

# — La linea di confine fra elusione fiscale e reati tributari

di Alexander Bell, Giovanni Falsitta e Alfio Valsecchi

*Abstract.* Nel 2015, il legislatore è intervenuto con un'importante riforma dell'istituto dell'elusione fiscale, cui si è accompagnato un ripensamento della fisionomia delle fattispecie penali dichiarative del d.lgs. 74/2000. Gli obiettivi dichiarati della riforma erano il superamento dell'incertezza applicativa dell'istituto dell'elusione fiscale e la riorganizzazione del sistema sanzionatorio nel senso di una sua maggiore effettività, proporzionalità e certezza. Nel presente lavoro, gli Autori si interrogano sul raggiungimento, a poco meno di quattro anni dall'entrata in vigore della riforma, di tali obiettivi, ripercorrendo le tappe normative e i principali arresti giurisprudenziali che hanno contribuito a modellare la categoria dell'elusione fiscale fino alla riforma del 2015 e, quindi, analizzando le prime pronunce, di merito e di legittimità, che hanno fatto applicazione della novella. All'esito di tale percorso, gli Autori esprimono un giudizio complessivamente positivo rispetto alla capacità delle nuove norme di dare razionalità e maggiore certezza al sistema penal-tributario, ma rilevano anche che il "merito" non va attribuito tanto alla previsione di cui al co. 13 del nuovo art. 10 bis Statuto del contribuente, secondo cui le operazioni elusive "non danno luogo a fatti punibili ai sensi delle leggi penali tributarie", quanto alla ricostruzione delle fattispecie dichiarative del d.lgs. 74/2000. È, infatti, soprattutto attraverso la ridefinizione dell'area del penalmente rilevante coperta dai reati di cui agli artt. 3 e 4 d.lgs. 74/2000 – sostengono gli Autori – che oggi l'interprete può tracciare in maniera sufficientemente sicura il confine fra condotte evasive – penalmente rilevanti – e mera elusione – sottratta al diritto penale in quanto non più integrante alcuna norma incriminatrice, prima ancora che in ragione dell'operare di specifiche clausole di esclusione della punibilità.

**SOMMARIO:** 1. Premessa. – 2. L'evoluzione dell'istituto dell'abuso del diritto in ambito tributario. Cenni. – 3. La rilevanza penale dell'elusione fiscale nella giurisprudenza antecedente la riforma del 2015. – 3.1. Il caso "Dolce e Gabbana". – 3.2. Il caso "Mythos". – 4. La riforma del 2015. – 5. La giurisprudenza penale post-riforma. – 5.1. La prima pronuncia della Suprema Corte post introduzione dell'art. 10 bis: il caso dello *stock lending agreement*. – 5.2. La giurisprudenza successiva all'entrata in vigore delle modifiche al d.lgs. 74/2000: Cass., Sez. III, 20 aprile 2016, n. 48293. – 5.3. Cass., Sez. III, 21 aprile 2017, n. 38016: la difficile qualificazione dell'illecita "variazione in diminuzione" alla stregua del riformato art. 4 d.lgs. 74/2000. – 6. Alcune riflessioni.

## 1. Premessa.

Il progetto culturale di DPU nasce dalla constatazione di come oggi il diritto penale restituisca un'immagine della società che non tiene conto dei tumultuosi mutamenti della società contemporanea né tanto meno della rilettura delle dinamiche sociali che ormai da qualche decennio ci viene offerta dalle scienze umane ed economiche.

La sezione dei cantieri aperti rappresenta l'area di frontiera di questo ambizioso progetto, un'area in cui il lettore spesso troverà più domande che risposte, più problemi che soluzioni, in quanto dedicata a quei temi su cui il dibattito dottrinale e giurisprudenziale è assente o solo embrionale.

Luca Santa Maria ha già inaugurato il cantiere sul diritto penale nella società del rischio, dove si cercherà di capire "se e come il diritto penale si sia rivelato all'altezza delle sfide della post-modernità". In quello spazio, il lettore troverà affrontati, tra l'altro, i complessi temi dell'accertamento della causalità e del pericolo o della responsabilità per colpa in contesti caratterizzati da alti tassi di incertezza scientifica, quale quello delle malattie professionali, e vedrà come la maggior parte dei problemi con cui il giurista si confronta quotidianamente nasce, a ben vedere, dalla difficoltà di dialogo fra due mondi molti distanti fra loro, quali il diritto penale e la scienza.

Ebbene, con la sezione che andiamo a inaugurare oggi, vedremo come le difficoltà di trovare un linguaggio comune che consenta il dialogo fra saperi diversi si incontrano anche quando ci si trovi a maneggiare istituti che appartengono a mondi apparentemente molto più vicini, quali il diritto penale e il diritto tributario. Da qui l'idea di dedicare un cantiere *ad hoc* a quello che a prima vista può apparire come un settore molto più circoscritto e "di nicchia", qual è il diritto penale tributario, ma che, a ben vedere, impatta in maniera sempre più significativa sulle dinamiche socio-economiche dei nostri tempi nel loro complesso.

È noto, infatti, che tra gli elementi che condizionano le scelte dei grandi investitori, a maggior ragione se stranieri, la certezza del diritto in ambito fiscale gioca un ruolo centrale.

È altresì noto che da più di vent'anni il trattamento fiscale di molte operazioni economiche è reso difficilmente prevedibile anche a causa di un istituto, l'elusione fiscale, frutto di stratificazioni giurisprudenziali, prima ancora che normative, che attribuisce un potere particolarmente incisivo all'Amministrazione finanziaria, prevedendo che la stessa possa disapplicare disposizioni fiscali di favore per il contribuente in presenza di operazioni lecite, ma realizzate in assenza di una valida ragione economica e al solo fine dell'ottenimento del vantaggio fiscale.

Il problema di fondo è la difficoltà di attribuire contorni definiti al concetto stesso di elusione fiscale, problema che si è progressivamente acuito, dapprima con la formulazione, per mano delle Sezioni unite civili, di una regola generale antielusiva che andava ben oltre il novero delle ipotesi tassativamente previste dal legislatore nel corso degli anni '90; successivamente, col consolidarsi di un orientamento giurisprudenziale che ha attratto i comportamenti elusivi nell'alveo del d.lgs. 74/2000, così affiancando agli effetti civili dell'elusione lo stigma della sanzione penale.

Ebbene, nel 2015, il legislatore ha deciso di fare sul serio sul fronte dei rapporti fra fisco e contribuente, con una riforma dagli obiettivi chiari: da un lato, superare l'incertezza applicativa dell'istituto dell'elusione fiscale (o abuso del diritto in materia tributaria); dall'altro

lato, riorganizzare il sistema sanzionatorio ispirandolo ai principi della effettività, proporzionalità e certezza, riservando l'intervento «della sanzione punitiva per eccellenza – quella penale – ai soli casi connotati da un particolare disvalore giuridico, oltre che etico e sociale, identificati, in particolare, nei comportamenti artificiosi, fraudolenti e simulatori, oggettivamente o soggettivamente inesistenti, ritenuti insidiosi anche rispetto all'attività di controllo»<sup>1</sup>.

Il legislatore ha inteso perseguire il primo obiettivo attraverso l'introduzione di una definizione di elusione fiscale estesa a tutti i tributi e di una disciplina ad hoc dell'istituto (art. 10 *bis*, l. 212/2000), che prevede anche precise garanzie per il contribuente; sul fronte del regime sanzionatorio, la scelta del legislatore è stata di escludere espressamente le condotte elusive dall'area del penalmente rilevante (comma 13, art. 10 *bis*, l. 212/2000), che resta quindi oggi destinata in via esclusiva alle sole condotte di evasione.

Appare chiaro, quindi, che i concetti di elusione ed evasione costituiscono snodi cruciali della riforma, che riporta così d'attualità e, anzi, carica di nuovi e più decisivi risvolti, un dibattito risalente presso la nostra dottrina e giurisprudenza. Un dibattito foriero di contrasti interpretativi, che hanno reso nel tempo sempre più complicato per il contribuente riuscire a sciogliere in anticipo il dubbio sulla legittimità dei suoi comportamenti, generando così una situazione di incertezza che ha messo in crisi la credibilità stessa dell'intero sistema fiscale.

È allora proprio dai contenuti di questo dibattito che occorre prendere le mosse per esaminare gli interventi del legislatore della riforma, interventi che, come nel caso della disposizione che afferma la non punibilità delle operazioni abusive, trovano la loro *ratio* nella volontà di neutralizzare quegli orientamenti interpretativi che, prima del 2015, facevano leva sull'istituto dell'abuso del diritto di creazione giurisprudenziale per estendere il novero dei comportamenti sanzionabili dai reati contenuti nel d.lgs. 74/00.

## **2. L'evoluzione dell'istituto dell'abuso del diritto in ambito tributario. Cenni.**

È noto che una prima definizione normativa di elusione è stata introdotta dal legislatore con l'art. 10 della l. 408/1990, poi sostituita nel 1997 dalla novella di cui all'art. 37 *bis* d.P.R. 600/1973, norma rimasta in vigore fino alla riforma del 2015.

Ai sensi dell'art. 10, sono elusive le operazioni “poste in essere senza valide ragioni economiche allo scopo esclusivo di ottenere fraudolentemente un risparmio d'imposta”; nella definizione data dall'art. 37 *bis*, l'assenza di valide ragioni economiche continua a costituire un requisito necessario per potersi riconoscere natura elusiva all'operazione, ma scompare ogni riferimento alla natura fraudolenta dello schema negoziale realizzato dal contribuente, richiedendosi piuttosto che detto schema sia diretto «ad aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario e ad ottenere riduzioni di imposte o rimborsi, altrimenti indebiti».

Le differenze che si colgono nella formulazione delle due norme sono per lo più il frutto della volontà del legislatore del 1997 di superare alcune incertezze applicative emerse nella prassi, così da meglio definire i contorni del concetto di elusione.

---

<sup>1</sup> Si veda la Relazione illustrativa al d.lgs. 22 settembre 2015, n. 158, p. 1.

In tal senso assume particolare rilevanza l'abbandono dell'uso dell'avverbio «fraudolentemente», che, come si legge nella stessa relazione allo schema del decreto legislativo che ha introdotto l'art. 37 *bis* d.P.R. 600/1973, era stato «fonte di incertezza tra una concezione “penalistica”, sostanzialmente vanificatrice della norma, e diverse concezioni tributaristiche (fatte proprie tra l'altro dal SECIT), su cui peraltro la norma non forniva sufficienti indicazioni»<sup>2</sup>.

Emancipando l'elusione da ogni possibile sovrapposizione col diverso concetto penalistico di frode, il legislatore ha così inteso eliminare ogni dubbio circa la funzione dell'istituto, che entra in gioco proprio in presenza di condotte assolutamente conformi alla legge, e quindi senz'altro non fraudolente nel senso penale del termine. Peraltro, che scopo dell'istituto sia proprio quello di togliere effetto a negozi altrimenti produttivi di effetti giuridici in quanto pienamente leciti, è confermato dal legislatore nella già citata relazione, laddove si legge che l'inopponibilità all'amministrazione finanziaria dei comportamenti elusivi riguarda solo «comportamenti effettivamente voluti e non simulati»<sup>3</sup>, i cui effetti rimangono pertanto «impregiudicati sul piano civilistico»<sup>4</sup>.

In altre parole, con la riforma del 1997, il legislatore ha inteso chiarire che l'elusione fiscale è altro rispetto alla frode, di per sé illecita, così come rispetto alla simulazione, caratterizzata dalla divergenza fra la situazione apparente e quella realmente voluta dalle parti contraenti, con gli effetti previsti dall'art. 1414 c.c.<sup>5</sup>.

Viene invece confermata, con l'introduzione dell'art. 37 *bis*, la scelta di circoscrivere l'applicazione del meccanismo del disconoscimento del vantaggio tributario “abusivo” a un numero chiuso di operazioni, quelle ritenute più significative (prima elencate al co. 1 dell'art. 10, poi al co. 3 dell'art. 37 *bis*).

Pur a fronte di un rafforzamento sul piano definitorio dell'istituto, quindi, il legislatore del 1997 non ha ritenuto di spingersi fino all'introduzione di una regola generale antielusiva, giudicando l'indicazione tassativa di ipotesi applicative uno strumento necessario per assicurare una maggiore certezza nei rapporti fra contribuente e amministrazione finanziaria.

La giurisprudenza civile, in particolare a partire dagli anni 2000, si è però mossa nella direzione opposta, pervenendo, con le cosiddette sentenze gemelle del 2008 delle Sezioni unite, ad affermare l'esistenza nel nostro ordinamento di un principio generale antielusivo di diretta derivazione costituzionale, in base al quale «il contribuente non può trarre indebiti vantaggi fiscali dall'utilizzo distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un risparmio fiscale, in difetto di ragioni economicamente apprezzabili che giustifichino l'operazione, diverse dalla mera aspettativa di quel vantaggio fiscale»<sup>6</sup>.

A detta dei giudici di legittimità, tale principio si ricaverebbe in particolare dai principi costituzionali di capacità contributiva (art. 53 co. 1 Cost.) e di progressività dell'imposizione (art. 53 co. 2 Cost.), che «costituiscono il fondamento sia delle norme impositive in senso

---

<sup>2</sup> Relazione allo schema di decreto legislativo n. 358/97 di riforma delle disposizioni delle imposte sui redditi applicabili alle operazioni di cessione di aziende, conferimento di aziende, fusione, scissione e permuta di partecipazioni.

