCHÖN, *Tax and corporate governance: a legal analysis*, in AA.VV., *Tax and corporate governance*, cit., p. 41.

caso di riconoscimento, su basi concrete ed effettuali, della mancanza di un interesse sociale - inteso nel senso di una funzione sociale volta all'esplicazione di un'attività economica attuale - da parte di un dato ente collettivo sottoposto a dequalificazione ai fini fiscali.

Tale impostazione avrebbe, in ultimo, l'ulteriore vantaggio di offrire anche un criterio teorico di distinzione e giustificazione del meccanismo della trasparenza nei confronti di quelle strutture collettive di stampo capitalistico a ristretta base azionaria.

Infatti, come visto, l'ente collettivo di stampo capitalistico a ristretta base proprietaria persegue un'effettiva attività di stampo economico, ma non è caratterizzato da una netta separazione tra proprietà e controllo, tipica delle strutture collettive 'di tipo aperto', rispetto alle quali - come visto - è stata teorizzata la centralità del concetto di interesse sociale⁶⁷¹.

Profilo, quest'ultimo, che potrebbe, quindi, giustificare un diverso meccanismo di imputazione dei risultati reddituali fondato sul riconoscimento della diversità dei meccanismi di gestione dell'ente, quale valida ragione di diversificazione del modello di imputazione dei risultati reddituali fondato sul non assimilabile rilievo dell'interesse sociale a seconda della dimensione e frammentazione della proprietà dell'ente.

In altre parole, si tratterebbe di riconoscere la centralità delle regole di *corporate governance* quale criterio discrezionale tra società a ristretta base e imprese medio-grandi, nelle quali ultime, come noto, sussiste un'effettiva separazione tra organi gestori e proprietà.

⁶⁷¹ In tale senso P. MONTALENTI, *Società per azioni, corporate governance e mercati finanziari*, cit., p. 91; M. COSSU, *Società aperte e interesse sociale*, cit., pp. 9-10

Solo nei confronti di questi secondi enti, quindi, attesa la loro strutturazione quali organizzazioni complesse⁶⁷² e la più incisiva applicazione delle citate regole di *corporate governance*, si giustificerebbe una piena attribuzione di soggettività in campo fiscale⁶⁷³.

7. La nozione di attività economica quale espressione di nuove forme di contrattualismo ed il superamento della centralità del soggetto?

Si è visto nei capitoli precedenti il rilievo centrale che è venuto ad assumere la concezione di attività economica, quale fulcro della nozione di impresa.

Si tratta di una nozione, come visto in precedenza, in cui convivono, da un lato, la crisi del concetto di scopo di lucro quale elemento tipologico dell'attività d'impresa, sia svolta individualmente che in forma collettiva. Da un altro lato, poi, si assiste alla perdita di rilievo della nozione di organizzazione, a favore di un concetto più vago ed indeterminato di impresa⁶⁷⁴.

In altre parole, “con una provocazione ermeneutica, si può giungere alla conclusione che l'impresa non è più categoria fondante del diritto commerciale. Ad essa dovrebbe sostituirsi una più ampia categoria dogmatica definibile come attività economica, dai confini

⁶⁷² P. MONTALENTI, *Società per azioni, corporate governance e mercati finanziari*, cit., p. 142.

⁶⁷³ W. SCHÖN, *Tax and corporate governance: a legal analysis*, in AA.VV., *Tax and corporate governance*, a cura di W. SCHÖN, cit., pp. 58 segg.

⁶⁷⁴ P. MONTALENTI, *Dall'impresa all'attività economica: verso una nuova sistematica?*, cit., p. 47.

tipologicamente flessibili, il cui elemento essenziale consiste esclusivamente nella produzione di beni e servizi nella accezione più ampia del termine, con carattere di non occasionalità”⁶⁷⁵.

Ora, come può facilmente desumersi, l'impostazione appena esposta non risulta immediatamente coniugabile con quanto formulato in precedenza in merito al rilievo organizzativo del contratto societario ed alla centralità dell'interesse sociale e della *corporate governance* nella dinamica della gestione dell'attività d'impresa.

Ad opinione di chi scrive, si tratta di una tensione immanente che richiama – seppure in termini non assimilabili – il tradizionale dibattito tra contrattualisti ed istituzionalisti.

Un dibattito su cui, come ovvio, non è possibile in questa sede soffermarsi diffusamente, ma che pare oggi, per molti versi, da rileggere alla luce di nuove impostazioni teoriche. Si contrappongono, infatti, teoriche tese a riconoscere forme di ‘neoistituzionalismo’ “da intendersi non più come tutela dell'impresa in sé che trascende l'interesse dei soci (ovvero l'istituzionalismo tradizionale), ma come tutela dell'efficienza della struttura societaria, come strumento di organizzazione dell'attività di impresa”⁶⁷⁶ con altre impostazioni, tese a riaffermare nuove forme di contrattualismo coniugate secondo i canoni dell'analisi economica del diritto⁶⁷⁷.

La tematica *de qua* è, peraltro, più complessa con

⁶⁷⁵ P. MONTALENTI, *Dall'impresa all'attività economica: verso una nuova sistemica?*, cit., pp. 51-52.

⁶⁷⁶ P. MONTALENTI, *Società per azioni, corporate governance e mercati finanziari*, cit., p. 144.

⁶⁷⁷ F. DENOZZA, *La frammentazione del soggetto nel pensiero giuridico tardo-liberale*, in *Riv. diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, I, 2015, pp. 13 segg.

riferimento al diritto tributario, nel quale la ricerca va mediata alla luce del prisma dell'interesse fiscale⁶⁷⁸ e di una strutturale difficoltà nell'enucleazione dell'oggetto economico del tributo⁶⁷⁹.

In questa sede, infatti, come si è rilevato in dottrina, “la mancata teorizzazione dell'oggetto economico del diritto tributario fa riapparire l'economicità sotto le altre forme di un malinteso senso comune, ragionevole, ma imprevedibile e confusionario, solo esteriormente tecnico, adatto a qualsiasi individuo di media cultura fosse inopinatamente investito del giudizio tra Fisco e contribuente”⁶⁸⁰.

In questo senso, peraltro, in diritto tributario si assiste a un utilizzo ampio di metodologie e criteri – attivi specialmente nella fase dell'accertamento - quali meccanismi procedurali di inversione dell'onere della prova, ma con tratti larvamente sostanziali, che attribuiscono ruolo centrale a criteri di normalità economica, di congruità e di economicità della transazione ai fini fiscali⁶⁸¹.

Si tratta, indubbiamente, di una problematica di ampio respiro, che trova giustificazione in una pluralità di *rationes* su cui non ci si può, in questa sede, soffermare compiutamente.

⁶⁷⁸ Si veda, a tale riguardo, P. BORIA, *L'interesse fiscale*, cit.

⁶⁷⁹ Per un'analisi di tale impostazione ed ulteriori approfondimenti in merito si veda R. LUPI, *Diritto tributario. Oggetto economico e metodo giuridico nella teoria della tassazione analitico-aziendale*, Milano, 2009.

⁶⁸⁰ R. LUPI, *L'oggetto economico delle imposte nella giurisprudenza sull'antieconomicità*, in *Corr. trib.*, 2009, p. 260.

⁶⁸¹ Si veda, a tale riguardo, L. TOSI, *Le predeterminazioni normative nell'imposizione reddituale. Contributo alla trattazione sistematica dell'imposizione su basi forfettarie*, Milano, 1999.

Merita, però, tratteggiare alcune considerazioni conclusive volte ad offrire un'ulteriore chiave di lettura circa il progressivo riconoscimento della centralità dell'operazione economica, vista in chiave economica ed astratta da profili formali relativi alla qualificazione giuridica impressa dall'operatore economico.

Si intende rilevare, in altre parole, una continuità tra la concezione di tipo economico, valutata sulla base di criteri di normalità ed economicità, della singola operazione e la diversa tematica – studiata nella presente ricerca – in ordine alla portata dell'istituto dell'attività economica quale espressione caratterizzante dell'impresa.

In entrambi i casi si assiste, infatti, ad un parallelismo, da un lato, tra svalutazione della rilevanza della qualificazione giuridica impressa dall'operatore economico e, dall'altro, ad una preminenza di una concezione, appunto, fondata su valutazioni di tipo economico dell'operazione e dell'attività imprenditoriale stessa.

Ora, ad opinione di chi scrive, tale impostazione richiama nuovamente le acquisizioni dell'analisi economica del diritto, in un'ottica di riaffermazione di una tensione immanente, di un “divario fra realtà economica (e supporto giuridico che vi corrisponde) e realtà giuridica”⁶⁸².

Come noto e, peraltro, già accennato in precedenza, una delle caratteristiche distintive del metodo dell'analisi economica del diritto muove dall'esigenza di comprendere il fenomeno del diritto “non solo tenendo conto delle norme giuridiche e del loro sistema chiuso”, ma proponendosi un'analisi “dei fenomeni che parta dal comportamento degli operatori economici”, cercando di

⁶⁸² G. SANTINI, *Commercio e servizi. Due saggi di economia del diritto*, Bologna, 1988, p. 42.

giungere ad “una sistemazione della materia giuridica più reale di quanto non sia possibile fare osservando le norme e la loro tradizionale applicazione”⁶⁸³.

Una concezione, quest’ultima, che si iscrive nel solco del pensiero neo-liberale secondo la quale “il risultato ottimale da perseguire [coincide] con la stipulazione del maggior numero possibile di transazioni massimizzanti”⁶⁸⁴.

Un’impostazione, quindi, che individua nella transazione l’unità elementare d’analisi, con effetti non secondari sulle tradizionali categorie del diritto⁶⁸⁵.

In dottrina, infatti, si sostiene come una delle più significative acquisizioni dell’analisi economica del diritto sia l’abbandono della figura del soggetto, inteso quale figura dotata di autonomia e di capacità di auto-governo, per una concezione che vede nella massimizzazione la categoria teoretica caratterizzante, punto di riferimento del diritto⁶⁸⁶.

Tale linea teorica, in ultima battuta, giunge a postulare l’idea secondo la quale “le risorse e i diritti dovrebbero

⁶⁸³ G. SANTINI, *Commercio e servizi. Due saggi di economia del diritto*, cit., pp. 40-41.

