UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

Facoltà di Giurisprudenza
Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza
Percorso Interno

LA COMPOSIZIONE CONCORDATA DELLA CRISI D'IMPRESA QUALE STRUMENTO ELUSIVO NEL DIRITTO TRIBUTARIO

Relatore:
Prof.ssa Alessandra Magliaro

Laureanda:
Giorgia Turnaturi

ELUSIONE FISCALE – ABUSO DEL DIRITTO
CRISI D'IMPRESA – CONCORDATO PREVENTIVO
OPERAZIONI DI RISTRUTTURAZIONE

Anno Accademico 2015/2016

www.osservatorio.oci.org

www.osservatorio.oci.org

INDICE SOMMARIO

Introduzione pag.7

Capitolo 1: **L'ELUSIONE FISCALE**

1. La ricerca di una definizione.....pag.11
2. Distinzione con figure attigue.....» 20
2.1 L'evasione fiscale.....» 20
2.2 La frode fiscale.....»24
2.3 La simulazione.....»25
2.4 L'interposizione fittizia di persona.....» 29
2.5 Il lecito risparmio d'imposta.....»35
3. *Iter* giurisprudenziale e legislativo di contrasto all'elusione.....»40
3.1 Le tappe giurisprudenziali.....» 42
3.1.1 L'abuso del diritto elaborato dalla Corte di Giustizia .....»48
3.1.2 L'abuso del diritto elaborato dalla Corte di Cassazione.....» 52
3.2 La legislazione di contrasto all'elusione fiscale .....»60
3.2.1 La clausola antielusiva *ex* art. 37 *bis*, D.P.R. n. 600/1973.....»64
3.2.2 La clausola generale antiabuso *ex* art. 10 *bis,* L. n. 212/2000.....» 77
4. La sanzionabilità dell'elusione fiscale.....» 85

Capitolo 2: **LA COMPOSIZIONE CONCORDATA DELLA CRISI D'IMPRESA**

1. Premessa.....pag. 91
2. La crisi d'impresa.....»93
3. Brevi cenni sul contesto di riforma delle procedure concorsuali.....» 109
4. Il concordato preventivo.....» 112
4.1 Il concordato preventivo liquidatorio e con continuità aziendale.....» 123
5. Della natura giuridica del concordato preventivo: l'istituto prima e dopo le riforme.....» 133
5.1 I poteri di controllo dell'organo giurisdizionale.....»140

www.osservatorio.oci.org

Capitolo 3: **L'ELUSIONE FISCALE ALL'INTERNO DELLA COMPOSIZIONE CONCORDATA DELLA CRISI D'IMPRESA**

1. Premessa.....pag.159
2. I profili fiscali del concordato preventivo.....»160
3. Il difficile coordinamento tra le norme tributarie e le norme fallimentari...» 178
4. Il rapporto tra concordato preventivo e disciplina antiabuso del diritto tributario.....»186
4.1 Analisi di un'operazione di riorganizzazione societaria nell'ambito di una situazione di crisi d'impresa.....» 199
5. Un'ipotetica soluzione al paradosso del concordato preventivo.....» 201

Conclusioni.....pag. 219

Indice bibliografico.....pag.225

www.osservatorio.oci.org

Alla mia famiglia

www.osservatorio.oci.org

“Res iudicata facit de albo nigrum, originem creat, aequat quadrata rotundis, naturalia sanguinis vincula et falsum in verum mutat”.

www.osservatorio.oggi.org

Introduzione

Con il presente lavoro di ricerca mi sono proposta di indagare un fenomeno scarsamente trattato in dottrina e giurisprudenza, frutto dell'interazione non sempre agevole di due discipline giuridiche assai tecniche come lo sono il diritto tributario ed il diritto fallimentare. L'obiettivo di ricerca, lo si chiarisce sin da subito, è stato quello di verificare se il peculiare contesto di crisi che può colpire un'impresa possa favorire e permettere l'esecuzione di operazioni abusive del diritto impositivo. Il titolo dell'elaborato è eloquente in tal senso, recitando: "*La composizione concordata della crisi d'impresa quale strumento elusivo nel diritto tributario*".

L'argomento è molto attuale visto il radicato contesto di crisi che ha caratterizzato gli ultimi dieci anni e che tutt'ora condiziona lo stato di salute del comparto imprenditoriale del nostro Paese. Non è un caso, infatti, che proprio mentre mi appropinquavo allo studio del fenomeno proposto, si sono avvicendate diverse novelle legislative sia in campo fiscale, che in ambito fallimentare, a dimostrazione del fatto che il bacino entro il quale si cala l'obiettivo di studio del presente lavoro di studio rappresenta un settore estremamente caldo dal punto di vista politico, imprenditoriale e sociale.

A conclusione del mio percorso universitario volevo, inoltre, concentrare le energie e gli sforzi finali per lo sviluppo di un argomento che potesse testimoniare il mio personale attaccamento a determinate materie che hanno colpito la mia attenzione durante gli anni di studi, ma che soprattutto conducesse ad un risultato finale che spero possa rivelarsi utile, in qualche modo, alla ricerca *lato sensu*, accendendo l'interesse e la curiosità nella mente del lettore; la scelta del tema da trattare è ricaduta su suddetta questione estremamente complessa e attuale al tempo stesso, infatti, anche in considerazione del fatto che mi ha permesso di elaborare, e conseguentemente proporre, una personale soluzione alle criticità rilevate *medio tempore* lo studio dell'argomento.

Andando per ordine, nel presente elaborato, il lettore potrà trovare all'interno del primo capitolo una trattazione esaustiva del tema centrale attorno al quale si è sviluppata l'intera ricerca, ossia l'elusione fiscale. Il primo contributo del lavoro di ricerca, dunque, propone un'indagine approfondita del fenomeno elusivo, descritto sia tramite la sua distinzione con le figure attigue che presentano alcuni aspetti in comune, sia prendendo a riferimento le opinioni e considerazioni sviluppate dagli autori, ma anche affiancando al lato dottrinale l'esame dell'*iter* giurisprudenziale di formazione.

Alla giurisprudenza nostrana si è affiancata inoltre, in tal senso, l'analisi della giurisprudenziale di matrice europea, motore propulsivo che ha incentivato l'evoluzione dell'istituto italiano; lo studio della fattispecie, infatti, si conclude con la trattazione della disciplina normativa di riferimento, giunta di recente ad una nuova fase con l'introduzione nello Statuto dei diritti del Contribuente dell'art. 10 *bis*, L. 27 luglio 2000, n. 212, il quale articolo equipara definitivamente il fenomeno elusivo con la categoria dell'abuso del diritto.

www.osservatorio.cnr.org

All'interno del secondo capitolo l'analisi si concentra sul contesto giuridico all'interno del quale, conseguentemente, si sono ricercate le manifestazioni abusive del diritto tributario, vale a dire le procedure concorsuali. Sotto tale aspetto, si è posta particolare attenzione nello specifico alla procedura di concordato preventivo, in quanto congeniale, alla luce della *ratio* che ne ha ispirato la creazione e le successive modifiche, nonché in ragione delle operazioni solitamente intraprese in sua costanza, a fornire il *locus* ideale al morbo del fenomeno elusivo ove attecchire; suddetta procedura, infatti, tendendo al recupero economico-finanziario dell'impresa al fine di scongiurarne la decozione, assicura all'imprenditore insolvente oltre alla possibilità di proseguire l'attività produttiva, a' sensi dell'art. 186 *bis* l. fall., l'applicazione di regimi impositivi agevolativi, ispirati alla necessità di favorire la fuoriuscita dell'impresa dallo *status* di crisi.

L'approfondimento dell'istituto del concordato preventivo si apre con una prodromica analisi del presupposto oggettivo che consente di accedere alla procedura medesima, vale a dire lo *status* di crisi, al quale la novella legislativa ha aggiunto non troppo tempo fa lo stato di insolvenza, con il quale si fanno le opportune distinzioni.

Sempre all'interno del secondo capitolo di tesi, dopo aver ripercorso l'*iter* evolutivo dell'istituto *de quo*, si è arricchita l'analisi soffermandosi sul ruolo ricoperto dall'organo giudiziale al suo interno, definendone compiutamente poteri e funzioni, anche alla luce delle risultanze riportate dalla giurisprudenza di legittimità. Quest'ultimo approfondimento è stato aggiunto all'elaborato in quanto fornisce l'ideale espediente per introdurre e collegarsi all'argomento del terzo ed ultimo capitolo, fulcro dell'intero obiettivo di ricerca del presente elaborato.

Pertanto nel capitolo conclusivo, dopo la riflessione sulle dinamiche di interazione fra la disciplina giuridica del diritto tributario con il diritto fallimentare, l'analisi prosegue con l'introduzione della teoria in dottrina che tende ad escludere la possibilità di rilevare nell'alveo della procedura di concordato preventivo la presenza di operazioni fiscalmente elusive. Sarebbe estremamente difficile, infatti, poter sfruttare a proprio favore lo strumento di composizione concordata della crisi d'impresa per porre in essere operazioni di ristrutturazione della società al fine di ottenere vantaggi impositivi indebiti, alla luce, soprattutto, della valida ragione extrafiscale perseguita dall'imprenditore di salvaguardare la sua impresa dal fallimento.

Difficile o meno, si è potuto dimostrare, anche attraverso l'analisi di una fattispecie concreta, che sia possibile recare danno agli interessi del Fisco *in itinere* di procedura concordataria, mettendosi artatamente nelle condizioni di porre in essere determinate operazioni di ristrutturazione del debito societario che consentono l'applicare un regime fiscale agevolativo, ottenendo risultati vantaggiosi dal punto di vista impositivo, ma in contrasto con la *ratio* delle norme tributarie applicate.

Le considerazioni svolte sin qui conducono innanzi alla questione fulcro dell'intero progetto di tesi, questione problematica ad oggi rimasta al di fuori del perimetro di indagine degli esperti del diritto, concentrati a fornire le risposte agli altri innumerevoli aspetti critici del profilo tributario delle procedure concorsuali.

www.osservatorio.oci.org

Una volta sollevata la questione, a chiusura del progetto di tesi, si propone, come anticipato, la descrizione di una soluzione plausibile al problema: a tal proposito, si coglie l'occasione per puntualizzare che con la soluzione ideata e riportata all'interno del terzo capitolo non si vuole peccare di alcuna presunzione, consci del fatto che la tematica in questione sia costellata da non poche difficoltà e manchi del tutto in dottrina un'adeguata trattazione dell'argomento.
Nonostante, quindi, la soluzione soffra inevitabilmente di alcune criticità, alle quali in ogni caso si tenta di fornire una risposta ipotetica plausibile, offre in ogni caso un approccio interessante e una valida prospettiva dal quale iniziare ad affrontare il problema.
Detto questo, non resta che addentrarci nei meandri dell'elaborato.

www.osservatorio.oci.org

www.osservatorio.oci.org

Capitolo 1.
L'ELUSIONE FISCALE

Sommario: **1.** La ricerca di una definizione; **2.** Distinzione con figure attigue; **2.1** L'evasione fiscale; **2.2** La frode fiscale; **2.3** La simulazione; **2.4** L'interposizione fittizia di persona; **2.5** Il lecito risparmio d'imposta; **3.** *Iter* giurisprudenziale e legislativo di contrasto all'elusione; **3.1** Le tappe giurisprudenziali; **3.1.1** L'abuso del diritto elaborato dalla Corte di Giustizia; **3.1.2** L'abuso del diritto elaborato dalla Corte di Cassazione; **3.2** La legislazione di contrasto all'elusione fiscale; **3.2.1** La clausola antielusiva *ex* art. 37 *bis*, D.P.R. n. 600/1973; **3.2.2** La clausola generale antiabuso *ex* art. 10 *bis,* L. n. 212/2000; **4.** La sanzionabilità dell'elusione fiscale.

1. La ricerca di una definizione

La ricerca di una definizione in merito all'elusione fiscale è il primo passo da compiere per circoscrivere questo fenomeno che si compone d'atteggiamenti collocabili in una via di mezzo tra lecito ed illecito. Questa ricerca deve essere condotta tenendo a mente che l'elusione è una "*nozione eminentemente sociologica, economico-finanziaria e per di più metagiuridica, poiché per un giurista non è possibile porre in essere comportamenti intermedi tra l'osservanza e l'inosservanza delle disposizioni legislative*"[1].
Metafisicamente parlando, si potrebbe citare a questo proposito il principio di non contraddizione di Aristotele, contenuto nel libro 4° della *Metafisica*, secondo il quale "*è impossibile che il medesimo attributo, nel medesimo tempo, appartenga e non appartenga al medesimo oggetto e sotto il medesimo riguardo*". Bene, l'elusione, invece, si compone di due facce diametralmente opposte, occupando quel sottile spazio che vacilla tra l'evasione e la lecita pianificazione fiscale, per questo motivo risulta particolarmente ostico darne una definizione precisa e condivisa.

Lacune normative, antinomie e difformità rinvenibili all'interno del sistema tributario permettono al contribuente di ottenere un vantaggio fiscale di natura indebita, vale a dire non dovuto stando alla *ratio* delle previsioni normative. Di conseguenza, da un certo punto di vista, si può affermare che l'elusione è "*il riflesso della fisiologica patologia delle moderne discipline tributarie*", le quali devono rispondere all'esigenze sia di certezza *"sui comportamenti da tenere, che di aderenza delle discipline fiscali alle sempre più diversificate forme dei fenomeni economico-giuridici"* [2]*.* Proprio a causa di questo contesto, l'elusione

[1] S. LA ROSA, *Abuso del diritto ed elusione fiscale: differenze ed interferenza*, in *Diritto e pratica tributaria*, n. 4, 2012, pag. 713.
[2] S. LA ROSA, *Abuso del diritto ed elusione fiscale: differenze ed interferenza,* op. cit.*,* pag. 714.

www.casomaterio.org

è rimasta a lungo un fenomeno dai contorni fumosi che si è tentato di correggere con normative sempre più analitiche, articolate, e asistematiche.

Solo di recente si è riuscito a mettere un punto fermo a livello normativo grazie alla recentissima introduzione di una nuova clausola generale antiabuso, la quale ha portato alla codificazione nel sistema tributario del principio di divieto di abuso del diritto di matrice giurisprudenziale europea, superando i limiti della precedente clausola antielusiva, codificata ai sensi dell'art. 37 *bis,* D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, che è stata conseguentemente abrogata[3].

Nelle pagine seguenti dell'elaborato, dopo aver "costretto" il fenomeno in una definizione, verranno analizzate le principali figure con le quali l'elusione fiscale viene spesso confusa ed assimilata, si attraverserà poi il percorso intrapreso dalla giurisprudenza di punta nell'interpretare e colmare i vuoti legislativi in merito, per terminare proprio con l'analisi delle disposizioni normative più significative, alla luce delle recenti innovazioni.

***

Innanzitutto va rilevato che la tendenza ad eludere è un atteggiamento connaturato all'uomo che, infatti, nella sua veste di *homo oeconomicus*, tende da sempre a porre in essere quei comportamenti che gli permettono un minor sacrificio e la massimizzazione delle proprie utilità. Ponderare i costi ed i benefici per perseguire la via che comporta un minor onere possibile è, dunque, un comportamento naturale dell'uomo, non classificabile come negativo *tout court*.

Se dal punto di vista economico suddetto atteggiamento umano rappresenta un vero e proprio diritto attinente alla sfera dell'autonomia privata, al contrario in campo giuridico-fiscale il comportamento elusivo va condannato.

Non si sta parlando della lecita pianificazione fiscale, vale a dire del tentativo fisiologico del contribuente di minimizzare il carico fiscale, tentativo tra l'altro tutelato dal nostro ordinamento; il comportamento patologico da curare consiste nel "piegare" a proprio vantaggio le previsioni normative, non limitandosi a scegliere, tra le diverse alternative offerte dall'ordinamento a parità di condizioni, quella più favorevole. È un comportamento teso ad evitare il pagamento dei tributi senza violare direttamente le norme tributarie.

Nel nostro ordinamento giuridico non è esistita per lungo tempo una specifica nozione che definisse tal fenomeno in modo specifico, anche per questo motivo l'elusione è stata spesso confusa con altri istituti. È un fenomeno, infatti, che si intreccia saldamente con fattispecie ad essa contigue, non sempre facilmente scindibili e riconducibili al lato "patologico" del rapporto tributario, come l'evasione, la simulazione, o l'interposizione fittizia di persona, ma anche con

[3] La codificazione è avvenuta ad opera del d.lgs. 5 agosto 2015, n. 128, il quale ha introdotto nello Statuto dei diritti del Contribuente l'art. 10 *bis*. Per mezzo di quest'ultimo, sono stati unificati definitivamente i concetti di abuso del diritto ed elusione fiscale, si sono tracciati i connotati del nuovo istituto, la sua nozione e il perimetro entro il quale la normativa opera, si sono inoltre delineati sul piano degli effetti giuridici le conseguenze di una condotta abusiva e, a livello procedimentale, sono state definite le modalità attraverso le quali deve avvenire la contestazione della fattispecie abusiva al contribuente.

www.osservatorio.oci.org

fenomeni connaturati positivamente come il lecito risparmio d'imposta. Anche per questo motivo è importantissimo darne una definizione puntuale.

La difficoltà nel recuperare una definizione condivisa del concetto di elusione è dovuta alla sua non sintetizzabilità in una categoria logica, in quanto tale fenomeno "*si evolve in base al concetto di 'etica' tributaria, così come individuato dalla legislazione, dalla giurisprudenza e dalla prassi amministrativa*"[4].

Si partirà dall'assunto che "*l'elusione si manifesta come una fisiologica conseguenza della ontologica incompletezza del diritto positivo rispetto al libero e continuo esplicarsi della autonomia negoziale dei singoli*"[5]. "*Essa costituisce un comportamento teso ad utilizzare strumentalmente le carenze dell'ordinamento, in modo tale da non far sorgere in tutto o in parte un obbligo tributario*"[6]. Citando inoltre Chinellato, si può affermare che il comportamento elusivo "*si insinua nelle incrinature che l'ordinamento giuridico presenta, occupando quella zona d'ombra che separa le aree dell'evasione e della lecita pianificazione fiscale*"[7].

La volontà trainante l'interprete lo spinge proprio nel ricercare vuoti, imprecisioni, smagliature o imperfezioni annidate all'interno delle disposizioni dell'ordinamento tributario, forzandole sino a permettergli un'interpretazione apparentemente legittima delle stesse, con un immediato e diretto vantaggio fiscale, il quale, però, risulta essere non in linea con la volontà intrinseca delle medesime disposizioni fiscali.

A tal proposito non si può negare che l'atteggiamento elusivo sia esso stesso incentivato dalla natura e qualità delle norme tributarie, quindi dallo stesso ordinamento che tenta di ostacolarlo e combatterlo. L'ordinamento giuridico italiano, infatti, fornisce terreno fertile ove attecchire dovendo disciplinare in modo puntuale e tassativo il presupposto dei tributi, garantendo la tipizzazione ed esaustività delle fattispecie impositive. Si è così incentivato un circolo vizioso per cui voler follemente prevedere in maniera esaustiva la complessità delle situazioni reali, comporta l'alternanza di lacune normative a previsioni casisticamente dettagliate, producendo "*un'espansione non uniforme del sistema*"[8] e incentivando così l'alimentazione del germe elusivo.

La dottrina ha sottolineato come il fenomeno dell'elusione dipenda dall'esistenza stessa delle regole e dalla loro formazione inadeguata, accompagnata dal tentativo costante del Legislatore di mettere in atto migliorie finalizzate ad eliminare le distorsioni, disciplinando a tal proposito in maniera più pervasiva e completa possibile le fattispecie; quest'atteggiamento rischia

[4] G. PALUMBO, *L'elusione fiscale*. *La pianificazione fiscale tra legittimo risparmio d'imposta, elusione ed evasione*, <www.sistemieditoriali.it>, aggiornato 2006, [ultima cons. dicembre 2015].

[5] A. FANTOZZI, *Diritto tributario*, Milano, UTET, 2012, pag. 357.

[6] A. PALMIERI, *Elusione e frode fiscale*, <http://www.altalex.com>, 2009, aggiornato 2011, [ultima cons. dicembre 2015].

[7] G. CHINELLATO, *Codificazione tributaria e abuso del diritto*, Padova, CEDAM, 2007, pag. 164.

[8] G. CHINELLATO, *Codificazione tributaria e abuso del diritto*, op. cit., pag. 10.

www.osservatorio.org

però di produrre un "*ipertrofismo legislativo*"[9] che alimenta un sistema già di per sé farraginoso.
Col tempo si è costruito così un ordinamento costellato di norme prettamente casistiche, carenti di principi generali e non incentrate sulla ricerca di una *ratio* sottesa alla generalità degli istituti tributari. L'atteggiamento restio del Legislatore all'introduzione nel sistema di una clausola generale di contrasto all'elusione, inoltre, può essere annoverato come una delle cause dell'espansione del fenomeno medesimo; "*spinto dalla superstizione che fosse lecito contrastare solo singole manifestazioni del fenomeno, il nostro Legislatore ha prodotto per decenni norme isolate e non sempre omogenee*"[10].

Il terreno fertile, dunque, ove si insinua ed attecchisce il morbo del comportamento elusivo è costituito dalle imperfezioni dell'ordinamento tributario; i connotati essenziali della medesima condotta sono frutto delle inevitabili falle, lacune ed imperfezioni degli apparati normativi sempre più frammentati e parcellizzati.

Sin da queste prime righe, risulta lampante come non sia del tutto agevole definire l'oggetto di ricerca protagonista del primo capitolo.
Fondamentale è chiarire sin da subito che l'elusione non comporta mai una diretta violazione delle norme impositive (altrimenti si configurerebbe l'istituto dell'evasione, di cui si parlerà più avanti) bensì un aggiramento delle stesse, una loro forzatura; essa si pone "*extra legem*" e non "*contra legem*". Il comportamento elusivo è sempre garantito da una legittimità formale, pertanto è da considerarsi lecito sino a quando una norma generale, o particolare, non lo qualifichi come illecito.

Dando corpo alla definizione, si rileva che vi sono fondamentalmente due scuole di pensiero circa il fenomeno elusivo: secondo alcuni la sua essenza va ricercata nel percorso negoziale adottato dal contribuente; secondo altri, invece, bisogna focalizzare l'attenzione sul risultato finale conseguito dal soggetto.

Stando alla prima scuola di pensiero, si configura un comportamento elusivo ogni qualvolta la configurazione dei fatti non è adeguata rispetto l'obiettivo economico perseguito. L'elusione viene collegata "all'abnormità" del percorso negoziale prescelto dal contribuente, perché la configurazione dei fatti "adeguata" persegue l'obiettivo economico direttamente, è semplice e razionale; la configurazione "inadeguata", viceversa, indirettamente ed è inutilmente articolata e complessa[11].

---

[9] Espressione di F. AMATUCCI, *Principi e nozioni di diritto tributario*, Torino, Giappichelli, 2011, pag. 114.

[10] P. M. TABELLINI, *L'elusione della norma tributaria*, Milano, Giuffrè Editore, 2007, pag. 160.

[11] *Ad colorandum* si ricorda che "*le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge*", come recita l'inciso dell'art. 1322 cod. civ., il quale individua il primo profilo attinente all'autonomia contrattuale di cui godono i privati, che garantisce loro piena autonomia per l'individuazione di tutte le determinazioni necessarie per regolamentare i propri rapporti, con unico limite quello individuato dalla legge. Al secondo comma dell'art. succitato, è disposto che "*le parti possono anche concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare* [individuata ex art. 1323 cod. civ.] *purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico*". I privati, dunque, godono della libertà di ricorrere anche a forme contrattuali atipiche, purché siano dirette a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giudiziario.

www.tesionline.com

Il comportamento elusivo si prefigge di evitare/ridurre l'imposta voluta dall'ordinamento per quel risultato "*attraverso un uso distorto e tortuoso*"[12] di strumenti e negozi giuridici non confacenti a quel tipo di operazione economica. La sola spiegazione plausibile dell'uso di percorsi non agevoli e diretti è data "*dall'intenzione di ottenere un trattamento fiscale più favorevole*"[13]. L'aggiramento è veicolato dalle forme negoziali stravaganti (si può ben dire che in certi casi si è davanti ad esercizi di pura creatività!) e meno onerose, scelte in luogo di quelle considerate "normali" per quella fattispecie, ma fiscalmente più gravose.

Molto diffusa tra gli studiosi del diritto tributario è suddetta tesi, secondo la quale, per l'appunto, l'elusione consiste in un "abuso*"* delle forme giuridiche finalizzato a sottrarre una certa operazione economica al suo regime fiscale naturale*[14]*. Tra questi si possono citare *ex multis* Russo, secondo il quale si è davanti ad un assetto elusivo allorquando gli interessati, allo scopo di determinare un vantaggio fiscale, "*raggiungono un determinato assetto dei loro rapporti economici adoperando strumenti giuridici inconsueti, ossia diversi da quelli all'uopo normalmente e generalmente utilizzati*"[15]. Di questo parere è anche Falsitta, secondo il quale l'elusione avrebbe luogo mediante "*una concatenazione anomale e inconsueta di negozi*"[16] che comporterebbero una tassazione inferiore rispetto i negozi "modellati su misura". Di *"applicazione strumentale delle norme tributarie"* parla Del Federico, difatti "*il contribuente preordina, attraverso atti, negozi ed operazioni materiali, una condotta che gli consente di aggirare una determinata norma impositiva e, nel contempo, di conseguire ugualmente il risultato economico, che sarebbe stato altrimenti tassato. L'elusione è dunque caratterizzata dall'aggiramento (rectius dalla non integrazione) della fattispecie impositiva, il che consente al contribuente di conseguire un vantaggio fiscale*"[17].

Partendo da questa premessa e ricollegandoci alla riflessione intorno all'elusione fiscale, ne deriva che i contratti posti in essere dai privati, nonostante siano insoliti, si debbono considerare del tutto leciti se diretti a tutelare un interesse apprezzabile; l'abnormità del procedimento si innalza ad indice di frode della legge quando non risponde ad un'esigenza o ad uno scopo d'affari, ma è determinata dall'unica volontà di aggirare la legge sfruttando i formalismi del sistema.

[12] D. STEVANATO, *Elusione fiscale ed abuso delle forme giuridiche, anatomia di un equivoco,* in *Diritto e pratica tributaria*, n. 5, 2015, pag. 696.

[13] D. STEVANATO, *Elusione fiscale ed abuso delle forme giuridiche, anatomia di un equivoco,* op. cit., pag. 697.

[14] Secondo l'autore H. W. KRUSE, per abuso si deve intendere ogni artifizio o raggiro delle configurazioni giuridiche che si mostrano, dunque, come inadeguate a perseguire i risultati economici prefissati. Va da sé che l'intento di eludere si risolva in un'attività *in fraudem legis*. H. W. KRUSE, *Il risparmio d'imposta, l'elusione fiscale e l'evasione*, in *Trattato di diritto tributario,* diretto da A. AMATUCCI, Padova, CEDAM, 1994, pag. 209.

[15] P. RUSSO, *Manuale di diritto tributario. Parte generale*, Milano, Giuffrè Editore, 2007, pag. 107.

[16] G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario. Parte generale*, Padova, Cedam, 2012, pag. 224.