<sup>3</sup> *Idem*.

<sup>4</sup> *Idem*.

<sup>5</sup> Sul punto, cfr. la circolare del 19 dicembre 1997, del Ministero delle Finanze.

<sup>6</sup> Cass. civ., Sez. un., 23 dicembre 2008, n. 30055, in *Dejure*; Cass. civ., Sez. un., 23 dicembre 2008, n. 30056, in *Dejure*; Cass. civ., Sez. un., 23 dicembre 2008, n. 30057, in *Dejure*.

stretto, sia di quelle che attribuiscono al contribuente vantaggi o benefici di qualsiasi genere, essendo anche tali ultime norme evidentemente finalizzate alla più piena attuazione di quei principi».

La Corte precisa poi, da un lato, che la previsione di specifiche norme antielusive non osta all'individuazione di un simile principio, ma anzi deve essere letta come «sintomo dell'esistenza di una regola generale»; dall'altro lato, la Corte esclude contrasti con la riserva di legge in materia tributaria di cui all'art. 23 Cost., «in quanto il riconoscimento di un generale divieto di abuso del diritto nell'ordinamento tributario non si traduce nella imposizione di ulteriori obblighi patrimoniali non derivanti dalla legge, bensì nel disconoscimento degli effetti abusivi di negozi posti in essere al solo scopo di eludere l'applicazione di norme fiscali».

Le statuizioni del Supremo Collegio italiano del 2008 si inseriscono nel solco che in quegli stessi anni veniva tracciato dalla giurisprudenza comunitaria in materia di tributi armonizzati, a partire dalla nota sentenza Halifax del 2006<sup>7</sup>.

In tale pronuncia, infatti, la Corte, dopo aver osservato che, secondo giurisprudenza costante, «gli interessati non possono avvalersi fraudolentemente o abusivamente del diritto comunitario», la normativa comunitaria non potendosi estendere «fino a comprendere i comportamenti abusivi degli operatori economici, vale a dire operazioni realizzate non nell'ambito di transazioni commerciali normali, bensì al solo scopo di beneficiare abusivamente dei vantaggi previsti dal diritto comunitario», conclude nel senso di riconoscere che «questo principio di divieto di comportamenti abusivi si applica anche al settore IVA»<sup>8</sup>.

La Corte di Lussemburgo, quindi, afferma chiaramente l'esistenza di una regola generale che vieta ogni forma di abuso del diritto comunitario e ne statuisce l'applicabilità alla materia fiscale, precisando inoltre che, per potersi parlare di comportamento abusivo, occorre che le operazioni, «nonostante l'applicazione formale delle condizioni previste dalle pertinenti disposizioni della sesta direttiva e della legislazione nazionale che la traspone», procurino «un vantaggio fiscale la cui concessione sarebbe contraria all'obiettivo perseguito da quelle stesse disposizioni», e che risulti «da un insieme di elementi obiettivi che le dette operazioni hanno essenzialmente lo scopo di ottenere un vantaggio fiscale»<sup>9</sup>.

La sentenza Halifax ha un impatto immediato sull'evoluzione della giurisprudenza di legittimità in materia di elusione fiscale, al punto che, in alcune pronunce subito successive all'arresto della Corte di Lussemburgo, la Corte di Cassazione arriva a sostenere la diretta applicabilità del principio comunitario antielusivo, così come declinato dai giudici lussemburghesi, anche alle imposte non armonizzate, sulla scorta dell'argomento per cui, sebbene la gestione dell'imposizione fiscale diretta sia di competenza esclusiva degli Stati membri, questi sono comunque tenuti a esercitarla «nel rispetto dei principi e delle libertà fondamentali contenuti nel Trattato CE»<sup>10</sup>.

L'argomento, tuttavia, è presto abbandonato dalla Suprema Corte, che infatti, come abbiamo visto, già nel 2008, con le già citate sentenze «gemelle», statuisce la regola della generale illiceità fiscale delle operazioni elusive non quale precipitato dei principi enucleabili

---

<sup>7</sup> CGUE, Grande Sezione, 21 febbraio 2006, C-255/02.

<sup>8</sup> Punti 68-70.

<sup>9</sup> Punto 86.

<sup>10</sup> Cass., Sez. trib., 29 settembre 2006, n. 21221; nello stesso senso, Cass., Sez. trib., 21 aprile 2008, n. 10257.

dal diritto comunitario, ma sulla scorta dei principi della capacità contributiva e della progressività dell'imposizione fissati dalla carta costituzionale.

Ciò che rimane in ogni caso costante nelle sentenze della Cassazione a partire dalla seconda metà degli anni duemila, e fino all'entrata in vigore della riforma del 2015, è l'affermazione per cui, stante l'esistenza di un generale principio antielusivo, il potere dell'amministrazione finanziaria di disconoscere i vantaggi tributari conseguiti mediante schemi negoziali abusivi non può ritenersi circoscritto alle sole ipotesi identificate dall'art. 37 *bis*, o da altre norme antielusive previste dall'ordinamento, ma deve piuttosto ritenersi esercitabile a fronte di qualsiasi operazione che possieda i connotati dell'elusività.

### **3. La rilevanza penale dell'elusione fiscale nella giurisprudenza antecedente la riforma del 2015.**

Sul fronte penalistico, il tema della rilevanza dell'elusione ai fini dell'integrazione delle fattispecie di cui al d.lgs. 74/00 viene affrontato una prima volta dalla giurisprudenza di legittimità nel 2011<sup>11</sup>, per poi essere ripreso in maniera più articolata l'anno successivo dalla Cassazione nell'ambito del noto procedimento a carico, tra gli altri, degli stilisti Domenico Dolce e Stefano Gabbana.

In particolare, con la sentenza della sezione III del 18 marzo 2011, n. 26723, la Cassazione, pronunciandosi nell'ambito di un procedimento cautelare in cui si contestava all'indagato di aver realizzato una complessa operazione «attraverso un insieme di condotte e di atti negoziali che, sebbene tutti di per sé leciti, apparivano finalizzati ad evadere l'IVA e l'IRPEF, attraverso una vicenda riconducibile all'abuso del diritto in ambito tributario», introduce il principio per cui la condotta elusiva può integrare gli estremi del reato di dichiarazione infedele (art. 4 d.lgs. 74/2000). Nel caso di specie, scrivono i giudici di legittimità, il ricorso allo schema elusivo, rientrando in una delle ipotesi contemplate dall'art. 37 *bis* d.P.R. 600/73 e, in quanto tale, non opponibile all'amministrazione finanziaria, avrebbe in particolare consentito all'indagato di indicare nella dichiarazione dei redditi elementi attivi inferiori al loro ammontare effettivo, in ciò ravvisando i giudici del Supremo Collegio il *fumus* del delitto di dichiarazione infedele.

#### *3.1. Il caso "Dolce e Gabbana".*

Pochi mesi dopo, sui banchi dei giudici della sez. II della Cassazione, arriva il voluminoso fascicolo del caso "Dolce e Gabbana", oggetto di una sentenza di non luogo a procedere, pronunciata dal GUP del Tribunale di Milano, impugnata dall'accusa.

La vicenda nasce da un'indagine dell'Agenzia delle Entrate e della Guardia di Finanza avente a oggetto un'operazione realizzata nel 2004 che aveva comportato la costituzione in Lussemburgo di una società, la Gado s.r.l., alla quale i due stilisti avevano ceduto i marchi "Dolce&Gabbana" e "D&G Dolce e Gabbana" al prezzo di 360 milioni di euro. Ciò che veniva contestato agli indagati era, innanzitutto, la natura simulata del trasferimento dei marchi, la cui titolarità sarebbe in realtà rimasta in capo ai due stilisti; in secondo luogo, l'attribuzione ai marchi di un valore inferiore a quello di mercato, stimato in 1.193.712.000 euro; da ultimo, la

---

<sup>11</sup> Cass., Sez. V, 18 maggio 2006, n. 23730.

natura esterovestita della società Gado, che avrebbe rappresentato uno schermo territoriale estero finalizzato a impedire l'applicazione delle imposte italiane su una manifestazione reddituale in realtà determinatasi in Italia.

Gli accertamenti condotti nel corso delle indagini sfociavano nella contestazione, da parte della Procura della Repubblica meneghina, del delitto di truffa ai danni dello Stato a carico di tutti i soggetti coinvolti nell'operazione; ai due stilisti veniva inoltre contestato il delitto di dichiarazione infedele per avere gli stessi indicato nella dichiarazione dei redditi relativa al periodo di imposta 2004 elementi attivi inferiori al reale per 416.856.000 euro ciascuno, dove per reale l'accusa intendeva il valore di mercato dei marchi stimato in oltre un miliardo di euro.

Ebbene, il GUP giudica infondata l'accusa di dichiarazione infedele rilevando che gli imputati avevano indicato in dichiarazione somme effettivamente percepite da Gado, quale corrispettivo della cessione dei marchi, mentre per l'integrazione della fattispecie sarebbe stato necessario il nascondimento di elementi attivi percepiti, a nulla rilevando invece l'asserita sottovalutazione del bene ceduto<sup>12</sup>.

Altrettanto infondata è giudicata dal GUP l'accusa di truffa ai danni dello Stato.

A tal proposito, il giudice milanese afferma in primo luogo che la cessione dei marchi, perfezionata con contratto del 29 marzo 2004, «è pacificamente un negozio giuridico non simulato e destinato a produrre esattamente l'effetto – voluto dalle parti – del trasferimento della titolarità dei marchi in questione ad una reale società lussemburghese», e che, anche dal punto di vista patrimoniale, «la cessione ha determinato effetti significativi, che in parte stridono con la tesi della mera interposizione fittizia di uno schermo societario nel medesimo assetto proprietario» (p. 18).

Sottolinea altresì che l'oggetto principale della società Gado, costituito dalla gestione dei marchi, «mestiere che implica iscrivere i marchi nell'apposito registro, esercitare attività di tutela dalle contraffazioni, stipulare contratti di licenza e percepire le relative *royalties*» (p. 21), era effettivamente svolto in Lussemburgo, e non in Italia, come sostenuto dalla pubblica accusa, il che impedisce di considerare la Gado una società esterovestita.

Fatte queste considerazioni introduttive, peraltro già di per sé decisive, nell'ottica del GUP, per negare rilievo penale alle condotte degli imputati, il giudice meneghino rileva che nell'operazione di riassetto societario realizzata dagli imputati non sarebbero in ogni caso rilevabili gli elementi costitutivi del delitto di truffa.

Anzitutto, l'operazione non potrebbe considerarsi artificiosa, essendo stata realizzata «alla luce del sole» in ciascuno dei suoi passaggi, «dagli incarichi ai professionisti agli atti costitutivi delle società, fino alle loro denominazioni», tant'è che la stessa Agenzia delle Entrate e così pure la Guardia di Finanza, nelle rispettive annotazioni redatte in fase di indagini e poi confluite nel fascicolo processuale, «hanno sempre rilevato e denunciato reati fiscali non connotati da frode o artificio, quali gli artt. 4 e 5 D. L.vo 74/2000» (p. 26).

Né, prosegue la sentenza, le condotte degli imputati possono avere indotto in errore l'amministrazione finanziaria, dal momento che la Gado, non avendo mai reso alcuna

---

<sup>12</sup> G.i.p. Milano, 1 aprile 2011, in *Diritto penale contemporaneo*, 27 settembre 2011.

dichiarazione fiscale, in quanto ente di diritto lussemburghese, «non si è mai qualificata agli occhi dell’Agenzia delle Entrate italiana» (p. 27).

Manca, infine, anche il requisito dell’atto di disposizione patrimoniale da parte della persona offesa, in questo caso rappresentata dall’Agenzia delle Entrate, il depauperamento del patrimonio erariale derivando esclusivamente dalla mancata riscossione delle imposte da parte dell’amministrazione finanziaria.

Senza contare, da ultimo, che la scelta del pubblico ministero di contestare la fattispecie di truffa ai danni dello Stato per colpire condotte asseritamente dirette a evadere le imposte si pone in contrasto con il principio statuito nel 2011 dalle Sezioni Unite nella nota sentenza Giordano<sup>13</sup>, secondo cui le fattispecie penali tributarie, ponendosi in rapporto di specialità rispetto alla più generale fattispecie di cui all’art. 640, co. 2, c.p., sono le uniche a potersi applicare a fatti di evasione fiscale, quand’anche connotati da natura fraudolenta, a meno che dagli stessi non derivi un profitto ulteriore e diverso rispetto all’evasione delle imposte. Ciò che non sarebbe accaduto nel caso concreto, la stessa pubblica accusa avendo fatto coincidere profitto e danno con l’imposta evasa.

Il GUP aggiunge poi che non vi sarebbe neanche spazio per una riqualificazione dell’operazione posta in essere dagli imputati ai sensi delle fattispecie contemplate dagli articoli 4 (dichiarazione infedele) e 5 (omessa dichiarazione) del d.lgs. 74 del 2000, oggetto di originaria contestazione da parte, rispettivamente, dell’Agenzia delle Entrate e della Guardia di Finanza, che avevano entrambe ricondotto la ritenuta esteroinvestizione della Gado alla categoria generale dell’abuso del diritto.