⁶⁸⁴ F. DENOZZA, *La frammentazione del soggetto nel pensiero giuridico tardo-liberale*, cit., p. 21.

⁶⁸⁵ F. DENOZZA, *La frammentazione del soggetto nel pensiero giuridico tardo-liberale*, cit., p. 23, dove si evidenzia come “l’impostazione in termini di analisi economica, e la centralità attribuita alle nozioni di transazione e massimizzazione, hanno a mio avviso un impatto potenzialmente dirompente sulle categorie fondamentali del pensiero giuridico”.

⁶⁸⁶ F. DENOZZA, *La frammentazione del soggetto nel pensiero giuridico tardo-liberale*, cit., pp. 26-27, dove si evidenzia come “il soggetto dell’AEL conserva del soggetto kantiano la capacità di scegliere, ma la mette al servizio di un nuovo ‘imperativo categorico’: la massimizzazione. Il soggetto massimizzante diventa così il nuovo punto di riferimento di tutto il diritto”.

essere assegnati in modo da garantire la massimizzazione del benessere complessivo. Il che si traduce, a livello giuridico, nella massima per cui le regole devono essere costruite in modo che le risorse finiscano nella disponibilità di chi le valuta di più”, implicando “una radicale svalutazione del soggetto [...]” in cui divengono decisive “non le qualità personali di ciascun soggetto, ma la capacità di ciascuno di utilizzare il bene nella maniera più produttiva. Capacità che a sua volta dipende in definitiva dalla capacità del soggetto di controllare altre risorse che si combinino con il bene produttivo in questione, in maniera produttivamente ottimale”⁶⁸⁷.

Le argomentazioni che si sono qui esposte presentano elementi di interesse ai nostri fini.

Non vi è dubbio, da un lato, che la rilevanza centrale dell’operazione economica, intesa quale operazione che deve in massimo grado rappresentare e manifestarsi quale operazione inquadrabile nell’alveo di una normalità economicamente intesa, richiami la concezione della transazione massimizzante cara ai sostenitori dell’analisi economica del diritto.

Certo, si tratterà di una massimizzazione dell’efficienza

⁶⁸⁷ F. DENOZZA, *La frammentazione del soggetto nel pensiero giuridico tardo-liberale*, cit., pp. 35-36, dove, in ultimo, si afferma che “il fatto è che, tradotta a livello giuridico, questa concezione comporta una surrettizia mutazione della stessa nozione di diritto soggettivo. In questa prospettiva il diritto soggettivo non è più concepito come uno strumento che deve consentire lo sviluppo della personalità del soggetto. Al contrario, è il soggetto che diventa uno strumento. Si pensi alla gallina che fa le uova d’oro. Nella prospettiva della massimizzazione, qualsiasi sistema giuridico dotato di buon senso le riconoscerà molti diritti [...]. La gallina potrà così sviluppare al massimo tutte le sue potenzialità e fare un sacco di uova. [...]”.

dell'operazione tendenzialmente *pro* Fisco. Una massimizzazione della transazione efficiente da leggersi, in altre parole, alla luce del prisma dell'interesse fiscale e della subordinazione degli interessi privatistici degli operatori economici rispetto alle esigenze della collettività nell'alveo del principio di capacità contributiva.

Ma, d'altra parte, anche i sostenitori dell'analisi economica del diritto riconoscono che "il soggetto massimizzante non possiede alcuna personalità ed è perciò totalmente succube dei contesti in cui si trova ad operare"⁶⁸⁸, con ciò riconoscendo come l'analisi improntata ai criteri della teoria economica del diritto sia neutra rispetto ai contenuti sostanziali che l'interprete voglia di volta in volta perseguire.

Soprattutto, si può fondatamente ritenere che la nozione di attività economica, così ampia e di difficile determinazione, rappresenti una tipica ipotesi di crisi - almeno nell'ambito del settore tributario - della rilevanza del soggetto giuridico, e più in generale costituisca manifestazione della debolezza strutturale della concezione tradizionale della soggettività tributaria.

Si tratta, infatti, di riconoscere che la nozione di attività economica ed il correlato concetto di sostanza economica quale imprescindibile elemento caratterizzante l'attività d'impresa in sede tributaria postuli, da un lato, una non necessarietà della concezione della soggettività tributaria

⁶⁸⁸ F. DENOZZA, *La frammentazione del soggetto nel pensiero giuridico tardo-liberale*, cit., p. 33, dove si prosegue affermando come "in un certo senso la specificità della sua soggettività si dissolve. Posti in analoghe situazioni, un essere umano massimizzante, un computer opportunamente programmato o un animale, tenterebbero tutti di agire allo stesso modo. Non è detto che sarebbero capaci di utilizzare gli stessi mezzi, ma è certo che tenterebbero di muoversi nella stessa direzione".

riferita alle strutture collettive e, dall'altro – con specifico riferimento al fenomeno dell'abuso della forma giuridica – ne affermi una strutturale non sufficienza.

8. Profili critici della nozione di attività economica: indeterminatezza della categoria e profili problematici con riferimento all'occasionalità dell'attività economica.

Poste le considerazioni del paragrafo precedente circa la riconducibilità del fenomeno dell'attività economica quale espressione di una logica improntata ai canoni dell'analisi economica del diritto merita, a questo punto, rilevare alcuni aspetti critici di tale ampia nozione di attività economica, per certi versi non adeguatamente tenuti in conto nella giurisprudenza e dottrina che si sono interessate alla creazione e delineazione della nozione di attività economica.

Va, a tale proposito, evidenziato come tale istituto si presti ad ambiguità ed indubbe criticità dovute ad una sua intrinseca indeterminatezza.

Vi sono, in particolare, due ordini di criticità che merita qui accennare.

In primo luogo – come già si era avuto modo di rilevare con riferimento alla rilevanza dell'attività economica in campo IVA⁶⁸⁹ - uno degli elementi di criticità della nozione di attività economica è rappresentato dal problema delle attività occasionali.

Come si è, infatti, avuto modo di vedere già in quella sede la Corte di Giustizia nell'ambito della giurisprudenza *Fuchs* e *Kostov* aveva delineato un'estensione significativa

⁶⁸⁹ Si veda, *supra*, Parte I, Capitolo V.

del campo di applicazione della soggettività passiva IVA, in capo – sostanzialmente - a qualunque soggetto, persona fisica o ente collettivo con contestuale riqualificazione di tutte le operazioni attive e passive quali operazioni imponibili IVA alla sola condizione del perfezionamento di un'attività di tipo economico, indipendentemente dall'abitudine od occasionalità delle stesse.

Ora, si tratta di una criticità che trova luogo non solo nell'ambito della disciplina IVA, ma presenta riflessi anche in sede di imposte dirette, con riferimento alla distinzione tra categoria del reddito d'impresa e redditi diversi.

Come noto, infatti, una delle tematiche che caratterizzano le riflessioni in merito al rapporto tra categoria dei redditi diversi e categoria del reddito d'impresa è rappresentata dalla questione inerente l'individuazione dei confini della nozione di occasionalità dell'attività - che permetterebbe di ricondurre gli eventuali redditi nell'alveo della disciplina dei redditi diversi – dalle situazioni in cui, invece, l'attività presenta quel *quid* di abitudine, professionalità e continuità che contraddistinguono l'*habitus* di tipo imprenditoriale, atto a determinare l'immediata riqualificazione di tutti i proventi nell'ambito del reddito d'impresa⁶⁹⁰.

⁶⁹⁰ Si vedano, su tali profili, F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario. Parte speciale*, Torino, 2008, pp. 85 segg.; S. PANSIERI, *I redditi diversi*, in G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario. Parte speciale*, cit., p. 237, dove si evidenzia come “un secondo gruppo di redditi diversi è costituito dai redditi derivanti da attività commerciali ovvero di lavoro autonomo ‘non esercitate abitualmente’ nonché dai redditi, già esaminati, derivanti dall’assunzione di obblighi di ‘fare, non fare e permettere’. [...] L’assenza del requisito dell’abitudine (e quindi il carattere occasionale, sporadico o saltuario dell’attività svolta) comporta l’attrazione del relativo reddito nell’ambito dei ‘redditi diversi’”.

Ora, come noto, la delimitazione in concreto delle fattispecie che denotano un'attività di tipo occasionale non è sempre questione di facile risoluzione⁶⁹¹.

Tale questione, peraltro, è resa ancora più difficoltosa se si prendono a riferimento due ulteriori circostanze.

In primo luogo, la giurisprudenza che ha avuto modo di interessarsi alla problematica *de qua* è giunta a ricondurre nell'alveo della commercialità, affermandone il carattere imprenditoriale, di quelle operazioni, di per sé isolate e sporadiche, che, però, siano caratterizzate dalla rilevanza sotto il profilo quantitativo oppure dimostrino, per le modalità ed i mezzi utilizzati, un'organizzazione e predisposizione che, anche alla luce dello scopo speculativo, faccia presumere la sussistenza di un *animus* imprenditoriale⁶⁹².

In secondo luogo, peraltro, la distinzione tra attività abituale e attività occasionale, quale discrimine del modulo impositivo applicabile, pare oggi sempre più discutibile, atteso il rilievo crescente della c.d. *sharing economy*⁶⁹³.

Negli ultimi anni si stanno, infatti, diffondendo forme

⁶⁹¹ S. PANSIERI, *I redditi diversi*, in G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario. Parte speciale*, cit., p. 237.

⁶⁹² Per un'analisi della centralità dei requisiti della professionalità ed abitualità quali elementi distintivi dell'attività d'impresa si veda D. STEVANATO, *Inizio e cessazione dell'impresa nel diritto tributario*, Padova, 1994, pp. 39 segg.

⁶⁹³ Per un primo contributo su tale argomento si veda J. KASSAN, J. ORSI, *The legal landscape of the sharing economy*, in *Journal of Environmental Law & Litigation*, 2012, pp. 1 segg.; *The Economist*, *The rise of the sharing economy*, 9 marzo 2013. Si veda anche la policy introdotta in materia da parte dell'*Australian Taxation Office*, *The sharing economy and tax*, disponibile al sito web <https://www.ato.gov.au/Business/GST/In-detail/Managing-GST-in-your-business/General-guides/The-sharing-economy-and-tax/> (ultimo accesso 20/06/2015).

sempre più sofisticate di attività imprenditoriale dove, anche grazie all'ausilio delle tecnologie informatiche, l'attività di tipo commerciale –specialmente nell'ambito dei servizi – può essere svolta in forma liquida, non organizzata ed indipendentemente dal requisito della professionalità, in mancanza di mezzi e strutture dedicate⁶⁹⁴.