[17] L. DEL FEDERICO, *Elusione e illecito tributario,* in *Corriere Tributario*, n. 39, 2006, pag. 3110. Cfr. anche *ex pluribus* FANTOZZI, *Diritto tributario,* op. cit., pag. 358, il quale individua l'elusione in un comportamento "*anormale*" rispetto quelli adottabili nelle medesime condizioni e determinante un risparmio d'imposta altrimenti non spettante; si veda inoltre A. GIOVANNINI, *L'abuso del diritto nella legge delega fiscale,* in *Riv. Dir. Trib.*, 2014, n. 1, pagg. 234 e ss., che parla di "*uso distorto degli strumenti giuridici e delle libertà negoziali*"; non da ultimo G. VANZ,

www.osservatorio.org

Secondo la scuola di pensiero finora illustrata, il primo elemento che rivela la presenza elusiva è "l'uso distorto" (od abusivo) degli strumenti giuridici previsti dall'ordinamento che comportano un regime fiscale meno gravoso rispetto ad altri percorsi di valore equipollente, ma maggiormente onerosi dal punto di vista tributario. Il secondo elemento che rileva è l'assenza di "valide ragioni economiche" a giustificazione del percorso negoziale intrapreso, il quale, dunque, diviene giustificabile solo alla luce del risparmio d'imposta che lo accompagna.
Spingendoci un passo oltre in questa direzione, si rileva che il divieto di abuso delle forme giuridiche è una regola di condotta il cui perno poggia sulla buona fede oggettiva, indi per cui l'abuso in sé è un comportamento contrario alle regole di buona fede, una condotta artificiosa lesiva del diritto del creditore e volta ad ottenere un vantaggio fiscale per il debitore[18].

Volendo riassumere, si dirà che, secondo questa prima corrente, si ha elusione fiscale quando si usano con artifizio le configurazioni giuridiche approfittando dei vuoti normativi propri dell'ordinamento tributario; quindi le configurazioni giuridiche prescelte si rivelano inadeguate rispetto il contenuto economico delle norme tributarie. L'abuso, dunque, consisterebbe in un'azione volta a perseguire finalità di violazione indiretta della legge tributaria, per ottenere un vantaggio economico di natura fiscale e l'inadeguatezza atterrebbe ad un giudizio di difformità tra il percorso prescelto e l'obiettivo economico che si persegue.

La peculiarità del fenomeno elusivo comporta che lo stesso generalmente non si esaurisca nell'estrinsecazione di un'operazione, ma che si basi quasi necessariamente su una *"pluralità di atti tra loro coordinati"*; la verifica che ne consegue consta di un *"confronto oggettivo tra regimi fiscali, e non certo nella necessità di sindacare i comportamenti soggettivi dell'imprenditore medio o dell'uomo d'affari medio"*[19].

L'elusione fiscale tra forma giuridica e sostanza economica, in *Rass. Trib*., 2002, pag. 1626, il quale ritiene gli effetti elusivi perseguibili solo se comportano "*un uso anomalo degli strumenti civilistici consentiti dall'ordinamento*".

[18] Tale ricostruzione promana direttamente dalla tendenza nel risolvere le questioni di diritto tributario per mezzo di strumenti appartenenti al mondo del diritto dei privati.
"L'abuso, come principio generale, discende dalle regole privatistiche sul divieto di comportamenti contrari alla buona fede oggettiva, a danno delle ragioni del creditore e a vantaggio esclusivo del debitore, vantaggio che proprio nelle ragioni o nell'interesse del creditore trova limite e impedimento. La sua nozione, pertanto, non ha origine giurisprudenziale comunitaria, né giurisprudenziale domestica. Il divieto d'abuso, anche se non coincide perfettamente con la buona fede oggettiva, è anzitutto una regola di condotta, che deve essere improntata a correttezza. L'abuso, come principio generale, discende direttamente dalle regole privatistiche sul divieto di comportamenti contrari alla buona fede oggettiva, a danno delle ragioni del creditore ed a vantaggio esclusivo del debitore, vantaggio che proprio nelle ragioni o nell'interesse del creditore trova limite e impedimento. A. GIOVANNINI, *L'abuso del diritto nella legge delega fiscale,* op. cit., ed inoltre *Note controcorrente sulla sanzionabilità dell'abuso del diritto,* in *Corriere Tributario,* n. 11, 2015, pag. 823.

[19] R. LUPI, *L'elusione come strumentalizzazione delle regole fiscali,* in *Rass. Trib*., 1994, n. 1, pag. 415; inoltre, sempre secondo l'Autore succitato, aggiungendo sfumature, l'elusione non deve essere ricercata nell'utilizzo anomalo dei negozi/atti giuridici in generale, quanto piuttosto nella strumentalizzazione della normativa tributaria. Il fenomeno elusivo non deriverebbe dalla previsione della libertà contrattuale dei privati ex 1322 e dal principio di autonomia privata, ma costituirebbe il risultato diretto della presenza delle norme tributarie e della loro inadeguatezza

Ovviamente, va da sé, che il giudizio attinente la difformità tra percorso intrapreso dal contribuente e obiettivo perseguito non sia di agevole formulazione; si rischia di comprimere eccessivamente la sfera di libera iniziativa economica dei privati, di non rispettare il principio di effettiva capacità contributiva e, allo stesso tempo, di lasciare impuniti atteggiamenti elusivi.

Il risultato finale di siffatto orientamento, concludendo, vede l'assimilazione dell'elusione fiscale con la categoria giuridica di natura civilistica dell'abuso del diritto, equiparazione che costituisce il nocciolo della tesi predominante in vigore attualmente[20].

La seconda scuola di pensiero sostiene si debba spostare l'attenzione dai mezzi per ottenere il vantaggio fiscale, alla rispondenza di questi ultimi con la *ratio*[21] delle disposizioni legislative[22]. L'elusione sarebbe finalizzata, infatti, a conseguire "*un risultato conforme alla lettera, ma non alla ratio delle norme tributarie*"[23]. L'elemento fondante secondo la prima scuola di pensiero, vale a dire l'atipicità del percorso negoziale prescelto dal contribuente sconfinante nell'abuso del diritto, è l'elemento che consente di aggirare le norme tributarie e quindi di porre in essere la condotta elusiva, ma non è di quest'ultima l'elemento qualificante. Ciò che dà realmente contenuto al fenomeno elusivo, per la seconda scuola di pensiero, è il conseguimento di risultati economici contrari al sistema tributario.

Primo tra tutti a sostenere la veridicità della tesi appena citata è Stevanato, il quale afferma che: "*L'utilizzo di strutture negoziali anomale o inconsuete ai fini del risparmio fiscale è, di per sé, indice si un'operazione elusiva, fino a che il vantaggio conseguito trova giustificazione nelle regole e nei principi del sistema: far coincidere l'elusione fiscale con l'abuso delle forme giuridiche significherebbe imboccare una scorciatoia e scambiare il mezzo con il fine*"[24].

L'errore di fondo della corrente maggioritaria, *ab ovo,* è dovuto al fatto di ritenere esistente un unico schema negoziale, o percorso giuridico che dir si voglia, in grado di fornire adeguata e corretta rappresentazione di un certo

---

nel prevedere i fenomeni fiscali. L'elusore approfitta delle smagliature del sistema, delle sue lacune ed imperfezioni, aggirando le regole a suo vantaggio. In tal caso non si realizza un abuso dell'autonomia contrattuale dei privati nel creare forme atipiche di negozi, quanto un abuso della normativa tributaria: "*Non è abuso dell'autonomia privata, ma delle regole fiscali e delle loro imperfezioni, abuso che deve essere combattuto all'interno del diritto tributario*".

[20] Di questa importante equiparazione, che costituisce l'epilogo finale di un lungo percorso di regolamentazione, giunto a compimento solo nel 2015 con l'introduzione di un articolo dedicato al fenomeno elusivo all'interno dello Statuto dei diritti del Contribuente (l'art. 10 *bis*), si avrà modo di parlare in maniera più approfondita in un paragrafo dedicato.

[21] Per *ratio* del tributo si deve intendere quella "*formula breviloquente con cui si individua il fatto economico o l'insieme dei fatti economici* [espressivi della capacità contributiva] *che il singolo tributo ha lo scopo di colpire e che ne costituisce la ragion di essere, la funzione*", G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario*. *Parte generale*, op. cit.

[22] Tra gli autori si possono annoverare: M. BEGHIN, *L'elusione fiscale e il principio del divieto di abuso del diritto*, S.l., CEDAM, 2013; D. STEVANATO, *Elusione fiscale ed abuso delle forme giuridiche, anatomia di un equivoco*, op. cit., S. LA ROSA, *Abuso del diritto ed elusione fiscale: differenze ed interferenza,* op. cit. e F. TESAURO, *Compendio di diritto tributario*, Milano, UTET, 2010.

[23] F. TESAURO, *Compendio di diritto tributario*, op. cit., pag. 133.

[24] D. STEVANATO, *Elusione tributaria, abuso dell'autonomia negoziale e natura del risparmio d'imposta,* in *Rivista di giurisprudenza tributaria*, n. 7, 2006, pag. 614.

www.osservatorio.org

obiettivo economico e non, viceversa, una pluralità di strumenti ugualmente spendibili.

Le fattispecie impositive, sovente, si riferiscono a tipologie contrattuali o figure tratte direttamente dal mondo dei privati e rilevano per la sostanza economica che generano; il loro fine è quello di misurare il livello di ricchezza sul quale, poi, graverà l'imposta. *Ictu oculi*, sempre secondo Stevanato, ma anche a parere di chi scrive, sembra utopico poter ricondurre ad un'unica corrispondenza la sostanza economica sul quale si eserciterà il prelievo fiscale e la forma giuridica idonea a rappresentarla: necessariamente esisteranno una pluralità di soluzioni e combinazioni negoziali per perseguire un certo intento economico.

Secondo la tesi maggioritaria, vi è un'unica regola di tassazione per un certo risultato economico, un'unica forma giuridica costituente "l'idea platonica" di quella specifica ricchezza. In questo modo, attraverso le forme negoziali considerate "normali", si vuole attingere in via interpretativa alla sostanza economica sottostante ai negozi, sussumendola nella fattispecie astratta paradigmatica, senza rendersi conto di operare in modo arbitrario una riscrittura delle regole che, in realtà, il Legislatore ha già provveduto a sancire[25].

Ne deriva che in base alla dottrina dominante la "*tassazione* [deve essere] *ancorata alla realtà sostanziale anziché alla forma giuridica*" (la c.d. *substance over form*)[26], vincolandola così ad una forma negoziale ritenuta "normale" perché più aderente ad una certa realtà sostanziale. Ma risulta non esaustivo affermare che si è in presenza di elusione fiscale ogni qualvolta il contribuente si avvalga di strumenti più vantaggiosi rispetto lo "schema tipo" che si considera, in modo del tutto arbitrale, più aderente alla realtà sostanziale dell'operazione posta in essere. Fondamentale sarà, infatti, dimostrare che il comportamento indiziario di condotta elusiva abbia infranto i principi del sistema e lo spirito delle leggi tributarie. L'analisi andrà di conseguenza trasferita sulle ragioni sottostanti le norme chiamate in causa. Il rischio, in caso contrario, è quello di appiattire qualsiasi distinzione che tiene separati il concetto di elusione dal concetto di evasione, da una parte, e legittima pianificazione fiscale, dall'altra.

"*La chiave di lettura dell'elusione è quella della comparazione tra due operazioni: da un lato, quella concretamente effettuata; dall'altro, quella non effettuata, ma alternativa alla prima*"[27]. Attraverso la comparazione si possono valutare le ragioni che hanno spinto il contribuente a perseguire una via piuttosto che un'altra, portando alla luce le valide, o meno, ragioni economiche. Risulterebbe facile, altrimenti, cadere nella tentazione di considerare elusivo qualsiasi comportamento del contribuente che, davanti ad una pluralità di

[25] Sempre secondo STEVANATO, *Elusione fiscale ed abuso delle forme giuridiche, anatomia di un equivoco*, op. cit., pag. 706, "*una volta che il Legislatore ha selezionato le fattispecie impositive attraverso il riferimento a tipologie negoziali, non si può pretendere di attingere direttamente, in via interpretativa, alla 'sostanza economica' sottostante ai singoli negozi posti in essere, sussumendoli tutti nell'ambito di una fattispecie paradigmatica di quella ricchezza che si ipotizza il Legislatore volesse immancabilmente tassare in un determinato modo, considerando tale fattispecie alla stregua di un alter ego giuridico di quella sostanza economica*".

[26] Espressione utilizzata da Stevanato in D. STEVANATO, *Elusione fiscale ed abuso delle forme giuridiche, anatomia di un equivoco,* op. cit*.,* pag. 701.

[27] M. BEGHIN, *L'elusione fiscale e il principio del divieto di abuso del diritto*, op. cit., pag. 45.

www.cssw.it.org

schemi negoziali ugualmente spendibili, scelga quello che comporta una tassazione più lieve[28].
Come corollario ne deriverebbe che la "via maestra" da perseguire per non eludere è applicare sempre e comunque il percorso che comporta con una tassazione più gravosa. Risultato paradossale non condivisibile.
"*La prospettiva dell'abuso del diritto si rivela concretamente inidonea a selezionare e caratterizzare effettivamente i comportamenti fiscalmente elusivi, in quanto per un verso finisce con l'attrarre tra di essi tutta l'area dei comportamenti determinanti legittima finalità di risparmio d'imposta, e per altro verso con il renderli sempre e comunque sanzionabili*"[29].
La seconda scuola di pensiero è più sensibile ai principi di 'libera iniziativa economica' e 'autonomia contrattuale', i quali, permeando l'intero ordinamento giuridico, comportano l'impossibilità di contestare un percorso negoziale intrapreso dal contribuente per regolamentare i suoi interessi, fintanto quanto questo percorso rispetti i principi ed i limiti imposti dall'ordinamento stesso. L'elemento sul quale si devono puntare i riflettori in sede di accertamento non dovrebbe corrispondere alla scelta del percorso negoziale intrapreso quindi, ma piuttosto alla conformità dei risultati, conseguiti per mezzo di quello stesso percorso negoziale, con i generali principi cardine dell'ordinamento tributario.

Concludendo, nonostante la dottrina maggioritaria (prima scuola) si sia assestata sull'identificazione dell'elusione fiscale con la figura dell'abuso del diritto, il concetto di "uso distorto delle forme giuridiche" dovrebbe costituire "*un elemento di attenzione investigativa, al più un sintomo di una possibile elusione, che però andrebbe dimostrata guardando ai principi del sistema tributario* [...] *e non all'adeguatezza degli schemi giuridici rispetto agli obiettivi economici dei privati*"[30].
Nel sospetto di un atteggiamento elusivo, il *quid pluris* che lo avvalora è, oltre all'uso strumentale di certi schemi negoziali, soprattutto il contrasto con le *rationes* sottese alle norme applicate, che costituiscono l'ossatura portante dell'ordinamento tributario. Non tutti i percorsi devianti lo schema tipo considerato "normale" conducono ad un vantaggio indebito, ma solo se si mantengono in linea con i principi e lo spirito delle leggi impositive.
Si potrebbe lecitamente sostenere che l'attuale indirizzo in voga sia frutto di un'erronea prospettiva dal quale si osserva il fenomeno dell'elusione, prospettiva che identifica quest'ultima con la categoria giuridica dell'abuso, od uso distorto, delle forme giuridiche, oramai del tutto radicata tra gli studiosi e

[28] "*E così* [ad esempio] *se l'acquisto dell'azienda consentirà la deduzione di ammortamenti e costi che strade alternative, come l'acquisto della partecipazione, non avrebbero consentito, si sarà tentati di considerare quest'ultima come la pietra di paragone del regime fiscale dell'investimento produttivo, qualificando come elusivo ogni diverso comportamento. Ogni volta, insomma, che vi sia un certo percorso negoziale implicante un certo regime di tassazione, sarà giocoforza concludere che altri percorsi sostanzialmente equipollenti quanto a capacità di raggiungere l'obiettivo economico andranno fiscalmente 'riqualificati' (ove più vantaggiosi) applicando il principio substance over form, previa affermazione della loro elusività*" D. STEVANATO, *Elusione fiscale ed abuso delle forme giuridiche, anatomia di un equivoco*, op. cit., pag. 713.
[29] S. LA ROSA, *Abuso del diritto ed elusione fiscale: differenze ed interferenza*, op. cit., pag. 712.
[30] D. STEVANATO, *Elusione fiscale ed abuso delle forme giuridiche, anatomia di un equivoco*, op. cit., pag. 712.

nelle aule di tribunale al punto da essere stata di recente codificata in un apposito articolo[31].

2. Distinzione con figure attigue

Dal precedente paragrafo si desume come l'esatta qualificazione dei comportamenti posti in essere dai contribuenti in tema elusivo non sia sempre agevole, tanto da poter sconfinare, delle volte, in istituti attigui all'elusione fiscale che con essa condividono taluni aspetti, ma dalla quale restano pur sempre distinti.
Il confine è molto sottile e labile, ma rimane di preminente importanza non scivolare in inquadramenti della fattispecie concreta che li travalichino.
Gli effetti giuridici che dipendo da ogni istituto sono strettamente collegati ad esso, quindi il giusto inquadramento dei fatti è il primo passo da compiere per non cadere in errore e attribuire al contesto concreto la corretta determinazione legislativa.

Il fenomeno dell'elusione fiscale è rimasto per molto tempo "intrappolato" in un limbo, risultando un argomento scomodo e scottante da trattare; "*la carenza di riflessioni sull'essenza dell'elusione tributaria, l'incapacità della dottrina di coglierne i tratti salienti, il suo forviante accostamento con l'abuso delle forme giuridiche, hanno fin qui impedito un'efficace opera di 'regolamenti dei confini', come dimostrano le frequenti commistioni tra l'elusione e altri istituti e figure giuridiche*"[32].
Di seguito, al fine di delinear in modo efficacie i contorni del fenomeno in oggetto, si tenterà (per completare l'opera di "ricerca di una definizione" del paragrafo precedente) una descrizione delle principali figure attigue all'elusione, che spesso, nel tempo, sono state assimilate ad essa venendo quindi travisate nella loro essenza, a riprova del fatto che l'elusione non è mai stata puntualmente disciplinata e circoscritta dal nostro ordinamento.

2.1 *L'evasione fiscale*

Apertis verbis, l'evasione risulta essere il principale istituto con il quale l'elusione tende ad essere confusa. Appropinquandosi al fenomeno elusivo, infatti, non di rado si può incappare in testi, articoli o contributi di qualsivoglia

[31] "*La 'credenza' interpretativa, oramai radicata nella giurisprudenza e come visto frutto di un vistoso errore di prospettiva, che confonde l'elusione tributaria con un ineffabile 'abuso' o 'utilizzo distorto' delle delle forme giuridiche*", D. STEVANATO, *Elusione fiscale ed abuso delle forme giuridiche, anatomia di un equivoco*, op. cit., pag. 713. L'articolo in questione è il 10 *bis*, l. 212/2000.
[32] D. STEVANATO, *Elusione fiscale ed abuso delle forme giuridiche, anatomia di un equivoco*, op. cit., pag. 695.

www.osservatorio.oci.org

natura che danno inizio alle loro considerazioni con la prioritaria distinzione tra i due fenomeni. Le difficoltà nell'opera di regolamento dei confini dell'elusione rispetto a figure ad essa vicine e in condivisione di taluni aspetti, ha portato in certi casi "*fino addirittura ad appiattire l'elusione sull'evasione"*, estendendo le sanzioni previste per la seconda, alla prima[33].
L'indagine sull'elusione fiscale, dunque, non può proseguire se prima non si pone la sua prioritaria distinzione, a quanto pare indispensabile, con l'evasione.

Il concetto da tenere ben ancorato alla propria mente e largamente condiviso in dottrina è che l'evasione e l'elusione "*non sono fattispecie complementari, ma alternative*"[34]. Nonostante quest'archetipo sia non opinabile, sovente, durante il *caos* normativo del periodo d'incertezza che ha caratterizzato a lungo l'istituto dell'elusione, i due fenomeni sono stati impropriamente assimilati dai cultori del diritto e dagli operatori pratici di quest'ultimo. Quest'assimilazione scorretta deve essere considerata, tuttavia, un errore provocato dalle acque torbide in cui si è trovata a navigare l'elusione.

Per evasione s'intende l'occultamento, *in toto* od in parte, dei fatti economici (vale a dire del presupposto fiscale) di modo da incidere "*sulla dimensione imponibile, che viene conseguentemente rappresentata al Fisco in misura inferiore a quella effettiva*"[35]. In poche parole, l'evasore nasconde al Fisco, totalmente o parzialmente, la ricchezza che dovrebbe indicare in dichiarazione e sul quale ricadrebbe la tassazione finale. La peculiarità della ricchezza occultata così come si può, "*magari confidando nella possibilità di non essere scoperto, nell'inefficienza degli uffici finanziari oppure nella speranza di un condono riparatore",* è quella di essere reddito reale, concreto e tangibile[36].

---

[33] D. STEVANATO, *ivi*, pag. 699.
A tal proposito, per esempio, A. GIOVANNINI, *L'abuso del diritto nella legge delega fiscale*, op. cit., pag. 242, afferma che "*la* distinzione *tra evasione ed abuso (alias elusione) fotografa non già due fenomeni tra di loro diversi e separati, come si sostiene per negare la sanzionabilità dell'abuso, ma due profili del medesimo fenomeno: l'abuso descrive la condotta, l'evasione il risultato*. […] *La distinzione tra abuso e le altre forme di risparmio illegale di imposta, insomma, non risiede nel risultato, ossia nell'evasione, ma nelle condotte*". Viceversa, l'autore Vacca sostiene che: "*L'abuso è senz'altro cosa diversa dall'evasione. L'evasione infatti si sostanzia nell'occultamento del reddito in violazione di specifiche norme dell'ordinamento, mentre il comportamento abusivo consiste nel non far nascere i presupposti dell'imposizione, pur senza violare direttamente alcuna regola normativa*". I. VACCA, *L'abuso e la certezza del diritto*, in *Corriere Trib*utario, 2014, pag. 1128.
[34] M. BEGHIN, *L'elusione fiscale e il principio del divieto di abuso del diritto*, op. cit., pag. 252.
[35] M. BEGHIN, *ivi,* pag. 248.
[36] "*Il reddito nascosto è un reddito reale, concreto; il patrimonio occultato è, del pari, un patrimonio esistente, tangibile* […] *non rappresenta un dato di fantasia*". M. BEGHIN*, ivi,* pag. 2.
A pag. 1 della medesima opera, l'Autore afferma circa l'istituto in esame che "*L'evasore paga perciò un'imposta inferiore rispetto a quanto dovrebbe e tale minore versamento è commisurato a fatti, atti, attività e, in genere, situazioni economiche che si sono concretamente verificate e che il suddetto contribuente tiene nascoste all'Amministrazione finanziaria, omettendo di riportarle nella propria dichiarazione*".
L'esempio più tradizionale di evasione, ma anche più pratico perché ricollegabile alla quotidianità, consiste nella somministrazione di bevande o alimenti senza emettere lo scontrino. In questo modo, risulta evidente come l'evasore ottenga un beneficio fiscale immediato, derivante dall'occultamento dei proventi dell'attività commerciale, dimodoché quest'ultimi non vadano ad allargare la base imponibile sul quale ricadrà il prelievo fiscale. Altri esempi ne sono

www.osservatorio.cci.org

Se prendiamo in riferimento l'elusione, invece, "*lo scenario muta radicalmente*": troviamo comunque il versamento di un'imposta di valore inferiore a quella dovuta, ma quest'ultima è "*commisurata a un fatto, a un atto oppure ad un'operazione economica che il contribuente non ha mai posto in essere, ma che, ad avviso dell'ente accertatore, avrebbe dovuto porre in essere*"[37].

L'Agenzia disconosce l'operazione elusiva mandando a tassazione l'operazione elusa, vale a dire quella che il contribuente, ricercando il percorso negoziale a lui più favorevole, si è guardato dal porre in essere. Ne deriva che, *ivi*, la ricchezza recuperata applicando la disciplina dovuta non si può considerare reale e concreta, perché non si riferisce ad operazioni economiche realmente concretizzate da parte del contribuente.

L'evasione si sostanzia in un'azione pratica di occultamento delle operazioni economiche rilevanti; l'elusione, viceversa, si perfeziona mediante l'adozione di una sequenza negoziale che avviene "*alla luce del sole*"[38], senza alcun tipo di nascondimento, ma anzi, delle volte, informando la stessa Amministrazione della volontà di adottare un determinato percorso negoziale.

Si potrebbe affermare, tuttavia, che elusione ed evasione fiscale hanno un elemento in comune, vale a dire il versamento di un'imposta alleggerita rispetto a quella realmente dovuta[39]. Elusore ed evasore pagano meno di quanto dovrebbero, ma, non per questo, i due fenomeni descritti "*si trasformano in concetti intercambiabili, o peggio, sovrapponibili"* [40].

Il risultato finale è similare, ma ciò che sostanzialmente differenzia i due istituti attinente alle modalità con cui si ottiene il prodotto finale, vale a dire la posizione che si assume nei confronti della legge: mentre l'evasione presuppone una violazione diretta e tangibile delle normative tributarie per ottenere il desiderato risparmio d'imposta su un'obbligazione già sorta, l'elusione non comporta una diretta violazione delle disposizioni, quanto piuttosto un loro raggiro e l'obbligazione tributaria non è ancora sorta, perché il fatto imponibile al quale si collega non è stato realizzato in favore di quello fiscalmente più vantaggioso. L'evasione si pone *contra legem*, l'elusione *extra legem.* Quindi, l'elusione è indiretta perché avviene mediante il raggiro della normativa impositrice; l'evasione, viceversa, è diretta perché necessita di una violazione concreta della normativa, non si modificata la struttura del presupposto, ma ci si limita ad evitarne illegalmente le conseguenze fiscali.

---

il caso dell'imprenditore che indichi in contabilità dei costi in realtà mai sostenuti, oppure che non registri il corrispettivo derivante dalla vendita di beni facenti parte del magazzino.

[37] M. BEGHIN, *ivi,* pag. 2.

[38] Espressione di M. BEGHIN, *ivi*, pag. 248.

[39] A supporto di tale concezione l'autore Beghin afferma: "*Esiste pertanto, un elemento che accomuna le fattispecie di evasione e quelle di elusione: il versamento di un'imposta inferiore rispetto a un'altra. Tuttavia, mentre nell'evasione la maggiore imposta dovrebbe essere versata in virtù di fatti economici concretamente realizzati dal contribuente*, […] *nell'elusione la maggiore imposta richiesta dal Fisco si riferisce a fatti economici non realizzati dal contribuente, ma che il contribuente avrebbe dovuto porre in essere se non avesse aggirato la disciplina fiscale per lui più gravosa*". M. BEGHIN, *L'elusione fiscale e il principio del divieto di abuso del diritto*, op. cit., pag. 249.

[40] M. BEGHIN, *ivi,* pag. 43.

www.osservatorio.oci.org

Riprendendo il pensiero dell'autore Beghin, l'evasione è possibile sia su un piano strettamente pratico con operazioni che tendono a nascondere, o comunque abbassare, la base imponibile, ma anche sul piano del diritto, attraverso l'interpretazione e l'applicazione delle norme al caso concreto che comportino "*un azzeramento o alleggerimento dell'imponibile e dell'imposta*"[41]. L'evasione, conseguentemente, potrà avvenire attraverso l'occultamento di informazioni al Fisco, oppure attraverso una dichiarazione inesatta o incompleta; il risultato finale dell'atteggiamento sopra descritto comporta una diminuzione, o addirittura l'eliminazione, della base imponibile, sia attraverso l'applicazione delle norme al caso concreto, sia attraverso l'interpretazione delle stesse.
Questo azzeramento/diminuzione dell'imponibile/imposta assume i connotati di illecito tributario, divenendo per questo sanzionabile penalmente e suscettibile di recupero della tassazione evasa per mano dell'Amministrazione Finanziaria.
La sanzionabilità opera sia sul piano amministrativo, che su quello penale nel caso in cui le cifre evase superino le soglie previste per le fattispecie di reati individuate ai sensi del d.lgs. 10 marzo 2000, n. 74[42].