Ebbene, a detta del GUP, le condotte oggetto di contestazione «integrano palesemente una delle molteplici forme che assume l’elusione fiscale», il cui rilievo penale è tuttavia escluso dal giudice milanese sulla scorta di due diversi argomenti.

In primo luogo, i comportamenti elusivi, afferma la sentenza, presenterebbero «tratti quasi antinomici» rispetto alle fattispecie penali tributarie, essendo caratterizzati, per un verso, «da una concatenazione di fatti leciti», e, per altro verso, «da una marcata atipicità, che confligge con il principio di tipicità e determinatezza della fattispecie penale» (p. 23).

In secondo luogo, afferma ancora il giudice milanese, la scelta dell’«attento legislatore della riforma del 2000», che ben conosceva la differenza tecnica tra i concetti di evasione ed elusione, di utilizzare «espressamente la (sola) parola “evasione”» per definire, tra le altre cose, l’oggetto del dolo specifico delle fattispecie penali tributarie, sarebbe chiaro indice della volontà di circoscrivere l’ambito applicativo di tali fattispecie ai soli fatti evasivi, apparendo «assai singolare che un imponente fenomeno come quello elusivo fosse volutamente lasciato a interpretazioni estensive, per tacere di quelle analogiche» (p. 23).

Questi, dunque, gli argomenti che sono a fondamento della sentenza di non luogo a procedere pronunciata il 1° aprile 2011 dal GUP di Milano; argomenti che, tuttavia, non reggono il vaglio della Cassazione, che, infatti, pochi mesi più tardi, annulla con rinvio la decisione del giudice milanese, con una pronuncia che, per la prima volta nell’ambito della giurisprudenza di legittimità, dedica ampio spazio al tema della rilevanza penale dell’elusione fiscale<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> Cass., Sez. un., 28 ottobre 2010, n. 1235, in *Dir. pen. cont.*, 28 gennaio 2011, con nota di P. Caccialanza.

<sup>14</sup> Cass., Sez. II, 22 novembre 2011, n. 7739, con nota di M. Vizzardi, [La Cassazione sul caso Dolce e Gabbana: elusione fiscale e truffa aggravata a danni dello Stato](#), in *Diritto penale contemporaneo*, 22 giugno 2012.



I giudici di legittimità, dopo aver escluso l'applicabilità del delitto di truffa ai danni dello Stato ove si verta in materia fiscale, in ciò ribadendo la posizione assunta dalle Sezioni unite con la sentenza Giordano, rivolgono la propria attenzione all'area coperta dai delitti di cui al d.lgs. 74/2000, chiedendosi in particolare se le condotte degli imputati siano suscettibili sotto le fattispecie di dichiarazione infedele (art. 4) o di omessa dichiarazione (art. 5).

Per rispondere a tale quesito, i giudici considerano unitariamente le contestazioni mosse dall'accusa, ossia l'operazione di costituzione della Gado in Lussemburgo e di cessione alla stessa dei marchi (capo A dell'imputazione) e la successiva indicazione nella dichiarazione dei redditi degli stilisti di elementi attivi inferiori al reale (capi B e C), e le riconducono al fenomeno cosiddetto dell'esterovestizione, ossia della collocazione all'estero della residenza fiscale di una società in realtà operante sul territorio nazionale, fenomeno che ritengono di qualificare come ipotesi di elusione fiscale<sup>15</sup>.

Dati simili presupposti, la motivazione della sentenza ruota interamente attorno alla questione se un fatto di elusione fiscale possa assumere anche rilevanza penale, questione sulla quale i giudici di legittimità pervengono a conclusioni diametralmente opposte rispetto a quelle del GUP milanese.

La Cassazione afferma, infatti, che condotte elusive possono integrare illeciti penali tributari, come peraltro sarebbe stato statuito da due precedenti decisioni della Suprema Corte del 2010 e del 2011, in cui i fatti oggetto di contestazione erano stati ricondotti rispettivamente alle fattispecie di omessa dichiarazione e di dichiarazione infedele. Tale soluzione interpretativa, secondo la Corte, è peraltro avvalorata dalla nozione «molto ampia» di imposta evasa di cui all'art. 1, lettera f), del d.lgs. 74/2000, che intende come tale «la differenza tra l'imposta effettivamente dovuta e quella indicata nella dichiarazione, ovvero l'intera imposta dovuta nel caso di omessa dichiarazione», definizione che, si legge nella sentenza, è «idonea a ricomprendere l'imposta elusa».

La Corte aggiunge, tuttavia, che «non qualunque condotta elusiva ai fini fiscali può assumere rilevanza penale, ma solo quella che corrisponde ad una specifica ipotesi di elusione espressamente prevista dalla legge». A detta della Corte, infatti, in ambito penale, stante l'operare del principio di legalità, non può trovare applicazione quella regola generale antielusiva affermata, invece, dalle Sezioni unite civili nelle sentenze «gemelle» del 2008, che attribuisce all'amministrazione finanziaria un potere di disconoscimento del vantaggio fiscale frutto di qualsiasi operazione elusiva anche diversa dalle operazioni tassativamente elencate dalle disposizioni antielusive previste dall'ordinamento (art. 10 l. 408/1990, prima, art. 37 bis d.P.R. 600/1973, poi).

Formulato tale principio di diritto, che riconosce rilievo penale ai comportamenti elusivi a condizione che questi comportino la violazione di una specifica norma antielusiva, la Corte cassa con rinvio la sentenza di condanna del GUP di Milano.

---

<sup>15</sup> Sulla qualificabilità dell'esterovestizione quale ipotesi elusiva si è espressa in senso critico parte della dottrina, rilevando come, a ben vedere, le ipotesi di esterovestizione andrebbero ricondotte al concetto di evasione dal momento che in tali casi il contribuente «non si [limita] a strumentalizzare, con un comportamento trasparente, le imperfezioni della legge, ma, al contrario, ne [viola] il precetto, nascondendo all'Amministrazione Finanziaria l'effettiva residenza fiscale» (A. Lanzi, P. Aldrovandi, *Diritto penale tributario*, Wolters Kluwer, 2017, p. 267; in senso analogo, T. Giacometti, *La problematica distinzione tra evasione, elusione fiscale e abuso del diritto*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, p. 468).

Nell'ambito del giudizio di rinvio, il Tribunale di Milano assolve nuovamente gli stilisti dal reato di dichiarazione infedele, seppur seguendo un percorso argomentativo diverso da quello seguito dal GUP<sup>16</sup>. Mentre il GUP aveva escluso gli estremi del reato di cui all'art. 4 d.lgs. 74/2000 valorizzando il fatto che gli imputati avevano indicato in dichiarazione quanto effettivamente percepito per la cessione dei marchi, il Tribunale perviene alle medesime conclusioni rilevando invece che, sebbene anomala, l'operazione di cessione dei marchi non poteva essere ricondotta ad alcuna delle ipotesi elusive di cui all'art. 37 *bis* d.P.R. 600/1973 e pertanto, in applicazione del principio di diritto statuito dalla Cassazione, non poteva ritenersi penalmente rilevante.

Con riferimento al fatto di "esterovestizione" della società Gado, invece, il Tribunale pronuncia sentenza di condanna nei confronti degli imputati per il delitto di omessa dichiarazione (art. 5 d.lgs. 74/2000), così essendo stata riqualficata dal PM l'originaria imputazione per truffa ai danni dello Stato.

Il giudice milanese rileva, infatti, che, ai sensi dell'art. 73 co. 3 TUIR, si considera residente in Italia e, quindi, assoggettata all'obbligo di presentazione della dichiarazione dei redditi, la società che per la maggior parte del periodo di imposta ha la sede legale o la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale nel territorio dello Stato. Poiché nel caso di specie, si legge nella motivazione, «risulta provato che la sede dell'amministrazione, del luogo di effettiva direzione e comunque il luogo in cui veniva esercitata l'attività principale per la realizzazione degli scopi primari di Gado deve essere individuato in Italia e precisamente nel luogo dove era gestita la Dolce & Gabbana s.r.l.» (p. 20 della sentenza), Gado deve allora essere considerata una società fiscalmente residente in Italia e, quindi, ivi tenuta alla presentazione della dichiarazione di redditi, pena la commissione del reato di omessa dichiarazione.

È interessante notare che nel percorso motivazionale del Tribunale il tema della rilevanza penale dell'elusione resta sullo sfondo, essendo sufficiente per il giudice per ritenere integrato il delitto di omessa dichiarazione riscontrare la violazione della disposizione di cui all'art. 73, d.P.R. 917/1986 (TUIR).

In termini ancora più espliciti, la Corte d'Appello, nel confermare la decisione del Tribunale, afferma che il fenomeno dell'esterovestizione non è qualificabile come mera condotta elusiva, non essendo realizzato attraverso l'«abuso di uno strumento contrattuale lecito per pervenire ad una più favorevole pressione fiscale», ma piuttosto «assumendo rilevanza penale [...] quale violazione dell'art. 5 d.lgs. 74/2000 in relazione all'art. 73 co. 3 d.P.R. 22.12.1986 n. 917»<sup>17</sup>. Precisa al riguardo la Corte milanese che «l'art. 73 co. 3 TUIR è norma extrapenale integrativa del precetto che stabilisce i presupposti per ricollegare ai soggetti indicati l'obbligo di presentare la dichiarazione», sicché «la violazione di tale obbligo [...], a prescindere dalle modalità della condotta, costituisce violazione del precetto penalmente sanzionato dell'art. 5 d.lgs. 74/2000», concludendo sul punto che «la questione affrontata riguarda in questo caso l'evasione e non l'elusione dell'imposta dovuta».

La condanna pronunciata dai giudici di merito viene, però, ribaltata dalla Corte di Cassazione che annulla, senza rinvio, la sentenza d'appello nei confronti di tutti gli imputati, con la sola eccezione dell'amministratore delegato della Gado, sulla scorta dell'argomento per cui «non v'è alcuna relazione causale tra le condotte (*rectius*: ruoli e qualifiche ascritte ai correi

---

<sup>16</sup> Trib. Milano, 19 giugno 2013, cit.

<sup>17</sup> App. Milano, 30 aprile 2014, con nota di T. Giacometti, [La sentenza della Corte di appello di Milano nel procedimento Dolce e Gabbana: confermate le condanne per omessa dichiarazione](#), in *Diritto penale contemporaneo*, 21 luglio 2014.

e la volontà istantanea e unisussistente [dell'amministratore di Gado] di non presentare le dichiarazioni dei redditi in Italia», e che «non hanno alcuna rilevanza, ai fini del concorso nel reato omissivo proprio unisussistente, i comportamenti (esterovestizione di Gado) del tutto estranei al fatto e allo stesso addebito che può essere mosso nei confronti dell'autore principale del reato»<sup>18</sup>.

Con riferimento alla posizione dell'amministratore delegato, nell'annullare con rinvio la sentenza di condanna, la Cassazione statuisce che la Corte d'Appello dovrà, da un lato, verificare se la Gado costituisse una «costruzione di puro artificio», non essendo sufficiente per poterla qualificare come società esterovestita il mero fatto che la stessa fosse eterodiretta dalla holding italiana; dall'altro lato, accertare la sussistenza in capo all'imputato del «dolo di evasione», che non potrebbe risolversi, secondo i giudici di legittimità, nel mero perseguimento di un vantaggio fiscale, proprio invece del diverso «dolo di elusione»<sup>19</sup>.

La vicenda si chiude definitivamente con la pronuncia della sentenza di assoluzione per insussistenza del fatto da parte della Corte territoriale milanese, riconoscendo i giudici del rinvio che la Gado «aveva concretamente ed effettivamente esercitato l'attività statutaria» in Lussemburgo<sup>20</sup>.

Dalla ricostruzione dell'articolata vicenda processuale del caso Dolce e Gabbana, emerge che il tema della rilevanza penale dell'elusione fiscale ha giocato un ruolo da protagonista durante la prima fase, tanto da aver costituito il cuore argomentativo della sentenza della Cassazione del 2012.

Nelle decisioni successive, tuttavia, si delinea in maniera sempre più chiara che l'iniziale riconduzione, da parte del GUP e della Cassazione del 2012, dell'esterovestizione alla categoria dell'elusione era frutto di un equivoco. L'esterovestizione, infatti, concretizzandosi nella rappresentazione di una società come residente all'estero pur in presenza dei presupposti di legge che determinano l'attribuzione della residenza in Italia, dove quindi avrebbe dovuto presentata la dichiarazione dei redditi, è condotta che si pone in diretta violazione di una ben precisa norma tributaria, l'art. 73 co. 3 TUIR, e non invece un mero abuso di strumenti giuridici leciti per il conseguimento di un vantaggio fiscale.

Per quanto non immediatamente rilevante nella definizione del caso Dolce e Gabbana, il principio di diritto statuito dalla Cassazione nel 2012, circa la rilevanza penale delle condotte elusive, purché rientranti nelle ipotesi di elusione espressamente previste dalla legge, viene più volte ripreso dalla giurisprudenza di legittimità negli anni successivi, nell'ambito di una serie di procedimenti cautelari in cui i giudici del Supremo Collegio hanno condizionato il riconoscimento della rilevanza penale della condotta all'avvenuta identificazione della specifica ipotesi antielusiva integrata fra quelle previste dagli artt. 37 co. 3 e 37 bis d.P.R. 600/1973<sup>21</sup>.