Si tratta, in sostanza, di riconoscere come la nozione di attività economica presenti profili di criticità già alla luce di questa – limitata - analisi in tema di occasionalità. Un eventuale accoglimento di una tale impostazione sostanzialistica potrebbe, in altre parole, determinare conseguenze difficilmente prevedibili, financo destabilizzanti dell'attuale assetto del sistema tributario interno.

Si tratta, infatti, di evidenziare come impostazioni sostanzialistiche, fondate su criteri ambigui e di incerta perimetrazione, quali quello dell'attività economica e della sostanzialità dell'attività imprenditoriale, possono portare ad una crisi generalizzata del concetto di soggettività, quale riconoscimento della necessità di un centro di imputazione di fattispecie giuridiche attive e passive che costituisce uno degli architravi del pensiero giuridico moderno⁶⁹⁵.

Accogliere una tale impostazione renderebbe difficile – e sottoponibile a revisione in qualunque momento – l'individuazione del momento e delle condizioni che permettano di affermare il sorgere - o la cessazione – di una determinata figura soggettiva.

⁶⁹⁴ Su tali profili si veda L. PERRONE, *La dimensione e la quantificazione del reddito*, in *Rass. trib.*, 2014, pp. 679 segg.

⁶⁹⁵ F. DENOZZA, *La frammentazione del soggetto nel pensiero giuridico tardo-liberale*, cit.

Ancora più in generale, poi, si minerebbe alla radice il principio della certezza del diritto, inteso quale principio a cui l'ordinamento giuridico, specie in una materia complessa e frammentaria come il diritto tributario, dovrebbe tendere.

In via conclusiva, si crede che alla luce di questa chiave interpretativa debba essere colta la *ratio* ultima e più feconda del principio della presunzione di commercialità di cui agli artt. 6 e 73 *T.U.I.R.*: quale espressione e tutela del principio della certezza del diritto, inteso, certo, nel senso di garanzia *pro* Fisco, ma anche *pro* contribuente, della stabilità del regime fiscale applicabile – quello del reddito d'impresa – nei confronti di strutture collettive fisiologicamente tese allo svolgimento di un'attività di tipo commerciale.

Non si dovrebbe, quindi, per perseguire forme patologiche di abuso dell'utilizzo dello schermo giuridico - peraltro forse meno diffuse e fiscalmente pericolose di un tempo – demolire una costruzione giuridica che vede nella presunzione di commercialità l'espressione di semplificazione e certezza nei rapporti giuridici tra Fisco e contribuente e che rappresenta riconoscimento di un'inferenza, fondata sul criterio del buon senso e dell'*id quod plerumque accidit*, di tipo probabilistico, circa l'ordinario e fisiologico svolgimento di attività d'impresa da parte degli enti collettivi costituiti secondo i tipi commerciali.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *Manuale di diritto commerciale*, a cura di V. BUONOCORE, Torino, 2004

AA.VV., *Commentario breve al diritto delle società*, a cura di A. MAFFEI ALBERTI, Milano, 2007

AA.VV., *Tax and corporate governance*, a cura di W. SCHÖN, Springer, 2008

AA.VV., *Il nuovo diritto societario. Le nuove società di capitali e cooperative. Tomo I*, a cura di F. GALGANO, R. GENGHINI, Padova, 2006

AA.VV., *Le nuove società di capitali e cooperative*, in *Il nuovo diritto societario. Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia* diretto da F. GALGANO, R. GENGHINI, I, Padova, 2006

AA.VV., *Esterovestizione societaria. Disciplina tributaria e profili tecnico-operativi*, a cura di C. SACCHETTO, Torino, 2013

AA.VV., *Commentario breve alle leggi tributarie. Accertamento e sanzioni* diretto da G. FALSITTA, A. FANTOZZI, G. MARONGIU, F. MOSCHETTI, Padova, 2011

AA.VV., *Commentario breve alle leggi tributarie, III, Tuir e leggi complementari*, diretto da G. FALSITTA, A.

FANTOZZI, G. MARONGIU, F. MOSCHETTI, Padova, 2011

AA.VV., *Commentario breve alle leggi tributarie. IVA e imposte sui trasferimenti*, a cura di F. MOSCHETTI, G. FALSITTA, G. MARONGIU, A. FANTOZZI, Padova, 2011

AA.VV., *La società cooperativa: aspetti civilistici e tributari*, a cura di G. SCHIANO DI PEPE, F. GRAZIANO, Padova, 1997

AA.VV., *Concorrenza e Aiuti di Stato*, a cura di A. SANTA MARIA, Torino, 2006

AA.VV., *The law of State Aid in the European Union*, a cura di M. BIONDI, A. EECKHOUT, J. FLYNN, Oxford, 2004

AA.VV., *Agevolazioni fiscali e aiuti di stato*, a cura di M. INGROSSO, F. TESAURO, Napoli, 2009

AA.VV., *Impresa e lavoro*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, Torino, 2012

AA.VV., *La fiscalità del terzo settore*, a cura di G. ZIZZO, Milano, 2011

P. ALDROVANDI, *I profili evolutivi dell'illecito tributario*, Padova, 2005

G. ALPA, voce *Rischio (dir. vig.)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989

A. AMARITI, *L'ambito di applicazione del diritto dell'Unione Europea e le situazioni puramente interne*, Tesi di dottorato, Scuola di Dottorato in Scienze Giuridiche, Università di Milano-Bicocca, A.A. 2013/2014

A. AMATUCCI, *L'ordinamento giuridico finanziario*, Napoli, 1999

A. AMATUCCI, *L'imponibilità dei proventi da reato*, in *Corr. trib.*, 2002

F. AMATUCCI, *I requisiti di 'non commercialità' dell'attività svolta dalle fondazioni bancarie per il riconoscimento delle agevolazioni fiscali*, in *Rass. trib.*, 2006

F. AMATUCCI, *Identificazione dell'attività d'impresa ai fini fiscali in ambito comunitario*, in *Riv. d. trib.*, I, 2009

C. ANGELICI, *La società nulla*, Milano, 1975

M. ANSELMO, *La fiscalità del terzo settore*, in AA.VV., *La fiscalità del terzo settore*, a cura di G. ZIZZO, Milano, 2011

L. ANTONINI, *La soggettività tributaria*, Morano-Napoli, 1965

T. ASCARELLI, *Problemi giuridici*, I, Milano, 1959

T. ASCARELLI, *L'interesse sociale dell'art. 2441 c.c.*, in *Giur. comm.*, I, 2000

T. ASCARELLI, *Considerazioni in tema di società e personalità giuridica*, in *Riv. dir. commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, I, 1954

T. ASCARELLI, *Corso di diritto commerciale. Introduzione e teoria dell'impresa*, Milano, 1962

R.S. AVI-YONAH, *International tax as international law*, Cambridge, 2007

R.S. AVI-JONAH, *Corporate social responsibility and strategic tax behavior*, in University of Michigan Law & Economics, Olin Working Paper No. 06-008, disponibile al sito web: <http://ssrn.com/abstract=944793>

E. BARCELLONA, *Rischio e potere nel diritto societario riformato fra golden quota di s.r.l. e strumenti finanziari di s.p.a.*, Torino, 2012

C. BARNARD, *The substantive law of the EU. The four freedoms*, Oxford, 2013

M. BASILAVECCHIA, *L'uso personale di beni aziendali*, *Corr. trib.*, 2012

M. BASILAVECCHIA, *L'interposizione soggettiva riguarda anche comportamenti elusivi?*, in *Corr. trib.*, 2011

M. BASILAVECCHIA, *L'uso personale di beni aziendali*, in *Corr. trib.*, 2012

M. BASILAVECCHIA, *Passi indietro nelle sanzioni amministrative*, in *Corr. trib.*, 2003

M. BASILE, A. FALZEA, voce *Persona giuridica, a) diritto privato*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983

A. BASSI, *Principi generali della riforma delle società cooperative*, Milano, 2004

F. BATISTONI FERRARA, *Dubbi di incostituzionalità sull'applicabilità delle sanzioni all'ente o al legale rappresentante*, in *GT – Giurisprudenza tributaria*, 2007

M. BEGHIN, *Gli enti collettivi di ogni tipo 'non operativi'*, in G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario. Parte speciale*, Padova, 2008

M. BEGHIN, *L'occulta distribuzione dei dividendi nell'ambito delle società di capitali a "ristretta base" tra automatismi argomentativi e prova per presunzioni*, in *GT - Riv. giurisprudenza tributaria*, 2004

M. BEGHIN, *La tassazione dei redditi da proventi illeciti*, in *Corr. trib.*, 2002

M. BEGHIN, *Le intestazioni societarie 'di comodo' nel decreto legge n. 138/2011 tra difetto di inerenza e resistibile tassazione dei risparmi di spesa*, in *Riv. d. trib.*, I, 2012

F. BELLI, F. MAZZINI, voce *Fondazioni bancarie*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, Aggiornamento I, Torino, 2000

U. BELVISO, *Scopo mutualistico e capitale variabile nelle cooperative*, Milano, 2012

A. BENAZZI, *La ristrettezza della base sociale legittima l'accertamento basato su criteri presuntivi*, in *Corr. trib.*, 2008

M. BIANCA, *Vincoli di destinazione e patrimoni separati*, Padova, 1996

L. BIANCHI, *Società di capitali cancellata: tra successione e responsabilità (tributaria) dei soci*, in *Dir. prat. trib.*, I, 2015

M. BIONDI, *Gli aiuti di stato*, in *La concorrenza*, a cura di A. FRIGNANI, R. PARDOLESI, Torino, 2006

G. BIZIOLI, *Il divieto di discriminazione fiscale*, in C. SACCHETTO, *Principi di diritto tributario europeo ed internazionale*, Torino, 2011

C. BLUMANN, *L'urgence de l'exemption catégorielle en matière d'aides d'Etats*, in *Revue du marché commun et de l'Union Européenne*, 1999

F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a.. Dopo la riforma delle società*, Milano, 2004