Le forme evasive considerabili da un certo punto di vista "principali" consistono nella fattispecie di *frode fiscale* e di *contrabbando*[43].
La frode fiscale è una categoria prettamente giuridica, per cui non è ipotizzabile nei casi non espressamente previsti dalla legge (rispondendo al principio di

[41] M. BEGHIN, *L'elusione fiscale e il principio del divieto di abuso del diritto*, op. cit., pag. 248.
[42] Il decreto legislativo n. 74/2000 venne promulgato per riordinare i reati in materia di imposte sul reddito e sul valore aggiunto; l'intento era quello di snellire e semplificare la precedente disciplina, rappresentata dalla L. 7 agosto 1982, n. 516. Operando un veloce rassegna, si rileva che le fattispecie delittuose disciplinate dal d.lgs. 74/2000 sono sette in totale: le prime quattro fattispecie attengono ai delitti in materia di dichiarazione, mentre le restanti tre fattispecie puniscono i delitti in materia di documenti e pagamento d'imposte.
Per quanto concerne il tema della sanzionabilità delle condotte evasive, l'autore Stevanato afferma che il d.lgs. di cui sopra, costituisce "*un'adeguata risposta dell'ordinamento per i casi di deliberata ricerca dell'evasione d'imposta, ogniqualvolta, cioè, l'errore di diritto sia, non solo, indiscutibile (non esistendo la possibilità di prospettare una diversa interpretazione o di far valere le condizioni di obiettiva incertezza sul significato della norma), ma altresì deliberatamente commesso per sottrarre materia imponibile all'Erario, confidando nella scarsità dei controlli*". L'Autore a riguardo aggiunge che non è possibile escludere in maniera definitiva che la violazione diretta di una norma tributaria possa dipendere anche dalla non conoscenza o da una negligenza dell'autore della dichiarazione. "*In questi casi, in cui pur è presente un profilo di colpevolezza del contribuente, appare logico escludere la sanzione penale, facendo valere l'assenza del dolo di evasione. Non è, infatti, possibile postulare un'equivalenza tra gli errori di diritto colpevoli ma involontari, e le deliberate e coscienti violazioni di norme tributarie al fine di realizzare l'evasione. Pur trattandosi di una distinzione concettuale abbastanza nitida in teoria, potrebbe tuttavia non esserlo altrettanto nelle singole fattispecie concrete: la sussistenza o meno del dolo di evasione dovrà, infatti, essere provata alla luce delle circostanze di fatto del singolo caso, secondo le consuete valutazioni in tema di elemento soggettivo del reato. Occorrerà allora esaminare il contesto in cui è maturato l'errore sulla norma tributaria, se cioè risulti che il contribuente, pur essendosi prospettato la violazione, l'abbia ciononostante volontariamente commessa; oppure, all'opposto, se appaia plausibile l'involontarietà dell'errore e la sua riconducibilità a mera trascuratezza o disinformazione*". D. STEVANATO, *Questioni di diritto e sanzione penale,* in *Corriere Tributario*, n. 37, 2000, pag. 2667.
[43] Esistono molte altre modalità per realizzare una condotta evasiva, come ad esempio: l'occultamento dei redditi, la simulazione, le irregolarità contabili, ecc., attraverso le quali il contribuente si sottrae in tutto o in parte al pagamento del tributo dovuto.

legalità e tassatività) e si riferisce a quei comportamenti diretti ad occultare le conseguenze che derivano da un presupposto impositivo.
Il contrabbando consiste, invece, nell'occultamento di merci che sono assoggettate ad imposte che attengono alla fabbricazione, al consumo o in ogni caso ai dazi doganali.

Fatte salve le premesse di cui sopra, emerge una linea di demarcazione tra elusione ed evasione non travalicabile, entrambe caratterizzate, in ogni caso, dall'inopponibilità all'Amministrazione finanziaria degli atti posti in essere privi di una valida ragione economica e aventi il fine di aggirare obblighi e divieti previsti dalle norme impositive tributarie.
Concludendo, con l'elusione non si ha una forma di falsità materiale, ma neanche ideologica, tipica invece della condotta evasiva; ciò che viene posto in essere è un artifizio giuridico, un raggiro delle norme, perpetrabile grazie alla previsione nel nostro ordinamento del principio di autonomia contrattuale e negoziale dei privati, il quale si traduce nella possibilità per gli individui di scegliere il percorso giuridico migliore per ottenere lo scopo prefissatosi. "*Insomma, il contribuente non viola la legge, ma l'aggira attraverso la pianificata costruzione di un iter operativo che, sfruttando le smagliature del sistema ed evitando, in tal modo, di porre in essere le fattispecie gravate da un più consistente carico tributario, si garantisce un risparmio d'imposta contrario al trend ordinamentale*"[44].
Con l'evasione, invece, lo schema perpetrato è sempre e comunque *contra legem*, non essendo commessi raggiri o abusi normativi, quanto, piuttosto, violazioni dirette della legge al fine di ridurre l'onere fiscale.

2.2 *La frode fiscale*

L'elusione non deve essere confusa nemmeno con il concetto di frode fiscale, del quale pocanzi si è accennato.
Nel nostro ordinamento non esiste una vera e propria definizione del fenomeno, il quale "*costituisce, a propria volta, una specifica categoria dell'evasione fiscale*"[45], vale a dire una variante molto più grave dell'evasione stessa, punita di conseguenza con sanzioni di natura penale altrettanto più gravi. In particolar modo, la frode fiscale attiene a situazione nelle quali, "*attraverso raggiri ed artifizi, il contribuente pone le basi per ostacolare l'accertamento o la qualificazione giuridica dei fatti rilevanti per l'applicazione del tributo*"[46]. I sofisticati meccanismi utilizzati hanno la finalità di creare un'apparente regolarità, la quale, invece, cela il comportamento evasivo. Siamo quindi in presenza di un illecito vero e proprio, scaturito dalla reale violazione delle norme tributarie e dalla intrinseca volontà e consapevolezza d'ingannare

[44] M. BEGHIN, *L'elusione fiscale e il principio del divieto di abuso del diritto*, op. cit., pag. 258.
[45] C. A. ZAINA, *Frode fiscale: il rapporto fra norma penale e stabile organizzazione*, <http://www.altalex.com>, 2011, [ultima cons. dicembre 2015].
[46] M. BEGHIN, *L'elusione fiscale e il principio del divieto di abuso del diritto*, op. cit., pag. 28.

www.osservatorio.org

l'Amministrazione finanziaria, *status* psicologico qualificabile come dolo specifico.
Citando l'autore Bartolini, "*con il termine 'frode fiscale' si suole fare tradizionalmente riferimento a quella categoria di ipotesi delittuose in varia guisa connotate, sotto il profilo soggettivo e/o oggettivo, dall'elemento della fraudolenza, e sostanziantesi in fatti di evasione stricto sensu od in condotte ad essa finalizzate*"[47].
Le conseguenze del comportamento fraudolento hanno sovente ricadute in ambito penale, essendo teso suddetto atteggiamento a compromettere in modo grave l'efficienza dell'attività di accertamento tributario, difatti ne ritroviamo un richiamo agli artt. 2 e 3 *ex* d.lgs. 74/2000, in cui si parla distintamente di "*dichiarazione fraudolenta*" mediante l'utilizzo di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti, o ancora mediante altri artifizi[48].
Quindi la finalità rincorsa dalla frode in ambito fiscale ricade nella volontà di occultare il fatto o la sua qualificazione giuridica alla vigilanza dell'Amministrazione finanziaria; in campo elusivo, invece, "*le operazioni che ricadono nella sequenza negoziale elusiva* […] *sono di regola operazioni realmente concluse tra le parti"*, per di più, in genere, la stessa Amministrazione finanziari ne è messa al corrente[49].

Risulta, dunque, più corretto affermare che la frode fiscale abbia "*punti di sovrapposizione con l'evasione*", della quale diventa una modalità operativa, anziché con l'elusione[50].

2.3 *La simulazione*

L'elusione fiscale nel corso del tempo venne assimilata inoltre all'istituto della simulazione, al quale si ricorse per rinvenire in campo civile una possibile

[47] G. BARTOLINI*, Elusione e frode fiscale,* in *il fisco*, n. 27, 1998, pag. 9097.
[48] La fattispecie della frode fiscale era disciplinata, prima dell'avvento della riforma dei reati tributari da parte del d.lgs. 74/2000, all'art. 4 della l. 516/1982, recante "*norme per la repressione dell'evasione in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto*", il quale prevedeva sette ipotesi criminose "*tutte riconducibili ad ipotesi di falso documentale (materiale, ideologico e 'per soppressione'), o comunque incentrate su di esso"* le quali dovevano *"essere sorrette dal dolo specifico di evasione, stricto sensu, o di indebito rimborso, proprio od altrui*". G. BARTOLINI, *Elusione e frode fiscale*, op. cit. Il primo elemento fondamentale nella fattispecie in analisi è rappresentato dalla condotta che pone in essere il contribuente nel perseguire l'intento di ingannare l'Amministrazione, sottraendole materia imponibile. L'altro è dato dall'elemento soggettivo richiesto per la punibilità della condotta, vale a dire il dolo specifico, che presuppone non solo la volontà e consapevolezza nell'attore di star evadendo il Fisco, ma anche il perseguimento di un fine siffatto.
La riforma degli anni 2000 ha comportato uno snellimento della materia, ricollegando la punibilità alle sole fattispecie criminose dotate di alta offensivista e dolo specifico di evasione.
[49] M. BEGHIN, *L'elusione fiscale e il principio del divieto di abuso del diritto*, op. cit*.,* pag. 29.
[50] M. BEGHIN, *ivi,* pag. 29.
"*Se si intende l'evasione fiscale nell'accezione più ampia del termine, cioè come inadempimento di uno qualsiasi degli obblighi strumentali o finali rispetto all'esatto assolvimento del tributo, è evidente come la frode fiscale costituisca una species del genus evasione, essendo caratterizzata dall'inadempimento, attuato con (od accompagnato da) modalità o comportamenti fraudolenti, di obblighi a carattere documentario inseriti nel rapporto d'imposta",* G. BARTOLINI, *Elusione e frode fiscale*, op. cit.

www.osservatorio.oci.org

soluzione al problema del fenomeno elusivo. In ambito civile spesso capitava di naufragare con l'intento di rinvenire uno strumento di contrasto in grado di sopperire alle mancanze normative di volta, in volta trapelanti dall'ordinamento tributario, ma innanzitutto le falle che fanno imbarcare acqua alla "nave del diritto tributario" debbono essere riparate con soluzioni che provengono, e sono pensate, all'interno dello stesso sistema fallato[51]. Conseguentemente, anche questa strada interpretativa dovette essere abbandonata.

Non resta che puntualizzare che anche quest'accostamento sia frutto di fraintendimenti: è errata la credenza secondo la quale l'elusione implicherebbe l'impiego di tecniche simulatorie. In questa direzione, "*le forme 'anomale' adottate dal contribuente a fini di risparmio fiscale non sarebbero nemmeno volute, trattandosi soltanto di un paravento per celare un diverso assetto d'interessi*"[52]. Da un punto di vista tributario, invece, i contribuenti che cercano di minimizzare il loro carico fiscale per mezzo di una determinata operazione, "*o si prefiggono di accedere ad un determinato regime di tassazione,* [desiderano effettivamente realizzare gli] *effetti fiscali che si riconducono ad una certa fattispecie giuridica, ed in particolare ad un certo negozio*"[53].
Quest'errato orientamento che confonde l'elusione nella simulazione presuppone alla base un problema di qualificazione contrattuale: da un lato, nella simulazione le parti contraenti non hanno la reale intenzione di sottostare alle conseguenze giuridiche dipendenti dal contratto simulato posto in essere; dall'altro, viceversa, nella pratica elusiva "*non vi è alcuna finzione o travestimento*", l'elusione infatti "*presuppone un esatto inquadramento della fattispecie concreta in quella astratta*"[54]. Le tecniche simulatorie presuppongono un "*deficit volontaristico*" rispetto agli effetti del contratto, totalmente agli antipodi con la volontà connaturata al contribuente elusore[55].

Nella simulazione vi è una fondamentale divergenza tra ciò che le parti dichiarano di volere, la "volontà simulata", e ciò che in verità vogliono, la "volontà dissimulata". L'elemento cardine lo si coglie nella ricercata divergenza della volontà con la dichiarazione[56].

---

[51] Secondo il pensiero dell'autore Beghin, è di preminente importanza ricercare punti di contatto tra le due discipline (civilistica e tributaria), evitando di ghettizzare il diritto tributario alla luce della sua specialità, anche se il diritto tributario deve certamente prima di tutto guardare alla ricerca di soluzioni interne proprie, rispettose dell'autonomia e del "particolarismo" che lo caratterizzano, "*ma deve anche essere in grado di esprimere idee e soluzioni in qualche misura condivise all'esterno, nel rispetto della specificità che deve connotare le disposizioni funzionali all'acquisizione di mezzi finanziari*". M. BEGHIN, *L'elusione fiscale e il principio del divieto di abuso del diritto,* op. cit., pag. 113.

[52] D. STEVANATO, *Elusione fiscale ed abuso delle forme giuridiche, anatomia di un equivoco*, op. cit*.,* pag. 720.

[53] D. STEVANATO*, ivi,* pag. 721.

[54] D. STEVANATO*, ivi*, pag. 723.

[55] Espressione di D. STEVANATO, *Ibidem*.

[56] Chinellato utilizza l'espressione "*dissociazione consapevole tra volontà e dichiarazione*" per descrivere l'elemento qualificante l'istituto della simulazione. CHINELLATO, *Codificazione tributaria e abuso del diritto,* op. cit*.,* pag. 207. Un importante riferimento normativo in merito è l'art. 1414 cod. civ., rubricato "*effetti della simulazione tra le parti",* il quale sancisce: 1. "*Il contratto simulato non produce effetto tra le parti*". 2. "*Se le parti hanno voluto concludere un contratto diverso da quello apparente, ha effetto tra esse il contratto dissimulato, purché ne sussistano i requisiti di sostanza e di forma*". 3. "*Le precedenti disposizioni si applicano anche*

In poche parole, le parti stipulano un contratto stabilendo internamente, però, che gli effetti che ne derivano non saranno mai prodotti: se la realtà preesistente alla stipula in questione rimane immutata anche dopo l'intervento di quest'ultima, allora si parlerà di un caso di simulazione *assoluta*; nel caso invece in cui la realtà venga modificata per mezzo di un negozio diverso da quello dichiarato (c.d. negozio *dissimulato*), allora si tratterà di un caso di simulazione *relativa*[57].

Tutt'altra circostanza ricorre nella pratica elusiva, in cui vi è sostanziale coincidenza tra ciò che la parte dichiara di volere e ciò che effettivamente pone in essere. Senza l'univocità della *voluntas*, non si potrebbe realizzare l'indebito risparmio d'imposta, vale a dire l'elemento costitutivo della fattispecie elusiva.
"La volontà delle parti cade anche su quel certo tipo contrattuale, il cui perfezionamento è servente all'applicazione del desiderato regime fiscale"[58].
"*Nel caso dell'elusione, il negozio è unico, nel senso che non vi è alcuna divergenza fra apparenza e realtà (negoziale). Gli effetti dell'unico negozio sono voluti e vincolano le parti. Tuttavia, in aperto contrasto con ciò che si verifica nel caso della simulazione, quegli effetti (voluti dalle e vincolanti per le parti) sono inoperanti rispetto all'Amministrazione fiscale*"[59].

L'errata sovrapposizione dei due istituti ebbe origine dall'altrettanto errata lettura dell'assunto *ex* art. 1415 cod. civ., il quale prevede la possibilità per i terzi in buona fede estranei al contratto simulato che abbiano subito un pregiudizio da quest'ultimo, di far acclarare la nullità del negozio simulato, facendo prevalere la realtà effettiva su quella apparente[60].
L'Amministrazione finanziaria può essere ricondotta alla categoria dei terzi estranei al contratto simulato, danneggiati da quest'ultimo e con l'interesse, dunque, di rilevare la simulazione dell'operazione. Questa lettura costituisce il frutto di fraintendimenti, rimanendo la simulazione "*una manipolazione della realtà, l'elusione una manipolazione delle norme*"[61].
L'elemento "dell'inopponibilità" sul quale si fonda l'equivoco, è un elemento presente in ambedue le fattispecie, ma ha natura e carattere completamente diversi, "*addirittura antitetici*". Difatti "*mentre l'inopponibilità propria dell'elusione equivale a irrilevanza per il Fisco dell'assetto elusivamente costituito, l'inopponibilità della simulazione ai terzi di cui all'art. 1415 cod. civ. non implica*

---

agli atti unilaterali destinati a una persona determinata, che siano simulati per accordo tra il dichiarante e il destinatario".

[57] L'argomento circa le due possibili versioni applicative della simulazione verrà ripreso nel paragrafo seguente, dedicato alla fattispecie dell'interposizione fittizia di persona, istituto quest'ultimo che si innesta nell'impianto della simulazione relativa.

[58] D. STEVANATO, *Elusione fiscale ed abuso delle forme giuridiche, anatomia di un equivoco*, op. cit., pag. 721.

[59] G. FRANSONI, *Abuso di diritto, elusione e simulazione: rapporti e distinzioni,* in *Corriere Tributario,* n. 1, 2011, pag. 13.

[60] Articolo 1415 cod. civ.: "*Effetti della simulazione rispetto ai terzi*", 1. "*La simulazione non può essere opposta né dalle parti contraenti, né dagli aventi causa o dai creditori del simulato alienante, ai terzi che in buona fede hanno acquistato diritti dal titolare apparente, salvi gli effetti della trascrizione della domanda di simulazione*". 2. "*I terzi possono far valere la simulazione in confronto delle parti, quando essa pregiudica i loro diritti*".

[61] G. CHINELLATO, *Codificazione tributaria e abuso del diritto*, op. cit*.,* pag. 206.

www.ossigeno.org

affatto che il negozio simulato non rilevi: al contrario, essa rappresenta un eccezionale caso di efficacia del negozio simulato"[62].

Un altro elemento sul quale si è giustificato nel tempo la sovrapposizione dei due istituti è la divergenza tra quanto il contribuente desidera venga tassato, rispetto a quanto deve esserlo per legge; anche quest'elemento, che di primo acchito parrebbe innalzarsi a minimo comune denominatore, non rileva ai fini della qualificazione a livello giuridico*, "essendo pacifico che l'imposta si applica ai fatti così come individuati dalla legge tributaria e che, ai fini tributari, sono 'fattispecie' anche gli effetti dei negozi giuridici. In altri termini, gli effetti negoziali sono rilevanti ai fini tributari solo perché si sono verificati, indipendentemente dal fatto che tale rilevanza tributaria sia davvero voluta*"[63].
Sia l'elemento dell'inopponibilità, quanto quello della divergenza, che in un primo momento sembravano legare le due fattispecie *de quibus*, ad un'analisi più scrupolosa si rivelano "*fattori del tutto irrilevanti e ciò conferma l'impossibilità di accomunare simulazione e elusione*"[64]. Al contrario è corretto e necessario tenere i due istituti ben distinti.

Può accadere, tuttavia, che la sottrazione ad obblighi contributivi avvenga attraverso l'utilizzo di tecniche simulatorie, le quali possono rendere più difficile la ricostruzione dell'affare compiuto; la "*rappresentazione di una realtà 'formale' diversa da quella effettiva* […] *può spesso tradursi in un mancato versamento di imposta dovuta sulla base dei presupposti concretamente realizzati*"[65].
Il problema della simulazione in campo elusivo si pone quando i contraenti non vogliono le conseguenze giuridiche (non fiscali) connaturate al contratto siglato, che per tale ragione si può considerare simulato, vale a dire non voluto. In questo caso, la sua stipula contrattuale "*serve a creare un'apparenza ingannevole nei confronti dell'Amministrazione finanziaria, onde accedere ad un più favorevole regime fiscale, senza volerne in realtà tutte le altre conseguenze*"[66].
Tuttavia la simulazione resta del tutto distinta dall'elusione fiscale e con essa non sovrapponibile. L'elusione, attraverso strumentalizzazione negoziale ricercata, (la ricerca implica la volontà di porle concretamente in essere) ottiene

---

[62] G. FRANSONI, *Abuso di diritto, elusione e simulazione: rapporti e distinzioni*, op. cit., pag. 13, il quale aggiunge: "*In altri termini, la regola contenuta nell'art. 1415 cod. civ. presuppone (al fine di derogarla) la normale inefficacia inter partes dei negozi simulati e afferma che tale inefficacia non si estende ai terzi (e quindi in questo specifico senso risulta ad essi inopponibile) al fine di non pregiudicare i diritti da essi acquisiti dal simulato titolare di una determinata situazione giuridica. La differenza, quindi, non potrebbe essere più netta*".

[63] *Ibidem;* "*cosicché la 'volontà' del contribuente non assume (direttamente) alcun valore quando si tratti di stabilire se determinati effetti giuridici sono imponibili o meno*".

[64] *Ibidem.*

[65] M. BEGHIN, *L'elusione fiscale e il principio del divieto di abuso del diritto*, op. cit., pag. 27. Si pensi ad esempio al caso in cui Tizio abbia ceduto un bene a titolo oneroso e proceda, in accordo con l'acquirente, a stipulare un contratto di locazione per occultare onerosità della cessione con facoltà di riscatto del bene al termine del rapporto obbligatorio. In tal caso, qualora l'Amministrazione finanziaria riscontrasse tramite un avviso di accertamento la simulazione, riuscirebbe a recuperare i proventi della vendita non dichiarata. Quest'assetto è meglio riconducibile ad un'ipotesi di evasione, piuttosto che di elusione. Secondo M. BEGHIN, infatti, "*l'elusione non è evasione, ma l'evasione può perpetrarsi attraverso la simulazione*".

[66] D. STEVANATO, *Elusione fiscale ed abuso delle forme giuridiche, anatomia di un equivoco*, op. cit., pag. 722.

www.osservatorio.org

determinate conseguenze sul piano fiscale, che al tempo stesso possono comportare per le parti l'ottenimento di scopi non fiscali secondari, nei confronti delle quali le stesse rimangono indifferenti e disposte ad accettarle.

Risulta evidente, dalle premesse appena delineate, come in campo elusivo talvolta il problema d'affrontare possa consistere nella corretta qualificazione del contratto posto in essere dal contribuente; problema rinvenibile anche nella fattispecie simulatoria, del quale, però, costituisce l'aspetto principale.

In ogni caso, nell'elusione fiscale non vi sono, come nella simulazione, finzioni o travestimenti che debbono essere contrastate con le normali tecniche interpretative che comportano la sussunzione della fattispecie concreta in quella astratta prevista legislativamente dall'ordinamento. L'elusione, difatti, presuppone, nella maggior parte dei casi, un corretto inquadramento della fattispecie e può contrastarsi solamente "*ricorrendo alla tecnica dell'inopponibilità degli effetti dei negozi in frode alla legge fiscale*" per soddisfare l'interesse erariale[67].

2.4 *L'interposizione fittizia di persona*

Ferme le premesse del precedente paragrafo, la simulazione può essere di tipo *assoluto* o *relativo*: nel primo caso (simulazione assoluta) le parti stipulano un contratto con il tacito accordo che di esso non si dovranno mai produrre gli effetti che ne deriverebbero a livello giuridico[68]; nel caso della simulazione relativa si aggiunge un ulteriore elemento, in quanto le parti, oltre a non voler eseguire il contratto sottoscritto e dichiarato, ne stipulano altresì un altro, ad esso sotteso e riservato -per questo chiamato *dissimulato*-, di cui invece ne daranno piena ed effettiva esecuzione[69].

La simulazione relativa a sua volta si divide in simulazione relativa *oggettiva*, se ciò in cui il contratto simulato differisce da quello dissimulato è l'oggetto del negozio, e in simulazione relativa *soggettiva* (detta anche interposizione fittizia di persona), se invece il contratto simulato differisce da quello dissimulato in riferimento ai soggetti nei confronti dei quali si produrranno gli effetti. Proprio l'interposizione fittizia di persona è disciplinata ai sensi del terzo comma dell'art. 37, D.P.R. 600/1973, previsto dal Legislatore tributario in ragione della sua rilevanza e pericolosità. L'articolo in questione così recita: "*In sede di rettifica o di accertamento d'ufficio sono imputati al contribuente i redditi*

[67] D. STEVANATO, *ivi*, pag. 723.

[68] Un esempio di simulazione assoluta si verifica quando Tizio aliena simulatamente un immobile a Caio, ma entrambi sono d'accordo che la proprietà, di fatto, non si trasferisca in capo a Caio e che questi, correlativamente, non debba corrisponderne il prezzo pattuito.

[69] Si pensi, ad esempio, al caso in cui Sempronio, volendo nascondere ai suoi creditori o al Fisco di essere l'acquirente di un immobile o di un pacchetto azionario, si accordi con Tizio, venditore, affinché nell'atto di acquisto figuri Caio, vale a dire la c.d. persona interposta, prestanome, o "uomo di paglia" in gergo. Colui che acquista effettivamente e si impegna a pagare il prezzo rimane tuttavia Sempronio, sul quale, di conseguenza, si riverseranno tutti gli effetti del contratto.

www.osservatorio.oci.org

di cui appaiono titolari altri soggetti quando sia dimostrato, anche sulla base di presunzioni gravi, precise e concordanti, che egli ne è l'effettivo possessore per interposta persona". Il fine della disposizione consta nel "*sollevare l'Amministrazione finanziaria dall'onere di dover intraprendere un'azione davanti al giudice ordinario per accertare fenomeni di interposizione fittizia, cioè ipotesi di simulazione relativa di persona, consentendole di accertarla incidentalmente già nell'atto di accertamento*"[70]. La giurisprudenza tributaria si affidò proprio a suddetta norma per contrastare le pratiche elusive e ciò a riprova del fatto che vigesse "*l'impropria tendenza a risolvere specifiche problematiche tributarie con gli strumenti del diritto dei privati*"[71].

Secondo la tesi minoritaria in Dottrina, l'introduzione di suddetto comma risulterebbe pleonastica, potendo l'Amministrazione esperire l'apposita azione civile per conclamare la simulazione e rendere il negozio inopponibile all'Erario[72].

La tesi maggioritaria ritiene, viceversa, che il comma fornisca una valida alternativa al percorso tradizionale (in genere assai più lungo e non finalizzato ad accertare ciò che interessa preliminarmente al Fisco, vale a dire la reale titolarità dei redditi per la conseguente tassazione) per contrastare questo tipo di condotte[73].