---

<sup>18</sup> Cass., sez. III, 24 ottobre 2014, n. 43809, in *CED*.

<sup>19</sup> Si legge al riguardo nella motivazione che «il dolo di elusione non si identifica [...] con il dolo di evasione che esprime un disvalore ulteriore tale da selezionare gli illeciti penalmente rilevanti da quelli che non lo sono». Dalla sentenza, tuttavia, non si ricava in che cosa consisterebbe il *quid pluris* che differenzia il dolo di evasione dal dolo di elusione.

<sup>20</sup> App. Milano, 21 gennaio 2016, inedita.

<sup>21</sup> Cass., sez. III, 20 marzo 2014, n. 15186, in *De Jure*, che annulla il provvedimento di sequestro preventivo di un velivolo di produzione statunitense immesso in consumo in Italia sottraendolo al pagamento dell'IVA all'importazione in quanto la fattispecie «non ha riscontro in una specifica normativa antielusiva, e pertanto, a fortiori, non può avere rilievo penale». Cass., sez. III, 6 marzo 2013, n. 19100, in *De Jure*, che cassa con rinvio affinché il giudice del merito verifichi se l'operazione oggetto del giudizio (conferimento di servizi professionali in una società) sia riconducibile all'ipotesi elusiva prevista dall'art. 37 bis co. 3 lett b).

### 3.2. Il caso “Mythos”.

Unica, articolata voce fuori dal coro è rappresentata da Cass. 36859/2013, caso “Mythos”, in cui agli imputati era contestata la realizzazione di una complessa operazione astrattamente riconducibile allo schema del cd. *dividend washing*, di cui i giudici di merito avevano riconosciuto l’assoluta fittizietà, in quanto gli utili da distribuire erano «inventati di sana pianta» (p. 64 della sentenza), condannando gli imputati per associazione per delinquere finalizzata alla commissione dei delitti di cui agli artt. 2, 3, 4, 8 e 10 *quater* d.lgs. 74/2000<sup>22</sup>.

Ebbene, nel confermare l’interpretazione dei giudici di merito per cui proprio il carattere fittizio e fraudolento dell’operazione architettata dagli imputati risultava decisivo per determinarne la rilevanza penale, i giudici di legittimità statuiscono che, se gli utili oggetto di cessione fossero realmente esistiti e, dunque, se l’operazione di *dividend washing* fosse stata reale e non fittizia, la stessa avrebbe dovuto essere qualificata come fattispecie meramente elusiva e, proprio in ragione di tale qualificazione, priva di rilevanza penale, in ciò evidentemente assumendo i giudici del Collegio una posizione diametralmente opposta a quella assunta dalla medesima Corte nel caso Dolce e Gabbana.

Diversamente dai giudici del caso Dolce e Gabbana, infatti, la Corte nel caso Mythos afferma che il rispetto del principio di legalità non sarebbe soddisfatto dalla semplice riconducibilità della condotta contestata a una specifica disposizione antielusiva – nel caso del *dividend washing* rinvenibile, da ultimo, nell’art. 5 *quinquies* del d.l. 203/2005 –, richiedendosi piuttosto l’esistenza nell’ordinamento di «previsioni sanzionatorie che vadano oltre il mero divieto per il contribuente di perseguire vantaggi fiscali indebiti», ciò in quanto «all’abuso del diritto la disposizione antielusiva consente di contrapporre il disconoscimento delle conseguenze dei negozi adottati (la ricordata inopponibilità degli stessi all’Amministrazione finanziaria), non già sanzioni diverse ed ulteriori» (p. 63 della sentenza).

In altre parole, per i giudici del caso Mythos, per riconoscere rilievo penale all’elusione fiscale l’unica via compatibile col principio di legalità passa attraverso l’individuazione all’interno dell’ordinamento di fattispecie elusive per le quali il legislatore abbia espressamente comminato una sanzione penale; in assenza di siffatte disposizioni, l’unica sanzione applicabile al fatto elusivo resta il disconoscimento dei vantaggi fiscali conseguiti dal contribuente.

Mentre, quindi, in ambito civile le Sezioni unite pervengono all’elaborazione di un principio generale antielusivo che estende il potere di disconoscimento del vantaggio fiscale al di là delle ipotesi espressamente contemplate dalla legge, in ambito penale la giurisprudenza della Suprema Corte appare, invece, spaccata fra l’attribuzione della rilevanza penale all’elusione, seppur solo nel caso di violazione di specifiche norme antielusive, e il suo disconoscimento.

Di fronte a questo articolato panorama giurisprudenziale, nel 2015 interviene il legislatore introducendo, per la prima volta, una disciplina organica dell’elusione fiscale.

---

<sup>22</sup> Cass., sez. V, 16 gennaio 2013, n. 36859, in *CED*.

#### 4. La riforma del 2015.

Nel dare attuazione alla delega ricevuta con legge 23/2014, il Governo introduce, col d.lgs. 128/2015, la “Disciplina dell’abuso del diritto o elusione fiscale” (art. 10 *bis*, l. 212/2000, Statuto dei diritti dei contribuenti), con cui definisce l’istituto e ne prevede l’applicazione generale a tutti i tributi, senza limitarla, come in passato, alla realizzazione di operazioni economiche tassativamente identificate dal legislatore, stabilendo altresì precise garanzie procedurali a tutela del contribuente che si veda disconoscere dall’amministrazione finanziaria i vantaggi fiscali frutto dell’operazione abusiva.

Come indicato nella relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo, l’introduzione della nuova disciplina è imposta dalla necessità di superare la situazione di incertezza nei rapporti tra fisco e contribuente che si era venuta a creare a seguito dei mutamenti normativi e giurisprudenziali a partire dagli anni ‘90 ed era stata alimentata negli anni 2000 con il riconoscimento, da parte della Cassazione, di un generale principio antielusivo che, in mancanza di una previsione normativa espressa, aveva finito col generare «forti incertezze riguardo alla legittimità di comportamenti ritenuti in passato corretti»<sup>23</sup>.

Peraltro, la scelta del legislatore di introdurre nell’ordinamento una regola generale antielusiva, oltre a inserirsi nel solco segnato dalla più recente giurisprudenza civile di legittimità, recepisce anche l’indicazione formulata dalla Commissione europea agli Stati membri, con la Raccomandazione del 6 dicembre 2012 sulla pianificazione fiscale aggressiva, di «adottare una norma generale antiabuso adattata alle situazioni nazionali, alle situazioni transfrontaliere limitate all’Unione e alle situazioni che coinvolgono paesi terzi»<sup>24</sup>.

Pur confermando i caratteri essenziali dell’elusione fiscale per come già identificati dalle Sezioni unite civili nel 2008, con il nuovo art. 10 *bis* dello Statuto dei diritti del contribuente il legislatore della riforma definisce con maggior dettaglio l’istituto, stabilendo in particolare che «configurano abuso del diritto una o più operazioni prive di sostanza economica che, pur nel rispetto formale delle norme fiscali, realizzano essenzialmente vantaggi fiscali indebiti», e che tali operazioni «non sono opponibili all’amministrazione finanziaria, che ne disconosce i vantaggi determinando i tributi sulla base delle norme e dei principi elusi e tenuto conto di quanto versato dal contribuente per effetto di dette operazioni».

La medesima norma, al secondo comma, precisa inoltre che per «operazioni prive di sostanza economica» devono intendersi «i fatti, gli atti e i contratti, anche tra loro collegati, inidonei a produrre effetti significativi diversi dai vantaggi fiscali», e che costituiscono «indici di mancanza di sostanza economica» sia «la non coerenza della qualificazione delle singole operazioni con il fondamento giuridico del loro insieme», sia «la non conformità dell’utilizzo degli strumenti giuridici a normali logiche di mercato»; è altresì specificato che col lemma «vantaggi fiscali indebiti» si intendono «i benefici, anche non immediati, realizzati in contrasto con le finalità delle norme fiscali o con i principi dell’ordinamento tributario».

---

<sup>23</sup> Relazione illustrativa dello “Schema di decreto legislativo recante disposizioni sulla certezza del diritto nei rapporti fra fisco e contribuente”.

<sup>24</sup> Raccomandazione della Commissione 6 dicembre 2012, art. 4 “Norma generale antiabuso”, che recita al §4.1: «per contrastare le pratiche di pianificazione fiscale aggressiva che non rientrano nell’ambito di applicazione delle norme nazionali specifiche intese a combattere l’elusione fiscale, gli Stati membri dovrebbero adottare una norma generale antiabuso adattata alle situazioni nazionali, alle situazioni transfrontaliere limitate all’Unione e alle situazioni che coinvolgono paesi terzi», e al 4.2: «per dare effetto al punto 4.1 gli Stati membri sono incoraggiati a inserire la seguente clausola nella legislazione nazionale: “Una costruzione di puro artificio o una serie artificiosa di costruzioni che sia stata posta in essere essenzialmente allo scopo di eludere l’imposizione e che comporti un vantaggio fiscale deve essere ignorata. Le autorità nazionali devono trattare tali costruzioni a fini fiscali facendo riferimento alla loro sostanza economica”»,

Completa infine la nozione di elusione fiscale la previsione, al terzo comma, secondo cui in ogni caso non si classificano come abusive «le operazioni giustificate da valide ragioni extrafiscali, non marginali, anche di ordine organizzativo o gestionale, che rispondono a finalità di miglioramento strutturale o funzionale dell'impresa ovvero dell'attività professionale del contribuente».

Il legislatore del 2015 si fa carico anche di definire quali siano le conseguenze sanzionatorie per il contribuente che realizzi un'operazione elusiva, stabilendo che simili operazioni «non danno luogo a fatti punibili ai sensi delle leggi penali tributarie» (co. 13 dell'art. 10 *bis*), ferma restando, invece, l'applicazione delle eventuali sanzioni amministrative.

Il legislatore delegato ha così dato attuazione al mandato ricevuto con la l. 23/2014, che all'art. 8 prevedeva che il Governo individuasse i confini tra le fattispecie di elusione e quelle di evasione fiscale, e tenesse conto di tale distinzione ai fini della graduazione della risposta sanzionatoria, negando rilevanza penale ai comportamenti elusivi. Una scelta evidentemente diretta a superare in maniera inequivoca il contrasto giurisprudenziale sorto in seno alla Corte di Cassazione circa la sussumibilità dei comportamenti elusivi nelle fattispecie penal-tributarie del d.lgs. 74/2000, a loro volta oggetto di importanti modifiche nell'ambito della riforma del 2015.

Col successivo d.lgs. 158/2015, infatti, il legislatore ha attuato una revisione complessiva della disciplina di cui al d.lgs. 74/2000, che ha avuto un impatto particolarmente significativo sulla struttura dei reati di cui agli artt. 3 e 4, di cui è stata pesantemente ridisegnata l'area applicativa col duplice obiettivo di rafforzare la risposta sanzionatoria contro comportamenti fraudolenti, simulatori o finalizzati alla creazione e all'utilizzo di documentazione falsa, e contestualmente escludere dal penalmente rilevante le violazioni frutto di errate classificazioni aventi oggetto elementi attivi o passivi effettivamente esistenti.

Questo secondo obiettivo è stato perseguito, in particolare, attraverso la riscrittura, in senso restrittivo, del delitto di dichiarazione infedele (art. 4), il cui primo comma perde il riferimento al concetto di «fittizietà» degli elementi passivi, che viene sostituito da quello di «inesistenza», e a cui viene aggiunto il comma 1 *bis* con cui si prevede espressamente l'esclusione dall'area applicativa del delitto di quei fatti che siano frutto della «non corretta classificazione, della valutazione di elementi attivi o passivi oggettivamente esistenti, rispetto ai quali i criteri concretamente applicati sono stati comunque indicati nel bilancio ovvero in altra documentazione rilevante ai fini fiscali, della violazione dei criteri di determinazione dell'esercizio di competenza, della non inerenza, della non deducibilità di elementi passivi reali».

Al contrario, la riformulazione del reato di cui all'art. 3 è andata nel senso dell'estensione della sua portata applicativa.

Se prima, infatti, la norma incriminava il fatto di chi, al fine di evadere le imposte sui redditi o sul valore aggiunto, (i) sulla base di una falsa rappresentazione nelle scritture contabili obbligatorie e (ii) avvalendosi di mezzi fraudolenti idonei ad ostacolarne l'accertamento, (iii) indicava in una delle dichiarazioni annuali relative a dette imposte elementi attivi per un ammontare inferiore a quello effettivo o elementi passivi fittizi; oggi, con la nuova formulazione, anzitutto non è più richiesta la falsificazione delle scritture contabili, con il che il reato può essere oggi commesso anche da chi non è obbligato per legge alla tenuta di tali scritture; inoltre, la condotta si arricchisce di due ipotesi alternative, che vanno ad aggiungersi al

ricorso a mezzi fraudolenti: il compimento di operazioni simulate oggettivamente o soggettivamente, ovvero l'uso di documenti falsi.

La fattispecie, così ridisegnata, viene anche accompagnata dalla definizione normativa degli elementi costitutivi «mezzi fraudolenti» (art. 1, lett. g *ter*) e di «operazioni simulate oggettivamente o soggettivamente» (art. 1, lett. g *bis*).