G. BONFANTE, *La nuova società cooperativa*, Bologna, 2010;

G. BONFANTE, voce *Cooperazione e imprese cooperative*, *dig. disc. priv.*, sez. comm., IV, Torino, 1989

A. BORGIOLI, *La nullità della società per azioni*, Milano, 1977

P. BORIA, *L'imposta sul reddito delle persone giuridiche*, in A. FANTOZZI, *Il diritto tributario*, Torino, 2003

P. BORIA, *Un leading case della Corte Costituzionale in materia di presunzioni bancarie (nota a Corte Cost.n. 228/2014)*, in *Riv. d. trib.*, II, 2014

P. BORIA, *Il concetto di inerenza e le spese promozionali*, in *Riv. d. trib.*, I, 1992

P. BORIA, *L'interesse fiscale*, Torino, 2002

P. BORIA, *Il principio di trasparenza nella imposizione delle società di persone*, Milano, 1996

P. BORRELLI, *La (non sempre facile) distinzione tra i concetti di abuso, interposizione, antieconomicità*, in *Il Fisco*, 2014

R. BRACCINI, *Le società di comodo nella recente legislazione tributaria*, in *Riv. dir. fin.*, I, 1986

R. BRACCO, *L'impresa nel sistema del diritto commerciale*, Padova, 1960

F. BULGARELLI, *Le recenti modifiche alla Direttiva "madre-figlia" e la riforma tributaria italiana*, in *Rass. trib.*, 2005

G. BUONOCORE, *La società cooperativa riformata: i profili della mutualità*, in *Rivista diritto civile*, I, 2003

V. BUONOCORE, *L'impresa*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da V. BUONOCORE, Torino, 2002

M. CAIANIELLO, *Ne bis in idem e illeciti tributari per omesso versamento dell'iva: il rinvio della questione alla Corte costituzionale*, in *Diritto penale contemporaneo*, disponibile al seguente indirizzo http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1431772818CAIANIELLO_2015c.pdf

M. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. Diritto delle società*, Torino, 2001

G. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale. 1. Diritto dell'impresa*, Torino, 2013

F. CAPITTA, *Government introduces favorable tax provisions for loan market*, in *Tax Notes International*, 2014

I. CARACCIOLI, *Reati tributari e confisca per equivalente*, in *Riv. d. trib.*, III, 2012

M. CARDILLO, *Aleatorietà e imposizione*, Bari, 2005

V. CARDONE, F. PONTIERI, *Il sequestro preventivo finalizzato alla confisca dei beni della società per delitti tributari commessi dal legale rappresentante (nota a Cass., sez. un., pen., n. 10561/2014)*, in *Riv. d. trib.*, III, 2014

A. CARINCI, *Elusione tributaria, abuso del diritto e applicazione delle sanzioni amministrative*, in *Dir. prat. trib.*, I, 2012

M. CARRABBA, *Scopo di lucro ed autonomia privata*, Napoli, 1994

P. CARRIERE', *La riformulazione della riserva di attività alla gestione collettiva del risparmio e le SICAF: luci ed ombre*, in *Riv. società*, 2014

F. CASALE, *Scambio e mutualità nella società cooperativa*, Milano, 2005

S. CASSESE, *L'evoluzione delle fondazioni bancarie*, in *Giornale dir. amm.*, 1996

L. CASTALDI, *Soggettività tributaria*, in *Dizionario di Diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, VI, Milano, 2006

L. CASTALDI, *Gli enti non commerciali nelle imposte sui redditi*, Torino, 1999

L. CASTALDI, voce *enti commerciali e non commerciali*, *Enc. Giur. Treccani*, XVI Volume, Aggiornamento 2008

F. CAVAZZUTI, voce *Rischio d'impresa*, in *Enc. dir.*, Aggiornamento IV, Milano, 2000

P. CENTORE, *L'occasionalità delle operazioni economiche e la loro rilevanza ai fini IVA*, in *Riv. d. trib.*, IV, 2013

P. CENTORE, *Soggettività passiva e detrazione dell'IVA per società neocostituite*, in *Corr. trib.*, 2009

P. CENTORE, *Inerenza IVA nazionale (e non comunitaria)*, in *Corr. trib.*, 2010

P. CENTORE, *Manuale dell'IVA europea*, Milano, 2008

P. CENTORE, *Il profilo economico delle operazioni soggette ad IVA*, in *Corr. trib.*, 2012

P. CENTORE, *La detrazione IVA è connessa (solo) all'attività esercitata?*, in *Corr. trib.*, 2008

P. CENTORE, *Valutazione prospettiva e potenziale dello 'status' di soggetto passivo IVA per l'esercizio del diritto a detrazione*, in *Corr. trib.*, 2013

P. CENTORE, *L'inerenza IVA fra principio di connessione e prospettività del ribaltamento*, in *Corr. trib.*, 2008

P. CENTORE, *Sfera personale e professionale a confronto nel pranzo d'affari*, in *Corr. trib.*, 2009

P. CENTORE, *Le modifiche alla detrazione IVA sugli immobili a uso promiscuo tra rettifiche e autoconsumo*, in *Corr. trib.*, 2011

P. CENTORE, *Indetraibilità 'a monte' o tassazione 'a valle'*, in *Corr. trib.*, 2009

L. CERIONI, *The 'Abuse of Rights' in EU Company Law and EU Tax Law: A Re-reading of The ECJ Case Law and the Quest for a Unitary Notion*, in *European Business Law Review*, 2010

M. CERMIGNANI, *Il regime fiscale delle società di comodo: ratio, attualità e prospettive*, *Dir. prat. trib.*, I, 2011

D. CHALMERS, G. DAVIES, G. MONTI, *European Union Law*, Cambridge, 2010

A. CICOGNANI, *L'imposizione sul reddito d'impresa*, Padova, 1980

A. CICOGNANI, *Ben strumentali (dir. trib.)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, V, 1988

F. CICOGNANI, *Profili tributari delle trasformazioni di società ed enti*, Torino, 2011

F. CICOGNANI, *Problemi e prospettive della tassazione del reddito d'impresa*, in *Dir. prat. trib.*, I, 1988

R.H. COASE, *The problem of social cost*, in *Journal of Law and Economics*, 3, 1960

S. F. COCIANI, art.73 T.U.I.R., in AA.VV., *Commentario al testo unico delle imposte sui redditi*, a cura di G. TINELLI, Padova, 2009

G. COLANTINO, voce *Cooperative e consorzi di cooperative nel diritto tributario*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, IV, Torino, 1989

L. CONTI, *Il diritto penale dell'impresa*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, Padova, 2001

A. CONTRINO, *Incertezze e punti fermi sul presupposto soggettivo dell'imposta sul valore aggiunto*, in *Dir. prat. trib.*, 2011

A. CONTRINO, *Il divieto di abuso del diritto fiscale: profili evolutivi, (asseriti) fondamenti giuridici e connotati strutturali*, in *Dir. prat. trib.*, III, 2009

A. CONTRINO, *Ancora sulla presunzione di distribuzione di utili occulti nelle società di capitali 'a ristretta base proprietaria'*, in *Rass. trib.*, 2013

D. CORAPI, *Gli statuti delle società per azioni*, Milano, 1971

R. CORDEIRO GUERRA, *Illecito tributario e sanzioni amministrative*, Milano, 1996

R. CORDEIRO GUERRA, *Le imprese controllate e collegate*, in AA.VV., *Imposta sul reddito delle società (IRES)*, diretta da F. TESAURO, Torino, 2007

R. CORDEIRO GUERRA, *Riflessioni critiche e spunti sistematici sulla introducenda disciplina delle controlled foreign companies*, in *Rass. trib.*, 2000

A. CORDEWENER, *Asymmetrical tax burdens and EU state aid control*, in *EC Tax Review*, 6, 2012

A. CORDEWENER, *The prohibitions of discrimination and restriction within the framework of the fully integrated internal market*, in F. VANISTENDAEL (ed.), *EU Freedoms and taxation*, Amsterdam, 2006

A. CORDEWENER, G. KOFLER, S.V. THIEL, *The clash between European freedoms and national direct tax law: public interest defences available to Member States*, in *Common Market Law Review*, 2009

F. CORSI, *Diritto dell'impresa*, Milano, 2003

P. CORSO, *Esclusa la confisca sui beni sociali per i reati tributari del rappresentante commessi nell'interesse dell'ente*, in *Corr. trib.*, 2012

M. COSSU, *Società aperte e interesse sociale*, Torino, 2006

R. COSTI, *Società in generale – Società di persone – Associazioni in partecipazione*, in *Giur. sistematica Bigiavi*, Torino, 1967

R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, 2001

G. COTTINO, *Diritto commerciale. Imprenditore, impresa e azienda. Segni distintivi, concorrenza, brevetti*, Padova, 1986

G. COTTINO, *L'imprenditore. Diritto commerciale*, Padova, 2000

G. COTTINO, *Diritto commerciale. Imprenditore, impresa e azienda. Segni distintivi, brevetti, concorrenza*, I, I, Padova, 1993

G. COTTINO, *Diritto societario*, Padova, 2006

G. COTTINO, *Introduzione al Trattato. Il diritto commerciale tra antichità, medioevo e tempo presente: una riflessione critica*, in G. BONFANTE, G. COTTINO, *L'imprenditore*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. COTTINO, Padova, 2001

M. DALLOCCHIO, A. SALVI, *Finanza aziendale 1. Finanza ordinaria*, Milano, 2011

G. D'ANGELO, *Il nuovo regime fiscale della concessione in godimento di beni di impresa a soci e familiari*, in *Rass. trib.*, 2013

F. D'ARCANGELO, *Abuso dello schermo societario, utilizzo strumentale dell'ente e logica sanzionatoria del d.lgs. 231/2001*, in *Resp. amm. della società e degli enti*, 2009

G. D'ATTORRE, *Comunione d'impresa, società di fatto e trattamento dei creditori*, in *Giur. comm.*, 2010

G. DE AMICIS, *Ne bis in idem e 'doppio binario' sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza 'Grande Stevens' nell'ordinamento italiano*, in *Diritto penale contemporaneo- Rivista trimestrale*, 2014

R. DE LA FERIA, *Prohibition of (Community) law: the creation of a new general principle of EC law through tax*, in *Common Market Law Review*, 2008