Si ribadisce che nel caso dell'interposizione fittizia, tutti i soggetti coinvolti presentano la medesima volontà che gli effetti del negozio giuridico posto in essere si producano in capo ad un soggetto diverso da quello che vi ha preso parte. Nel caso dell'interposizione reale, invece, "*manca l'accordo simulatorio*", sicché gli effetti del contratto siglato si produrranno realmente in capo ai soggetti che vi hanno preso parte; si produrranno in capo ad un

---

[70] D. STEVANATO, *Elusione fiscale ed abuso delle forme giuridiche, anatomia di un equivoco*, op. cit., pag. 724. Si aggiunga, inoltre, quanto affermato da Antonacchio in riferimento alla previsione legislativa appena enunciata: "*In questo ambito, il legislatore non ha voluto derogare ai principi civilistici; pertanto, la qualificazione della 'interposizione' nel diritto tributario si fonda sugli stessi postulati della definizione civilistica. Il soggetto passivo nel rapporto tributario è, infatti, l'interponente. Sussistendo una simulazione soggettiva, l'interposto figura solo come parte apparentemente contrattuale, mentre gli effetti del negozio giuridico si producono a favore dell'interponente*". F. ANTONACCHIO, *Interposizione fittizia e reale nel delitto di frode fiscale,* in *il fisco*, n. 36, 2005, pag. 1-5670.

[71] D. STEVANATO, *Elusione fiscale ed abuso delle forme giuridiche, anatomia di un equivoco*, op. cit., pag.697. A proposito dell'impiego del terzo comma art. 37, D.P.R. 600/1973 per combattere il fenomeno elusivo, risultano illuminanti le parole di Basilavecchia in commento alle due sentenze fulcro della Cassazione che sfociarono, nel medesimo lasso di tempo, in orientamenti agli antipodi tra loro in riferimento alla natura elusiva del comma succitato: "*Si registra perdurante incertezza anche a livello di giurisprudenza di vertice, in ordine ai confini del concetto di elusione e all'identificazione degli strumenti a disposizione del Fisco per evitare pratiche abusive. Si naviga in altre parole a vista, cercando di volta in volta di cogliere, dall'armadio delle norme sull'accertamento tributario, quelle disposizioni e quei principi che sembrano più idonei a contrastare forme di abuso avvertite come intollerabili. L'intollerabilità è a sua volta però oggetto di una valutazione ampiamente 'discrezionale' e comunque fortemente soggettiva".* M. BASILAVECCHIA, *L'interposizione soggettiva riguarda anche comportamenti elusivi?,* in *Corriere Tributario,* 2011, pag. 2968. Le sentenze tirate in ballo sono: Cass. Civ., sez. tributaria, 10 giugno 2011, n. 12788 e Cass. Civ., sez. tributaria, 15 aprile 2011, n. 8671.

[72] Vedi P. M. TABELLINI, *L'elusione della norma tributaria,* op. cit., pag. 160.

[73] Vedi G CHINELLATO*, Codificazione tributaria e abuso del diritto,* op. cit.*,* pag. 215.

www.osservatorio.oci.org

soggetto differente solo nel momento in cui sarà siglato un ulteriore negozio di trasferimento.
L'interposizione fittizia di persona, comporta uno "*scollamento tra la realtà effettuale ed economica dell'operazione e l'immagine che di tale realtà viene data a soggetti estranei all'operazione*", avendo questi ultimi la percezione che il sodalizio giuridico intercorra tra venditore ed interposto, in realtà errata dal momento che l'operazione si concretizza tra venditore ed interponente[74]. In breve, la fattispecie si verifica allorquando una delle parti, l'*interposto*, interviene nel negozio con l'unica finalità di dissimulare l'effettivo contraente, l'*interponente*, nella cui sfera personale si produrranno gli effetti del negozio. È solo apparente, dunque, la titolarità dei redditi o degli altri indici di capacità contributiva.

A proposito dell'altra tipologia di interposizione, quella di tipo reale, la questione fiscale è più complessa: la fattispecie "*si attua quando l'interposto acquisisce da un terzo un diritto per trasferirlo all'interponente*"[75]. L'interposto, dunque, previo accordo con l'interponente, acquista effettivamente i diritti derivanti dal contratto con il terzo (cosa che non avviene invece nell'interposizione fittizia di persona), ma s'impegna a ritrasferirli allo stesso interponente. L'interponente, solo a questo punto, acquisisce un diritto valido ed efficace, ma sulla scorta del fatto che l'interposto si obblighi a compiere un ulteriore passaggio di mano a suo favore.
Dal punto di vista tributario, nell'interposizione reale "*l'interposto è il soggetto passivo dell'obbligazione tributaria che scaturisce dal 'fatto-presupposto' originatosi dal compimento del negozio giuridico con il terzo. In capo all'interposto nasce e si qualifica il presupposto impositivo del tributo, per cui questi contratta con il terzo in nome proprio ed acquista effettivamente diritti nascenti dal contratto*"[76].

Una prima corrente di pensiero, ritenne che il terzo comma dell'art. 37, D.P.R. n. 600/1973, avesse portata ampia non facendo riferimento a tipologie specifiche di simulazione, di modo da contrastare tutte quelle situazioni in cui, attraverso un'apparente titolarità di redditi, il contribuente si sottrae ai suoi doveri fiscali, celando determinate operazioni al prelievo tributario attraverso meccanismi leciti previsti dall'ordinamento[77].

---

[74] A. PERINI, *Operazioni soggettivamente inesistenti, interposizione fittizia e nuovo sistema penale tributario,* in *Diritto penale e processo*, n. 11, 2001, pag. 1413.
[75] F. FERRARA, *Della simulazione nei negozi giuridici*, Roma, 1922, pagg. 220 e s, Roma, 1922, pagg. 220 e ss.
[76] F. ANTONACCHIO, *Interposizione fittizia e reale nel delitto di frode fiscale*, op. cit., cfr. con Comm. prov. di Milano, 25 gennaio e 26 aprile 1999, n. 28. Si evince come l'opinione prevalente sia concorde nel ritenere che gli effetti dell'interposizione reale, nell'imputazione del reddito, si producano nei confronti del soggetto interposto.
[77] Secondo D. STEVANATO*, Elusione fiscale ed abuso delle forme giuridiche, anatomia di un equivoco*, op. cit*., pag. 724,* "*se così non fosse, si dovrebbero prevedere diverse imputazioni soggettive in riferimento ad una pluralità di ipotesi di interposizione reale, quali: il mandato senza rappresentanza, l'utilizzo delle società, i redditi conseguiti dal trust, ecc.* [(…) invece l'art. 37] *"opera in modo indiscriminato, senza alcun temperamento legato alle peculiarità della fattispecie concreta*". Difatti, in merito ai profili di elusività dell'interposizione "*la norma citata non contiene alcun riferimento al conseguimento di vantaggi tributari, né all'aggiramento dello spirito delle leggi, dunque la stessa può, anzi deve, operare in qualsivoglia circostanza, indipendentemente dagli effetti fiscali complessivi della diversa imputazione, che potrebbero*

Lo strumento di contrasto fornito all'Amministrazione dall'articolo consiste nella possibilità di "*disattivare il profilo soggettivo negoziale simulato, cogliere la realtà effettiva e imputare, in sede di rettifica o d'accertamento d'ufficio, al contribuente effettivo, i redditi di cui appare titolare mediante il tramite di un soggetto interposto*"[78]. L'imputazione dei redditi potrà avvenire, secondo l'innovativo inciso normativo, in base a presunzioni gravi, precise e concordanti. In questo modo viene invertito l'onere della prova, per cui sarà compito del contribuente dimostrare l'erroneità della ricostruzione dei fatti proposta da parte dell'Amministrazione finanziaria.

In un secondo momento, la Corte di Cassazione nel 2011 attribuì al terzo comma in oggetto "*evidenti finalità antielusive*", impedendo di fatto che "*attraverso operazioni commerciali poste in essere mediante negozi giuridici conformi all'ordinamento giuridico, si realizzi lo scopo di sottrarre alla corretta tassazione, in tutto o solo in parte, il reddito prodotto ed imputabile al medesimo soggetto giuridico*"[79].

Orbene, codesto principio di diritto deriva dalla "*consueta quanto mistificante concezione dell'elusione tributaria come 'uso improprio' delle forme giuridiche*" ed è criticabile per due ordini di motivi[80]: innanzitutto perché, *ut supra*, l'art. 37, terzo comma, D.P.R. n. 600/1973, esula da qualsiasi riferimento a vantaggi tributari, aggiramento della *ratio* delle norme impositive o alla sussistenza di valide ragioni economiche del comportamento adottato. In poche parole, sono assenti tutti gli elementi che caratterizzano le norme antielusive. In secondo luogo, perché "*il disconoscimento dell'interposizione reale quale fenomeno di legittima imputazione dei redditi al soggetto interposto apre scenari inquietanti sul piano della certezza del diritto*"[81].

---

anche essere a somma zero". Anche Falsitta ritiene che il terzo comma dell'art. 37 si riferisca indiscriminatamente a tutti i tipi di simulazione, e non alle sole ipotesi di interposizione fittizia. G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario. Parte generale,* op. cit*.,* pag. 221.

[78] G. CHINELLATO, *Codificazione tributaria e abuso del diritto*, op. cit*.,* pag. 213.

[79] Così Cass. Civ., sez. tributaria, 10 giugno 2011, n. 12788. Nel caso deciso dalla Suprema Corte, "*l'asserito interposto era rappresentato da una società appartenente ad un gruppo e, l'interposizione rilevante per l'imputazione dei redditi alla consociata italiana è stata basata sul presupposto dell'asserito carattere antieconomico della triangolazione nella cessione dei beni*". Citando la sentenza: "*Non presuppone un comportamento fraudolento essendo sufficiente un uso improprio, ingiustificato o deviante di un legittimo strumento giuridico, che consenta di eludere l'applicazione del regime fiscale proprio dell'operazione che costituisce il presupposto d'imposta.* […] *Ne consegue che il fenomeno della simulazione relativa (all'interno del quale rientra la fattispecie dell'interposizione fittizia di persona) non esaurisce lo scopo elusivo mediante operazioni effettive e reali, nelle quali difetta del tutto l'elemento caratteristico dei negozi simulati costituito dalla divergenza tra la dichiarazione esterna e la effettiva volontà dei contraenti o meglio dalla relazione funzionale, integrante la causa unitaria, che intercorre tra il negozio apparentemente stipulato (simulato) e quello effettivamente concluso dalle parti (dissimulato)*". Fonte: D. STEVANATO, *Elusione fiscale ed abuso delle forme giuridiche, anatomia di un equivoco*, op. cit., pag. 725.

[80] D. STEVANATO, *ivi*, pag. 726.

[81] D. STEVANATO, *Elusione fiscale ed abuso delle forme giuridiche, anatomia di un equivoco*, op. cit., pag. 726. Quindi rimane del tutto criticabile il recente inquadramento della norma in oggetto tra le disposizioni aventi finalità di contrasto al fenomeno elusivo. Oltre a Stevanato, di egual opinione è M. BASILAVECCHIA, *L'interposizione soggettiva riguarda anche comportamenti elusivi?,* op. cit., secondo il quale, la previsione antielusiva dell'art. 37, terzo comma, D.P.R. n. 600/1973 è "*nata in un periodo storico in cui si dibatteva dell'opportunità di introduzione di una norma antielusiva di carattere generale, la previsione di cui al terzo comma*

www.osservatorio.org

Difatti, sempre la Corte di Cassazione, con un nuovo orientamento del tutto in antitesi col precedente, investì nuovamente il terzo comma dell'art. 37, D.P.R. n. 600/1973, sempre in riferimento alla lettura del comma in veste di norma antielusiva, imputando definitivamente il mezzo fornito dalla norma *de quo* al contrasto dei soli casi di interposizione fittizia e non anche reale, "*giungendo correttamente a negare che la norma in questione abbia natura antielusiva*"[82].

Le due sentenze in esame, indispensabili per delineare l'orientamento giurisprudenziale in merito all' interposizione fittizia di persona, sono a distanza temporale ravvicinata, eppure manifestano un'opinione antitetica. Ciò è sintomatico di una confusione di fondo che ha sempre regnato nel campo del fenomeno elusivo e dell'estrema complessità che accompagna la stessa[83].
A riguardo Basilavecchia afferma che: "*le due sentenze affrontano in modo diverso il rapporto tra le norme antielusione e le disposizioni generali sull'accertamento: le conclusioni sono indubbiamente opposte, perché la*

---

dell'art. 37 non investe il problema dell'aggiramento delle norme, del risparmio indebito, non pone il problema della mancanza di ragioni economiche 'valide'. Opera dunque quale fattore di contrasto rispetto ad altre ipotesi, quelle nelle quali vi è una titolarità solo apparente del reddito, diversa da quella effettivamente accertabile; nelle quali, come si rileva nelle sentenze in commento, consapevole della simulazione relativa soggettiva, e della effettiva identità del titolare effettivo, è anche la controparte contrattuale del soggetto interposto".

[82] Cass. Civ., sez. tributaria, sentenza 15 aprile 2011, n. 8671, *il fisco,* ove si legge in merito al terzo comma dell'art. 37, D.P.R. n. 600/1973: "*Stabilendo l'imputabilità al possessore effettivo dei redditi di cui appia titolare un altro soggetto in base ad interposizione di persona, inequivocabilmente si occupa del caso dell'interposizione fittizia in senso proprio* […] *ove la forma e la sostanza coincidono, e si può porre soltanto un problema di validità soggettiva nella titolarità del bene"*. Sulla stessa riga si collocava anche la precedente sentenza della Cassazione (Cass. Civ., sez. tributaria 21 ottobre 2005, n. 20398, *il fisco*) nella quale si legge che il terzo comma dell'art. 37 *de quo "si riferisce, dal punto di vista civilistico, ad un'ipotesi d'interposizione fittizia, e non ad un procedimento negoziale d'interposizione reale, contemplando soltanto il caso in cui l'effettivo possessore del reddito sia un soggetto diverso da quello apparente". Ed ancora: "si è ampiamente dibattuto sulla portata dell'art. 37, terzo comma, del D.P.R. n. 600/73, e cioè se tale norma costituisca una clausola generale antielusiva, prescindente dal regime civilistico degli atti, ovvero contenga un mero rinvio a categorie civilistiche, quali la simulazione oggettiva, assoluta o relativa, e l'interposizione fittizia di persona. In mancanza di decisivi argomenti sistematici appare assai arduo individuare nell'art. 37, comma 3, del D.P.R. n. 600 del 1973, nel testo all'epoca vigente, una clausola generale antielusiva o anti abuso. Il Collegio, pertanto, si uniforma al principio affermato dalla Corte nelle già citate sentenze (sentenze 3 aprile 2000, n. 3979; 3 settembre 2001, n. 11351; 7 marzo 2002, n. 3345)".* Identico ragionamento è presentato nella sentenza della Cassazione dello stesso anno: Cass. Civ., sez. tributaria, 14 novembre 2005, n. 22932, *il fisco: "Il riferimento dell'accertamento al D.P.R. n. 600 del 1973, art. 37, comma 3, non sarebbe corretto in quanto, come risulta dalla relazione governativa al disegno di legge, tale norma può applicarsi soltanto ai casi di interposizione fittizia ed ha, quindi, carattere antielusivo solo in quanto può contrastare le situazioni nelle quali un'apparente titolarità dei redditi non corrisponde alla realtà".*
Pertanto, ad oggi, è opinione diffusa e condivisa che i casi di interposizione reale non rientrino nella previsione della norma di cui all'art. 37, comma 3, D.P.R. n. 600/1973: suddetta norma, infatti, è "*destinata a rimuovere una situazione di contrasto tra titolarità effettiva e titolarità apparente*", contesto proprio dell'interposizione fittizia e non dell'interposizione reale. F. ANTONACCHIO, *Interposizione fittizia e reale nel delitto di frode fiscale*, op. cit.

[83] Le sentenze messe a confronto, che costituiscono il cuore del ragionamento, sono, lo si ripete a fini chiarificatori: la sentenza della Cassazione, sez. tributaria, 15 aprile 2011, n. 8671, la quale nega le finalità antielusive dell'art. 37, comma 3, D.P.R. n. 600/1973, e la sentenza della Cassazione, sez. tributaria, 10 giugno 2011, n. 12788, la quale invece ammette i fini antielusivi dell'articolo in commento.

sentenza n. 8671 dell'aprile 2011 nega la funzione antielusiva dell'art. 37, comma terzo, del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, confinando l'efficacia di tale disposizione sul piano del contrasto all'interposizione fittizia in senso proprio, mentre la sentenza n. 12788 del 2011 del giugno successivo inserisce anche l'art. 37, terzo comma, nell'ambito delle norme di contrasto alle operazioni elusive e la considera pertanto idonea a reprimere anche casi di interposizione reale, nei quali cioè viene interposto a tutti gli effetti un soggetto terzo nell'ambito di una serie di rapporti contrattuali, con l'intento di deviare parte del reddito che sarebbe di spettanza del titolare effettivo della capacità contributiva sul soggetto interposto: semplificando, si può osservare che, a differenza dell'interposizione reale, quella fittizia esprime una forma di simulazione soggettiva del contratto, poiché le parti intendono riservare gli effetti giuridici al soggetto interponente, mentre l'apparenza, determinata con il concorso attivo della controparte contrattuale, terzo contraente, vede come titolare l'interposto"[84]*.*

Se si facesse prevalere la teoria dell'attitudine antielusiva del comma terzo, art. 37, D.P.R. n. 600/1973, applicabile dunque anche ai casi di interposizione reale, non solo fittizia, si farebbe prevalere la teoria della *substance over form,* "*cioè di una tassazione ancorata ad un presupposto conformato in termini economici, sostanzialistici, e non invece filtrata attraverso regole giuridiche*"[85]. Così facendo, si incapperebbe nel problema della riscrittura delle regole già delineate da parte del Legislatore fiscale[86]. "*Se invece il titolo in base al quale i redditi figurano nella sfera giuridica del soggetto diviene irrilevante, prevalendo una forma di disponibilità degli stessi in capo ad un diverso soggetto, si apre il varco all'arbitrio dell'amministrazione, che si sentirà a questo punto legittimata a re-imputare qualsivoglia reddito sulla base di una ineffabile disponibilità dello stesso in capo ad un soggetto diverso dal suo titolare*"*[87].*

Non v'è dubbio che, attraverso lo schema dell'interposizione reale, si possa ottenere come risultato finale una riduzione dell'onere fiscale avversa allo spirito delle norme tributarie, ma "*in tal caso lo schema accertativo da utilizzare sarà quello fondato sulla norma antielusiva*"[88]. Risulta inconfutabile, dunque, che non si possa attribuire una finalità antielusiva all'art. 37, 3° comma, D.P.R. 600/1973 e che la sua disciplina si stata pensata in riferimento ai soli casi di interposizione fittizia di persona.

---

[84] M. BASILAVECCHIA, *L'interposizione soggettiva riguarda anche comportamenti elusivi?,* op. cit.

[85] D. STEVANATO, *Elusione fiscale ed abuso delle forme giuridiche, anatomia di un equivoco*, op. cit., pag. 727.

[86] Le regole protagoniste di una riscrittura, in questo caso, concernerebbero il tema del possesso dei redditi, alla stregua delle singole categorie reddituali, già individuate all'interno del testo unico delle imposte sui redditi, all'art. 6. Il tema della riscrittura delle regole giuridiche è già stato accennato nel paragrafo n. 1, in riferimento alla ricerca di una definizione del fenomeno elusivo.

[87] D. STEVANATO, *Elusione fiscale ed abuso delle forme giuridiche, anatomia di un equivoco*, op. cit., pag. 727.

[88] D. STEVANATO, *Elusione fiscale ed abuso delle forme giuridiche, anatomia di un equivoco*, op. cit., pag. 727..

www.fiscooggi.it

2.5 *Il lecito risparmio d'imposta*

In ultima battuta, per avere completo il quadro entro il quale il fenomeno elusivo si muove e terminare l'opera di regolamento dei suoi confini, risulta fondamentale distinguerlo dal concetto positivo del "lecito risparmio d'imposta", derivante dall'attività di pianificazione fiscale da parte del contribuente. Non tutti i vantaggi fiscali derivano da una violazione delle norme tributarie: al contribuente, infatti, è data la possibilità di scegliere tra alternativi percorsi negoziali previsti dall'ordinamento giuridico per ottenere un certo risultato finale. Beghin a riguardo afferma: "*Il contribuente è libero di impostare come crede la propria attività economica, scegliendo, tra più regimi strutturali offerti dall'ordinamento giuridico, quello meno impegnativo dal punto di vista dei carichi fiscali. In altre parole, il contribuente, soprattutto quando si tratti di un imprenditore, può ricercare l'assetto economico più efficiente non solo per quanto riguarda la produzione di beni o di servizi, ma anche per quanto riguarda le conseguenze fiscali delle operazioni che egli pone in essere*"[89].
Si tratta di un principio cardine del nostro sistema, consacrato non solo all'interno dell'ordinamento tributario per mezzo delle diverse disposizioni che prevedono una pluralità di percorsi fungibili, ma anche all'interno dalla stessa Costituzione, la quale garantisce ai privati il principio di "libera iniziativa economica" e "autonomia contrattuale"[90]. Al contribuente è garantita la

[89] M. BEGHIN, *Una strana idea di libertà economica e di vantaggio fiscale asistematico (su elusione fiscale e abuso del diritto)*, in *Corriere Tributario*, n. 10, 2015, pag. 731.

[90] La legge riconosce ai privati un ampio potere di provvedere, attraverso un proprio atto di volontà, alla costituzione, regolazione ed all'estinzione dei rapporti patrimoniali. Questo potere incarna il principio di "autonomia contrattuale", sancito dall'art. 1322 cod. civ. quando afferma che: "*Le parti possono liberamente determinare il contenuto del contratto nei limiti imposti dalla legge*". Come già si ha avuto modo di specificare precedentemente, tale libertà non è priva di limiti, come si evince dallo stesso inciso dell'articolo, il quale pone un freno al potere dei privati in nome della legge, ma i limiti possono derivare anche dagli stessi privati nell'esplicamento della loro autonomia contrattuale.
All'art. 41 della Costituzione troviamo, invece, tutelato il principio di libera iniziativa economica privata: "*L'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana. La legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali*". Anche in questo caso, determinato il potere, se ne provvede immediatamente a definirne i contorni, sancendo che l'iniziativa economica non può perseguire fini contrari all'utilità sociale, alla sicurezza, alla libertà ed alla dignità pubblica; si aggiunge, inoltre, come controllo supremo all'intera attività, il limite imposto dalla legge. Si può affermare che l'art. 41 Cost., indirettamente preveda, e quindi tuteli, anche l'autonomia contrattuale, necessaria affinché i privati possano esplicare la loro iniziativa economica.
A riguardo si cfr. anche la recente sentenza della Cassazione: Cass. Civ., sez. tributaria, 5 dicembre 2014, n. 25758, *il fisco,* che in merito al principio di libera iniziativa economica afferma: "*l'esercizio della autonomia privata, di cui la libera iniziativa economica ex art. 41 Cost., comma 1 è espressione,* [(…) comporta] *la scelta dell'operatore rivolta a realizzare un determinato assetto aziendale funzionale all'esercizio della impresa,* [(…) la quale scelta] *bene può essere determinata, anche prevalentemente, dall'obiettivo di conseguire un risparmio d'imposta, non comportando tale scelta alcun 'aggiramento' delle norme fiscali sull'ammortamento, quanto piuttosto la individuazione ex ante del regime giuridico dei beni aziendali più conveniente in relazione al regime fiscale meno gravoso,* [(…) pretendere di rinvenire il carattere elusivo di un'operazione per il solo motivo che quest'ultima è posta in essere con l'obiettivo di ottenere un risparmio d'imposta] *confligge palesemente con il diritto*

possibilità di agire anche, o solo, in nome di una maggiore o minore convenienza fiscale, a fronte di una pluralità di percorsi disciplinati giuridicamente. "*La pianificazione fiscale è legata a doppio filo al principio di libera iniziativa economica. 'Libertà economica' significa che, per il raggiungimento dei propri obbiettivi, il contribuente ha la possibilità di avvalersi di molteplici discipline, le quali a loro volta presuppongono l'impiego di differente strumentazione giuridica*"[91].

Che la libertà di scelta del percorso giuridico d'adottare in campo fiscale sia una facoltà importante e tutelata dallo stesso ordinamento giuridico, lo si può dedurre, *ab ovo*, dall'introduzione per mano dello stesso Legislatore di norme con la finalità di attribuire al contribuente sgravi fiscali, riscatti, agevolazioni, deduzioni o detrazioni. Questa tecnica normativa, ha la finalità di favorire gli scambi commerciali ed avere ricadute positive sia in ambito sociale, che all'interno della stessa economia nazionale.

La Corte di Cassazione, sez. tributaria, nella sentenza 29 settembre 2006, n. 21221, ha esplicitamente riconosciuto che "*in linea di principio, i contribuenti sono liberi, nell'esercizio della loro autonomia negoziale, di seguire, tra più alternative, quella fiscalmente meno onerosa*".

Sic et simpliciter, la questione da dirimere consiste nella differenziazione del fisiologico risparmio d'imposta, che i contribuenti possono legittimamente perseguire, dallo sfociare di quest'ultimo in un comportamento patologico.

Per Chinellato il concetto di pianificazione fiscale (attività prodromica grazia al quale si ottiene il successivo risparmio d'imposta lecito) racchiude "*quel complesso di comportamenti tesi a creare rapporti e situazioni giuridiche finalizzate all'ottimizzazione del carico fiscale*"[92]. Attraverso la pianificazione fiscale, il contribuente cerca di minimizzare, o addirittura azzerare, il carico fiscale; ovviamente, come tutte le libertà concesse dall'ordinamento, è soggetta ad un limite, oltre il quale si trasforma in un'attività illecita.

Con panificazione fiscale non ci si riferisce, infatti, ad "*abbattimenti d'imposta 'pilotati', vale a dire caratterizzati dall'occultamento totale o parziale di un fatto economico oppure da funambolici esercizi sul filo dell'interpretazione del diritto*"[93]. Se così fosse, si eliminerebbe il sottile confine che separa l'attività lecita di risparmio fiscale con la fattispecie illecita dell'evasione od elusione fiscale.

Le situazioni che conducono al lecito risparmio d'imposta, a fronte di percorsi simili e altrettanto utili a raggiungere il medesimo risultato, ma con risvolti fiscali più gravosi, sono situazioni integralmente delineate agli occhi del Fisco e specificatamente qualificate a livello giuridico.

---

d'impresa costituzionalmente tutelato, ed implica una indebita invasione nella sfera delle scelte imprenditoriali che non possono essere sindacate dagli Uffici finanziari alla stregua dei criteri di opportunità e convenienza, ma soltanto ove le operazioni evidenzino caratteri di antieconomicità ed irrazionalità tali da richiedere una specifica giustificazione della condotta tenuta dalla impresa, non essendo dato rinvenire nell'ordinamento tributario norme che vincolino il soggetto imprenditore a ricorrere a determinate modalità di finanziamento piuttosto che ad altre".

[91] M. BEGHIN, *Una strana idea di libertà economica e di vantaggio fiscale asistematico (su elusione fiscale e abuso del diritto)*, op. cit.

[92] G. CHINELLATO, *Codificazione tributaria e abuso del diritto*, op. cit., pag. 174.