Per «mezzi fraudolenti», il legislatore precisa che sono tali, oltre alle condotte artificiose attive, anche le omissioni realizzate in violazione di uno specifico obbligo giuridico, e che, tanto le une quanto le altre, devono determinare una falsa rappresentazione della realtà. Sono tuttavia sottratte da tale nozione, ai fini dell'integrazione del reato di cui all'art. 3, le ipotesi di «mera violazione degli obblighi di fatturazione e di annotazione degli elementi attivi nelle scritture contabili», così come «la sola indicazione nelle fatture o nelle annotazioni di elementi attivi inferiori a quelli reali» (art. 3, co. 3).

Le «operazioni simulate oggettivamente o soggettivamente» sono, invece, definite come «le operazioni apparenti, diverse da quelle disciplinate dall'art. 10 *bis* della legge 27 luglio 2000, n. 212, poste in essere con la volontà di non realizzarle in tutto o in parte ovvero le operazioni riferite a soggetti fittiziamente interposti».

Con questa definizione, il legislatore accoglie nell'ambito del sistema dei reati tributari un concetto di simulazione dove l'apparenza, similmente a quanto previsto dall'art. 1414 c.c., è il frutto della volontà delle parti che gli strumenti giuridici impiegati per la realizzazione di date operazioni non producano gli effetti previsti dalla legge, o che non li producano nei confronti dei soggetti che sono fatti apparire parti dell'operazione.

Così definite le operazioni simulate, con l'inciso «diverse da quelle disciplinate dall'art. 10 *bis* della legge 27 luglio 2000, n. 212», il legislatore ha poi inteso rimarcare l'estraneità dell'elusione dall'ambito penal-tributario.

Una estraneità che, come meglio vedremo nel prosieguo, deriva dal fatto che i meccanismi elusivi, oggi disciplinati dall'art. 10 *bis* dello Statuto del contribuente, diversamente dalle ipotesi di simulazione, e così pure da quelle di frode, non danno luogo a operazioni «apparenti», ma anzi richiedono, perché il contribuente benefici del vantaggio fiscale indebito cui l'operazione è preordinata, che i negozi posti in essere dalle parti producano proprio gli effetti tipici previsti dalla legge.

Così ricostruiti i punti nevralgici della riforma del 2015, vediamo a questo punto come la giurisprudenza ha metabolizzato l'intervento del legislatore.

## **5. La giurisprudenza penale post-riforma.**

### *5.1. La prima pronuncia della Suprema Corte post introduzione dell'art. 10 bis: il caso dello stock lending agreement.*

La sentenza n. 40272 dell'1 ottobre 2015 della Corte di Cassazione, sez. III, è nota per essere la prima pronuncia in cui ha trovato applicazione la nuova disciplina di cui all'art. 10 bis, l. 212/2000, disciplina entrata in vigore proprio l'1 ottobre 2015<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> Cass., sez. III, 1 ottobre 2015, n. 40272, in *De Jure*. Per un primo commento alla sentenza richiamata v. F. Mucciarelli, [Abuso del diritto e reati tributari: la Corte di Cassazione fissa limiti e ambiti applicativi](#), in *Diritto penale contemporaneo*, 9 ottobre 2015.

Il fatto, in breve.

Secondo l'impostazione accusatoria, ritenuta fondata dai giudici di merito, la società italiana di cui l'imputato era legale rappresentante aveva concluso con una società della Repubblica Ceca un contratto di prestito titoli ("*stock lending agreement*") e un contratto ad esso collegato di «scommessa sui dividendi» – secondo l'accusa e i giudici di merito solo apparentemente aleatorio –, al solo fine di sfruttare il regime di tassazione dei dividendi prodotti all'estero (secondo cui solo il 5% concorre a formare la base imponibile) e quello di deduzione dei costi connessi alla loro produzione (nel caso di specie pari a circa 8 milioni di euro, con conseguente risparmio fiscale di circa 3 milioni di euro). La fattispecie ipotizzata era, quindi, la dichiarazione infedele (art. 4, d.lgs. 74/00).

Più nello specifico, in base al contratto di prestito titoli, la società italiana aveva preso in prestito dalla società ceca l'intera partecipazione dalla stessa detenuta in una società portoghese. Il prestito era a titolo non oneroso e dava alla società italiana – prestataria – il diritto all'incasso dei dividendi, rimanendo in capo al prestatore tutti gli altri diritti.

Al contratto era collegato, come accennato sopra, un ulteriore accordo fra prestatore e prestataria, in base al quale, laddove la società portoghese avesse deliberato, alla fine dell'anno, la distribuzione di dividendi in misura inferiore a 6.400.000 di euro, la società italiana prestataria li avrebbe incassati interamente senza nulla dovere al prestatore ceco; al contrario, in caso di distribuzione di dividendi in misura superiore a 6.400.000 di euro, la società italiana avrebbe dovuto versare alla società ceca una "commissione" pari all'importo totale dei dividendi incassati aumentato del 9,328%.

In altre parole, secondo lo schema contrattuale definito dalle parti, alla decisione del soggetto terzo – la società portoghese partecipata dalla società ceca – di distribuire dividendi in misura rispettivamente inferiore o superiore all'importo concordato, nel primo caso, a trarre vantaggio dall'operazione sarebbe stata la società italiana, prestataria, la quale avrebbe incassato i dividendi ottenuti in prestito senza nulla dovere al prestatore; nel secondo caso, a trarre vantaggio dall'operazione sarebbe stata la società ceca, titolare e prestatore delle partecipazioni, la quale si sarebbe vista ritrasferire (a titolo di "commissione") dalla prestataria l'intero ammontare dei dividendi incassati da questa in ragione del contratto di prestito titoli aumentato del 9,328%. Uno schema, dunque, almeno all'apparenza basato su una "scommessa" circa la decisione che sarebbe stata assunta dalla società portoghese partecipata da uno dei contraenti.

È il secondo lo scenario che finisce per verificarsi: la società portoghese, a distanza di meno di un mese dalla sottoscrizione dell'accordo, delibera di distribuire dividendi per un totale di oltre 20 milioni di euro, di cui oltre sette milioni e mezzo di euro vengono incassati e tassati con regime fiscale agevolato (solo il 5% è soggetto a imposizione fiscale) dalla società italiana, in ragione del contratto di prestito titoli, ma immediatamente retrocessi per l'intero alla società ceca con l'aumento del 9,328%, a titolo di commissione in ragione dell'accordo collegato, per un totale di oltre 8 milioni di euro.

Questi oltre 8 milioni di euro, tuttavia, sono esposti nella dichiarazione fiscale presentata dalla società italiana quale voce di costo e interamente dedotti, andando così ad abbattere sensibilmente la base imponibile, tanto da "azzerare" – rilevano i giudici di merito – una plusvalenza realizzata dalla società nel medesimo anno fiscale pari a circa 7 milioni di euro. In conclusione, in base alla valutazione dei giudici di merito, solo apparentemente la società italiana è stata svantaggiata dall'esito dell'operazione. In realtà, a fronte di un esborso di poco



più di 700.000 euro nei confronti della società ceca (il 9,328% dei dividendi percepiti), il combinarsi del regime fiscale sui dividendi prodotti all'estero e della deduzione della voce di costo "commissioni" per oltre 8 milioni di euro è valsa alla società italiana un risparmio fiscale di quasi 3 milioni di euro.

I giudici del Tribunale e della Corte d'Appello di Milano, accogliendo l'impostazione accusatoria, considerano *fittizi* i costi, per oltre 8 milioni di euro, indicati in dichiarazione, in quanto generati da un'operazione contrattuale *meramente apparente*, predisposta dalle parti in vista del vantaggio fiscale e già nota nel suo esito, condannando l'imputato per il reato di dichiarazione infedele (art. 4, d.lgs. 74/2000)<sup>26</sup>.

A tale conclusione i giudici di merito pervengono valorizzando alcuni indicatori, il principale dei quali è la sostanziale assenza di aleatorietà dell'accordo che accompagnava il contratto di prestito di titoli. Rilevano, infatti, che la società portoghese, ben lungi dall'essere un soggetto terzo, era in realtà interamente di proprietà della società ceca e che, pertanto, la decisione circa la divisione dei dividendi, da cui le parti avevano concordato di far dipendere l'esito in un senso o nell'altro dell'intera operazione, era di fatto nella completa disponibilità di una delle due parti contrattuali.

Inoltre, l'operazione risulterebbe predeterminata non solo nell'*an*, ma anche nel *quantum*, come emergerebbe dalla circostanza che la misura della commissione versata dal prestatario al prestatore era pressoché corrispondente alla plusvalenza generata quell'anno dal primo, sicché, una volta inserito il pagamento della commissione come costo deducibile, il rilievo fiscale di tale plusvalenza era stato interamente eliso.

Ancora, a far propendere i giudici nel senso della mera apparenza dell'operazione, contribuiscono modalità (assenza di trattative) e tempistica con cui l'accordo "aleatorio" e decisione sulla divisione dei dividendi si erano succeduti (meno di un mese l'uno dall'altra e a ridosso della chiusura dell'anno fiscale), nonché la circostanza che l'unica attività in capo alla società portoghese, che aveva generato dividendi per oltre 20 milioni di euro, era data dall'acquisizione, solo un mese prima, della partecipazione in una società con sede nelle Isole Vergini il cui valore non era riscontrabile.

È dunque l'accordo collegato al contratto di prestito titoli e non quest'ultimo ad aver determinato la fittizietà dei costi inseriti in dichiarazione dal contribuente. La sentenza di secondo grado, sul punto, è chiara: il contratto di *stock lending*, di per sé, non ha nulla di fraudolento, ma al più può essere considerato elusivo; l'accordo collegato, invece, mancando di fatto dell'alea che ne avrebbe dovuto costituire la causa, era in realtà nullo e finalizzato esclusivamente a creare artificialmente costi che, in assenza di un'effettiva operatività, per quanto non in natura inesistenti, devono qualificarsi come fittizi, esattamente come fittizi sono i costi relativi a un'operazione inesistente, per quanto documentata da una – in natura esistente – falsa fatturazione.

Proprio la natura fittizia dell'operazione nel suo complesso è, infine, valorizzata dai giudici di primo grado così come di secondo grado per escludere in radice la natura meramente elusiva dell'operazione, natura che era stata invece invocata dalla difesa dell'imputato per sostenere, in applicazione del principio di diritto statuito dalla Cassazione nel caso Dolce e Gabbana,

---

<sup>26</sup> Trib. Milano, 5 dicembre 2012, inedita; App. Milano, 18 ottobre 2013, inedita.

l'irrelevanza penale del fatto contestato per non essere lo stesso riconducibile a nessuna delle ipotesi contemplate dall'art. 37 bis d.p.r. 600/1973.

Come già ricordato, la Suprema Corte si pronuncia sul ricorso dell'imputato avverso la sentenza di condanna il primo di ottobre del 2015, giorno dell'entrata in vigore della riforma di cui al d.lgs. 128/2015, ed è proprio in applicazione del nuovo disposto di cui all'art. 10 *bis* co. 13 dello Statuto del contribuente che la Corte dispone l'annullamento senza rinvio della sentenza impugnata, giudicando il fatto non più previsto dalla legge come reato.

La Corte muove dalla premessa secondo cui «è pacifico che in tanto l'operazione negoziale è stata ritenuta penalmente rilevante, in quanto i giudici di merito, pur ammettendo in astratto la liceità della medesima in quanto non fraudolenta, ma al più elusiva [...], hanno ritenuto che non poteva seriamente contestarsi la natura fittizia dell'operazione e del suo esito»<sup>27</sup>.

La sentenza prosegue rilevando come i giudici di merito abbiano precisato che il fatto che l'operazione sia consistita in negozi giuridici regolarmente stipulati, che avevano prodotto i relativi effetti giuridici, non consentirebbe di escluderne la natura fittizia, e la conseguente rilevanza penale. Ciò in quanto, il sistema ante riforma puniva «non soltanto la mancanza assoluta dell'operazione e la inesistenza “in natura” della voce passiva esposta», bensì «ogni tipo di divergenza tra la realtà commerciale e l'espressione documentale di essa», poiché «anche ciò che giuridicamente è effettivo [...] può essere senz'altro fraudolento e determinare effetti fittizi se sul piano economico non vi è stata affatto l'operazione che le parti di un contratto abbiano convenuto».

Proprio ciò che sarebbe accaduto nel caso concreto, dove, «seppure non ci si trovi dinanzi a contratti simulati in senso civilistico, posto che il prestito di quote e la “scommessa” tra [la società italiana] e [la società ceca] erano voluti, ma semmai di un contratto nullo per difetto di causa (l'alea)», l'accordo sarebbe non di meno fittizio dal momento che proprio l'assenza dell'alea determinava una divergenza fra il contenuto effettivo dell'accordo e lo schema negoziale prescelto dalle parti, e pertanto «la voce di costo esposta [dalla società italiana] nella dichiarazione del 2005, conclusivamente, in quanto appositamente creata con un complesso meccanismo negoziale artificiosamente piegato a tale unico scopo – non solo frutto della fisiologica operatività del contratto di “*stock lending*” e del meccanismo di favorevole trattamento fiscale dei suoi possibili esiti – confluita nella determinazione del reddito di impresa sulla scorta di una valutazione in termini di trattamento fiscale che deliberatamente non considerava la realtà delle operazioni, poteva ben dirsi “fittizia” ai sensi dell'art. 4 del D. Lgs. n. 74/2000».