R. DE LA FERIA, *From Halifax to ocean finance and Beps: the role of anti-abuse principles and rules in tax law*, in DELI Blog, disponibile al sito <https://delilawblog.wordpress.com/2014/03/13/from->

[halifax-to-ocean-finance-and-beps-the-role-of-anti-abuse-principles-and-rules-in-tax-law-part-i/](http://globalindirecttaxmanagement.com/table-of-content/guest-column-professor-rita-de-la-feria/112-abuse-of-law-from-halifax-to-ocean-finance.html)

R. DE LA FERIA, *Abuse of law: from Halifax to Ocean Finance*, in *Global Indirect Tax Management*, disponibile al seguente indirizzo <http://globalindirecttaxmanagement.com/table-of-content/guest-column-professor-rita-de-la-feria/112-abuse-of-law-from-halifax-to-ocean-finance.html>

L. DEL FEDERICO, *Introduzione alla riforma delle sanzioni amministrative tributarie: i principi sostanziali del D.Lgs. n. 472/1997*, in *Riv. d. trib.*, I, 1999

S. DELL'ATTI, *Lettura a caldo dell'art. 22 del d.l. n. 91/2014 in corso di conversione: timidi tentativi di liberalizzazione dell'attività di finanziamento?*, in *Banche e Banchieri – Rivista dell'associazione nazionale banche private*, III, 2014

S. DE MARCO, *Il regime della tassazione per trasparenza delle società di capitali*, Padova, 2015

E. DE MITA, *Fisco e costituzione*, Milano, 1984; Id., *Capacità contributiva*, in *Rass. trib.*, 1987

B. DENORA, *Spunti sulla nozione di attività economica degli enti pubblici in ambito IVA*, in V. FICARI, V. MASTROIACOVO, *Corrispettività, onerosità e gratuità. Profili tributari*, Torino, 2014

F. DENOZZA, *Logica dello scambio e 'contrattualità': la società per azioni di fronte alla crisi*, in *Giur. comm.*, 2015

F. DENOZZA, *Responsabilità dei soci e rischio d'impresa nelle società personali*, Milano, 1973

F. DENOZZA, *La frammentazione del soggetto nel pensiero giuridico tardo-liberale*, in *Riv. diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, I, 2015

E. DESANA, *Dall'impresa comunitaria alla tutela dell'impresa debole. Spunti per una nuova nozione di impresa*, Roma, 2012

M.P. DEVEREUX, R. DE LA FERIA, *Defining and implementing a destination-based corporate tax*, in *Oxford University centre for business taxation*, 2012, working paper 14/07

M.P. DEVEREUX, J. VELLA, *Are we heading towards a corporate tax system fit for the 21st century?*, in *Oxford University centre for business taxation*, 2014, working paper 14/25

C. DI GREGORIO, G. MAINOLFI, G. RISPOLI, *Confisca per equivalente e frode fiscale*, Milano, Teoria e Pratica del Diritto – Fisco e Tributi, 2011

F. DI SABATO, *Autonomia privata e tipicità delle società*, in *Principi civilistici nella riforma del diritto societario*, in AA.VV., *Principi civilistici nella riforma del diritto societario*, a cura di V. AFFERNI, G. VISINTINI, Milano, 2005

F. DI SABATO, *Diritto delle società*, Milano, 2005

M. DI SIENA, *Le valide ragioni economiche alla prova di resistenza della disciplina antielusiva: quando la motivazione è tutto*, in *Rass. trib.*, 2014

M. DI SIENA, *Dal velleitarismo preventivo al pragmatismo retributivo: brevi considerazioni in tema di politica punitiva tributaria a margine delle nuove modalità di definizione agevolata delle sanzioni amministrative*, in *Riv. d. trib.*, I, 2010

R. DOMINICI, *L'imputazione dei redditi prodotti da entità estere controllate e collegate (CFC)*, in AA.VV., *Diritto tributario delle società*, a cura di G. SCHIANO DI PEPE, Milano, 2005

S. DORIGO, *Residenza fiscale delle società e libertà di stabilimento nell'Unione Europea*, Padova, 2012

A. EASSON, *Fiscal discrimination: new perspectives on Art. 95 of the EEC Treaty*, in *Common market law review*, 1981

G. ESCUROLLE, *Sulla confisca dell'equivalente nei reati tributari*, in *Giur it.*, 2012

G. FALSITTA, *La tassazione delle plusvalenze e sopravvenienze nelle imposte sui redditi*, Padova, 1978

G. FALSITTA, *Accertamento di utili extra bilancio a carico di società familiari e loro tassazione in complementare nei confronti dei soci*, in *Riv. dir. fin.*, II, 1962

G. FALSITTA, *La tassazione dei proventi da reato nell'analisi della giurisprudenza dell'ultimo decennio*, in *Rass. trib.*, 2001

G. FALSITTA, A. FANTOZZI, G. MARONGIU, F. MOSCHETTI, *Commentario breve alle leggi tributarie*, a cura di A. FANTOZZI, Padova, 2010

A. FANTOZZI, *Imprenditore e impresa nelle imposte sui redditi*, Milano, 1982

A. FANTOZZI, R. LUPI, *Le società per azioni nella disciplina tributaria*, in AA.VV., *Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. COLOMBO, G.B. PORTALE, Torino, 1993

F. FALZEA, voce *Capacità (teoria generale)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960.

F. FEDELE, *Profilo fiscale delle società di persone*, in *Riv. not.*, I, 1988

F. FEDELE, *I rapporti tra soci e società*, in *Riv. dir. trib.*, I, 2004

A. FEDELE, *La nuova disciplina Ires: i rapporti fra soci e società*, in *Riv. d. trib.*, I, 2004

A. FEDELE, *Profilo fiscale delle società di persone*, in AA.VV., *Commentario al Testo Unico delle imposte sui redditi ed altri scritti. Studi in memoria di Antonio Emanuele Granelli*, Roma-Milano, 1990

L. FERLAZZO NATOLI, *Il fatto rilevante in diritto tributario*, Messina, 1994

F. FERRARA, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 1975

F. FERRARA, F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2011

G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 2006

G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Torino, 1976

G. FERRI, *Le società*, in AA.VV., *Trattato di diritto civile*, diretto da F. VASSALLI, X, Torino, 1987

G. FERRI, voce *Imprenditore commerciale e impresa soggetta a registrazione*, in *Enc. giur. it.*, XVI, Roma, 1989

P. FERRO LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, 1971

V. FICARI, *Reddito d'impresa e programma imprenditoriale*, Padova, 2004

V. FICARI, *Società di comodo, locazione di immobili e impresa commerciale ai fini IVA*, in *Corr. trib.*, 2008

S. FIORENTINO, *Riflessioni in tema di soggettività tributaria: il pensiero di Amatucci e la problematicità di questioni attuali*, in AA.VV., *Dal diritto finanziario al diritto tributario*, II, sez. II, Bogotà-Napoli, 2011

S. FIORENTINO, *Contributo allo studio della soggettività tributaria*, Napoli, 2000

G.M. FLICK, *Reati fiscali, principio di legalità e ne bis in idem: variazioni italiane su un tema europeo*, in *Diritto penale contemporaneo*, disponibile al seguente indirizzo <http://www.penalecontemporaneo.it/upload/1410541488FLICK2014b.pdf>

C. FONTANA, *Gli aiuti di stato di natura fiscale*, Torino, 2012

G. FRANSONI, *Imposta sul reddito delle persone giuridiche*, in C. RUSSO, *Manuale di diritto tributario. Parte speciale*, Milano, 2002

G. FRANSONI, *Il coraggio della Consulta, il valore indiziario dei prelevamenti bancari ed il principio di Al Capone (postilla a Emanuele Artuso)*, in *Riv. d. trib.*, II, 2014

G. FRANSONI, *Abuso del diritto, elusione e simulazione: rapporti e distinzioni*, in *Corr. trib.*, 2011

G. FRANSONI, *L'estinzione postuma della società ai fini fiscali ovvero della società un poco morta e di altre amenità*, in *Rass. trib.*, 2015

J. FREEDMAN, *The anatomy of tax avoidance counteraction*, in AA.VV., *Prohibition of abuse of law. A new general principle of EU law*, a cura di R. DE LA FERIA, S. VOGENAUER, Oxford-Portland, 2011

M.C. FREGNI, *Obbligazione tributaria e Codice civile*, Torino, 1998

M. FRIEDMAN, *The social responsibility of business is to increase its profits*, in *The New York Times Magazine*, del 13 settembre 1970

P. GABRIELE, *Dall'unità alla segmentazione del patrimonio: forme e prospettive del fenomeno*, in *Giur. comm.*, 2010

G. GAFFURI, *Il senso della capacità contributiva*, in *Diritto Tributario e Corte Costituzionale*, a cura di L. PERRONE, C. BERLIRI, Napoli, 2006

F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale. Volume I: le categorie generali. Le persone. La proprietà*, Padova, 2004

F. GALGANO, *Le società in genere. Le società di persone*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI, P. SCHLESINGER, Milano, 2007

G. GALGANO, *Sulle c.d. fondazioni bancarie*, in *Contratto e impresa*, 1996

F. GALGANO, *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1965

F. GALGANO, *Delle persone giuridiche*, in *Comm. Scialojae Branca*, Bologna-Bari, 1969

F. GALGANO, *Associazioni, fondazioni, comitati*, in *I grandi orientamenti della giurisprudenza civile e commerciale*, diretti da F. GALGANO, Padova, 1987

F. GALGANO, *La teoria dell'impresa*, in Trattato Galgano, II, 1978

F. GALGANO, *Diritto civile e commerciale. Volume III: l'impresa e la società, L'impresa. Le società in genere. Le società di persone*, Padova, 2004

F. GALLO, *La soggettività tributaria*, in *Studi in memoria di G.A. Micheli*, Napoli, 2010

F. GALLO, *Schema di Decreto legislativo recante 'riforma dell'imposizione sul reddito delle società (IRES)*, in *Rass. trib.*, 2003

F. GALLO, *Fondazioni e Fisco*, in *Rass. trib.* 2004

F. GALLO, *Il regime fiscale delle Fondazioni bancarie tra rilevanza degli scopi e presunzione legale di non commercialità*, in *Le imprese strumentali delle Fondazioni bancarie*, Napoli, 2005