[93] M. BEGHIN, *L'elusione fiscale e il principio del divieto di abuso del diritto*, op. cit., pag. 3.

www.ossfinanziario.org

Dunque, ribadendo il concetto, a fronte di regimi fiscali che il sistema propone come strutturalmente alternativi perché dotati di pari dignità, il contribuente è lasciato libero di muoversi nella direzione che preferisce, anche con la sola volontà trainante di alleggerire il carico fiscale. All'Amministrazione finanziaria non sarà concesso, a fronte di *"scelte che sono metabolizzate dal sistema, ergo, prive di forzature rispetto alle indicazioni che dal sistema stesso promanano*", obbligare il contribuente a perseguire una linea operativa più gravosa[94].

Il dubbio concernente quale percorso ottimale intraprendere può permeare l'intero ordinamento, a meno che quest'ultimo non preveda esplicitamente quale percorso imboccare obbligatoriamente: la scelta può, ad esempio, ricadere sul tipo di società da scegliere, oppure sulla decisione di collocare la sede operativa di un'azienda in Italia o all'estero, la scelta di optare, ove possibile, il regime di tassazione per trasparenza, ecc.

Affinché, però, la scelta fiscale operata dal contribuente si possa additare come elusiva, è essenziale che la strumentalizzazione giuridica impiegata non risulti in linea con le previsioni fiscali inerenti: il percorso negoziale deve essere, infatti, caratterizzato da una abnormità e anormalità di fondo, che fanno legittimamente presumere un "*uso distorto della strumentalizzazione giuridica*" da parte del contribuente, elemento essenziale, quest'ultimo, per rintracciare il fenomeno elusivo[95].

Ferme le considerazioni sopra svolte, l'impiego di strumenti giuridici inadeguati, o forzati nella loro natura, non si può considerare elemento sufficiente affinché una fattispecie concreta, posta in essere dal contribuente, possa essere bandire perché di natura elusiva. È necessario un ulteriore elemento: "*L'elusività del risparmio dipende, appunto, dalla morfologia del vantaggio conseguito dal contribuente. È necessario chiedersi, volta per volta, se tale vantaggio possa considerarsi o meno in armonia rispetto al sistema, accettato o reietto dall'ordinamento*"[96]. Affinché l'opzione prediletta dal contribuente, a fronte di previsioni di percorsi negoziali equipollenti, degeneri in elusione (vale a dire illecito risparmio d'imposta), non è sufficiente contestare che l'operazione intrapresa dal soggetto conducesse al medesimo risultato di un'altra operazione; il *quid pluris* che incastra il contribuente è che il risparmio

---

[94] *Ibidem.*

[95] M. BEGHIN, *Una strana idea di libertà economica e di vantaggio fiscale asistematico (su elusione fiscale e abuso del diritto),* op. cit., del quale si aggiunge: "*L'aggiramento delle disposizioni fiscali richiede quindi che vi sia una forzatura dal punto di vista dell'impiego della strumentazione negoziale. Stiamo parlando di ciò che la giurisprudenza definisce con l'espressione 'uso distorto' della strumentazione giuridica. Mediante tale distorcimento, il contribuente raggiunge un risultato economico-giuridico analogo a quello che egli avrebbe potuto raggiungere mediante l'impiego di un percorso negoziale diretto. L'utilizzazione di strumentazione inadeguata, abnorme o non congrua, consente poi l'alleggerimento del carico fiscale. Configura, in altre parole, quel risparmio d'imposta che è elemento indefettibile nelle fattispecie di elusione o di abuso del diritto".*

[96] M. BEGHIN, *Una strana idea di libertà economica e di vantaggio fiscale asistematico (su elusione fiscale e abuso del diritto),* op. cit.; "*non basta il distorcimento contrattuale per dire che il vantaggio tributario è elusivo. Il concetto di elusione va infatti calato sul piano dei risultati fiscali che siano stati raggiunti, non sul mero piano della normalità o della anormalità della strumentazione giuridica impiegata".*

www.osservatorio.agi.it

fiscale così ottenuto contrasti con lo spirito del sistema impositivo[97]. "*L'elusione tributaria* [infatti] *non costituisce un problema di percorsi, bensì di risultati*"[98]. Non è sufficiente che il percorso definitivamente portato a compimento non rientri in una pianificazione abituale del sistema fiscale, ciò che conta è che il vantaggio ottenuto da quel percorso inusuale, non si ponga in contrasto con i principi basilari del sistema fiscale di riferimento. Se sull'operazione realizzata dal contribuente aleggiasse l'ombra infausta dell'elusione, sarebbe possibile scongiurarla a fronte del rinvenimento della "*valide ragioni economiche*" a supporto della scelta negoziale, le quali sono in grado di legittimare l'asimmetricità del vantaggio, rappresentando una causa esimente dell'operazione.

Accade che il punto di partenza della sana pianificazione fiscale coincida con quello della insana pianificazione fiscale, così come è sicuro che molteplici sono i percorsi offerti dall'ordinamento a favore dei consociati per organizzare il loro assetto economico-fiscale. Allora è sul risultato finale che si deve concentrare l'accertamento fiscale, perché è in quest'ultimo che può annidarsi il germe dell'elusione, *alias* abuso del diritto.

A riguardo risulta illuminante la riflessione sul tema da parte dell'autore Beghin, il quale afferma che: *"Attraverso la pianificazione tributaria il contribuente sceglie, tra una pluralità di regimi strutturali, quello che più gli aggrada. Tale scelta può avvenire anche in considerazione dei risparmi fiscali che ne conseguono. Sia chiaro che anche l'elusore si garantisce un risparmio sotto forma di minor carico tributario. Anche l'elusore, in altri termini, si serve della pianificazione. Ma il vantaggio che l'elusore consegue è disapprovato dal sistema, vale a dire contrario allo spirito delle disposizioni che in quest'ultimo sistema sono incardinate. Chi sceglie tra due o più alternative che il sistema mette a disposizione non aggira la legge, ma la applica. Prende gli effetti che derivano dall'operazione posta in essere*"[99].

Se così non fosse, si potrebbe affermare, per assurdo, che la scelta di percorsi articolati e complessi, ma del tutto leciti in quanto previsti dal nostro ordinamento, sia sintomatica di una patologia di fondo dell'operazione, della volontà di ricercare un vantaggio asimmetrico da parte del contribuente, ma questo ragionamento sarebbe troppo semplicistico e riduttivo. Ne conseguirebbe, inevitabilmente, che un percorso invece lineare, usuale e diretto non potrebbe mai integrare un'operazione elusiva, a differenza di percorsi articolati e inusuali, i quali sarebbero più facilmente relegabili nell'albo delle operazioni in contrasto con l'ordinamento. A riguardo, la Cassazione ha sottolineato che l'impiego di operazioni in luogo di altre giustificabile alla luce

[97] Con il concetto di "*contrarietà al sistema*" non s'intende in termini generici un semplice "*contrasto con il principio di capacità contributiva,* [in quanto l'operazione posta in essere] *ridimensione, in negativo, la base imponibile* (…) *la contrarietà al sistema rilevante ai fini dell'elusione va invece verificata con riguardo alla specifica disciplina di riferimento, vale a dire con riguardo al micro-settore nel quale è radicata la contestazione fiscale*", M. BEGHIN, *Una strana idea di libertà economica e di vantaggio fiscale asistematico (su elusione fiscale e abuso del diritto),* op. cit.

[98] M. BEGHIN, *L'elusione fiscale e il principio del divieto di abuso del diritto*, op. cit., pag. 6.

[99] M. BEGHIN, *Una strana idea di libertà economica e di vantaggio fiscale asistematico (su elusione fiscale e abuso del diritto)*, op. cit.

www.ssrweb.org

del risparmio d'imposta, non è sintomatico di alcunché se si tratta di risparmi d'imposta in linea con il fondamento delle disposizioni tributarie[100].
Come si è già avuto modo di ribadire, esistono percorsi lineari ma connotati da una spiccata carica elusiva, come, viceversa, esistono operazioni complesse che nulla hanno a che vedere con l'elusione tributaria. In ogni caso, in generale, sono rinvenibile all'interno del vastissimo ordinamento giuridico, una pluralità di percorsi equipollenti per raggiungere un determinato scopo.

Ciononostante, si sta ormai radicando nell'ordinamento l'opinione secondo la quale l'utilizzo di strutture negoziali inconsuete e non "tagliate su misura", sfoci sempre e comunque in risultati illeciti e *contra ius*. La prassi che si sta radicando in sede accertativa e giurisprudenziale, non condivisibile a parer di chi scrive, considera elusivo qualsivoglia percorso negoziale "non-normale", ovvero inusuale e, in genere, fiscalmente meno oneroso rispetto ad altri percorsi percorribili in egual misura ma con un carico fiscale più importante. In questo modo si nega ogni spazio di lecita pianificazione fiscale, con conseguenze non trascurabili a livello di autonomia privata. Di conseguenza, il contribuente sarà costretto a dimostrare in sede accertativa, di aver intrapreso l'unico percorso possibile, in assenza di alternative altrettanto percorribili; dunque, ove non sussistano percorsi negoziali alternativi, non potrà mai esservi elusione? Risultato paradossale frutto di un ragionamento eccessivamente semplicistico che dimentica di tenere in considerazione l'essenza del fenomeno elusivo, ossia l'aggiramento dello spirito delle leggi tributarie.
La complessità di un'operazione deve assurgere ad indizio di una possibile, ma non certa, volontà elusiva da parte del contribuente, che andrà accertata in modo approfondito dall'Amministrazione finanziaria attraverso gli strumenti che l'ordinamento le concede.

La clausola antielusiva *ex* art. 37 *bis* del D.P.R. 600/1973, accosta al concetto di vantaggio l'aggettivo "*indebito"*, riferendosi con quest'ultimo ai vantaggi "*non spettanti in base alle indicazioni sistematiche*". Per verificare se un caso di specie produca un simile risultato, si deve salire sul piano della comparazione; in particolar modo, si dovrà comparare il risultato ottenuto dal contribuente sospettato attraverso il percorso negoziale scelto, con il risultato che avrebbe potuto ottenere tramite un altro percorso che però ha deciso esplicitamente di non porre in essere. La comparazione necessita di termini omogenei di paragone e per verificare se l'operazione a cui si è dato seguito comporti un beneficio a livello fiscale non dovuto, si deve individuare come

[100] Cass. Civ., sez. tributaria, 14 gennaio 2015, n. 438, nella quale sentenza, viene inoltre affermato che per perseguire obiettivi fiscali sostenuti da valide ragioni economiche e non conseguire, quindi, indebiti vantaggi economici, è necessario in prima facie "*un adeguato strumento giuridico' che, pur se alternativo a quello scelto dal contribuente, sia comunque funzionale al raggiungimento dell'obiettivo economico perseguito dal contribuente medesimo (Cass. 2012/21390, p.3.2)*".
Altro passaggio centrale della decisione per quel che concerne la lecita pianificazione fiscale, dispone che: "*si ha mero risparmio fiscale quando tra vari comportamenti posti dal sistema fiscale su un piano di pari dignità, il contribuente adotta quello fiscalmente meno oneroso, poiché non c'è aggiramento fintanto che il contribuente si limita a scegliere tra due alternative che in modo strutturale e fisiologico l'ordinamento gli mette a disposizioni. Tra gli strumenti giuridici fungibili, ma che il sistema pone su un piano di sostanziale parità, si pensi da esempio... alla scelta tra cedere aziende o cedere partecipazioni sociali... fino ad arrivare alla misura degli ammortamenti... e di tutte le altre valutazioni di bilancio*".

punto di riferimento e paragone un'altra operazione equipollente, che avrebbe raggiunto i medesimi risultati giuridici, ma con un carico impositivo maggiore[101].

Il vantaggio raggiunto con l'operazione elusiva in luogo di quella elusa deve avere il carattere di un vantaggio concreto e non solo sperato e immaginato. Inoltre, deve essere carico di contrasto rispetto lo spirito del sistema e le sue norme impositrici e sguarnito di "*valide ragioni economiche*" a sostegno.

Non esiste un elenco tassativo ed esaustivo di situazioni dal quale reperire dati sistematici, ma questi vanno ricercati, di volta in volta, nei casi concreti sottoposti ad attenzione.

Concludendo, il fenomeno elusivo si sviluppa quindi attorno ai risultati conseguiti, non tanto intorno ai mezzi utilizzati dal contribuente per ottenerli, ma la valutazione finale, che deve investite la totalità dell'operazione al fine di dichiararla elusiva o meno, deve investire quella pluralità di elementi che costituisco l'essenza del fenomeno elusivo. Vale a dire che, per affermare l'elusività o meno di un'operazione fiscale, debbono coesistere allo stesso tempo: l'anormalità/abnormità del percorso negoziale intrapreso, la natura indebita del vantaggio fiscale così ottenuto e l'assenza delle valide ragioni economiche di fondo. Tali elementi presi singolarmente non sono sufficienti a inficiare di elusività un comportamento fiscale, si rischierebbe altrimenti di cadere nell'eccessiva semplificazione, perdendo di vista l'aderenza del ragionamento giuridico con la realtà fattuale concreta[102].

3. *Iter* giurisprudenziale e legislativo di contrasto all'elusione

Dalle premesse svolte sinora, risulta chiaro come il fenomeno elusivo consista, in breve, in un comportamento (non sempre necessariamente un negozio giuridico) ispirato dall'unico e predominante intento di ottenere un risparmio d'imposta, un comportamento qualificabile come "anormale" rispetto a quelli in genere adottabili a parità di condizioni. Tale comportamento è sempre voluto dal contribuente, non simulato, e non comporta una violazione diretta delle disposizioni legislative, quanto piuttosto un anomalo impiego degli istituti previsti dall'ordinamento, ponendosi in contrasto con lo spirito permeante il sistema tributario. Per queste sue peculiarità, l'elusione fiscale è definibile "evasione fiscale legittima", vale a dire un *tertium genus* a metà strada tra il legittimo risparmio d'imposta e l'evasione fiscale.

[101] Si discute in dottrina circa il criterio da utilizzare per la suddetta comparazione, non essendoci univocità sulla sua natura: se debba, dunque, essere di stampo economico, giuridico o misto tra i due.

[102] Si tengano presente, per esempio, le "*operazioni che il contribuente pone in essere per ragioni esclusivamente fiscali*". M. BEGHIN, *L'elusione fiscale e il principio del divieto di abuso del diritto*, op. cit., pag. 12. Queste non possono rientrare nel novero delle operazioni elusive, mancando in loro l'elemento dell'asimmetricità del vantaggio. Inoltre, come si è detto, l'orientamento giurisprudenziale della Cassazione esplicitamente ammette operazioni fiscali giustificate alla luce del solo risparmio d'imposta. Cfr. solo da ultima la sentenza della Cass. Civ., sez. tributaria, 5 dicembre 2014, n. 25758, già menzionate a questo proposito.

www.osservatorio.oci.org

Molteplici e di diversa natura sono state le reazioni dei singoli ordinamenti nazionali al diffondersi del fenomeno elusivo[103].
Il nostro ordinamento, non potendo contare sin da subito su di uno strumento generale di contrasto e su di un inquadramento normativo chiaro ed esaustivo del fenomeno, optò per il criterio casistico: vale a dire che si introdussero tramite *iter* legislativo le disposizioni necessarie a fronteggiarlo, mano a mano che le fattispecie elusive emergevano direttamente dall'esperienza pratica.

Si giunse solo alla fine degli anni '90 ad introdurre per la prima volta uno strumento di contrasto di portata generale, per mezzo dell'art. 7, d.lgs. 8 ottobre 1997, n. 358, corrispondente alla clausola antielusiva *ex* art. 37 *bis*, D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600[104].
Finalmente si era data una risposta incisiva all'esigenza manifestata da tempo di adottare uno strumento di contrasto di portata più ampia, ma suddetta normativa non assunse le vesti di panacea contro il male elusivo, troppi erano infatti i limiti a costellarla. *In primis,* la norma non godeva di efficacia retroattiva, indi per cui rimaneva scoperta la trattazione di fattispecie concrete precedenti alla sua introduzione; *in secundis,* era applicabile solo in riferimento a quelle fattispecie rientranti nel catalogo tassativo delle operazioni individuate al terzo comma, ed inoltre era pienamente operativa solo in riferimento al settore delle imposte dirette, per il quale a suo tempo venne prevista[105]. Al tempo non si volle pregiudicare la certezza del rapporto tributario creando uno strumento di portata troppo ampia nelle mani dell'Amministrazione finanziaria e ci si limitò a contrastare le fattispecie considerate maggiormente pericolose e critiche; la norma venne pensata ed ideata, quindi, a chiusura del sistema tributario, con conseguente applicazione residuale e speciale.

Nonostante si fosse provveduto a colmare la mancanza nel nostro ordinamento di uno strumento di portata ampia per contrastare il fenomeno elusivo, numerose rimanevano in ogni caso le fattispecie sprovviste di tutela, a

[103] Dando un rapido sguardo all'esperienza estera, si può constatare come in certi ordinamenti, per esempio quello tedesco e svizzero, si sia optato per l'introduzione nel tempo di una clausola generale (*Generalklausel*), "*in virtù della quale l'Amministrazione è legittimata ad applicare alla fattispecie elusiva il tributo corrispondente alla fattispecie elusa*" (artt. 41 e 42 del *Abgabenordnung* in Germania e art. 21, par. 2, del Federal *concil decree* in Svizzera). Altri paesi, invece, hanno preferito prevedere uno standard di valutazione del fenomeno, affinché si potesse qualificare come illegittimo in forza della consistenza del *business purpose*, ovvero della ragionevolezza economica del comportamento, e degli *streps transactions*. A. FANTOZZI, *Diritto tributario*, op. cit., pag. 358.
[104] L'art. 37 *bis* D.P.R. n. 600/1973 al primo coma dispone: "*Sono inopponibili all'amministrazione finanziaria gli atti, i fatti e i negozi, anche collegati tra loro, privi di valide ragioni economiche, diretti ad aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario e ad ottenere riduzioni di imposte o rimborsi, altrimenti indebiti*". Il dettato normativo ha subito modifiche nel tempo, fino all'odierno superamento per mano dell'art. 10 *bis* della L. 27 luglio 2000, n. 212, introdotto dal d.lgs. 5 agosto 2015, n. 128.
[105] La clausola antielusiva venne estesa in seguito all'imposta di registro dall'art. 53 *bis*, D.P.R. 26 aprile 1986, n. 131, il quale inserì all'art. 35, co. 24, lett. a, d.l. 4 luglio 2006, n. 223 l'inciso secondo il quale "*le attribuzioni e i poteri di cui agli articoli 31 e seguenti del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600 e successive modificazioni, possono essere esercitati anche ai fini dell'imposta di registro, nonché delle imposte ipotecaria e catastale di cui al decreto legislativo 31 ottobre 1990, n. 347*", prevedendo difatti l'applicazione dell'art. 37 *bis* anche al settore dell'imposta di registro.

fronte anche di una continua riorganizzazione negoziale da parte dei contribuenti.
A colmare le lacune provvedette la Suprema Corte di Cassazione con una cospicua produzione giurisprudenziale stratificatasi nel tempo, nel tentativo di arginare le innovative fattispecie che di volta, in volta emergevano dai casi concreti posti alla sua attenzione, o di dirime controversie antecedenti all'entrata in vigore della clausola antielusiva.
In parallelo, non smise mai di evolversi il quadro normativo di riferimento, il quale, assorbendo le pronunce giurisprudenziali, tentava di appianare le sue lacune e cancellare le smagliature, rincorrendo, utopicamente, una completezza del sistema rispondente alle esigenze di certezza del diritto.

Nelle pagine seguenti si procederà alla ricostruzione in prima battuta del filone giurisprudenziale, portando alla luce le varie fasi caratterizzanti l'orientamento della Cassazione in tema di contrasto del fenomeno elusivo, per concludere con l'*iter* legislativo, giunto proprio di recente con l'introduzione del divieto di abuso del diritto tributario, *ex* art. 10 *bis,* L. 212/2000, ad una fase del tutto nuova caratterizzante i giorni odierni.

3.1 *Le tappe giurisprudenziali*

Il diritto tributario, per sua natura, ha spesso dovuto attingere dal "bacino" civilistico per reperire le soluzioni normative e colmare le sue lacune; ad esempio, in tema di contenzioso tributario, l'art. 1, co. 2 del d.lgs. 31 dicembre1992, n. 546 prevede l'applicazione delle norme del codice di procedura civile nel caso in cui l'ordinamento fiscale non disponga di un'apposita disposizione per disciplinare il contenzioso, nei limiti della compatibilità ovviamente, e ciò affinché sia assicurato un corretto e continuo esercizio della giustizia.
Soprattutto in riferimento al fenomeno elusivo, dottrina e giurisprudenza hanno spesso e volentieri ricercato meccanismi risolutivi tra i meandri del codice civile, delle volte ricorrendo a interpretazioni esasperate od eccessivamente creative, altre volte dando corso a veri e propri cambi repentini di orientamento.
Questo sviluppo dell'ambito civile in seno al diritto tributario è stato trainato *in primis* proprio dall'opera interpretativa di natura giurisprudenziale della Corte di Cassazione. La peculiarità dell'elusione, infatti, la colloca a metà strada tra un comportamento lecito ed illecito, ove la condotta del contribuente è formalmente legittima perché non violante direttamente alcuna disposizione, ma sostanzialmente illegittima perché in contrasto con lo spirito permeante il sistema tributario, come si è avuto modo di affermare più volte. Da ciò ne consegue la necessità di individuare strumenti *ad hoc* che colpiscano in modo diretto i comportamenti difformi, ma, d'altra parte risulta impossibile risolvere con interventi legislativi mirati e puntuali ogni reazione e riorganizzazione negoziale da parte del contribuente.

Ciò detto, nel tempo la giurisprudenza cercò di trovare un punto di contatto tra il diritto tributario ed il diritto civile, nel tentativo di colmare i vuoti legislativi rappresentanti il terreno endemico ove attecchisce la patologia

www.osservatorio.oib.org

elusiva, in attesa dell'introduzione di un mezzo di contrasto adeguato ed interno al sistema tributario, in grado di abbracciare la totalità delle fattispecie elusive.
In dottrina a lungo si è dibattuto in riferimento al rapporto tra i due ordinamenti, per verificare se realisticamente, nonché legittimamente, il primo (diritto tributario) potesse far leva sulla strumentalizzazione approntata dal secondo (diritto civile) nella risoluzione delle controversie intercorrenti tra contribuenti e Pubblica Amministrazione. Se si potessero, dunque, "*trasporre nel diritto tributario (speciale) principi e criteri che sono propri del codice civile (generale)*"[106].

Una delle soluzioni nel quale si riposero maggiori aspettative fu quella di applicare gli istituti tipici del diritto civile in ambito negoziale: gli istituti contemplati, in particolare, furono la nullità del contratto per frode alla legge, frode ai creditori e per mancanza di causa[107].

Addentrandoci immediatamente nelle varie tappe succedutesi a livello giurisprudenziale, si rileva in termini schematici l'opinione vigente nei primi anni del 2000, orientamento che caratterizzò la prima fase della Corte di Cassazione, secondo il quale l'ordinamento italiano poggiava le sue basi sul principio della libertà negoziale, mentre il sistema fiscale, che è una componente interna dell'ordinamento, rispondeva al principio di legalità. "*Conseguentemente, i privati erano liberi di regolare negozialmente i loro interessi* […] *non erano fiscalmente sindacabili gli atti e le forme negoziali non specificatamente considerati dalla legge fiscale agli effetti dell'imposizione; la dialettica tra libertà e legalità poteva tuttavia essere bloccata, a tutela*

---

[106] M. BEGHIN, *L'elusione fiscale e il principio del divieto di abuso del diritto*, op. cit., pag. 112.
Secondo l'autore è di preminente importanza ricercare punti di contatto tra le due discipline, evitando di ghettizzare il diritto tributario alla luce della sua specialità; il diritto tributario deve certamente prima di tutto guardare alla ricerca di soluzioni interne proprie, rispettose dell'autonomia e del "*particolarismo*" che lo caratterizzano, "*ma deve anche essere in grado di esprimere idee e soluzioni in qualche misura condivise all'esterno, nel rispetto della specificità che deve connotare le disposizioni funzionali all'acquisizione di mezzi finanziari".*

[107] Un importante riferimento normativo a riguardo è costituito dall'art. 1344 cod. civ. secondo il quale sono nulli per illiceità della causa i contratti posti in essere per eludere l'applicazione di una norma imperativa. Citando testualmente il testo del dispositivo "*si reputa altresì illecita la causa quando il contratto costituisce il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa*". L'articolo, come di seguito nella trattazione si avrà modo di constatare, ha avuto un ruolo centrale e preminente nel tentativo da parte della giurisprudenza di contrastare il fenomeno elusivo, massiccio risulta difatti in suo impiego nelle sentenze della Corte di Cassazione.
La *ratio* dell'art. 1344 è quelle di colpire quei risultati non considerati meritevoli di protezione da parte dell'ordinamento. Secondo Chinellato, la norma serve ad evitare che attraverso l'impiego di espedienti fondati sull'autonomia privata, si possano raggiungere risultati in realtà preclusi all'autonomia privata stessa. G. CHINELLATO, *Codificazione tributaria e abuso del diritto*, op. cit. In riferimento alla nullità del contratto, dovuta alla illiceità della causa, si ricorda che quest'ultima è da considerarsi illegittima anche *"quando è contraria a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume*", *ex* art. 1343 cod. civ.; quando "*le parti si sono determinate a concluderlo (il contratto) esclusivamente per un motivo illecito comune ad entrambe*" di cui all'art. 1345 cod. civ.; quando manca nell'oggetto uno dei requisiti individuati dall'art. 1346 cod. civ.; infine, secondo l'art. 1418 cod. civ. "*il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente. Producono nullità del contratto la mancanza di uno dei requisiti indicati dall'articolo 1325, l'illiceità della causa, l'illiceità dei motivi nel caso indicato dall'articolo 1345 e la mancanza nell'oggetto dei requisiti stabiliti dall'articolo 1346. Il contratto è altresì nullo negli altri casi stabiliti dalla legge*".

www.osservatorio.oci.org

dell'interesse erariale, con norme anti-elusive"[108]. Il limite, però, immediatamente percepibile delle disposizioni antielusive risiede nella loro natura eccezionale, la quale fa si che non si possa dare una lettura interpretativa delle stesse in chiave analogica, non presentando a tal fine il necessario carattere generale.
Nel solco di suddetto orientamento, si inserì la pronuncia della Cassazione del 3 aprile 2000, n. 3979, in tema di *dividend washing*, stabilendo che, per dichiarare nullo un contratto per devianza della causa sulla base dell'art. 1344 cod. civ., fosse necessario rinvenire l'ottenimento di un risultato, a seguito dell'impiego di uno schema negoziale, in violazione di una norma imperativa. Citando le parole della Corte nella pronuncia succitata, "*detta evidenza non è dunque identificabile nel mero 'risparmio', né può discendere dal semplice rilievo che, senza la costituzione di quel rapporto, l'erario avrebbe ottenuto un maggior incasso, ma presuppone un quid pluris, cioè una disposizione di legge che vieti il contratto quando esso (in sé lecito) implichi in concreto una riduzione del prelievo impositivo*".
In tema di frode alla legge *ex* art. 1344 cod. civ., pertanto, la Corte all'epoca sostenne l'orientamento secondo il quale un comportamento, per essere dichiarato elusivo, doveva porsi in contrasto diretto ed esplicito con una norma imperativa. I contribuenti erano lasciati liberi di muoversi all'interno dello spazio di autonomia contrattuale fintanto non si fossero scontrati con una legge che dichiarasse quello specifico comportamento illegittimo. "*A fronte di divergenti trattamenti fiscali, a seconda del soggetto cui faccia capo un certo reddito, la frode alla legge ex art. 1344 cod. civ. non è ravvisabile per il solo fatto che un atto negoziale (reale e non simulato) abbia spostato la titolarità del bene al contribuente 'favorito', occorrendo una norma che direttamente od indirettamente neghi la facoltà di trasmigrare con l'atto stesso dall'uno all'altro regime di tassazione; in difetto, si rimane nell'ambito della mera lacuna della disciplina tributaria, per non aver prefigurato la possibilità dei contribuenti di optare per assetti privatistici fiscalmente proficui*"[109].