---

<sup>27</sup> A proposito della natura elusiva dell'operazione negoziale la Corte precisa che «sul punto non deve confondere il riferimento, in più punti della decisione impugnata, alla natura “artificiosa” dell'operazione negoziale che potrebbe essere intesa per “fraudolenza” della medesima, atteso che la stessa Raccomandazione della Commissione del 6.12.2012 sulla pianificazione fiscale aggressiva, al punto 4, nel prevedere che “per contrastare le pratiche di pianificazione fiscale aggressiva che non rientrano nell'ambito di applicazione delle norme nazionali specifiche intese a combattere l'elusione fiscale, gli Stati membri dovrebbero adottare una norma generale antiabuso adattata alle situazioni nazionali, alle situazioni transfrontaliere limitate all'Unione e alle situazioni che coinvolgono paesi terzi”, esortava gli Stati Membri ad includere la segue clausola nella legislazione nazionale: “Una costruzione di puro artificio o una serie artificiosa di costruzioni che sia stata posta in essere essenzialmente allo scopo di eludere l'imposizione e che comporti un vantaggio fiscale deve essere ignorata. Le autorità nazionali devono trattare tali costruzioni a fini fiscali facendo riferimento alla loro sostanza economica”, donde è evidente che “l'artificiosità” – come del resto chiarito dal successivo p. 4.4. della medesima Raccomandazione – è intesa come “mancanza di sostanza commerciale”, ossia proprio nel senso oggi voluto dal legislatore nazionale con la previsione dell'art. 10 *bis*, che, al comma 2, lett. a), definisce come “operazioni prive di sostanza economica i fatti, gli atti e i contratti, anche tra loro collegati, inidonei a produrre effetti significativi diversi dai vantaggi fiscali”».

Secondo il Supremo Collegio, il ragionamento alla base della condanna pronunciata dai giudici di merito, corretto alla luce della disciplina vigente all'epoca del fatto, deve essere rivisto a seguito dell'entrata in vigore del nuovo art. 10 *bis* Statuto del contribuente.

Sul punto, la Corte rileva, anzitutto, che, alla luce della nuova norma, l'abuso del diritto avrebbe «applicazione solo residuale rispetto alle disposizioni concernenti la simulazione o i reati tributari, in particolare l'evasione e la frode», ciò in quanto potrebbe essere configurato «solo se i vantaggi fiscali non possono essere disconosciuti contestando la violazione di disposizioni del d.lgs. n. 74/2000, ovvero la violazione di altre disposizioni», cosicché «se, ad esempio, una situazione configura fattispecie regolata dal d.lgs. n. 74/2000 in quanto frode o simulazione, l'abuso non può essere invocato».

Nel caso di specie, la Cassazione ritiene che l'operazione contestata all'imputato non sarebbe «né inesistente, né simulata, ma esistente e voluta» e per tale ragione essa presenterebbe «tutti gli elementi che il nuovo art. 10-*bis* dello Statuto dei diritti del contribuente considera essenziali per la configurabilità di un'operazione abusiva» (p. 21), da considerarsi come «penalmente irrilevante in forza della statuizione di irrilevanza penale delle operazioni abusive sancita [dal] comma 13 del nuovo art. 10-*bis* dello Statuto dei diritti del contribuente».

La Corte, dunque, perviene alla pronuncia assolutoria non per aver rilevato un qualche errore in fatto o in diritto da parte dei giudici del merito, ma esclusivamente per l'operare della riforma dell'abuso del diritto, entrata in vigore proprio il giorno della sentenza, che avrebbe fatto venir meno la penale rilevanza del fatto contestato all'imputato.

Nell'articolato percorso motivazionale, che ben mette in luce i tratti salienti della riforma, rileviamo tuttavia un potenziale attrito tra l'inquadramento generale dell'istituto, nel suo rapporto con le fattispecie del d.lgs. 74/2000, e l'applicazione che dello stesso viene fatta nel caso concreto.

La Corte, nel definire l'istituto dell'abuso come “residuale” rispetto alle fattispecie penal-tributarie, afferma che un'operazione può essere considerata abusiva solo se non integra alcuno dei reati di cui al d.lgs. 74/2000, conclusione cui la Corte evidentemente perviene muovendo dal disposto di cui al co. 12 dell'art. 10 *bis* Statuto del contribuente – che prevede che «in sede di accertamento l'abuso del diritto può essere configurato solo se i vantaggi fiscali non possono essere disconosciuti contestando la violazione di specifiche disposizioni tributarie» – e ritenendo che lo stesso vada interpretato nel senso che per «disposizioni tributarie» debbano intendersi anche le norme incriminatrici di cui al d.lgs. 74/2000 e che, pertanto, l'abuso non si configura se l'operazione del caso di specie è sussumibile sotto tali norme.

In questo passaggio della motivazione, in altre parole, i giudici di legittimità ci stanno dicendo che non può mai aversi sovrapposizione fra l'area dell'abuso del diritto e l'area presidiata dai reati tributari, nel senso che l'integrazione di una delle fattispecie contemplate dal d.lgs. 74/2000 di per sé escluderebbe la natura meramente elusiva dell'operazione.

Date tali premesse, nel nostro caso la Corte allora avrebbe dovuto concludere nel senso della conferma della condanna dell'imputato, dal momento che è la Corte stessa ad affermare che bene avevano fatto i giudici di merito a ritenere la fittizietà della voce di costo inserita dall'imputato nella dichiarazione dei redditi e, quindi, a considerare integrato il reato di dichiarazione infedele di cui all'art. 4 d.lgs. 74/2000.

Al contrario, la Corte assolve l'imputato «per non essere il fatto più previsto dalla legge come reato» e motiva tale decisione argomentando che, poiché l'operazione posta in essere dall'imputato presentava i caratteri dell'elusione, così come codificati dall'art. 10 *bis*, la stessa, sebbene fosse al contempo sussumibile anche nel delitto di dichiarazione infedele, non poteva più essere punita per effetto del disposto di cui al co. 13 del medesimo art. 10 *bis*.

La Corte, quindi, dopo aver affermato che non può aversi elusione in presenza di un fatto integrante una fattispecie penal-tributaria, finisce per qualificare nel caso di specie come elusiva un'operazione la cui sussumibilità nella fattispecie penal-tributaria di cui all'art. 4 d.lgs. 74/2000 è riconosciuta dalla Corte stessa e la cui punibilità è esclusa, infatti, non già dalla mancata integrazione del reato, ma dall'applicazione della nuova disposizione di cui al co. 13 dell'art. 10 *bis*.

In definitiva la Corte riconosce, nei fatti, seppur la neghi in principio, l'esistenza di un'area in cui il campo dell'elusione e il campo dei reati tributari continuano a sovrapporsi anche dopo l'entrata in vigore della riforma di cui al d.lgs. 128/2015, e su cui il legislatore è intervenuto con la previsione di cui al co. 13 dell'art. 10 *bis* proprio per escludere la punibilità dei fatti che vi rientrano.

È bene, però, tener presente che la soluzione interpretativa adottata dalla Corte si colloca all'interno di un quadro normativo che, a distanza di poche settimane, muterà nuovamente, con l'entrata in vigore del d.lgs. 158/2015 il 22 ottobre 2015 che, come ricordato sopra, ha completato l'opera di riforma del settore penal-tributario, anche attraverso la riscrittura delle fattispecie di cui agli artt. 3 e 4 e l'introduzione delle nuove definizioni di cui alle lettere 1 *g bis* e 1 *g ter* del d.lgs. 74/2000, che hanno contribuito a chiarire dove passa il confine tra elusione ed evasione prevedendo, in particolare, che ogni qual volta in un'operazione si riscontri una discrepanza fra quanto rappresentato nel negozio giuridico e quanto effettivamente voluto dalle parti ci stiamo muovendo nell'area del penalmente rilevante e fuori dal campo dell'elusione fiscale.

Ebbene, alla luce di queste novità, un caso di specie del tipo di quello deciso dalla Corte, ovviamente purché commesso dopo il 22 ottobre 2015, sarebbe allora probabilmente riconducibile oggi alla rinnovata fattispecie di dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici.

Nelle sentenze di merito, infatti, si sottolinea che l'aleatorietà del contratto collegato allo *stock lending agreement* era in realtà neutralizzata dal fatto che le parti avevano deciso fin dal principio quale sarebbe stato l'esito dell'operazione e cioè che la società italiana avrebbe “perso la scommessa” e così versato alla società ceca l'intero ammontare dei dividendi oltre alla commissione a titolo di corrispettivo, per conseguire il vantaggio fiscale dell'annullamento della plusvalenza generata quello stesso anno per un risparmio di imposta complessivo nell'ordine dei tre milioni di euro.

L'operazione per come ricostruita dalle sentenze di merito parrebbe, quindi, affetta da quell'elemento di “apparenza” che caratterizza la simulazione, ai sensi della nuova lett. *g bis* dell'art. 1 d.lgs. 74/2000, e che è data dalla volontà della parti di non realizzare in tutto o in parte le operazioni per come le stesse appaiono nei negozi giuridici.

Tale questione è centrale, dal nostro punto di vista, nell'analisi della portata pratica della riforma del 2015, ma per sviluppare compiutamente il nostro percorso argomentativo è prima di tutto necessario considerare la direzione seguita dalla giurisprudenza che si è confrontata col sistema nella sua attuale conformazione.

5.2. *La giurisprudenza successiva all'entrata in vigore delle modifiche al d.lgs. 74/2000: Cass., Sez. III, 20.4.2016, n. 48293.*

La prima occasione in cui la Corte di Cassazione fa applicazione della disciplina penal-tributaria per come complessivamente riformata dal d.lgs. 128/2015 e dal d.lgs. 148/2015 riguarda un caso in cui l'imputato era stato condannato dai giudici di merito, con decisioni anteriori al 2015, per il reato di dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici<sup>28</sup>.

L'accusa contestava all'imputato di aver rappresentato nelle scritture contabili un'articolata operazione di scissione proporzionale e successiva cessione di quote, per mezzo della quale aveva creato una struttura societaria interposta, funzionale alla sottrazione all'imposizione di elementi attivi, ostacolandone l'accertamento da parte dell'amministrazione finanziaria.

Secondo l'accusa, l'articolata operazione avrebbe visto la scissione della società di cui l'imputato era legale rappresentante in due società, una delle quali amministrata dallo stesso imputato. A quest'ultima società erano stati attribuiti tutti gli immobili tranne uno, di rilevante valore, attribuito all'altra società frutto della scissione. La società che si era vista attribuire tale immobile lo aveva successivamente venduto a un pool di società di *leasing* e aveva incassato il prezzo, e poi era stata ceduta a una società non operativa con sede nel Delaware e cancellata dal registro delle imprese.

Accusa e giudici di merito avevano ritenuto che le operazioni di scissione proporzionale e di cessione delle quote avevano quale unico obiettivo quello di dare una veste giuridica diversa alla cessione dell'immobile da parte del suo originario titolare (ossia la società oggetto della successiva scissione), cessione che «se fosse stata operata direttamente avrebbe comportato l'assoggettamento ad imposte diverse e più alte rispetto a quelle determinatesi a seguito dell'operazione richiamata»<sup>29</sup>. Infatti, come precisano i giudici dell'appello, «la scissione proporzionale parziale [...] è operazione assoggettata alla sola imposta di registro in misura fissa, mentre la cessione dell'immobile sarebbe stata assoggettata a IVA e avrebbe determinato una plusvalenza assoggettata a IRES».

Nel motivare circa la sussumibilità dell'operazione nella fattispecie di cui all'art. 3 d.lgs. 74/2000, i giudici di merito, in alcuni passaggi delle sentenze, ne sostengono la natura simulatoria, nella misura in cui la stessa avrebbe consentito all'imputato di mascherare il reale cedente dell'immobile, vale a dire la società da lui stesso amministrata e originaria titolare del bene; in altri passaggi, valorizzando l'assenza di una valida giustificazione economica, la riconducono, invece, alle ipotesi tassative di elusione previste dall'allora vigente art. 37 *bis* d.p.r. 600/1973, tra le quali erano annoverate per l'appunto anche le operazioni di scissione societaria.

Ebbene, se la qualificazione di una medesima operazione come al tempo stesso simulata ed elusiva sembrerebbe tradire uno scarso rigore classificatorio da parte dei giudici di merito, cui certamente ha contribuito l'assenza nel sistema allora vigente di definizioni espresse di tali concetti, è altresì vero che le sentenze di merito intervengono prima della riforma del 2015, quando – alla luce dell'elaborazione giurisprudenziale di cui abbiamo dato conto sopra – era sostanzialmente indifferente che l'operazione posta in essere dall'imputato fosse qualificabile

---

<sup>28</sup> Cass., Sez. III, 20 aprile 2016, n. 48293, in *De Jure*.

<sup>29</sup> App. Milano, 6 ottobre 2014, inedita.

come simulata ovvero come elusiva, posto che in un caso come nell'altro il fatto poteva essere considerato penalmente rilevante ai sensi dell'art. 3 d.lgs. 74/2000.

Al contrario, per la Cassazione, che è chiamata a decidere il caso dopo l'entrata in vigore della riforma, la qualificabilità dell'operazione come simulata, ai sensi della nuova lettera *g bis* dell'art. 1 d.lgs. 74/2000, ovvero come meramente elusiva, ai sensi del nuovo art. 10 *bis* Statuto del contribuente, diviene centrale ai fini del riconoscimento o meno della sua rilevanza penale.