F. GALLO, *Prime riflessioni su alcune recenti norme antielusione*, in *Dir. prat. trib.*, I, 1992

C. GARBARINO, *Le plusvalenze esenti*, in F. TESAURO, *Imposta sul reddito delle società*, Bologna, 2007

C. GARBARINO, *L'oggetto principale dell'attività quale elemento per determinare la residenza delle persone giuridiche*, in *Riv. d. trib.*, V, 2014

C. GARBARINO, *Il regime dei dividendi e la participation exemption*, in *Atti del Convegno 'Riforma*

fiscale: la nuova imposta sul reddito delle società,
Milano, 2003

G. GARESIO, M. MARULLI, *La società in generale. Le società di persone. Le società tra professionisti*, a cura di G. COTTINO, in AA.VV., *Nuova giurisprudenza di diritto civile e commerciale. Diritto commerciale*, diretta da O. CAGNASSO, G. COTTINO, Torino, 2014

A. GENTILI, *Simulazione*, in AA.VV., *Trattato di diritto privato*, diretto da M. BESSONE, XIII, Torino, 2002

F. GENTILONI SILVERI, *Limiti di responsabilità patrimoniale nei fondi comuni di investimento. Novità recenti: tra giurisprudenza e legislazione*, in *Banca borsa tit. credito*, 2011

C. GHIGI, *Separazione patrimoniale e fondi comuni di investimento*, in *Giur. comm.*, 2011

S. GHINASSI, *La strumentalità degli immobili posseduti da società immobiliari in materia di imposte sul reddito*, in *Rass. trib.*, I, 1985

S. GIANONCELLI, *Gli incentivi fiscali alla riforma del sistema tributario italiano al vaglio della Corte di Giustizia europea*, in *Rass. trib.*, 2006

L. GIARETTA, *La detrazione dell'Iva da parte della società a fronte di atti preparatori compiuti dal socio e a quest'ultimo fatturati: l'impatto del principio di neutralità sulla soggettività passiva nell'ambito dei rapporti partecipativi tra forma giuridica e sostanza economica*, in *Riv. d. trib.*, IV, 2012

E. GINEVRA, *La società per azioni: fattispecie economica e rilevanza giuridica*, in *Diritto commerciale*, a cura di M. CIAN, II, Torino, 2013

M. GIORGI, *Detrazione e soggettività passiva nel sistema dell'imposta sul valore aggiunto*, Padova, 2005

A. GIOVANNINI, *Lucro e impresa commerciale nel sistema impositivo*, in V. FICARI, V. MASTROIACOVO, *Corrispettività, onerosità e gratuità. Profili tributari*, Torino, 2014

A. GIOVANNINI, *Sui principi del nuovo sistema sanzionatorio non penale in materia tributaria*, in *Dir. prat. trib.*, I, 1997

A. GIOVANNINI, *Le società immobiliari di godimento nell'IVA (note sulla nullità)*, in *Dir. prat. trib.*, I, 1993

A. GIOVANNINI, *Soggettività tributaria e fattispecie impositiva*, Padova, 1996

A. GIOVANNINI, *Enti del terzo settore: linee sistematiche di riforma*, in *Rass. trib.*, 2009

A. GIOVANNINI, *Provento illecito e presupposto dell'imposta personale*, Milano, 2000

A. GIOVANNINI, *Persona giuridica e sanzione tributaria: idee per una riforma*, in *Rass. trib.*, 2013

G. CESARI, *Illecito penale e tributario. Il principio del ne bis in idem alla luce della più recente giurisprudenza della*

Corte Europea dei Diritti dell'Uomo e di Cassazione (nota a Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, sez. IV, n. 11828/11/2014, Cass., sez. III pen., n. 20266/2014), in Riv. d. trib., IV, 2014

M. GREGGI, *Regime fiscale delle ristrutturazioni bancarie e aiuti di Stato: il caso BNP Paribas-BNL sotto la lente del Tribunale UE*, in *Rass. trib.*, 2011

J.L. HANSEN, *The Vale decision and the Court's case law on the nationality of companies*, in *European company and financial law review*, 2013

H.L.A. HART, *Definition and theory in Jurisprudence*, in *Law Quarterly Review*, 1954

C. HURT, *The windfall myth*, 2009, disponibile al sito web <http://ssrn.com/abstract=1456466>

J. KASSAN, J. ORSI, *The legal landscape of the sharing economy*, in *Journal of Environmental Law & Litigation*, 2012

H. KELSEN, *Reine Rechtslehre*, Vienna, 1934, trad. it., *Lineamenti della dottrina pura del diritto*, Torino, 1952

C. KEUSCHNIGG, M.P. DEVEREUX, *The arm's length principle and distortions to multinational firm organization*, in *Journal of International Economics*, 2013

M. INTERDONATO, *Il regime fiscale dei consorzi tra imprenditori*, Milano, 2004

P.G. JAEGER, *L'interesse sociale*, Milano, 1964

M.S. JANSSON, H. KALIMO, *De minimis meets “market access” : transformations in the substance –and the syntax – of EU free movement law?*, in *Common Market Law Review*, 2014

S. JOGARAJAN, *Stamp, Seligman and the drafting of the 1923 Experts’ Report on double taxation*, in *World tax journal*, 2013

H. HANSMANN, R. KRAAKMAR, *The essential role of organizatorial law*, in *Yale Law Journal*, 2000, disponibile al sito web <http://ssrn.com/abstract=229956>

C. LAMANDA, *Da fondazioni bancarie ad enti non profit: natura giuridica e rapporti con il Ministero del Tesoro*, in *Riv. società*, 1995

M. LANG, S. HEIDENBAUER, *Wholly artificial arrangements*, in L. HINNEKENS, P. HINNEKENS, *A vision of taxes within and outside European borders. Festschrift in honor of Prof. Dr. Frans Vanistendael*, Kluwer Law International, 2008

U. LA PORTA, *Dal tipo contrattuale al modello di società: autonomia contrattuale e norme inderogabili nel nuovo diritto societario*, in *Le società*, 2002

P. LAROMA JEZZI, *Regime fiscale delle fondazioni bancarie e delle operazioni di ristrutturazione del settore del credito: osservazioni in merito alla sua compatibilità con l’art. 87 del Trattato istitutivo della Comunità europea*, in *Rass. trib.*, 2000

P. LAROMA JEZZI, *Separazione patrimoniale ed imposizione sul reddito*, Milano, 2006

P. LAROMA JEZZI, *I profili soggettivi dell'imposizione nella cartolarizzazione dei crediti fra separazione patrimoniale e trust*, in *Riv. d. trib.*, I, 2003

P. LAROMA JEZZI, *Gli aiuti fiscali: i poteri del giudice nazionale e la nozione di impresa tra diritto tributario e diritto comunitario della concorrenza*, in *Rass. trib.*, 2004

S. LA ROSA, *Costituzione, Corte costituzionale ed ordinamento tributario*, in *Dir. prat. trib.*, I, 1980

B. LIBONATI, *Scritti in materia di impresa e società*, Padova

B. LIBONATI, *Corso di diritto commerciale*, Milano, 2009

B. LIBONATI, *Diritto commerciale. Impresa e società*, Milano, 2005

M. LOGOZZO, *I beni relativi all'impresa*, in *L'imposta sul reddito delle persone fisiche*, in *Giur. sist. dir. trib.*, diretta da F. TESAURO, Torino, I, 1994

S. LOMBARDO, *Some reflections on freedom of establishment of non-profit entities in the European Union*, in *European Business Organization Law Review*, 2013

A. LOVISOLO, *Possesso di reddito ed interposizione di persona*, in *Diritto prat. trib.*, I, 1993

R. LUJA, *State aid and financial crisis: overview of the crisis framework*, in *European State Aid Law Quarterly*, 2009

R. LUPI, *Profili fiscali delle operazioni di cartolarizzazione*, in *Rass. trib.*, 2000

R. LUPI, *Diritto tributario. Oggetto economico e metodo giuridico nella teoria della tassazione analitico-aziendale*, Milano, 2009

R. LUPI, *L'oggetto economico delle imposte nella giurisprudenza sull'antieconomicità*, in *Corr. trib.*, 2009

R. LUPI, *Le società di mero godimento tra irrilevanza Iva e autoconsumo*, *Rass. trib.*, 1998

R. LUPI, *Le società di comodo come disciplina antievasiva*, in *Dialoghi dir. trib.*, 2006

R. LUPI, *Modifiche alla fiscalità degli enti no profit: torna in auge la mancanza di scopo di lucro*, in *Bollettino Tributario*, 1996

R. LUPI, *Principi generali in tema di C.F.C. e radicamento territoriale delle imprese*, in *Riv. d. trib.*, I, 2000

G. MAISTO, *Il regime di imputazione dei redditi delle imprese estere partecipate, c.d. controlled foreign companies*, in *Riv. d. trib.*, IV, 2000

G. MAISTO, *Current issues on the interpretation of the Parent-Subsidiary Directive*, in AA.VV., *EU Income Tax Law: Issues for the Years Ahead*, Amsterdam, 2013

G. MANDO', D. MANDO', *Manuale dell'imposta sul valore aggiunto*, Milano, 2009

F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 1988

P. MÄNTYSAARI, *The law of corporate finance: general principles and EU law. Volume I: cash flow, risk, agency, information*, Springer, 2010

G. MARASA', *Le società senza scopo di lucro*, Milano, 1984

G. MARASA', *L'odierno significato della mutualità prevalente nelle cooperative*, in *Giur. comm.*, I, 2013

G. MARASA', *I problemi attuali della legislazione cooperativa nella prospettiva della riforma*, in AA.VV., *La riforma di società, cooperative, associazioni e fondazioni*, Padova, 2005

A. MARCHESELLI, *Le attività illecite tra Fisco e sanzione*, Padova, 2001

A. MARCHESELLI, *Equivoci e prospettive della elusione tributaria, tra principi comunitari e principi nazionali*, in *Dir. prat. trib.*, V, 2010

A. MARCHESELLI, *Proventi illeciti ed imponibilità IVA*, in *Dir. prat. trib.*, II, 2003

A. MARCHESELLI, *La rilevanza del momento di attuazione del sequestro e della confisca dei redditi illeciti*, in *Corr. trib.*, 2003

E. MARELLO, *Il regime di trasparenza*, in *Imposta sul reddito delle società (IRES)*, diretto da F. TESAURO, Bologna, 2007