Il negozio in frode alla legge, *ex* art. 1344 cod. civ., fu per lungo tempo protagonista del tentativo da parte della giurisprudenza di introdurlo nel sistema fiscale e, in particolare, di individuare un rimedio di portata generale e residuale per contrastare l'elusione fiscale. La dottrina espresse pareri discordanti circa il suo impiego in ambito fiscale, soprattutto alla luce dell'incostanza dimostrata dall'orientamento della Corte Nomofilattica.
La Corte, infatti, nel 2001 sostenne che tale articolo non si potesse applicare ai contratti che eludono le normative fiscali, in quanto, le norme imperative a cui

[108] G. CORASANITI, *Contrasto all'elusione e all'abuso del diritto nell'ordina mento tributario,* in *Obbligazioni e contratti*, 2012, pag. 325.
[109] Cass, Quinta sez., 3 aprile 2000, n. 3979, *il fisco.* La fattispecie del *dividend washing* all'epoca in esame dalla Suprema Corte, è caratterizzata dalla temporanea cessione di titoli azionari dal gestore di un fondo d'investimento ad un terzo, per consentire a quest'ultimo di percepire i dividendi avvalendosi delle deduzioni e dei crediti spettanti ai soggetti diversi dai fondi d'investimento; all'epoca nessuna norma fiscale imponeva il divieto di un comportamento simile, di conseguenza era opinione condivisa la legittimità di un percorso negoziale siffatto. In linea con tale orientamento si colloca, inoltre, la sentenza della Cass. Civ., sez. tributaria, 7 marzo 2002, n. 3345, *il fisco,* la quale stabilì la legittimità di questo tipo di operazioni finanziarie non essendoci, all'epoca dei fatti, alcuna normativa che ne vietasse l'esecuzione.

allude sono di natura civilistica proibitiva, vale a dire norme che vietano il compimento di determinati negozi[110].
L'impiego di siffatta soluzione ai fini della lotta all'elusione fiscale si considerò dunque non sostenibile: le norme civiliste, infatti, stabiliscono se un negozio possa essere o meno stipulato, mentre le norme tributarie operano su un altro piano, limitandosi a disciplinare le conseguenze fiscali dei contratti medesimi. A tal proposito, si rileva la sentenza della Corte di Cassazione del 3 settembre 2001, n. 11351[111]. In suddetta sentenza, la Corte esplicitamente sancì che le norme tributarie fossero sprovviste di carattere proibitivo, essendo al limite di carattere inderogabile e per questo motivo non potessero essere ricomprese nel novero delle norme imperative al quale si riferiscono gli artt. 1344 e 1418 cod. civ. Da ciò ne derivò che il raggiro delle norme fiscali ad opera di una fattispecie elusiva, non potesse produrre l'effetto giuridico dell'illiceità della causa del negozio. Indi per cui, nel caso in cui le parti avessero provveduto a regolare univocamente il loro assetto di interessi attraverso distinti ed autonomi contratti teologicamente collegati, il vincolo di collegamento non avrebbe sottratto ciascun contratto al proprio regime giuridico e fiscale; dunque, l'Amministrazione finanziaria non poteva per queste ragioni arrogarsi il potere di riqualificare i contratti posti in essere dalle parti[112].

Riassumendo in breve, la Corte negò al tempo la possibilità di ricorrere all'impiego delle disposizioni del codice civile al fine di decretare la nullità dei contratti qualora questi fossero stati impiegati al fine di eludere le disposizioni fiscali, sulla scorta di due principali considerazioni: *in primis* le norme predette comportano la nullità del contratto in frode alla legge e non la sua conversione nella fattispecie contrattuale che il soggetto si è guardato dal porre in essere; in

[110] Secondo Corasaniti questa teorie è suffragata dal dispositivo dell'ultimo inciso dell'art. 10, Statuto dei diritti del Contribuente, ove si dispone testualmente che "*le violazioni di disposizioni di rilievo esclusivamente tributario non possono essere causa di nullità del contratto*". G. CORASANITI, *Contrasto all'elusione e all'abuso del diritto nell'ordina mento tributario,* in *Obbligazioni e contratti*, op. cit., pag. 326.

[111] Cass. Civ., sez. tributaria, del 3 settembre 2001, n. 11351, *il fisco.* La sentenza riguardò un caso di riduzione dell'IVA operato da una società che al tempo aveva posto in essere locazioni finanziarie (si trattava della stipula di un contratto di *leasing*), nelle quali le operazioni in genere a carico del concedente erano state poste in quel caso, a carico di due diverse società facenti parte del medesimo gruppo, scorporando gli obblighi di carattere finanziario da quelli riferiti alla concessione in godimento del bene.

[112] Citando testualmente il passo della sentenza che *ivi* c'interessa: "*Non è sufficiente, infatti, che una norma sia inderogabile perché possa essere qualificata come 'imperativa', essendo a tal fine necessario che essa sia di carattere proibitivo e sia posta, altresì, a tutela di interessi generali che si collochino al vertice della gerarchia dei valori protetti dall'ordinamento giuridico (Cass. 8 novembre 1995, n. 11598)*". Caratteri, questi, certamente non ravvisabili nelle norme tributarie, in quanto esse sono poste a tutela di interessi pubblici di carattere settoriale e, in linea di massima, non pongono divieti, ma assumono un dato di fatto quale indice di capacità contributiva. Cfr. anche sulla stessa linea Cass. Civ., 5 novembre 1999, n.12327 e Cass. Civ., 19 giugno 1981, n. 4024. Del resto, le disposizioni del codice civile considerano l'illiceità quale causa di nullità del contratto e non di conversione del medesimo in quello che le parti si sono guardate dall'applicare per eludere la legge tributaria: resta così confermato che neppure tali norme offrono argomenti per giustificare il potere dell'Amministrazione finanziaria di riqualificare i contratti posti in essere dalle parti nel tentativo di beneficiare di un trattamento fiscale più vantaggioso. Gli effetti civilistici delle scelte operate dai contribuenti devono essere mantenuti invariati, ciò sul quale l'Amministrazione finanziaria può intervenire sono gli effetti che tali scelte hanno in ambito fiscale.

www.osservatorio.oci.org

second'ordine, la Corte affermò che si doveva focalizzare l'attenzione soprattutto sulla natura delle norme tributarie, le quali sono emanate a tutela di interessi pubblici settoriali e per questo motivo, ponendo per lo più divieti nonostante godano di natura inderogabile, non possono essere qualificate alla stregua di norme imperative, presupponendo quest'ultime il carattere proibitivo delle norme poste a tutela d'interessi generali collocabili al vertice della gerarchia dei valori protetti dall'ordinamento.

Ciononostante, la prospettiva civile, quale soluzione spendibile per contrastare il fenomeno elusivo, non venne del tutto abbandonata, ma, anzi, fu oggetto di un'inversione di orientamento nella seconda fase della Suprema Corte.

Nel nostro ordinamento il dibattito venne veicolato, in particolar modo, da un famoso trittico di sentenze della Corte di Cassazione civile, risalenti al 2005: si sta parlando delle sentenze della quinta sezione, rispettivamente del 21 ottobre 2005, n. 20398, 26 ottobre 2005, n. 20816 e 14 novembre 2005, n. 22932, le quali portarono ad un *revirement* della giurisprudenza, puntando i riflettori su una situazione d'incertezza che non poteva essere risolta, allora, attraverso l'applicazione della clausola antielusive generale *ex* art. 37 *bis* D.P.R. 600/1973.

Nonostante le sentenze in questione affrontassero operazioni finanziarie di natura differente, "*sono profondamente legate tra loro per due ordini di motivi*"[113]*.* In primo luogo perché tali sentenze hanno per oggetto pratiche finanziarie molto in voga sin dagli anni '80 nel mondo dell'imprenditoria per minimizzare il carico fiscale[114]; in secondo luogo perché tali sentenze testimoniano un vero e proprio cambio d'orientamento della sezione tributaria della Suprema Corte, che giunse a dichiarare implicitamente ed indirettamente l'illiceità di suddette operazioni. Prima di allora, i giudici tendevano a considerarle del tutto legittime, sulla scorta della tesi secondo la quale si potevano qualificare illegittimi solo gli atti che erano definiti come tali da una norma previgente all'epoca[115].

Successivamente, quindi, la Suprema Corte mutò del tutto indirizzo ritenendo non dovuta una norma *ad hoc* preesistente per contrastare un atto, o una serie di atti, elusivi.

In particolar, nella sentenza n. 20816 del 26 ottobre 2005, i giudici della Corte misero in luce il vuoto normativo riguardante le operazioni di *dividend washing*, colmato solo in seguito con l'introduzione dell'art. 14, comma 6 *bis*, D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 9176, il quale comportò che siffatte operazioni venissero "*drasticamente stroncate*", come si legge nella sentenza. Il caso di specie, inoltre, risaliva ad epoca antecedente all'introduzione della clausola

[113] G. CORASANITI, *Contrasto all'elusione e all'abuso del diritto nell'ordinamento tributario*, op. cit., pag. 327.

[114] In particola modo, si aggiravano le norme tributarie che disciplinavano il credito d'imposta sui dividendi.

[115] Al tempo dei fatti, l'ordinamento era del tutto sprovvisto di mezzi adeguati per contrastare le operazioni, introdotti successivamente per mezzo dell'art. 14, co. 6 *bis*, del D.P.R. 22 dicembre 1986 n. 9176, convertito nella L. 5 novembre 1992, n. 429, oggi definitivamente soppresso, che prevedeva la non attribuibilità del credito d'imposta a coloro che avevano acquisito titoli da un fondo comune o da una SICAV, dopo la delibera della distribuzione dei dividendi. A riguarda cfr. la sentenza Cass. Civ., sez. tributaria, 7 marzo 2002, n. 3345, già citata.

www.ossimoro.org

antielusiva *ex* art. 37 *bis* D.P.R. 600/1973, "*e la giurisprudenza ha correttamente ritenuto che la norma non abbia efficacia retroattiva (Cass. 7 marzo 2002, n. 3345)*"[116].

Proseguendo nel suo ragionamento, la Corte apertamente si discostò dal suo precedente orientamento, contenuto nel dispositivo della sentenza n. 11351/2001, del quale si è già avuto modo di parlare. Nel caso di specie affrontato, l'Amministrazione aveva dedotto che il contratto di cessione di azioni stipulato fosse "*affetto da simulazione relativa avendo le parti convenuto una mera cessione di dividendi (irrilevante ai fini fiscali in base al D.P.R. n. 600/1973 art. 37, comma 3, ed all'art. 1344 del codice civile* [secondo però il precedente orientamento della Corte]). […] *Il collegio ritiene* [ora] *pertinente anche il richiamo all'art. 1344 del codice civile poiché le norme tributarie appaiono norme imperative poste a tutela dell'interesse generale del concorso paritario alle spese pubbliche (art. 53 Cost.) e su questo punto si dissente dalle argomentazioni accolte nella sentenza di questa Corte 03 settembre 2001, n. 11351*"[117].

Nelle sentenze n. 20398/2005, i giudici si appellarono invece "*al difetto di causa dei negozi collegati attraverso cui è realizzato il c.d. dividend washing ed dividend strippin"* per dichiararne la nullità[118]. Da tale mancanza di ragione si

---

[116] Cass. Civ., sez. tributaria, 26 ottobre 2005, n. 20816, *il fisco*, che richiama la giurisprudenza della sentenza già *ivi* citata, Cass., Civ., sez. tributaria, 7 marzo 2002, n. 3345. Della sentenza n. 20816/2005 si riporta inoltre il seguente passaggio emblematico: *"Questo però non significa che in epoca anteriore l'Amministrazione dovesse passivamente subire le possibili operazioni fraudolente poste in essere dai privati. Significa soltanto che l'Amministrazione doveva fare ricorso ai comuni strumenti di accertamento, con tutte le difficoltà derivanti da simile procedura*".

[117] La Corte inoltre formulò apertamente il principio di diritto secondo il quale "*la Amministrazione finanziaria, quale terzo interessato alla regolare applicazione delle imposte, è legittimata a dedurre (prima in sede di accertamento fiscale e poi in sede contenziosa) la simulazione assoluta o relativa dei contratti stipulati dal contribuente, o la loro nullità per frode alla legge, ivi compresa la legge tributaria (art. 1344 del codice civile); la relativa prova può essere fornita con qualsiasi mezzo, anche attraverso presunzioni*".

[118] G. CORASANITI, *Contrasto all'elusione e all'abuso del diritto nell'ordinamento tributario,* op. cit., pag. 327. Si riporta il passo della sentenza Cass. Civ., sez. tributaria, 21 ottobre 2005, n. 20398, *il fisco,* ove si sancisce la nullità dei contratti per difetto di causa: "*Tale mancanza di ragione, che investe nella sua essenza lo scambio tra le prestazioni contrattuali attuato attraverso il collegamento negoziale, costituisce, a prescindere da una sua valenza come indizio di simulazione oggettiva o interposizione fittizia, un difetto di causa, il quale da luogo, ai sensi degli articoli 1418, comma 2, e 1325, n. 2, cod. civ., a nullità dei contratti collegati (tipici) di acquisto e rivendita di azioni, in quanto dagli stessi non consegue per le parti alcun vantaggio economico, all'infuori del risparmio fiscale. Per parafrasare un'autorevole dottrina, le parti non possono trasferire beni soltanto per trasferirli e cioè senza perseguire uno scopo economico, che deve dare l'impronta giuridica alla volontà contrattuale".* La Corte specificò, inoltre, che l'indagine coinvolgente una pluralità di negozi devesse essere compiuta nella loro totalità, non limitandosi ad uno di essi. "*Secondo la giurisprudenza della Corte (si vedano, in particolare, le sentenze n. 12401/92 e 5917/99), l'accertamento dell'esistenza dell'elemento causale - definito come scopo economico sociale - deve essere effettuato sul negozio o sui negozi collegati, nel loro complesso, e non con riferimento ai singoli negozi o alle singole prestazioni. Pertanto, per verificare l'esistenza della giustificazione socio - economica del negozio occorre valutare le attribuzioni patrimoniali conseguite dai due negozi nella loro reciproca connessione".* Per *dividend stripping* s'intende "*la costituzione di usufrutto su azioni di società operative italiane, possedute da società estere non residenti in favore di altre società italiane",* P. COSTANTINI, *Il "dividend stripping" e la riqualificazione giuridica del contratto,* in *Finanza e Fisco,* n. 38, 1997, pag. 4374. In breve, si tratta di operazioni negoziali ove un soggetto non residente cede, in

fece conseguentemente discendere l'inefficacia dei contratti nei confronti del Fisco.
Ragionamento analogo sorresse i motivi della decisione nell'ultima sentenza citata della Suprema Corte, del 14 novembre 2005, n. 22932[119].

Le succitate sentenze del 2005 cominciarono a manifestare all'interno dei loro dispositivi, inoltre, la necessità di rivedere i principi consacrati nella precedente giurisprudenza della Cassazione alla luce dei nuovi dettami comunitari[120].
Iniziò, infatti, quella che si potrebbe identificare come "la terza fase" della giurisprudenza della Suprema Corte, fase fortemente influenzata dall'introduzione in campo giurisprudenziale europeo del principio che sancì il divieto di abuso del diritto comunitario.
La Corte di Giustizia Europea, infatti, dopo una serie di pronunce, giunse a formulare definitivamente nel 2006 il principio secondo il quale i singoli cittadini degli Stati membri non possono avvalersi abusivamente delle norme comunitarie. Suddetto principio di matrice giurisprudenziale, venne assimilato immediatamente dalla nostra Corte Nomofilattica, divenendo anche in Italia colonna portante delle pronunce dei giudici, destinato infine ad essere consacrato all'interno di un articolo dedicato che, stabilendo definitivamente l'assimilazione del concetto di elusione fiscale con quello di abuso del diritto, sancisce ad oggi il divieto di abuso del diritto in ambito tributario[121].

3.1.1 *L'abuso del diritto elaborato dalla Corte di Giustizia*

Prima di addentrarci nel percorso giurisprudenziale intrapreso dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea che ha portato a sancire il divieto di abuso del

---

favore di un soggetto residente, un diritto di usufrutto su azioni possedute di fatto da società non residenti: in questo modo colui che risiede, realizzerà un credito d'imposta sui dividendi e potrà dedurre il costo dell'usufrutto.

[119] Cass. Civ., sez. tributaria, 14 novembre 2005, n. 22932, *il fisco.* "*Tale mancanza di ragione, che investe nella sua essenza lo scambio tra le prestazioni contrattuali, costituisce, prima ancora che indizio di simulazione oggettiva o interposizione fittizia, un difetto di causa, il quale da luogo a nullità del contratto (tipico) di costituzione o traslazione di usufrutto perché dallo stesso non consegue per l'usufruttuario alcun vantaggio economico. Per parafrasare un'autorevole dottrina, le parti non possono trasferire beni soltanto per trasferirli e cioè senza perseguire uno scopo economico, che deve dare l'impronta giuridica alla volontà contrattuale*".

[120] In particolare ci si sta riferendo al principio secondo il quale, all'infuori e prima dell'introduzione dell'art. 37 *bis,* D.P.R. n. 600/1973, non erano presenti clausole antielusive di valenza generale all'interno dell'ordinamento italiano. Nelle sentenze della Corte n. 22932/2005 e n. 20398/2005, si legge infatti: "*Il principio affermato dalla giurisprudenza di questa Suprema Corte (si richiamano, fra le altre, proprio in materia di dividend washing, le sentenze 3 aprile 2000, n. 3979; 3 settembre 2001, n. 11351; 7 marzo 2002, n. 3345), secondo cui, prima dell'introduzione, da parte del D.Lgs. 8 ottobre 1997, n. 358, art. 7, comma 1, del nuovo testo del D.P.R. n. 600 del 1973, art. 37 bis, non esisteva una clausola generale antielusiva nell'ordinamento fiscale italiano, deve essere riveduto, alla luce di alcuni principi ricavabili dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia comunitaria sul concetto di abuso del diritto"*.

[121] L'articolo in questione è il già citato art. 10 *bis* della L. n. 212/2000, introdotto all'interno dello Statuto dei diritti del Contribuente per mezzo del d.lgs. n. 128/2015, in attuazione della legge delega governativa n. 23/2014.

www.osservatorio.oci.org

diritto comunitario, ci si deve interrogare su cosa s'intenda per "abuso del diritto".
Questo concetto, nato in ambito civilistico, si riferisce ad un "*uso non conforme*" di un diritto garantito dall'ordinamento, vale a dire che, pur operando secondo un diritto espressamente riconosciuto, il soggetto agente non persegue finalità meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento, travalicando il limite esterno per l'esercizio del medesimo[122]. Per molto tempo un siffatto comportamento rimase sprovvisto di norme sanzionatorie nel nostro ordinamento, con la principale motivazione di essere considerato una nozione di natura etico-morale, piuttosto che giuridica. La difficoltà nel regolamentare il fenomeno dell'elusione fiscale, e di conseguenza del sanzionarlo, è riconducibile alla stessa motivazione; si ricordi, infatti, che il fenomeno elusivo è riconducibile ad una "*nozione eminentemente sociologica, economico-finanziaria e per di più metagiuridica*"[123].

L'esercizio di un diritto comporta uno spazio di libertà all'interno del quale potersi muovere, ma, contemporaneamente, il medesimo diritto delinea il limite non travalicabile, al di là del quale il suo esercizio non si può considerare più lecito. Il diritto soggettivo comporta il potere d'agire con la finalità di realizzare un interesse riconosciuto e tutelato dall'ordinamento, ma quando si perseguono interessi diversi da quelli riconosciuti, l'esercizio del diritto diviene abuso dello stesso. Si potrebbe, dunque, sostenere (come già lo si è sostenuto all'interno del corpo del testo) che, delineando il contenuto di un diritto, implicitamente, se ne delinei anche il limite da oltrepassare per abusarne. Così le norme giuridiche dando forma ai diritti ed alle modalità per esercitarli, indirettamente, forniscono anche gli estremi da non oltrepassare per il loro legittimo esercizio. "*Dove finisce il diritto, inizia l'abuso*"[124].

Fatta questa breve premessa, si può passare ora a delineare il percorso giurisprudenziale intrapreso dalla Corte di Giustizia, culminato nell'elaborazione del principio.

Il principio di divieto delle pratiche abusive è da sempre insito nel diritto comunitario, almeno sin dal 1974, con la sentenza della Corte *Van Binsbergen*[125]. Un principio dunque generale dell'ordinamento comunitario, che

---

[122] A riguardo, l'autore Deotto ritiene che l'abuso del diritto "*si realizza quando un soggetto, pur esercitando un proprio diritto espressamente riconosciuto dalla legge o da un contratto, non persegue, in realtà, un fine meritevole di tutela da parte dell'ordinamento, ed anzi realizza un obiettivo ad esso contrario, e quindi non gli va riconosciuta una tutela giurisdizionale".* D. DEOTTO, *L'abuso non va confuso con l'evasione né con il legittimo risparmio d'imposta,* in *Corriere Tributario*, n. 12, 2013, pag. 95.

[123] S. LA ROSA, *Abuso del diritto ed elusione fiscale: differenze ed interferenze*, op. cit., pag. 713.

[124] "*Si può partire dalla constatazione che la norma giuridica, nel prevedere l'esercizio del diritto, apre alla possibilità di abusarne".* DEOTTO, *L'abuso non va confuso con l'evasione né con il legittimo risparmio d'imposta,* op. cit.

[125] Fonte: E. A. SEPE, *Elusione fiscale ed abuso del diritto nella giurisprudenza di legittimità e comunitaria,* < http://www.giustizia-tributaria.it>, aggiornato 2012, [ultima cons. dicembre 2015].
La sentenza citata fu la prima ad essere riconosciuta unanimemente da dottrina e giurisprudenza come rilevante ai fini dell'impiego dei criteri interpretativi del diritto comunitario in tema di abuso del diritto. Il caso di specie riguardò il principio di libera prestazione dei servizi, per cui un avvocato olandese, trasferendo la propria residenza in Belgio, ed abusando di conseguenza del diritto di stabilimento comunitario, volle aggirare la normativa nazionale

www.osservatorio.oci.org

si venne a definire mano a mano nei suoi contorni attraverso le pronunce susseguitesi della Corte di Giustizia.
Nel caso molto importante *Emsland-Starke,* il divieto di abuso venne definito dall'Alta Corte come "*un principio generale immanente nell'ordinamento comunitario, attinente la sua corretta interpretazione ed applicazione"* ed in forza del quale *"gli interessati non possono avvalersi fraudolentemente o abusivamente del diritto comunitario"*[126]*.* Nella sentenza la Corte consacrò la sua esigenza di contrastare le pratiche abusive in un principio immanente, non scritto, del diritto comunitario, che aveva il fine di garantire la sua corretta interpretazione ed applicazione. "*Tale principio, applicato in diversi settori del diritto comunitario, è stato ritenuto operante dalla Corte di Lussemburgo anche nel campo doganale, nel senso che non possono trarsi benefici da operazioni intraprese ed eseguite al solo scopo di procurarsi tali agevolazioni*"[127].
Il divieto di abuso del diritto fu oggetto di numerose pronunce successive della Corte, ognuna ribadente l'assioma secondo il quale singoli non possono avvalersi abusivamente delle norme comunitarie[128].

La sentenza che estese per la prima volta la clausola generale antiabuso al campo dell'imposizione fiscale fu la sentenza del 21 febbraio 2006, C – 255/02, *Halifax.* Questa sentenza rappresentò un c.d. *leading case*, in quanto al suo interno la Corte per la prima volta esplicitamente formulò la propria definizione di "abuso del diritto". Il contenuto di questa sentenza ebbe grande risonanza all'interno di tutti gli Stati membri, che adottarono il ragionamento *ivi* formulato per risolvere le loro controversi interne, rifacendosi direttamente ai principi consacrati nella sentenza *de qua.*
Il caso aveva ad oggetto il tributo armonizzato per eccellenza a livello comunitario, ossia l'imposta sul valore aggiunto. Tale materia è di competenza

---

olandese in tema di prestazione di servizi, la quale normativa richiedeva il soddisfacimento di alcune requisiti piuttosto stringenti per poter esercitare la professione sul territorio a differenza di quella belga. Sarebbe stato facile, perciò, scavalcare la normativa nazionale del proprio Paese di origine trasferendo la residenza in uno Stato membro diverso da quello in cui, poi, si sarebbe svolta principalmente la propria professione al solo fine di aggirare la normativa interna. Fonte per la sentenza: <www.eur-lex.europa.eu>, [ultima cons. febbraio 2016].

[126] Corte di Giustizia, sentenza 14 dicembre 2000, C-110/99, *Emsland-Starke,* <www.eur-lex.europa.eu>. Il caso aveva come oggetto la decisione sui rimborsi delle esportazioni nell'ambito della politica agricola comunitaria. Le sentenza affermò inoltre che per configurarsi un'ipotesi di abuso del diritto, fosse necessario integrare tre elementi: un elemento oggettivo consistente nella "*prova che le condizioni per la concessione di un beneficio sono state create artificiosamente, cioè che l'operazione commerciale non è stata conclusa per uno scopo economico, bensì esclusivamente per l'ottenimento di sovvenzioni*"; un elemento soggettivo, "*la volontà da parte dell'operatore di ottenere un vantaggio finanziario in contrasto con lo scopo della normativa comunitaria*" ed infine un elemento procedurale, consistente nella riprova dell'esistenza di detti requisiti, normalmente a carico dell'Amministrazione finanziaria degli Stati membri.

[127] Nella sentenza *Emsland-Starke, "la Corte ha ritenuto abusive le c.d. operazioni di esportazione 'a U', nelle quali, al fine di usufruire della restituzione di dazi doganali per l'esportazione di prodotti agricoli, le merci vengono consegnate al destinatario estero e da questi immediatamente restituite, senza alcuna utilizzazione, all'esportatore".* Sentenze Cass. Civ., sez. Quinta nn. 22932 e 20398/2005, *il fisco.*

[128] Si vedano *ex plurimis* le sentenze della Corte di Giustizia 11 ottobre 1577, C - 125/76, *Cremer*; 2 maggio 1996, C - 206/94, *Palletta*; 3 marzo 1993, C - 8/92, *General Milk Products*; 12 maggio 1998, C - 367/96, *Kefalas* e 30 settembre 2003, C - 167/01, *Diamantis.*

www.osservatorio.oci.org

europea, e gli Stati membri devono limitarsi a recepire le direttive emanate a livello centrale dagli organi dell'Unione Europea.
Halifax all'epoca dei fatti era un istituto bancario inglese che aveva in progetto l'apertura di alcuni *call-centers*. Al fine di recuperare una percentuale IVA sugli acquisti più alta, costituì tre società distinte e con propria partita IVA, ma controllate internamente da lei stessa. Le tre società controllate non erano in realtà entità produttive, ma puramente fittizie, create con l'unico intento di far gravare su di esse gli acquisti che altrimenti avrebbero dovuto gravare interamente su *Halifax*.
La Corte di Giustizia a riguardo stabilì che l'insieme delle operazioni commerciali costituiva un espediente finalizzato a consentire la piena detrazione IVA da parte della controllante. In particolare, "*il soggetto passivo IVA non ha il diritto di detrarre l'imposta assolta a monte quando vengono poste in essere operazioni che, nonostante l'applicazione formale delle condizioni previste dalle pertinenti disposizioni della stessa direttiva e dalla legislazione nazionale che la traspone, procurano un vantaggio fiscale la cui concessione è contraria all'obiettivo perseguito da quelle disposizioni ed hanno essenzialmente lo scopo di ottenere un vantaggio fiscale*"[129]. Ne deriva che il comportamento abusivo si attui per mezzo dell'applicazione conforme delle disposizioni comunitarie, ma non al fine di ottemperarne l'obiettivo sotteso, ma per attuarne un altro in aperto contrasto con l'ordinamento in generale. Ciò da cui ci si allontana perseguendo una condotta abusiva è lo spirito intrinseco che ha guidato la formazione della norma, nonostante se ne osservi la corretta formale applicazione.