I giudici di legittimità rilevano, infatti, che con l'introduzione della nuova definizione di operazioni simulate di cui alla lettera *g bis* dell'art. 1 il legislatore ha modificato «l'ambito di rilevanza della fattispecie sanzionatoria di cui all'art. 3 d.lgs. 74/2000» con l'effetto di escludere dal suo campo applicativo le «operazioni meramente elusive nelle quali, come nella specie, venga adottato uno schermo negoziale articolato (quale quello descritto) allo scopo di conseguire un indebito vantaggio fiscale, in relazione, però, ad una operazione economica realmente verificatasi e che ha dato luogo a flussi finanziari effettivi ed al trasferimento di diritti».

La Corte afferma, quindi, un principio chiaro: non può considerarsi simulata ai sensi dell'art. 1 lett. *g bis* e non è, pertanto, penalmente rilevante ma solo meramente abusiva un'operazione che, per quanto esclusivamente finalizzata all'ottenimento di un indebito vantaggio fiscale, corrisponde a quella descritta nei negozi giuridici posti in essere dalle parti, i cui effetti si sono compiutamente prodotti nei confronti di quelle stesse parti.

Dato tale principio, la Corte perviene all'esclusione della responsabilità penale dell'imputato in quanto, nel caso di specie, «sia pur attraverso le ricordate operazioni di scissione proporzionale, costituzione di nuove società, cessione a queste ultime di quote e conferimenti alle stesse di beni, vendita da parte di tali soggetti di detti beni a terzi e successiva estinzione della nuova società utilizzata per il compimento dell'operazione, il risultato complessivo del trasferimento della proprietà dell'immobile appartenente in origine alla [società gestita dall'imputato] è stato, effettivamente, conseguito, procurandone l'acquisto a favore del gruppo di società di leasing [...], sicché le operazioni poste in essere non possono essere considerate simulate secondo la nuova definizione che ne ha dato il citato comma *g bis* dell'art. 1 d.lgs. 74/2000, essendo state realizzate in tutto e non da soggetti fittiziamente interposti, in quanto la [società conferitaria dell'immobile], dopo la sua costituzione, acquistò effettivamente la proprietà dell'immobile e lo alienò a terzi, percependo il relativo prezzo, con la conseguenza che non può considerarsi soggetto solo fittiziamente interposto, avendo in concreto acquistato la proprietà dell'immobile e percepito il corrispettivo della sua alienazione».

È interessante notare, in conclusione, come all'esito assolutorio la Corte pervenga non già in applicazione del nuovo disposto di cui al comma 13 dell'art. 10 *bis* dello Statuto del contribuente – com'era invece accaduto nella precedente decisione della medesima Sezione ricordata sopra –, bensì in ragione della nuova fisionomia assunta dal reato di dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici, dove l'elemento dell'apparenza, ossia l'esistenza di uno scarto fra ciò che è rappresentato nei negozi giuridici e ciò che è accaduto nella realtà, diventa presupposto indefettibile per riconoscere rilevanza penale alla condotta.

*5.3. Cass., Sez. III, 21 aprile 2017, n. 38016: la difficile qualificazione dell'illecita "variazione in diminuzione" alla stregua del riformato art. 4 d.lgs. 74/2000.*

Il caso riguarda un'articolata operazione che prende avvio con la scissione parziale di una società operante nel settore agricolo e la conseguente costituzione di un nuovo soggetto giuridico cui vengono conferiti tutti i beni produttivi e i dipendenti della società scissa, in capo alla quale rimangono alcuni terreni, attrezzature agricole di modico valore e una cambiale agraria di due milioni di euro.

Pochi mesi dopo la scissione, le quote della società scissa, detenute dalla società capogruppo facente capo all'imputato, vengono cedute a soggetti terzi, così generando una plusvalenza pari a 2.336.000 euro che, ai sensi dell'art. 87 TUIR, beneficiava di un regime di esenzione parziale nella misura del 95% (cd. "*participation exemption*", PEX), con il risultato che solo il 5% della plusvalenza concorrevà alla determinazione della base imponibile indicata nella dichiarazione dei redditi della società capogruppo.

Secondo l'accusa, la reale volontà delle parti era stata quella di cedere direttamente i beni detenuti dalla società scissa, mentre la scelta di procedere con la scissione e successiva cessione di quote aveva quale unico obiettivo quello di avvantaggiarsi del regime fiscale di particolare favore previsto dal legislatore per le plusvalenze generate dalla cessione di partecipazioni, così evitando l'applicazione del più oneroso regime fiscale ordinario previsto per la cessione di immobili.

Tanto i giudici di merito, quanto di legittimità ritengono fondata l'accusa (salvo da ultimo riconoscere l'intervenuta prescrizione del reato) e qualificano il fatto come dichiarazione infedele ai sensi dell'art. 4 d.lgs. 74/2000, seppur seguendo percorsi argomentativi distinti.

Nella sentenza di primo grado si legge, in particolare, che «l'intera operazione appare elusiva (art. 37 *bis* DPR 600/73) poiché studiata al tavolino e tratteggiata in ogni suo dettaglio da un Imprenditore di notevole levatura e da due professionisti – un Avvocato e da un Notaio – al punto di prevedere la garanzia dell'alienante in ordine ai rischi fiscali connessi all'operazione», e ancora che «la scissione di cui si è parlato [...] per sua natura è funzionalizzata alla modifica dell'assetto societario in capo ai soci, mentre, nella specie, è stata impiegata per separare il ramo immobiliare di interesse degli [acquirenti finali] al solo fine di consentirne la vendita attraverso il veicolo societario, così fruendo dell'indebita esenzione d'imposta di cui all'art. 87/d TUIR, indebita quanto alla carenza del presupposto richiesto dalla legge (vitalità)»<sup>30</sup>.

La sentenza di primo grado, quindi, nel riconoscere la fondatezza dell'accusa, mette in rilievo, da un lato, la natura elusiva dell'operazione e, dall'altro lato, la natura indebita dell'esenzione conseguita per la mancanza di uno specifico presupposto di legge, la commercialità della società le cui quote vengono cedute (art. 87 lett. d TUIR), commercialità assente, nel caso di specie, in quanto la società partecipata mancava di una struttura operativa idonea alla produzione e/o alla commercializzazione di beni o servizi potenzialmente produttivi di ricavi<sup>31</sup>.

La Corte d'Appello, nel confermare la condanna, innanzitutto afferma che «è innegabile che sussista l'elemento oggettivo del reato contestato all'odierno imputato», ciò in quanto la società controllante, «in sede di dichiarazione dei redditi concernente l'anno di imposta 2008, ha

<sup>30</sup> Trib. Piacenza, 15 luglio 2014, inedita.

<sup>31</sup> La Circolare AE 7/E 29 marzo 2013, recante "Ulteriori chiarimenti in tema di *participation exemption* – art. 87 del TUIR", specifica che la finalità della PEX «è quella di favorire la circolazione – sotto forma di partecipazioni – di complessi patrimoniali che abbiano natura di vere e proprie aziende funzionali all'esercizio di attività d'impresa, dotate di una capacità, anche potenziale, al concreto svolgimento di un'attività produttiva».

indicato tra le ‘variazioni in diminuzione’ del risultato economico, in corrispondenza del Rigo RF 46 Plusvalenze relative a partecipazioni esenti (art. 87), l’importo di Euro 2.219.485,00: tale ammontare costituiva il 95% della plusvalenza patrimoniale (Euro 2.336.272,00) conseguita dalla [società controllante] nella annualità impositiva in trattazione, con l’alienazione dell’intera partecipazione societaria detenuta nella [società partecipata]. Invece tale partecipazione [...] non era meritevole della esenzione prevista dall’art. 87 TUIR in quanto non sussisteva il necessario requisito previsto dalla lett. d) del citato articolo»<sup>32</sup>.

I giudici dell’appello si confrontano, poi, con le novità introdotte con la riforma del 2015, entrata in vigore dopo la decisione di primo grado, sul punto rilevando che «nel caso di specie sussiste il dolo non solo di elusione della normativa fiscale, bensì quello di evasione dei tributi dovuti [...], di talché non può ravvisarsi la sussistenza di un’ipotesi depenalizzata, in ambito tributario, dall’art. 10-*bis* della legge n. 212 del 2000, introdotto dal D.Lgs. n. 128/2015».

La Corte di Cassazione, pur prosciogliendo l’imputato per intervenuta prescrizione del reato, conferma nella sostanza la bontà del ragionamento seguito dai giudici di merito<sup>33</sup>. In particolare, i giudici del Supremo Collegio, dopo aver evidenziato che il dibattimento avrebbe fatto emergere che l’effettiva intenzione dell’imputato era stata quella di vendere gli immobili del complesso aziendale agricolo e non quella di cedere quote di una società del gruppo, affermano che ci troviamo al cospetto di «comportamenti simulatori preordinati alla *immuatio veri* del contenuto della dichiarazione reddituale di cui all’art. 4 D.Lgs. 10 marzo 2000, n. 74» e che proprio per tale ragione non può trovare applicazione al caso di specie la nuova disciplina dell’istituto dell’abuso del diritto, avendo lo stesso «applicazione solo residuale rispetto alle disposizioni concernenti comportamenti fraudolenti, simulatori, o comunque finalizzati alla creazione e all’utilizzo di documentazione falsa di cui al D.Lgs. 10 marzo 2000, n. 74, cosicché esso non viene mai in rilievo quando i fatti in contestazione integrino le fattispecie penali connotate da tali elementi costitutivi».

Ebbene, è quindi la natura simulatoria della condotta dell’imputato a deporre, secondo la Corte, nel senso dell’esclusione della natura meramente elusiva della stessa.

Tuttavia, nel qualificare come simulata – seppur solo incidentalmente – l’operazione posta in essere dall’imputato, la Corte non si confronta con la nuova definizione espressa di «operazioni simulate» di cui alla lett. g *bis* dell’art. 1 del d.lgs. 74/2000. Come abbiamo già ricordato sopra, infatti, tale definizione ha il suo baricentro concettuale nella volontà delle parti di non realizzare in tutto o in parte le operazioni per come appaiono nei negozi posti in essere, circostanza che, stando a quanto emerge dalle decisioni di merito, non sembra essersi verificata nel caso di specie, dove la scissione, prima, e la cessione di quote, poi, hanno effettivamente dispiegato i loro effetti.

In ogni caso, anche una volta disconosciuta la natura simulata dell’operazione, la stessa non potrebbe, comunque, considerarsi meramente elusiva dal momento che, come evidenziato dai giudici di merito, l’imputato aveva beneficiato del vantaggio fiscale in violazione di una specifica norma tributaria, quella di cui all’art. 87 lett. d TUIR, laddove, per aversi abuso del diritto, a mente del nuovo art. 10 *bis* Statuto del contribuente, è invece necessario il rispetto formale delle norme fiscali.

---

<sup>32</sup> App. Bologna, 17 marzo 2016, inedita.

<sup>33</sup> Cass., Sez. III, 21 aprile 2017, n. 38016, in *De Jure*.



Il caso di specie si segnala, peraltro, all'attenzione dell'interprete anche con riguardo al tema della qualificazione giuridica in campo penal-tributario di un'illecita variazione in diminuzione, quale quella attuata dall'imputato.

È tutt'altro che scontato, infatti – e certamente i giudici del caso di specie non lo chiariscono in maniera univoca –, stabilire se l'evasione dell'imposta, attraverso il ricorso illecito allo strumento della variazione in diminuzione, sia l'effetto dell'indicazione nella dichiarazione dei redditi di elementi attivi inferiori al reale o di elementi passivi inesistenti.

A venire in rilievo, sul punto, è l'art. 1 lett. b d.lgs. 74/2000 che intende per elementi attivi o passivi «le componenti, espresse in cifra, che concorrono, in senso positivo o negativo, alla determinazione del reddito o delle basi imponibili rilevanti ai fini dell'applicazione delle imposte sui redditi o sul valore aggiunto e le componenti che incidono sulla determinazione dell'imposta dovuta». Ora, nel caso della *participation exemption*, in sede di dichiarazione dei redditi, la plusvalenza generata dalla cessione delle quote di partecipazione dapprima compare, nella sua interezza, tra gli elementi che concorrono in positivo alla formazione del reddito; successivamente il 95% di quella stessa plusvalenza ricompare, come variazione in diminuzione, al rigo RF 46 come componente negativo che riduce la base imponibile. Si ha allora che, per quanto in presenza di un'indebita *participation exemption*, in dichiarazione dei redditi non viene indicato né un elemento attivo «inferiore a quello effettivo», né un elemento passivo «inesistente», come invece richiesto dall'art. 4 d.lgs. 74/2000 per l'integrazione del delitto di dichiarazione infedele. Come «elemento attivo», infatti, la plusvalenza viene indicata nel suo effettivo ammontare; quale componente negativo attraverso la variazione in diminuzione ai fini PEX il 95% di quella stessa plusvalenza non può certo qualificarsi come «elemento passivo inesistente»: l'essenza di tale variazione non è quella di riflettere uno specifico evento naturalistico di natura economica, semmai rappresentato dalla plusvalenza rilevata nel conto economico, ma di concretizzare nella dichiarazione un istituto tipicamente fiscale (quale rimedio contro la doppia imposizione economica nei rapporti tra società e socio) che è difficilmente inquadrabile tra i fenomeni naturali che preesistono alle qualificazioni fiscali.