E. MARELLO, *Oggettività dell'operazione passiva IVA e buona fede del soggetto passivo: note su un recente orientamento della Corte di Giustizia*, in *Riv. dir. fin. sc. finanz.*, 2008

E. MARELLO, *Contributo allo studio delle imposte sul patrimonio*, Milano, 2006

E. MARELLO, *Il rischio del tributo. Il fondamento dei concordati preventivi in materia fiscale*, in *Riv. dir. fin. sc. finan.*, I, 2006

G. MARINO, *La relazione di controllo nel diritto tributario. Analisi interdisciplinare e ricostruzione sistematica*, Padova, 2008

G. MARINO, *La considerazione dei 'paradisi fiscali' e la sua evoluzione*, in AA.VV., *Diritto tributario internazionale*, a cura di V. UCKMAR, Padova, 2005

G. MARINO, *La residenza nel diritto tributario*, Padova, 1999

G. MARINO, *Residenza fiscale, libertà fondamentali e normative antielusive nazionali*, in *Riv. d. trib.*, I, 2001

G. MARONGIU, *Il principio di capacità contributiva nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Dir. prat. trib.*, I, 1985

G. MARONGIU, *Le sanzioni amministrative tributarie: dall'unità al doppio binario*, in *Riv. d. trib.*, I, 2004

A. MARTINI, *Reati in materia di finanze e tributi*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da C.F. GROSSO, T. PADOVANI, A. PAGLIARO, Volume XVII, Milano, 2010

A.M. MATEUS, *The current financial crisis and State Aid in the EU*, in *European competition journal*, 2009

M. MAUGERI, *Impresa e società nel pensiero di Bernardino Libonati*, in *Riv. diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, I, 2013

M. MAUGERI, *Impresa e società*, in AA.VV., *Impresa e mercato. Studi dedicati a Mario Libertini*, a cura di V. DI CATALDO, V. MELI, R. PENNISI, I, Milano, 2015

G. MELIS, *Il trasferimento della residenza fiscale nell'imposizione sui redditi, profili critici ed ipotesi ricostruttive*, Aracne editore, 2008

F. MERUSI, *Dalla banca pubblica alla fondazione privata*, Torino, 2000

G.A. MICHELI, *Corso di diritto tributario*, Torino, 1989

G.A. MICHELI, *Soggettività tributaria e categorie civilistiche*, in *Riv. dir. finanziario*, 1977

M. MICCINESI, *Le plusvalenze d'impresa. Inquadramento teorico e profili ricostruttivi*, Milano, 1993

J.E. MILNE, *Environmental taxation: why theory matters*, in AA.VV., *Critical issues in environmental taxation*, in J.E. MILNE, K. DEKETELAERE, L. KREISER, H. ASHIABOR (eds.), Richmond, 2004

J.E. MILNE, M.S. ANDERSEN, *Introduction to environmental taxation concepts and research*, in AA.VV., *Handbook of research on environmental taxation*, in J.E. MILNE, M.S. ANDERSON (eds.), Edward Elgar Publishing Limited, 2012

E. MOAVERO MILANESI, *Diritto della concorrenza dell'Unione Europea*, Napoli, 2005

G. MOENS, J. TRONE, *Commercial law of the European Union*, Springer, 2010

A. MONDINI, *Contributo allo studio del principio di proporzionalità nel sistema dell'IVA europea*, Pisa, 2012

P. MONTALENTI, *Dall'impresa all'attività economica: verso una nuova sistematica?*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2014

P. MONTALENTI, *Incoerenze riformatrici: il problema dell'omologazione*, in *Le Società*, 2000

P. MONTALENTI, *Società per azioni, corporate governance e mercati finanziari*, Milano, 2011

F. MONTANARI, *Le operazioni esenti nel sistema dell'Iva*, Torino, 2013

U. MORELLO, *Il problema della frode alla legge nel diritto tributario*, in *Dir. prat. trib.*, I, 1991

F. MOSCHETTI, *Il principio della capacità contributiva*, Padova, 1973

G. MOSCHETTI, *'Diniego di detrazione per consapevolezza' nel contrasto alle frodi IVA. Alla luce dei principi di certezza del diritto e proporzionalità*, Padova, 2013

L. NANNI, *L'interposizione di persona*, Padova, 1990

G. NAPOLI, E. OLIVERIO, M. NAPOLI, *Il regime civilistico e tributario delle fondazioni di origine bancaria alla luce della "riforma Tremonti"*, in *Rass. trib.*, 2004

O. NOCERINO, *Il problema dell'individuazione di un principio generale (inespresso) di inerenza*, in *Rass. trib.*, I, 1995

E. NTUK, voce *Fondi comuni di investimento*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, Aggiornamento I, Torino, 2000

M. NUSSI, *L'imputazione del reddito nel diritto tributario*, Padova, 1996

M. NUSSI, *La disciplina impositiva delle società di comodo tra esigenze di disincentivazione e rimedi incoerenti*, in *Riv. dir. fin. sc. finanz.*, 2010

A. NUZZO, *Questioni in tema di tassazione di enti non economici*, in *Rass. trib.*, I, 1985

M. NUZZO, *Indivisibilità del patrimonio e responsabilità del debitore*, in AA.VV., *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, a cura di M. NUZZO, I, Torino, 2014

S. PANSIERI, *I redditi diversi*, in G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario. Parte speciale. Il sistema delle imposte in Italia*, Padova, 2013

F. PAPARELLA, *Possesso di redditi ed interposizione fittizia. Contributo allo studio dell'elemento soggettivo nella fattispecie imponibile*, Milano, 2000

F. PAPARELLA, *La presunzione di distribuzione degli utili nelle società di capitali a ristretta base sociale*, in *Dir. prat. trib.*, I, 1995

A. PERINI, *Reati tributari*, in *Dig. Disc. Pen.*, Torino, 2008

F. PEPE, *La fiscalità delle cooperative. Riparto dei carichi pubblici e scopo mutualistico*, Milano, 2009

L. PERRONE, *Le vicende delle agevolazioni tributarie sul reddito delle fondazioni di origine bancaria*, in *Rass. trib.*, 2010

A. PERRONE, *Perché non convince la presunzione di distribuzione di utili 'occulti' nelle società di capitali a ristretta base proprietaria*, in *Riv. d. trib.*, I, 2014

L. PERRONE, voce *Società immobiliari (dir. trib.)*, in *Enc. g. Treccani*, XXXIII, 1993

L. PERRONE, *La dimensione e la quantificazione del reddito*, in *Rass. trib.*, 2014

P. PIANTAVIGNA, *Abuso del diritto fiscale nell'ordinamento europeo*, Torino, 2011

A. PICCARDO, *Sul valore meramente indiziario della ristretta base azionaria ai fini della prova della distribuzione ai soci del maggior reddito accertato a carico della società*, in *Dir. prat. trib.*, I, 2000

M. PIERRO, *Il responsabile per la sanzione amministrativa tributaria*, in *Riv. dir. fin. sc. finanz.*, I, 1999

A.C. PIGOU, *The economics of welfare*, 1920

F. PISTOLESI, *La deducibilità degli interessi passivi afferenti i fabbricati relativi all'impresa, In particolare, il regime delle società immobiliari*, in *Riv. d. trib.*, I, 1995

P. PISTONE, *EC law and tax residence of companies*, in AA.VV., *Residence of companies under tax treaties and EC law*, a cura di G. MAISTO, Amsterdam, 2009

M. POLANO, *Attività commerciale e impresa nel diritto tributario*, Padova, 1984

M. POLANO, *Impresa nel diritto tributario*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, VII, Torino, 1992

O. PORCHIA, *Il procedimento di controllo degli aiuti pubblici alle imprese: tra ordinamento comunitario ed ordinamento interno*, Napoli, 2001

O. PORCHIA, voce *Aiuti di Stato*, in *Dig. disc. pubbl.*, IV Aggiornamento, Torino, 2010

E. POTITO, voce *Soggetto passivo d'imposta*, in *Enc. dir.*, XLII, Milano, 1990

E. POTITO, *Il sistema delle imposte dirette*, Milano, 1989

G. PRESTI, M. RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale*, Bologna, 2011

M. PROCOPIO, *L'inerenza nel sistema delle imposte sui redditi*, Milano, 2009

A.M. PROTO, *La fiscalità degli enti non societari*, Torino, 2003

P. PURI, *I soggetti*, in A. FANTOZZI, *Diritto tributario*, Torino, 2013

C. QUIGLEY, *European State Aid Law and Policy*, Oxford-Portland-Oregon, 2009

G. RAGUCCI, *La responsabilità tributaria dei liquidatori di società di capitali*, Torino, 2013

G. RAGUSA MAGGIORE, *Le società in genere. Le società di persone*, in *Trattato delle società*, Padova, 2000.

U. SCARPELLI, *Contributo alla semantica del linguaggio normativo*, Torino, 1966

F. RASI, *La tassazione per trasparenza delle società di capitali a ristretta base proprietaria. Profili ricostruttivi di un modello impositivo*, Padova, 2012

P. REVIGLIONO, *Il controllo di iscrivibilità sugli atti societari: profili sostanziali e procedurali*, in *Riv. società*, 2001

C. RITTER, *Purely Internal Situations, Reverse Discrimination, Guimont, Dzodzi and Article 234*, in *European Law Review*, 2006

G.M. ROBERTI, *Gli aiuti di stato nel diritto comunitario*, Padova, 1997

U. ROMA, *La simulazione*, in AA.VV., *Il nuovo contratto*, diretto da P.G. MONATERI, E. DEL PRATO, M. R. MARELLA, A. SOMMA, C. COSTANTINI, Torino, 2007

D.P. RODRÌGUEZ, *Absorbing EU ETS windfall profits and the principle of free allowances: iberdrola and others*, in *Common Market Law Review*, 2014

S.M. RONCO, *La tassazione degli immobili ad uso commerciale tra tassazione in base alla maturazione del canone, presunzione di percezione e diritto alla prova della mancata percezione*, in *Giur. it.*, 2012

A. ROSA, *Decreto Legge 24 giugno 2014, n. 91, convertito con modificazioni, nella Legge 11 agosto 2014, n. 116: le novità nella disciplina del testo unico bancario*, in *Riv. società*, 2014