Le operazioni perpetrate devono avere come risultato essenziale "*l'ottenimento di un vantaggio fiscale*"[130]. Spetterà ai giudici nazionali verificare se sussistano o meno gli estremi di un comportamento abusivo delle norme.
Quindi, "*l'elemento che caratterizza il comportamento abusivo relativamente ai tributi armonizzati è il conseguimento di un vantaggio fiscale che risulta*

[129] G. CORASANITI, *Contrasto all'elusione e all'abuso del diritto nell'ordinamento tributario,* op. cit., pag. 328. Nella sentenza C-255/02, *Halifax* si legge che le operazioni devono "*procurare un vantaggio fiscale la cui concessione sarebbe contraria all'obiettivo perseguito da queste stesse disposizioni. Deve altresì risultare da un insieme di elementi oggettivi che lo scopo delle operazioni controverse è essenzialmente l'ottenimento di un vantaggio fiscale. Il divieto di comportamenti abusivi non vale più ove le operazioni di cui trattasi possono spiegarsi altrimenti che con il mero conseguimento di un vantaggio fiscale".*
[130] Corte di Giustizia, sentenza 21 febbraio 2006, C-255/02, *Halifax,* <www.eur-lex.europa.eu>. A riguardo si cita anche la sentenza della Corte di Giustizia del 21 febbraio 2008, C-425/06*, Part Service,* <www.eur-lex.europa.eu>. In suddetta sentenza viene allargato il campo operativo del principio di divieto di abuso del diritto comunitario sancito nella sentenza Halifax, in quanto viene stabilito che la condotta abusiva è integrata anche allorquando lo scopo di conseguire un vantaggio fiscale sia essenziale, e non esclusivo, "*con la conseguenza che l'abuso sussiste anche quando concorrono marginali e non determinanti ragioni economiche".* Nella sentenza *Halifax* l'obiettivo del vantaggio fiscale costituiva l'unico scopo trainante l'operazione. Nella sentenza del 12 settembre 2006, C-194/04, *Cadbury-Schweppes* la Corte stabilì che il comportamento abusivo fosse integrato anche qualora il contribuente, dinnanzi ad una pluralità di percorsi fungibili che poteva liberamente scegliere di adottare, anche in ragione di una tassazione più lieve, avesse impiegato "*costruzioni di puro artificio, prive di effettività economica e finalizzate ad eludere la normale imposta sugli utili*". E. A. SEPE, *Elusione fiscale ed abuso del diritto nella giurisprudenza di legittimità e comunitaria,* <http://www.giustizia-tributaria.it>, aggiornato 2012, [ultima cons. dicembre 2015].

contrario rispetto agli obiettivi perseguiti dal legislatore comunitario. Va, per inciso, specificato che per i giudici comunitari l'abuso non si realizza in presenza di un vantaggio fiscale tout court, ma quando il fatto economico o i fatti economici posti in essere determinano un vantaggio fiscale illegittimo in quanto contrario alla norma di legge"[131]. L'Alta Corte non mancò di specificare espressamente che non è assolutamente proibito al contribuente scegliere, tra due regimi giuridici alternativi previsti dal Legislatore, quello che gli comporti una tassazione più lieve; da solo, infatti, quest'elemento non è sufficiente per additare come abusiva una condotta.

Un altro passo centrale della sentenza *Halifax*, dispose che oltre alla contestazione del comportamento asserito come abusivo, fosse necessaria una riqualificazione delle operazioni contestate, con il fine di "*ristabilire la situazione quale sarebbe esistita senza le operazioni"* che hanno fondato il comportamento abusivo. Non è possibile, però, l'irrogazione delle sanzioni, perché a tal fine *"sarebbe necessario un fondamento normativo chiaro ed univoco*"[132].

Riassumendo velocemente, i requisiti integranti una pratica abusiva individuati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia sono: l'applicazione formalmente corretta della disposizione ma allo scopo essenziale di ottenere un vantaggio impositivo totalmente contrario alla *ratio* sottesa alla disposizione comunitaria applicata.

Tuttavia, mentre nell'ambito dei tributi armonizzati la Corte ha puntualmente disciplinato gli elementi integranti una fattispecie abusiva, nell'ambito dei tributi non armonizzati ha preferito assumere un atteggiamento *self-restraint,* evitando di prendere una posizione netta a riguardo. In questo frangente resta ferma quindi la possibilità per gli Stati membri di contrastare il fenomeno dell'elusione fiscale, o abuso del diritto che dir si voglia, con gli strumenti che si ritengano più opportuni.

3.1.2 *L'abuso del diritto elaborato dalla Corte di Cassazione*

La Suprema Corte di Cassazione recepì sin da subito il principio sancito a livello comunitario dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea in tema di tributi armonizzati, applicandolo *sic et simpliciter* alla generalità dei tributi interni.

Recuperando il filone giurisprudenziale nostrano, si ricorda che l'orientamento era stato caratterizzato da una prima fase in cui si negava la contestabilità delle fattispecie presunte elusive in mancanza di una previsione normativa previgente che espressamente sancisse l'illiceità della condotta. *Ex adverso,* in un secondo momento la Corte dichiarò, invece, illegittime le condotte presunte elusive delle norme fiscali in ragione delle norme in tema di nullità civilistica. Quest'ultimo orientamento giurisprudenziale, fortemente criticato a causa

[131] D. DEOTTO, *L'abuso non va confuso con l'evasione né con il legittimo risparmio d'imposta,* op. cit.

[132] Corte di Giustizia, sentenza 21 febbraio 2006, C-255/02, *Halifax,* <www.eur-lex.europa.eu>.

www.osservatorio.org

dell'instabilità delle stesse pronunce della Corte, venne sostituito da una terza fase caratterizzata dall'utilizzo diffuso del principio sancito a livello comunitario per contrastare pratiche abusive interne.

Abbandonati gli strumenti civilistici di nullità e frode alla legge, la Corte di Cassazione già nel 2006 (anno di deposito del *leading case Halifax*) cominciò ad applicare il principio comunitario per dirimere le controversie riguardanti tutte le tipologie di tributi, non limitandone l'utilizzo per i soli tributi armonizzati[133].

Espressione emblematica di questo nuovo filone giurisprudenziale è la sentenza del 29 settembre 2006, n. 21221, denominata sentenza "*Chiappella*" per via del nome della società, parte avversa nella controversia al Ministero delle Finanze.

In suddetta sentenza, prima di addentrarsi nel ragionamento giuridico, la Suprema Corte ripercorse in breve le tappe salienti che caratterizzarono il suo orientamento, ponendo subito dopo un'importante premessa in riferimento all'applicazione dell'innovativo principio comunitario, quale: "*Il Collegio è consapevole delle particolari cautele che devono guidare l'interprete nella ricostruzione di una vera e propria Generalklausel antielusiva. Da una parte, anche nel nostro ordinamento deve essere riconosciuta la liceità dell'obiettivo della minimizzazione del carico fiscale; dall'altra, il ricorso a clausole generali non deve, a sua volta, rappresentare uno strumento di elusione del principio di legalità e della difesa del contribuente in materia d'imposizione fiscale. A ciò si aggiunga l'esigenza fondamentale di non invadere il campo della libertà d'impresa, garantito dall'art. 42 Cost*".

Successivamente la Corte rilevò come il nuovo concetto di abuso del diritto della Corte di Lussemburgo si fosse discostato dalla precedente versione, che presupponeva un uso fraudolento ed una natura fittizia delle operazioni contestate. La nuova versione del principio elaborata "*prescinde, pertanto, da qualsiasi riferimento alla natura fittizia o fraudolenta di un'operazione, nel senso di una prefigurazione di comportamenti diretti a trarre in errore o a rendere difficile all'ufficio di cogliere la vera natura dell'operazione. Come ha ribadito la sentenza Halifax al punto 2) del dispositivo, il proprium del comportamento abusivo consiste proprio nel fatto che, a differenza dalle ipotesi di frode, il soggetto ha posto in essere operazioni reali, assolutamente conformi ai modelli legali, senza immutazioni del vero o rappresentazioni incomplete della realtà*"[134].

Nella sentenza, la Suprema Corte insistette anche nel mettere in luce l'evoluzione dei termini impiegati dalla Corte di Giustizia rispetto le sue precedenti pronunce: mentre prima, infatti, si richiedeva che lo scopo di ottenere un vantaggio economico fosse "*esclusivo*", nella sentenza *Part Service* del 2006 si parlò di "*operazioni che devono avere come scopo essenzialmente l'ottenimento di un vantaggio fiscale",* eliminando l'esclusività del fine.

Questa variazione linguistica nella giurisprudenza comunitaria comportò, a detta della Corte Nomofilattica, "*la possibilità che la presenza di altri scopi*

---

[133] "*Il principio secondo cui non sono opponibili all'Amministrazione finanziaria gli atti che costituiscono 'abuso del diritto' trova applicazione in tutti i settori dell'ordinamento tributario e dunque anche nell'ambito delle imposte dirette".* Cass. Civ., sez. tributaria, 29 settembre 2006, n. 21221, *il fisco.*

[134] Sentenza Chiappella, Cass. Civ., sez. tributaria, n. 21221/2006, *il fisco.*

www.osservatorio.org

economici (oltre al risparmio fiscale) [consentisse] *ugualmente di ritenere poste in essere pratiche abusive*"[135]. Ne derivò un sostanziale allargamento del campo applicativo della clausola antiabusiva comunitaria all'interno del nostro ordinamento e, di conseguenza, l'attribuzione di un'eccessiva discrezionalità ai giudici nazionali in merito alle valutazioni da compiere circa il carattere abusivo di un comportamento.

Il principio di elaborazione comunitaria venne applicato all'interno dell'ordinamento italiano senza attendere la formazione di una norma che lo recepisse; venne esteso difatti dalla giurisprudenza di punta al campo delle imposte dirette, ambito di competenza degli Stati membri, i quali, sempre a detta della Cassazione, "*devono esercitare tale competenza nel rispetto dei principi e delle libertà fondamentali contenute nel trattato CE"* [136]*.*

In merito al contenuto del principio, la Corte affermò nel ragionamento della sentenza Chiappella che in base ad esso "*non possono trarsi benefici da operazioni che, seppur realmente volute ed immuni da invalidità, risultino compiute essenzialmente allo scopo di ottenere un vantaggio fiscale"*, attribuendo a carico del contribuente l'onere di provare l'esistenza di ragioni economiche alternative o concorrenti, di carattere non marginale o teorico in grado di giustificare la condotta. Il principio europeo non comportò in ogni caso il venir meno nel nostro ordinamento dei principi fondamentali di legalità o lecito risparmio d'imposta. Ciò che il dettame europeo impose, fu la disapplicazione delle norme interne che si fossero poste in contrasto e l'applicazione del suo contenuto, anche in riferimento al periodo anteriore all'entrata in vigore dell'art. 37 *bis*, D.P.R. n. 600/1973, "*rappresentando pur in mancanza di una clausola generale antielusiva, un canone interpretativo del sistema, che comporta il disconoscimento del diritto alla deduzione per oneri derivanti da meccanismi elusivi"*[137]*.*

In tema di onere probatorio, la Suprema Corte stabilì che spettava all'Amministrazione fiscale individuare l'impego abusivo delle forme giuridiche, non potendosi limitare ad una mera contestazione, ma dovendo, invece, individuare e precisare gli elementi che facevano ritenere "*l'operazione priva di un reale contenuto economico diverso dal risparmio d'imposta*"*[138].* Spettava, invece, al contribuente provare l'esistenza di ragioni economiche alternative o concorrenti non marginali e teoriche, in grado di escludere la natura elusiva dell'operazione[139].

La dottrina criticò l'applicazione del principio comunitario ad opera della Cassazione per due ordini di motivi: in primo luogo, perché la Corte applicò il principio senza operare alcuna distinzione tra legittimo risparmio d'imposta e risparmio d'imposta di natura elusivo, dichiarando abusivo qualunque comportamento finalizzato ad ottenere essenzialmente un beneficio fiscale. Si perse di vista qualsiasi riferimento all'asimmetricità del vantaggio e alla

[135] *Ibidem.*
[136] E. A. SEPE, *Elusione fiscale ed abuso del diritto nella giurisprudenza di legittimità e comunitaria,* < http://www.giustizia-tributaria.it>, aggiornato 2012*,* [ultima cons. dicembre 2015].
[137] Sentenza Chiappella, Cass. Civ., sez. tributaria, n. 21221/2006, *il fisco.*
[138] E. A. SEPE, *Elusione fiscale ed abuso del diritto nella giurisprudenza di legittimità e comunitaria,* < http://www.giustizia-tributaria.it>, aggiornato 2012*,* [ultima cons. dicembre 2015].
[139] Cfr. le pronunce della Corte di Cassazione nn. 8772 e 10257/2008.

www.osservatorio.oci.org

contrarietà di questo con la *ratio* delle norme fiscali, discostandosi di conseguenza sia dai precedenti orientamenti della medesima Corte, sia dal dispositivo dell'art. 37 *bis* e sia dalla definizione di abuso del diritto formulata a livello comunitario.
Come rilevò autorevole Dottrina, la Corte di Cassazione fraintese la definizione formulata dalla Corte di Lussemburgo, identificando il comportamento elusivo con il "*generico conseguimento di un vantaggio fiscale, senza distinguere tra risparmi d'imposta conformi al sistema e risparmi da reputarsi, per contro, asistematici*"[140].
In secondo luogo, la Dottrina criticò anche l'applicazione del principio comunitario da parte dei giudici, avendone allargato il raggio d'azione rendendolo operativo non solo per le imposte indirette, ma anche per le imposte dirette, tributi non armonizzati a livello comunitario di cui gli Stati membri hanno esclusiva competenza.

Le critiche vengono superate dalla Suprema Corte con un trittico di sentenze emesse a Sezioni Unite nel 2008 e depositate il medesimo giorno[141].
In queste pronunce la Corte desunse l'esistenza nell'ordinamento domestico di una clausola generale antielusiva immanente, non scritta, la cui fonte sarebbe stata da rinvenire negli stessi principi generali che danno forma all'ordinamento tributario, in particolar modo nel principio sotteso all'art. 53 della Costituzione, fondamento per la liceità delle norme impositive[142]. Dunque, mentre per i tributi armonizzati la Corte apertamente aderì al principio coniato dalla Corte di Giustizia, "*in tema di tributi non armonizzati, quali le imposte indirette,* [il fondamento andava] *rinvenuto non nella giurisprudenza comunitaria quanto piuttosto negli stessi principi costituzionali che informano l'ordinamento tributario italiano*": il principio di capacità contributiva e di progressività dell'imposizione[143].

---

[140] *G.* ZITTO, *L'abuso dell'abuso del diritto,* in *Riv. giur. tributaria,* 2008, pagg. 465 e ss. Cfr. *ex multis* D. DEOTTO, *L'abuso non va confuso con l'evasione né con il legittimo risparmio d'imposta,* op. cit.; *"sembra pleonastico, ma va comunque rilevato che non è il vantaggio fiscale in sé che può tacciare l'operazione di 'abusività' o di 'elusività', ma il vantaggio fiscale disapprovato dal sistema*".

[141] Gli estremi delle sentenze sono: Cass., SS. UU., 23 dicembre 2008, nn. 30055, 30056 e 30057.

[142] Art. 53 Cost. "*tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva. Il sistema tributario è informato a criteri di progressività*". Tale articolo, emblematico per il sistema fiscale, rappresenta una norma di valore programmatico che sancisce al primo comma il principio di capacità contributiva, secondo il quale tutti (quindi non solo i cittadini residenti, ma anche coloro che si trovano sul territorio dello Stato come cittadini stranieri o privi di residenza), in base ai loro possedimenti, sono tenuti a concorrere alla spesa pubblica; al secondo comma il principio sul quale si deve fondare il sistema fiscale, vale a dire il principio di proporzionalità, il quale implica che ciascuno sia chiamato a concorrere alla spesa pubblica in base alle proprie risorse, di modo che chi ha meno, versi meno e chi ha di più versi più, in modo progressivo.
Per Stevanato rimane "*un mistero*" come la Corte sia giunta a ravvisare nell'articolo 53 della Costituzione il principio generale antiabuso. *Absurda sunt vivanda.*

[143] Cass., SS. UU., 23 dicembre 2008, n. 30055, 30056 e 30057, *il fisco.* "*Non può non ritenersi insito nell'ordinamento come diretta derivazione delle norme costituzionali, il principio secondo cui il contribuente non può trarre indebiti vantaggi fiscali dall'utilizzo distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un risparmio fiscale, in difetto di ragioni economicamente apprezzabili che giustifichino*

www.osservatorio.oci.org

In tale assioma troverebbero fondamento sia le norme impositive in senso stretto, sia quelle che attribuiscono al contribuente vantaggi o benefici di qualsiasi natura. "*Non è lecito utilizzare abusivamente, e cioè per un fine diverso da quello per il quale sono state create, le norme fiscali lato sensu di favore*"[144].

Con tali sentenze, poi, la Suprema Corte si sganciò dal precedente orientamento che reperiva in ambito civilistico il meccanismo risolutivo della condotta elusiva: "*tali pronunce non rilevano una patologia negoziale che incida sugli effetti civilistici, portando all'estrema conseguenza della nullità dei contratti, ma riconoscono al fenomeno elusivo una rilevanza puramente tributaria, attraverso la mera inopponibilità degli effetti fiscali dei contratti all'Amministrazione finanziaria*"[145].

Risulta interessante riportare le parole dell'autore Deotto a proposito della stretta "*vicinanza*" tra i diversi concetti contenuti nella norma antielusiva *ex* art. 37 *bis*, D.P.R. 600/1973, e nel principio di divieto di abuso del diritto di matrice giurisprudenziale comunitaria: "*Quando per quest'ultimo si fa riferimento all'utilizzo distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un risparmio fiscale, la norma dell'art. 37-bis parla di inopponibilità degli atti, fatti e negozi anche collegati tra loro, privi di ragioni economiche, diretti ad aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario; quando per l'abuso si fa riferimento agli indebiti vantaggi fiscali, la norma antielusiva dell'art. 37 bis menziona le riduzioni di imposte o rimborsi, altrimenti indebiti*"[146]. Sempre secondo l'Autore, sarebbe evidente la convergenza delle due discipline, nazionale e comunitaria, a tal punto da portare alla loro "*quasi sovrapponibilità: da qui la constatazione che il concetto di abuso elaborato in materia tributaria dalla nostra Corte di Cassazione ha semplicemente 'allargato' il fenomeno dell'elusione, erroneamente circoscritto dal diritto positivo a fattispecie casistiche*[147].

Nuove contestazioni da parte della dottrina non ci misero molto a raggiungere le nuove pronunce della Corte, poiché il ragionamento giuridico racchiuso in esse parve sin da subito azzardato, se non addirittura "*improprio*"[148]: l'articolo 53 della Costituzione ha, *ictu oculi,* valore programmatico, una "*direttiva di larga massima rivolta al Legislatore*", il quale deve tenerne conto nella progettazione

---

l'operazione, diverse dalla mera aspettativa di quel risparmio fiscale". Ed inoltre, *"né siffatto principio può in alcun modo ritenersi contrastante 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 tre sentenze presentano una motivazione pressoché identica e riguardano operazioni di *dividend stripping e dividend washing.*

[144] Cass., SS. UU., 23 dicembre 2008, n. 30056, *il fisco.*

[145] G. CORASANITI, *Contrasto all'elusione e all'abuso del diritto nell'ordinamento tributario*, op. cit., pag. 328.

[146] D. DEOTTO, *L'abuso non va confuso con l'evasione né con il legittimo risparmio d'imposta,* op. cit.

[147] *Ibidem.*

[148] L'espressione è di G. CORASANITI, *Contrasto all'elusione e all'abuso del diritto nell'ordinamento tributario*, op. cit., pag. 329.

www.osservatorio.org

dei tributi[149]. Se ci si conformasse al contenuto delle pronunce, si dovrebbe attribuire all'articolo 53 Cost. non più il suo valore di norma-parametro, "*bensì di precetto direttamente operante nei rapporti tra Stato e contribuenti, di regola direttamente applicabile ai casi concreti*"[150]. Le norme costituzionali, invece, hanno il compito di esprimere i principi ai quali il Legislatore e i giudici si devono conformare ed attenere[151].

La Corte di Cassazione, *melius re perpensa*, nella sentenza n. 1465 del 21 gennaio 2009 mitigò il suo orientamento affermando esplicitamente che non vi fosse sovrapposizione tra il concetto di abuso del diritto e il conseguimento di un vantaggio tributario; "*un'operazione economica, oltre allo scopo di ottenere vantaggi fiscali, può perseguire diversi obiettivi, di natura commerciale, finanziaria, contabile ed integra gli estremi del comportamento abusivo qualora e nelle misura in cui tale scopo si ponga come elemento predominante ed assorbente della transazione, tenuto conto sia della volontà delle parti implicate, che del contesto fattuale e giuridico in cui la transazione stessa viene posta in essere, con la conseguenza che il divieto di comportamenti abusivi non vale più ove quelle operazioni possono spiegarsi altrimenti che con il mero conseguimento di risparmi d'imposta*"[152].

Sarà onere dell'Amministrazione dimostrare il disegno elusivo e le sue modalità operative, così come sarà onere del contribuente dimostrare le asserite giustificazioni economicamente apprezzabili[153].

L'articolo 53 della Costituzione non venne più considerato appendice del principio di abuso del diritto, ma gli si attribuì esplicitamente valore di canone interpretativo in funzione antiabusiva[154]. In altri termini, non vi fu più la diretta

---

[149] D. STEVANATO, *Elusione fiscale ed abuso delle forme giuridiche, anatomia di un equivoco.* op. cit., pag. 699.

[150] *Ibidem.*

[151] "*Esse non possono perciò essere considerate il fondamento diretto di concreti rapporti fiscali, ma possono soltanto far ritenere che la mancanza di una clausola generale antielusiva costituisca, nel nostro ordinamento, una lacuna alla quale il Legislatore dovrebbe porre rimedio".* G. CORASANITI, *Contrasto all'elusione e all'abuso del diritto nell'ordinamento tributario,* op. cit., pag. 329.

[152] Cass. Civ., sez. tributaria, 21 gennaio 2009, n.1465, *il fisco.* Nel caso di specie la Corte ritenè legittime le operazioni poste in essere da un gruppo societario, in quanto rappresentavano ragionevoli mezzi con cui assicurarsi competitività sul mercato, grazie ai prezzi di rivendita più bassi. Corasaniti osserva che se si fosse accolta la precedente tesi della Corte, l'Agenzia avrebbe dovuto accusare il gruppo di lesione al principio di libera iniziativa economica *ex* art. 41 Cost.

[153] L'onere probatorio si inasprisce, in quanto l'Amministrazione non deve solamente prospettare lo schema abusivo dell'operazione, ma anche "*supporre le modalità di manipolazione o di alterazione degli schemi classici, ritenute non ragionevoli nelle logiche di mercato, se non per pervenire ad un risultato di vantaggio fiscale*". Il contribuente, dal canto suo, è tenuto ad allegare le ragioni economiche alternative o concorrenti di reale spessore, in grado di supportare ragionevolmente l'operazione. Cfr. Cass. Civ, sez. tributaria, 21 gennaio 2009, n. 1465, *il fisco.*

[154] "*Il principio generale antielusivo preclude al contribuente il conseguimento di vantaggi fiscali ottenuti mediante l'uso distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un'agevolazione o un risparmio d'imposta, in difetto di ragioni economicamente apprezzabili che giustifichino l'operazione, diverse dalla mera aspettativa di quei benefici: tale principio trova fondamento, in tema di tributi non armonizzati (nella specie, imposte sui redditi), nei principi costituzionali di capacità contributiva e di progressività dell'imposizione, e non contrasta con il principio della riserva di legge, non*

www.osservatorio.oci.org

partecipazione del dettame costituzionale in questione alla qualifica dei fatti economici, quanto piuttosto un suo concorrere nell'interpretazione delle disposizioni sostanziali alla luce del divieto di abuso del diritto.
L'art. 53 della Costituzione, essendo norma dal valore programmatico, comporta un limite all'attività legiferante del Parlamento e non un onere in capo al contribuente; il suo principio non consente di valutare la corretta contribuzione da parte di un soggetto, ma rappresenta una garanzia per lo stesso, un limite per la discrezionalità del Legislatore nell'individuare gli indici di capacità contributiva.
Nelle successive pronunce, la Corte in ultima fase si preoccupò di rinforzare la distinzione tra lecito risparmio d'imposta e vantaggio fiscale di natura illecita. Nella sentenza del 21 gennaio 2011, n. 1372 la Corte, infatti, impose cautela nell'applicazione del principio di abuso del diritto, "*essendo necessario trovare la giusta linea di confine tra pianificazione fiscale eccessivamente aggressiva e libertà di scelta delle forme giuridiche*", specie in riferimento al campo imprenditoriale. Questa pronuncia della Suprema Corte assunse rilevanza in quanto consolidò il principio secondo il quale è possibile un lecito risparmio d'imposta, senza che l'operazione che lo permette venga additata come elusiva in ragione della minimizzazione della pressione fiscale[155].
Ipso facto, il carattere abusivo di un'operazione deve essere escluso, in riferimento al campo imprenditoriale, quando sia "*individuabile una compresenza, non marginale, di ragioni extrafiscali, che non si identificano necessariamente in una redditività immediata dell'operazione medesima ma possono rispondere ad esigenze di natura organizzativa e consistere in un miglioramento strutturale e funzionale dell'azienda*"[156]. L'asserito carattere elusivo deve, inoltre, essere supportato da valide contestazioni da parte dell'Amministrazione, in grado di dimostrare "*l'irrazionalità economica dell'operazione*"[157].
Venne quindi definitivamente abbandonata la corrente teorica che tendeva "*a vedere in ogni forma di risparmio fiscale un abuso, in favore, dunque, di una maggiore libertà di pianificazione e strategie fiscali d'impresa*"[158]. La volontà trainante si basa(va) sulla volontà "*di ridare la giusta importanza alla logica del mercato, cosicché dovrà escludersi l'abusività di operazioni che costituiscono scelte di mera organizzazione o di miglioramento strutturale e funzionale all'impresa*"[159].