Il ricorso illegittimo a regimi fiscali che comportino una decurtazione del risultato del bilancio civilistico operata tramite una cd. variazione in diminuzione non appare, in definitiva, sussumibile sotto la fattispecie penale in esame. Non pare, peraltro, che ci troviamo in presenza di una lacuna involontaria del sistema. Anzi, la *ratio* della norma per come riformata nel 2015, con la sostituzione del requisito della «fittizietà» degli elementi passivi, con quello della «inesistenza», e col contestuale inserimento delle esclusioni di cui al comma 1 *bis*, manifesta la precisa scelta politico-criminale del legislatore di escludere dall'area del penalmente rilevante quelle condotte che non si traducono in un mendacio su dati oggettivi reali, ma si risolvono in valutazioni e classificazioni errate.

## **6. Alcune riflessioni.**

Abbiamo visto come la riforma del 2015 attui una chiara politica criminale tesa a sottrarre dall'area del penalmente rilevante in campo tributario i comportamenti meramente elusivi posti in essere dal contribuente, ciò in controtendenza rispetto a quell'orientamento giurisprudenziale che aveva sostenuto la sussumibilità sotto la fattispecie di dichiarazione infedele – e talvolta anche sotto quella di omessa dichiarazione – delle operazioni elusive, seppur limitatamente a quelle espressamente previste in leggi tributarie.

Abbiamo anche visto – attraverso l’analisi delle norme introdotte dai decreti attuativi della legge delega del 2014 e della giurisprudenza successiva – come l’attuazione di tale politica sia passata non tanto attraverso la disposizione di cui al comma 13 del nuovo art. 10 *bis* Statuto del contribuente – per quanto la stessa escluda espressamente la punibilità ai sensi delle leggi penali tributarie delle operazioni elusive –, quanto piuttosto attraverso le profonde modifiche apportate alle fattispecie di cui agli artt. 3 e 4 d.lgs. 74/2000.

La ricca produzione giurisprudenziale, soprattutto civilistica, accompagnata dalla dottrina e, da ultimo, le disposizioni definitorie introdotte nel 2015 con l’art. 10 *bis* Statuto del contribuente e con le nuove lettere *g bis* e *g ter* dell’art. 1 d.lgs. 74/2000, infatti, qualificano come elusive quelle operazioni con cui il contribuente, senza violare alcuna disposizione tributaria, attraverso la realizzazione di negozi giuridici perfettamente leciti, persegue il solo scopo di avvantaggiarsi di benefici fiscali, radicandosi l’illiceità della condotta nel solo fatto di avere il contribuente usato – o, per meglio dire, abusato di – strumenti giuridici previsti, invece, dall’ordinamento per il perseguimento di ben precise finalità economiche diverse dal mero risparmio fiscale.

L’elusione, in altre parole, non solo non passa attraverso la violazione di alcuna specifica disposizione tributaria, ma nemmeno implica alcuna forma di inganno o mendacio ai danni dell’amministrazione finanziaria: il contribuente vuole che i negozi posti in essere producano proprio gli effetti previsti dalla legge e non nasconde nulla al fisco, tanto che il sistema si è dovuto immunizzare attraverso la previsione (prima con norme *ad hoc*, poi con l’estrapolazione di un principio generale antielusivo da parte delle Sezioni unite civili, da ultimo con l’introduzione della disposizione di cui all’art. 10 *bis* Statuto del contribuente) del potere di disconoscere il beneficio fiscale ottenuto dal contribuente ove venga riconosciuta l’elusività dell’operazione.

I delitti di dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici e di dichiarazione infedele, per come riscritti dal legislatore del 2015, al contrario, riservano il loro severo trattamento sanzionatorio alle sole ipotesi in cui il contribuente abbia nascosto al fisco la reale entità delle componenti attive o passive che concorrono alla determinazione del reddito da sottoporre a tassazione; un nascondimento che, nel caso del delitto di cui all’art. 4, si realizza per mezzo della mendace indicazione, in sede di dichiarazione, di elementi attivi inferiori a quelli effettivamente conseguiti dal contribuente o di elementi passivi in realtà inesistenti, e che, nella più grave ipotesi di cui all’art. 3, è invece il frutto di condotte più articolate e insidiose, normalmente poste in essere prima della redazione della dichiarazione, e che sono strumentali a trarre in inganno l’amministrazione finanziaria circa l’effettiva consistenza delle componenti reddituali del contribuente.

Tra l’elusione e le fattispecie dichiarative di cui agli artt. 3 e 4 d.lgs. 74/00 si registra, quindi, un rapporto di reciproca esclusione, la prima presupponendo una piena coincidenza tra l’operazione per come risulta dai negozi giuridici utilizzati (in modo abusivo) per conseguire il vantaggio fiscale indebito e l’operazione effettivamente posta in essere, con conseguente veridicità delle componenti reddituali poi indicate dal contribuente in dichiarazione; le seconde richiedendo, viceversa, che sussista uno scarto – frutto di mero mendacio o di vero e proprio inganno ai danni dell’amministrazione finanziaria – tra quanto rappresentato dal contribuente in sede di dichiarazione e il reale ammontare delle sue componenti reddituali.

Ciò significa che l’irrelevanza penale delle operazioni elusive ai sensi delle fattispecie penal-tributarie è la diretta conseguenza dell’impossibilità, a seguito della riforma del 2015, e in particolare dell’entrata in vigore del d.lgs. 158/15, di sussumere dette operazioni nei fatti tipici

descritti dalle fattispecie penali del d.lgs. 74/2000 e, segnatamente, dagli artt. 3 e 4 riformati, e non già dell'operare del comma 13 dell'art. 10 *bis* dello Statuto del contribuente, norma alla quale, in definitiva, sembra difficile riuscire ad attribuire un ruolo concreto nell'esclusione della punibilità dei comportamenti elusivi.

Il caso trattato da Cass. 48293/16, analizzato sopra, è a tal proposito emblematico.

A fronte della realizzazione di un'operazione di scissione proporzionale con creazione di una struttura societaria interposta, cui veniva conferito un immobile, e successiva cessione delle quote di detta società a soggetti terzi, il tutto al fine di evitare la vendita diretta ai terzi dell'immobile e beneficiare di una tassazione agevolata, i giudici della Cassazione condivisibilmente hanno escluso la rilevanza penale del fatto rilevando che, per quanto tortuosa e chiaramente architettata al solo fine di conseguire il vantaggio fiscale e, dunque, elusiva, l'operazione era stata effettivamente realizzata in tutti i suoi passaggi con le modalità rappresentate nei negozi giuridici posti in essere e, quindi, mancava dei requisiti della simulazione e della frodolenza necessari per l'integrazione del contestato reato di cui all'art. 3 d.lgs. 74/2000.

Peraltro, a ben vedere, un caso di questo genere non potrebbe essere ricondotto nemmeno alla fattispecie di cui all'art. 4 d.lgs. 74/2000, dal momento che la piena coincidenza fra quanto rappresentato nell'articolato percorso negoziale posto in essere e quanto avvenuto nella realtà fa sì che nella dichiarazione dei redditi non vengano indicati né elementi attivi inferiori al reale, né elementi passivi inesistenti, mancando così gli elementi costitutivi anche del delitto di dichiarazione infedele.

Tanto vale, naturalmente, purché ci si trovi in presenza di operazioni davvero elusive, il che non accade, per esempio, ove il contribuente abbia violato direttamente una disposizione tributaria, come nel caso della cd. *esterovestizione*, dove si ha la violazione della norma che fissa i presupposti per poter considerare residente in Italia una società ai fini delle imposte sui redditi (art. 73 co. 3 TUIR), o come nel caso della *participation exemption* applicata in assenza di uno dei presupposti indicati dall'art. 87 TUIR.

Con l'ulteriore precisazione che l'esclusione della natura meramente elusiva dell'operazione in presenza della violazione di una norma tributaria non implica necessariamente la sua rilevanza penale. Se, infatti, nell'ipotesi dell'*esterovestizione*, la mancata presentazione in Italia della dichiarazione dei redditi da parte della società *esterovestita* al superamento della soglia di legge è punibile ai sensi dell'art. 5 d.lgs. 74/2000, nel caso della *participation exemption* indebita, al contrario, abbiamo visto sopra come il meccanismo della variazione in diminuzione, con cui la PEX viene concretamente applicata in sede di dichiarazione, non si traduce in un mendacio sulla reale consistenza delle componenti reddituali, così escludendo il configurarsi del delitto di dichiarazione infedele.

La natura meramente elusiva dell'operazione è poi senz'altro esclusa anche in tutti i casi in cui nello schema negoziale adottato dal contribuente siano ravvisati i tratti della simulazione o della frodolenza, per come definiti alle lettere g bis e g ter dell'art. 1 d.lgs. 74/2000, tratti che concorrono ad attrarre il fatto nell'area applicativa del delitto di dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici.

Si pensi al caso dello *stock lending agreement* oggetto della sentenza n. 40272 del 2015 della Cassazione, dove – abbiamo evidenziato sopra – l'indebito vantaggio fiscale, obiettivo dell'operazione, era stato conseguito grazie alla conclusione di un contratto collegato a quello

principale di *stock lending* apparentemente di natura aleatoria, ma, in realtà, predeterminato nei suoi esiti dalla segreta volontà delle parti. In un'ipotesi di questo tipo, infatti, non ci troviamo in presenza del mero abuso di uno schema negoziale lecito, ma di una vera e propria operazione simulata con cui le parti mirano a trarre in inganno l'amministrazione finanziaria, così muovendosi al di fuori dell'area dell'elusione fiscale e integrando anzi il delitto di cui all'art. 3 d.lgs. 74/2000.

In conclusione, abbiamo visto che gli obiettivi dichiarati della riforma erano definire i contorni dell'elusione fiscale e sottrarla all'area del penalmente rilevante. Entrambi questi obiettivi ci pare siano stati raggiunti non tanto grazie all'introduzione del nuovo art. 10 *bis* e della previsione – di infelice formulazione – contenuta al suo comma 13, bensì attraverso la riscrittura delle fattispecie dichiarative di cui agli artt. 3 e 4 d.lgs. 74/2000 e l'introduzione delle nuove definizioni di operazioni simulate e di mezzi fraudolenti. È proprio grazie a queste norme che oggi l'interprete è messo nelle condizioni di tracciare in maniera sufficientemente sicura il confine fra elusione ed evasione, nella misura in cui tali norme hanno messo in luce che in assenza di uno scarto fra la realtà dell'operazione e quanto dichiarato dal contribuente in sede di dichiarazione il fatto non assume rilevanza alla stregua delle fattispecie penal-tributarie.

## **Bibliografia.**

- R. Bricchetti, P. Veneziani (a cura di), *I reati tributari*, Giappichelli, 2017.
- G. Falsitta, *Manuale di diritto tributario, parte generale*, Wolters Kluwer, 2017.
- G. Falsitta, *Spunti critici e ricostruttivi sull'errata commistione di simulazione ed elusione nel onnivoro contenitore detto "abuso del diritto"*, in *Riv. dir. trib.*, 2010, pp. 349 ss.
- F. Gallo, *L'abuso del diritto in materia tributaria tra sanzione amministrativa e repressione penale*, in *Giur. comm.*, 2017, pp. 177 ss.
- T. Giacometti, *La problematica distinzione tra evasione, elusione fiscale e abuso del diritto*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2013, pp. 468 ss.
- A. Giovannini, *L'abuso del diritto nella legge delega fiscale*, in *Riv. dir. trib.*, 2014, pp. 231 ss.
- A. Ingrassia, *Ragione fiscale vs "illecito penale personale" – Il sistema penale-tributario dopo il d.lgs. 158/2015*, Giappichelli, 2016
- A. Lanzi, *Gli attuali aspetti penali dell'elusione fiscale e dell'abuso del diritto*, in *Boll. trib.*, 2017, pp. 1635 ss.
- A. Lanzi, P. Aldrovandi, *Diritto penale tributario*, Wolters Kluwer, 2017.
- N. Lipari, *Ancora sull'abuso del diritto. Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2017, pp. 1 ss.
- F. Mucciarelli, *Abuso del diritto e reati tributari: la Corte di Cassazione fissa limiti e ambiti applicativi*, in *Diritto penale contemporaneo*, 9 ottobre 2015
- E. Musco, F. Ardito, *Diritto penale tributario*, Zanichelli, 2016.
- L. Picotti, *Riflessi penali delle recenti riforme sull'abuso del diritto in campo tributario*, in *Diritto penale contemporaneo*, 13 settembre 2017.
- A. Scarcella (a cura di), *La disciplina penale in materia d'imposte dirette e I.V.A.*, Giappichelli, 2019.
- G. L. Soana, *I reati tributari*, Giuffrè, 2018.
- F. Urbani, *Elusione fiscale alla luce del nuovo art. 10-bis: qualche margine residuo di rilevanza penale?*, in *Cass. pen.*, 2016, pp. 941 ss.
- A. Viglione, *L'applicazione residuale dell'abuso del diritto e l'involuzione della Cassazione in materia di elusione fiscale e reati tributari*, in *Cass. pen.*, 2017, pp. 4486 ss.