L. ROSSI, G. FICAI, *Modifiche 'antielusive' alla direttiva madre figlia*, in *Corr. trib.*, 2015

P. RUSSO, *I soggetti passivi dell' IRES e la determinazione dell' imponibile*, in AA. VV., *La riforma dell' imposta sulle società*, Quaderni CESIFIN, n. 23, Torino, 2005

C. SACCHETTO, *L'imposta sul reddito delle persone giuridiche*, in AA.VV., *Trattato di diritto tributario. I tributi in Italia*, diretto da A. AMATUCCI, IV, Padova, 1994

R. SACCO, voce *Simulazione*, in *Enc. giur. Treccani*, XXVIII, Roma, 1992

L. SALVINI, *Aiuti di stato in materia fiscale*, Padova, 2007

R. SANTAGATA, *Patrimoni destinati e rapporti intergestori*, Torino, 2005

G. SANTINI, *Il tramonto dello scopo di lucro nelle società di capitali*, in *Riv. dir. civ.*, I, 1973

G. SANTINI, *Commercio e servizi. Due saggi di economia del diritto*, Bologna, 1988

C. SANTORIELLO, *Sul sequestro per equivalente dei beni della persona giuridica per i reati tributari commessi nel suo interesse*, in *Il Fisco*, 2011

C. SANTORIELLO, *Confiscabilità 'limitata' dei beni della società per i reati commessi dall'amministratore*, in *il Fisco*, 2014

A. SARTI, *Il regime tributario delle società cooperative e la sua compatibilità con il divieto comunitario degli aiuti di Stato*, in *Rass. trib.*, 2006

G. SCANU, *Accertamento unitario dei redditi prodotti in forma associata: il litisconsorzio è davvero necessario?*, in *Riv. dir. trib.*, I, 2009

D. SHAVIRO, *The economics of tax law*, 2014, disponibile al seguente indirizzo web <http://ssrn.com/abstract=2380898>

R. SCHIAVOLIN, *Natura del tributo. Funzioni e caratteri generali*, in *L'imposta sul reddito delle persone giuridiche*, in *Giur. sist. dir. trib.*, diretta da F. TESAURO, Milano, 1996

R. SCHIAVOLIN, *Considerazioni di ordine sistematico sul regime delle società di comodo*, in L. TOSI, *Le società di comodo*, Padova, 2008.

R. SCHIAVOLIN, *Il collegamento soggettivo*, in F. MOSCHETTI, *La capacità contributiva*, Padova, 1993

W. SCHÖN, *Special charges – a gap in European competition law?*, 2009, disponibile all'indirizzo <http://ssrn.com/abstract=1603760>;

W. SCHÖN, *Taxation and state aid law in the European Union*, in *Common Market Law Review*, 36, 1999

W. SCHÖN, *Tax and corporate governance: a legal analysis*, in AA.VV., *Tax and corporate governance*, a cura di W. SCHÖN, Springer, 2008

W. SCHÖN, *International taxation of risk*, 2014, disponibile al seguente indirizzo web <http://ssrn.com/abstract=2402612>

W. SCHÖN, *The free choice between the right to establish a branch and to set-up a subsidiary – a principle of European business law*, in *European Business Organization Law Review*, 2001

W. SCHÖN, *Abuse of rights and European tax law*, in J.A. JONES, P. HARRIS, D. OLIVER, *Comparative perspectives on revenue law. Essays in honour of John Tiley*, Cambridge University Press, 2008

M. M. SCOLETTA, *Profitto confiscabile: materialità dell'incremento patrimoniale e diretta derivazione causale dal reato presupposto*, in *Le società*, 2014

R. SGROI, artt. 1414-1417, in AA.VV., *La giurisprudenza sul codice civile coordinata con la dottrina*, a cura di C. RUPERTO, III, Milano, 2005

G.L. SOANA, *I reati tributari*, Milano, 2013

G. SOANA, *La confisca per equivalente*, Milano, Officina Penale e Processo, 2013

.E. SØRENSEN, *The fight against letterbox companies in the internal market*, in *Common Market Law Review*, 2015

J. SNELL, *Non-discriminatory tax obstacles in community law*, in *International comparative law quarterly*, 2007

P. SPADA, voce *Impresa*, in *Digesto disc. priv., sez. comm.*, Torino, 1992

P. SPADA, *La tipicità delle società*, Padova, 1974

M. STAES, *The combined application of the fundamental freedoms and the EU State aid rules: in search of a way out of the maze*, in *Intertax*, 2014

D. STEVANATO, *Atti di organizzazione, società senza impresa e detrazione dell'IVA*, in *Rass. trib.*, 1995

D. STEVANATO, *Società 'di comodo': dov'è la capacità economica?*, in *Dialoghi dir. trib.*, 2007

D. STEVANATO, *Controlled foreign companies: concetto di controllo e imputazione del reddito*, in *Riv. d. trib.*, I, 2000

STEVANATO, *Inizio e cessazione dell'impresa nel diritto tributario*, Padova, 1994

S. STEVENS, *Tax aid to public and social enterprises: a collision between competition and public policy*, in *EC Tax Review*, 3, 2014

G. TABET, *Il reddito d'impresa nel quadro delle categorie reddituali*, in AA. VV., *Il reddito d'impresa*, a cura di G. TABET, Padova, 1997

T. TASSANI, *Autonomia statutaria delle società di capitali e imposizione sui redditi*, Milano, 2007

T. TASSANI, *Gli atti preparatori e l'inizio dell'impresa*, in *Rass. trib.*, 2000

F. TESAURO, *Vecchi e nuovi problemi in tema di tassazione dei redditi delle società personali*, in *Giur. it.*, 1974

F. TESAURO, *Elusione e abuso nel diritto tributario italiano*, in *Dir. prat. trib.*, I, 2012

F. TESAURO, *Elusione e abuso nel diritto tributario italiano*, in M. BEGHIN, F. MOSCHETTI, R. SCHIAVOLIN, L. TOSI, G. ZIZZO, *Atti della giornata di Studi in onore di Gaspare Falsitta*, Padova, 2012

F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario. Parte generale*, Torino, 2009

F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario. Parte speciale*, Torino, 2008

F. TESAURO, *La participation exemption ed i suoi corollari*, in *Tributimpresa*, 2003

G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2010

B.J.M. TERRA, P.J. WATTEL, *European tax law*, Kluwer Law International, 2012

G. TINELLI, *Il reddito d'impresa nel diritto tributario*, Milano, 1991

G. TINELLI, *Il principio di inerenza nella determinazione del reddito d'impresa*, in *Riv. d. trib.*, I, 2002

G. TINELLI, F. PARISI, voce *Società nel diritto tributario*, in *Dig. disc. priv., sez. civ.*, XIV, Torino, 1997

L. TOSI, *Profili soggettivi della disciplina delle sanzioni tributarie*, in *Rass. trib.*, 1999

L. TOSI, *La tassazione dei redditi da attività delittuose*, in *Riv. d. trib.*, I, 1994

L. TOSI, *La nozione di reddito*, in *L'imposta sul reddito delle persone fisiche*, in *Giur. sist. dir. trib.*, diretta da F. TESAURO, Torino, I, 1994

L. TOSI, *Le predeterminazioni normative nell'imposizione reddituale. Contributo alla trattazione sistematica dell'imposizione su basi forfettarie*, Milano, 1999

A. TRAVERSI, *Responsabilità amministrativa delle società anche per i reati tributari?*, in *Riv. resp. soc. enti*, 2007

M. TRIVELLIN, *L'uscita dal regime delle società di comodo*, in L. TOSI, *Le società di comodo*, Padova, 2008

A. URICCHIO, *I redditi prodotti in forma associata e le società senza impresa*, in *Dir. prat. trib.*, I, 1990

V. VACIRCA, *I rapporti tra società e comunione e le questioni connesse all'ammissibilità delle figure della comunione d'azienda e della comunione d'impresa*, in *Notariato*, 2009

P. VALENTE, *Esterovestizione e residenza*, Milano, 2013

J. VAN DEN HEUVEL, *De la situation légales de associations sans but lucratif en France et en Belgique*, Parigi, 1984

A. VASAPOLLI, G. VASAPOLLI, *Quando si verifica l'interposizione fittizia di persona*, in *Bilancio e reddito d'impresa*, 2013

M. VENUTI, *La rappresentazione in bilancio delle operazioni di factoring e di cartolarizzazione. Aspetti civilistici ed economici*, in *Riv. dottori comm.*, 2010

U. VIOLANTE, *Mercato del prestito e cartolarizzazione dei crediti: impatto (e interferenze) della normativa europea di vigilanza prudenziale*, in *Giurisprudenza commerciale*, 2014

J. WATTEL, *Forum: interaction of State aid, free movement, policy competition and abuse control in direct tax matters*, in *World Tax Journal*, February, 2013

R. WEIGMAN, *Compensi esagerati agli amministratori di società a base ristretta*, in *Giur. it.*, 1991

I. WELCH, *Corporate finance: an introduction*, Prentice Hall, 2009

J. WINTER, *Redefining the notion of State Aid in Article 87(1) of the EC Treaty*, in *Common Market Law Review*, 2004

G. ZIZZO, *L'imposta sul reddito delle società*, in G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario. Parte Speciale. Il sistema delle imposte in Italia*, Padova, 2010

G. ZIZZO, *L'imposta sul reddito delle società*, in G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario. Parte speciale. Il sistema delle imposte in Italia*, Padova, 2013

G. ZIZZO, voce *Reddito delle persone giuridiche (imposta sul)*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, XII, Torino, 1996

G. ZIZZO, *Ragionando sulla fiscalità del terzo settore*, in AA.VV., *La fiscalità del terzo settore*, a cura di G. ZIZZO, Milano, 2011

G. ZIZZO, *Società 'senza impresa' e detrazione dell'Iva sugli acquisti*, in *Riv. d. trib.*, II, 1995

G. ZIZZO, *Participation exemption e riorganizzazioni societarie*, in *Il Fisco*, 2002

G. ZIZZO, *Regole generali sulla determinazione del reddito d'impresa*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto tributaria*, diretto da F. TESAURO, Torino, 1995

A. ZOPPINI, *Autonomia e separazione del patrimonio, nella prospettiva dei patrimoni separati della società per azioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2002