---

traducendosi nell'imposizione di 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. […] *Il D.P.R. n. 600 del 1973, art. 37bis, tende soltanto a riportare sotto il regime della disciplina fiscale comune una operazione che a tale regime è stata sottratta senza ragione*". Cass. Civ., sez. tributaria, 8 aprile 2009, n. 8487, *il fisco.*

[155] Si ricorda che la Suprema Corte già nella sentenza n. 8772/2008 aveva esplicitamente riconosciuto la facoltà per il soggetto passivo di scegliere tra le pianificazioni previste dall'ordinamento quella fiscalmente meno gravosa, purché si fossero rispettate le modalità esecutive imposte dal sistema, senza confliggere con la *ratio* della norma medesima.

[156] Cass. Civ., sez. tributaria, 21 gennaio 2011, n. 1372, *il fisco.*

[157] G. CORASANITI, *Contrasto all'elusione e all'abuso del diritto nell'ordinamento tributario*, op. cit., pag. 330.

[158] Cass. Civ., sez. tributaria, 21 gennaio 2011, n.1372, *il fisco.*

[159] G. CORASANITI, *Contrasto all'elusione e all'abuso del diritto nell'ordinamento tributario,* op. cit., pag. 330.

www.osservatorio.osc.org

Sicché, nelle pronunce del 2011 della Corte di Cassazione riprese consolidamento quella tesi secondo il quale esiste un legittimo risparmio d'imposta, che "*in quanto tale non può essere tacciato di elusione per il solo fatto che abbia portato ad un minore gettito fiscale*"[160].

Come si può notare dal vivace contesto giurisprudenziale che ha caratterizzato l'orientamento della Corte di Cassazione dagli anni 2000 ad oggi, non poche sono state le difficoltà da superare nel tentativo di regolamentare il fenomeno elusivo. Teorie contrastanti, critiche e *revirement* frequenti hanno costellato lo spazio in cui rimase immersa l'elusione fiscale per molto tempo, anche dopo l'introduzione del principio generale antiabuso della Corte di Giustizia europea e nonostante vigesse sin dagli anni '90 una clausola antielusiva.
Proprio a causa dell'introduzione del principio europeo, poi, si sollevarono non poche polemiche e conseguenti progetti di legge in merito alla revisione dell'art. 37 *bis*, D.P.R. n. 600/1973, per sopperire allo stato di incertezza che continuava a gravare ciononostante sul fenomeno dell'elusione fiscale.
L'introduzione in ambito domestico della previsione comunitaria venne critica soprattutto in riferimento a tre aspetti: la smisurata discrezionalità fornita agli uffici fiscali nel poter valutare in seno all'operazione la sussistenza o meno del fenomeno abusivo, a prescindere dalla concorrenza di scopi extrafiscali da tenere in considerazione; la possibilità di rilevare anche d'ufficio il principio di divieto di abuso del diritto e, infine, la previsione di poter irrogazione sanzioni.
Con l'aumento d'incertezze gravitanti attorno all'elusione fiscale, aumentò anche la necessità di una riforma interna della materia, a partire dalla riscrittura dell'articolo 37 *bis,* D.P.R. n. 600/1973[161].

Sotto quest'aspetto, una delle proposte di legge più rilevanti fu quella promossa dall'onorevole Maurizio di Leo, riassumibile come di seguito.
Introduzione di una *Generalklausef* che riproponesse il contenuto del primo comma dell'articolo 37 *bis*, sancendo l'inopponibilità all'Amministrazione finanziaria di fatti, atti e negozi, anche collegati tra loro, privi di ragioni economicamente valide e volte ad ottenere la minimizzazione del carico fiscale indebita, aggirando obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario.
L'avviso di accertamento, indicante i motivi della contestazione, si sarebbe dovuto emanare, a pena di nullità, previa richiesta al contribuente di chiarimenti, da inviare per iscritto entro 60 giorni dalla data di ricezione della medesima richiesta.
Eliminazione dell'elenco analitico delle fattispecie al comma terzo, applicando a livello generale la clausola di divieto di abuso del diritto.

[160] G. CORASANITI, *ivi,* pag. 330; cfr. con Cass. Civ., sez. tributaria, 14 gennaio 2015, n. 438, *il fisco.*
[161] Durante la XVI legislatura furono molte le proposte di legge per riordinare la materia e disciplinare correttamente il principio di abuso del diritto. Nessuna delle proposte di legge, però, terminò l'*iter* legislativo e il progetto per la delega in materia fiscale demandata al Governo sfumò a causa della conclusione anticipata della legislatura in seguito all'intervenuta crisi di Governo.

www.tesionline.com

Inapplicabilità di qualsivoglia sanzione di tipo amministrativo e/o penale, in aggiunta alla riqualificazione a livello fiscale della fattispecie elusiva operata per mano dell'Amministrazione finanziaria.
Infine, l'esclusione della rilevabilità d'ufficio del divieto, in ogni stato e grado del giudizio.
Questo progetto di legge inseguiva la volontà di rimuovere le maggiori incertezze gravitanti sull'art. 37 *bis,* D.P.R. n. 600/1997, ma non giunse mai a terminare il suo *iter* legislativo a causa della fine anticipata della XVI legislazione dovuta alla crisi di Governo.

Nel solco dell'introduzione (non facile) del principio europeo di contrasto, vista l'incertezza generale su determinati aspetti poco chiari della disciplina e vista, inoltre, la sempre attiva creatività dei contribuenti in grado di riorganizzarsi sfruttando le smagliature che il sistema fiscale inevitabilmente soffre, il Consiglio dei Ministri giunse finalmente ad approvare il 16 marzo 2014 la legge Delega n. 23, la quale portò all'introduzione dell'articolo 10 *bis* nello Statuto dei diritti del Contribuente, tramite la promulgazione del d.lgs. n. 128/2015, in tema di certezza del diritto[162]. Questo innovativo articolo accoglie definitivamente le esigenze manifestate da tempo di riordino della materia, soprattutto in seguito alla Raccomandazione della Commissione europea 2012/772/UE del 6 dicembre 2012, sancendo per la prima volta esplicitamente l'equipollenza dei concetti di abuso del diritto ed elusione fiscale.
Di seguito, si abbandonerà l'itinerario giurisprudenziale per affrontare il tema della lotta all'elusione fiscale dal punto di vista legislativo, soffermandosi *in primis* sulla comparazione delle due discipline fulcro di tutta la normativa di contrasto, rispettivamente l'art. 37 *bis*, D.P.R. 600/1973 (ad oggi abrogato) e il neo codificato art. 10 *bis*, L. 212/2000.

3.2 *La legislazione di contrasto all'elusione fiscale*

L'ordinamento fiscale italiano combatte il fenomeno elusivo con strumenti normativi eterogenei. Aderendo sin dagli albori ad un criterio di tipo casistico, il Legislatore ha provveduto nel corso del tempo ad introdurre nel sistema tributario una pluralità di norme *ad hoc*, disciplinanti fattispecie elusive

[162] Il Consiglio dei Ministri del 26 giugno 2015 approvò cinque decreti legislativi in attuazione della L. 11 marzo 2014, n. 23, *Delega al Governo recante disposizioni per un sistema fiscale più equo, trasparente e orientato alla crescita.* I cinque decreti legislativi dettano misure:
1) per la semplificazione e la razionalizzazione delle norme in materia di riscossione;
2) per la revisione della disciplina dell'organizzazione delle agenzie fiscali;
3) per la revisione del sistema sanzionatorio penale e amministrativo;
4) per la stima e il monitoraggio dell'evasione fiscale; per il monitoraggio e il riordino delle disposizioni in materia di erosione fiscale;
5) per la revisione della disciplina degli interpelli e del contenzioso tributario.
Un riordino della materia si attendeva dal 2006, dopo l'introduzione caotica nel nostro ordinamento del principio comunitario di divieto d'abuso del diritto.

www.osservatorio.org

puntualmente delineate mano a mano che emergevano e si stabilivano nelle condotte dei contribuenti[163].
Accanto alle previsioni casistiche, il Legislatore si preoccupò di introdurre, inoltre, uno strumento di portata più ampia, che contrastasse il fenomeno dell'elusione fiscale nella maggioranza dei comportamenti dei consociati non rientranti in una specifica disposizione[164]. Norma siffatta individua la c.d. clausola antielusiva (più volte citata all'interno dell'elaborato), individuata nell'art. 37 *bis* del D.P.R. n. 600/1973[165].
Quindi, da un lato la lotta all'elusione è da sempre stata trainata dalle previsioni analitiche che vietano un determinato tipo di comportamento; dall'altro, invece, in nome di una disposizione di carattere più ampio, dichiaratamente avversa al fenomeno elusivo in generale. Ne consegue che un comportamento possa essere contestato a prescindere dall'esistenza o meno, nel medesimo periodo, di una disposizione *ad hoc* che esplicitamente ne vieti il compimento[166].
In aggiunta a suddetto quadro normativo, vi era la previsione a livello giurisprudenziale comunitario del principio generale di divieto di abuso del diritto, in base al quale si poté contestare quei comportamenti che, in tema di tributi armonizzati, abusavano del diritto dell'Unione Europea.
Il sistema così configurato, comportava la possibilità di concorso fra norme, vale a dire la possibilità che una fattispecie fosse riconducibile astrattamente a due o

[163] In merito alle norme antielusive specifiche, si dirà che il Legislatore, lì dove ha potuto, ha immesso nell'ordinamento tributario regole antielusive speciali, sia di diritto sostanziale, che procedurali, aderendo al basilare criterio casistico che da sempre caratterizza l'ordinamento tributario italiano. La Corte di Cassazione ha sempre dichiarato legittima l'esistenza delle norme antielusive specifiche, non contrastando esse né con la clausola antiabuso comunitaria, né con la clausola "semigenerale" di cui all'art. 37 *bis*. Nella pronuncia del 2008, n. 8772, la Corte affermò infatti che l'esistenza di norme antielusive specifiche non si pone in contrasto con la clausola antielusiva, poiché si può affermare che le stesse appaiono come "*mero sinonimo dell'esistenza di una regola generale*". Cass. Civ., sez. tributaria, 4 aprile 2008, n. 8772, *il fisco*.

[164] A riguardo, riassumono bene la tipologia di norme presenti all'interno dell'ordinamento italiano gli autori Rocchi e Sorignani, ove affermano che: "*Le norme antielusione possono essere di tipo 'finalistico' oppure 'generali': nel primo caso, individuato un ben preciso comportamento del contribuente teso ad aggirare le regole, la legge interviene nella stessa disciplina positiva reprimendo ex ante la manovra, mentre nel secondo caso, senza modificare la legislazione sostanziale, al medesimo risultato si giunge attraverso una regola 'esterna' che contiene un principio generale*". A. ROCCHI E P. R. SORIGNANI, *Alcuni dubbi nell'applicazione della norma antielusione nella 'Tremonti-bis',* in *il fisco*, n. 43, 2001, pag. 13782.

[165] Si leggano le parole di Tesauro in merito: "*Il legislatore interviene contro l'elusione con norme implicitamente o espressamente antielusive. Le prime sono norme la cui antielusività è nella ratio. Esse appartengono alla disciplina sostanziale di un tributo con la finalità di impedire ai contribuenti di attuare pratiche elusive. Tutti i sistemi fiscali sono disseminati di norme con ratio antielusiva. In Italia, le norme tributarie che hanno lo scopo di contrastare comportamenti elusivi sono una categoria tipizzata dal legislatore* […] *Altra cosa sono le norme espressamente antielusive, con cui il legislatore attribuisce all'Amministrazione finanziaria il potere di qualificare come elusiva una determinata operazione e di imporre il pagamento del tributo eluso".* Così F. TESAURO, *Elusione e abuso nel diritto tributario italiano,* in *Diritto e Pratica Tributaria*, n. 4, 2012, pag. 10683.

[166] Ampliando il tema, la norma antielusiva è di tipo "correttivo" quando demanda al Legislatore la prerogativa di vietare *tout court* determinati comportamenti in quanto ritenuti elusivi. Un esempio ne sono l'art. 118, co. 2 e l'art. 115, co. 3 del T.U.I.R., le quali operano nel senso di vietare l'utilizzo di perdite fiscali prodotte prima dell'opzione per il consolidato nazionale o per il regime di trasparenza; così come l'art. 172, co. 7 del T.U.I.R. limita la deducibilità delle perdite delle società incorporate.

più previsioni normative. Il concorso medesimo andava risolto mediante l'impiego del principio generale di specialità, che richiedeva l'applicazione della disciplina normativa composta da maggiori elementi caratterizzanti, risultando dunque speciale rispetto all'altra[167].

In merito alla clausola antielusiva *ex* 37 *bis*, si riprende quanto già affermato in riferimento alla sua introduzione nel sistema: il Legislatore difatti fu per lungo tempo restio nell'introdurre uno strumento di tale portata, temendo non giovasse al principio della certezza del diritto[168]. Va da sé che non sia difficile ipotizzare un generale clima di insicurezza tra i contribuenti alla luce di uno strumento di portata ampia nelle mani dell'Amministrazione finanziaria. Ecco perché in Italia, a differenza di altri Paesi ad essa vicini come la Svizzera o la Germania, si preferì ampliare il novero delle norme *ad hoc* per contrastare il fenomeno elusivo.

Suddetta politica di contrasto, però, se da un lato riuscì ad alimentare il livello di certezza del diritto tra i contribuenti sancendo puntualmente quali fossero i comportamenti da non ottemperare, dall'altra viceversa rappresentò lo stesso limite dell'ordinamento tributario: per un verso si rincorreva un elevato grado di analiticità delle norme, nella frenesia di voler tutto prevedere, dall'altro, come contraltare, si condannava lo stesso sistema analitico a convivere con veri e propri vuoti normativi, dovuti a quelle fattispecie che, discostandosi anche di poco dal dispositivo normativo, non trovavano alcuna disciplina a regolamentarli.

Per sopperire a questa falla del sistema, si decise quindi di introdurre per la prima volta nell'ordinamento una norma antielusiva di portata largamente generale, adeguandosi al *trend* dei Paesi vicini, l'art. 37 *bis*, D.P.R. n. 600/1973 per l'appunto. Essa per certo rappresenta il "*fulcro*" di tutta la normativa antielusiva dell'ordinamento tributario, come rileva Del Federico: "*Il fulcro della normativa antielusiva è certamente da individuare nell'art. 37-bis del D.P.R. n. 600/1973, evolutosi nel corso degli anni novanta sino a configurarsi quasi come una clausola generale ma notevole importanza applicativa assumono anche variegate norme antielusive analitiche e settoriali*"[169].

La norma era dotata di un elevato grado di innovatività, non esistendo prima della sua introduzione una fattispecie normativa dedicata all'elusione fiscale, quanto piuttosto una pluralità di strumenti normativi avversi a determinati tipi di comportamento.

Corretto è, tuttavia, rilevare che la norma in questione si ispirò all'art. 10, L. 29 dicembre 1990, n. 408, che prevedeva al primo comma la possibilità in capo all'Amministrazione di disconoscere "*ai fini fiscali la parte di costo delle*

---

[167] Si tratta dell'impiego di un mero principio generale dell'ordinamento, rispondente *in primis* alle regole della logica. A riguardo Fransoni afferma che "*il criterio guida non può che consistere nella maggiore 'prossimità' e adeguatezza della regola cui si affida la disciplina del caso concreto. E tale regola non può che essere quella più specifica*". G. FRANSONI, *Abuso del diritto, elusione e simulazione: rapporti e distinzioni,* op. cit.

[168] "*L'intervento del legislatore tributario si è articolato* [per molto tempo]*, non già con una disposizione antielusiva di portata generale, ma con delle singole norme indirizzate a contrastare quelle operazioni elusive - specificatamente individuate - che, nella pratica, sono state riscontrate come maggiormente ricorrenti"*, L. DEL FEDERICO, *Elusione e illecito tributario*, op. cit.

[169] L. DEL FEDERICO, *Elusione e illecito tributario,* op. cit.

partecipazioni sociali sostenuto e comunque i vantaggi tributari conseguiti in operazioni di fusione, concentrazione, trasformazione, scorporo e riduzione di capitale poste in essere senza valide ragioni economiche ed allo scopo esclusivo di ottenere fraudolentemente un risparmio di imposta"[170].
Della norma succitata, l'art. 37 *bis* riprese il criterio delle "*valide ragioni economiche*", più la logica sottesa all'elencazione tassativa delle fattispecie[171].

Nonostante di primo acchito il sistema normativo tributario così strutturato possa sembrare completo ed in grado di affrontare qualsivoglia fattispecie elusiva, da una parte per mezzo delle norme casistiche e dall'altro con l'ausilio del principio antielusivo e della clausola antiabuso comunitaria, in realtà soffre i limiti derivanti dalla natura delle sue stesse norme. Da un lato, "*l'inconveniente delle norme antielusive 'finalistiche' (che, per loro stessa natura, sono di tipo casistico) è ovviamente legato alla loro oggettivizzazione; non sempre infatti il comportamento isolato (e colpito) è effettivamente da reprimere; inoltre, è sempre possibile ottenere lo stesso risultato con un comportamento diverso ma equivalente nei fini, obbligando così il legislatore ad una rincorsa continua alla repressione di manovre elusive*". D'altro lato, "*lo svantaggio di una norma antielusiva 'generale' è quello della sua connaturale genericità: essa è di difficile applicazione perché richiede una approfondita analisi delle singole situazioni in relazione alla precisa percezione del significato e della natura di un comportamento elusivo. Di fronte a queste difficoltà concrete, occorre poi aggiungere il fatto che il confine tra elusione e legittimo risparmio d'imposta non*

[170] Secondo alcuni Autori, l'articolo 10 si può considerare il primo prototipo di clausola antielusiva introdotta nell'ordinamento, tuttavia di portata assai limitata a causa della previsione tassativa di fattispecie al quale si rivolgeva. Così F. TESAURO, *Elusione e abuso nel diritto tributario italiano,* op. cit.

[171] Di seguito riprodotto il testo integrale dell'art. 10, L. 408/1990: "1. *É consentito all'amministrazione finanziaria disconoscere ai fini fiscali la parte di costo delle partecipazioni sociali sostenuto e comunque i vantaggi tributari conseguiti in operazioni di fusione, concentrazione, trasformazione, scorporo e riduzione di capitale poste in essere senza valide ragioni economiche ed allo scopo esclusivo di ottenere fraudolentemente un risparmio di imposta.* 2. *Le imposte corrispondenti agli imponibili accertati dagli uffici in applicazione delle disposizioni di cui al comma 1 ed i relativi interessi sono iscritti a ruolo a titolo provvisorio ai sensi e nella misura prevista dal secondo comma dell'art. 15 del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602, dopo le decisioni della commissione tributaria di primo grado ovvero decorso un anno dalla presentazione del ricorso se alla scadenza di tale termine la commissione non ha ancora emesso la propria decisione.* 3. *Le disposizioni del presente articolo non si applicano alle operazioni di fusione, concentrazione, trasformazione, scorporo e riduzione di capitale deliberate da tutti i soggetti interessati entro il 30 ottobre 1990".*
La relazione ministeriale affermò circa l'articolo 7 introduttivo della clausola antielusiva di cui all'art. 37 *bis:* "*L'art. 7 attua la delega a proposito delle modifiche alla norma antielusiva, oggi contenuta nell'art. 10 della L. n. 408 del 1997. Nell'esercizio della delega si sono affrontati i principali inconvenienti riscontrati nell'art. 10 della L. n. 408 del 1990, in alcuni anni di esperienze pratiche e di analisi giuridiche. Questo miglioramento non assicura automaticamente quella sensibilità applicativa che è indispensabile perché la norma antielusione non diventi un'intollerabile fonte di incertezza del diritto, ma ne pone almeno le premesse",* Relazione ministeriale allo schema di decreto legislativo di riforma delle disposizioni delle imposte sui redditi applicabili alle operazioni di cessione di aziende, conferimento di aziende, fusione, scissione e permuta di partecipazioni, 12 settembre 1997, (d.lgs. n. 358/1997), *il fisco.*

www.osservatorio.org

sempre si presenta così netto rendendo ancora più improbo il compito del legislatore"[172].

Il problema di fondo, forse, consta della mancata riflessione prolungata innanzitutto sulla natura vera e proprie di questo fenomeno ostico, percorrente una sottile linea vacillante tra lecito ed illecito. Una pacifica delineazione dei suoi confini avrebbe aiutato, sempre forse, a partorire soluzioni immediate più efficaci e durature[173]. In ogni caso, ad oggi l'elusione fiscale vanta una disciplina del tutto nuova, che riassume questi anni di politiche di contrasto e, nonostante l'art. 37 *bis* sia definitivamente abrogato su espressa previsione dell'art. 1, co. 2, d.lgs. 128/2015, è molto importante prendersi del tempo per analizzare compiutamente la sua disciplina e coglierne gli aspetti evolutivi che hanno segnato la materia nel corso del tempo. Si tenga poi presente che molti degli elementi costitutivi alla base della nuova clausola generale antiabuso, riprendono pedissequamente (o ne traggono spunto) il contenuto alla base della clausola "semigenerale". La disciplina dell'art. 37 *bis*, inoltre, si considera attualmente "*la norma antielusiva di riferimento, nell'ambito della disciplina dell'accertamento delle imposte sui redditi, anche se applicabile ad un numero chiuso di operazioni*"[174].

Di seguito si andranno ad analizzare le discipline di entrambe le clausole antielusive, per avere un quadro completo ed esaustivo del fulcro della normativa di contrasto, tralasciando la trattazione delle singole fattispecie speciali introdotte nell'ordinamento per combattere ipotesi elusive individuate *ad hoc.*

3.2.1 *La clausola antielusiva ex art. 37 bis, D.P.R. n. 600/1973*

L'articolo in questione è composto da otto commi[175].

---

[172] A. ROCCHI E P. R. SORIGNANI, *Alcuni dubbi nell'applicazione della norma antielusiva nella 'Tremonti-bis'*, op. cit.

[173] Così "*Il problema sta forse nel fatto che il nostro ordinamento (e, prima ancora, la nostra cultura) non hanno ancora ben delimitato il fenomeno dell'elusione fiscale: è per questo che le risposte normative sono, nella maggior parte dei casi, del tutto inefficaci o, peggio, prive di applicazione concreta".* A. ROCCHI E P. R. SORIGNANI, *Alcuni dubbi nell'applicazione della norma antielusione nella 'Tremonti-bis',* op. cit.

[174] Fonte: Senato della Repubblica, <www.senato.it>, in commento alla legge delega n. 23/2014, [ultima cons. gennaio 2016].

[175] Si discuteva in dottrina se l'articolo contenesse norme di carattere procedimentale o sostanziale. I primi tre commi, insieme all'ottavo, hanno carattere sostanziale, attribuendo degli specifici poteri in capo all'Amministrazione. I restanti commi hanno viceversa natura procedimentale perché "*regolano le modalità di esercizio dello speciale potere impositivo definito nei primi tre commi*". Secondo Tesauro, una norma che attribuisce dei poteri non può che essere di natura sostanziale. Così F. TESAURO, *Elusione e abuso nel diritto tributario italiano*, op. cit. Considerata poi la collocazione sistematica, è pacifico che l'articolo in questione operasse in riferimento al campo delle imposte dirette, visto inoltre l'ambito operativo del d.lgs. n. 358/1997 che lo ha introdotto nell'ordinamento tributario, riportante norme per un "*riordino delle imposte sui redditi applicabili alle operazioni di cessione e conferimento di aziende, fusione, scissione e permuta di partecipazioni*".

www.osservatorio.oicing

Al primo comma troviamo: "*Sono inopponibili all'amministrazione finanziaria gli atti, i fatti e i negozi, anche collegati tra loro, privi di valide ragioni economiche, diretti ad aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario e ad ottenere riduzioni di imposte o rimborsi, altrimenti indebiti*". Ed al secondo: "*L'amministrazione finanziaria disconosce i vantaggi tributari conseguiti mediante gli atti, i fatti e i negozi di cui al comma 1, applicando le imposte determinate in base alle disposizioni eluse, al netto delle imposte dovute per effetto del comportamento inopponibile all'amministrazione*".
Questi primi due commi racchiudono il duplice potere impositivo "speciale" attribuito all'Amministrazione: al primo comma si parla d'inopponibilità nei suoi confronti dei negozi con determinate caratteristiche, ed al secondo comma della capacità di disconoscere i vantaggi economici conseguiti tramite i suddetti negozi. In base a queste due prerogative riconosciute in capo all'Agenzia finanziaria, discendono altresì medesimi duplici effetti giuridici: un primo effetto consta per l'appunto dell'inopponibilità di atti, fatti e negozi individuati come elusivi; un secondo effetto giuridico comporta il disconoscimento dei vantaggi fiscali conseguiti, con l'imposizione al pagamento dell'imposta elusa, al netto delle imposte già versate tramite il comportamento dichiarato inopponibile.

Analizzando da più vicino l'articolo in questione, per quel che concerne il tema dell'inopponibilità al primo comma, si dirà *in primis* che questo elemento costitutivo lascia indenni gli effetti giuridici in campo civile degli atti, fatti o negozi posti in essere; ciò che muta per mano dell'Amministrazione finanziaria è la loro qualificazione a livello fiscale. In pratica l'Amministrazione disconosce la validità degli schemi negoziali adottati, preservandone gli effetti a livello civilistico, ma impedisce che il contribuente tragga dagli stessi vantaggi di natura fiscale ritenuti non dovuti. A tali fini, l'Amministrazione finanziaria medesima applicherà, quindi, la normativa del tributo eluso, in luogo della tassazione riferibile alla fattispecie elusiva, provvedendo ad una sostanziale riqualificazione fiscale degli atti/fatti o negozi giuridici posti in essere dal contribuente. L'art. 37 *bis* non comporta, dunque, la nullità del negozio giuridico, quanto piuttosto la sua inefficacia relativa e nei confronti della sola Amministrazione; il contribuente rimane ancorato alla sua autonomia contrattuale, che gli consente di porre in essere i negozi che ritiene più opportuni per gestire i suoi interessi.
Come ha rilevato più volte la giurisprudenza, la nullità del contratto costituirebbe un rimedio eccessivo e non esaustivo dell'interesse dell'Erario, il quale si prefigge, infatti, il recupero della tassazione elusa, non tanto l'annullamento del negozio giuridico in sé. Richiamando quanto già affermato a questo proposito, lo strumento della nullità civilistica può rappresentare l'*extrema ratio* nel caso non siano reperibili nell'ordinamento mezzi alternativi di contrasto, non dovendo l'Amministrazione "*subire passivamente*" la condotta fraudolenta dei privati[176].

Sono indistintamente inopponibili nei confronti dell'Amministrazione gli "atti, fatti e negozi giuridici"; questa formula omnicomprensiva sottende la volontà del Legislatore di ricomprendere qualsivoglia manifestazione di volontà del contribuente possibilmente tesa al raggiungimento di un vantaggio indebito.

[176] Cass. Civ., sez. tributaria, 26 ottobre 2005, n. 20816, *il fisco.* Per un approfondimento si richiama la giurisprudenza citata ed analizzata nei paragrafi precedenti in tema di nullità civilistica del negozio per mancanza di causa o frode alla legge.

www.assegnazione.org

Detto ciò, la dottrina tende a qualificare come potenzialmente elusivi solo i negozi giuridici, in ragione della loro natura, in quanto costituiscono una manifestazione di volontà finalizzata a produrre un risultato sul piano giuridico. Lo stesso elenco di fattispecie tipizzate al terzo comma rimanda ad operazioni di tipo negoziale, in grado di racchiudere l'elemento volitivo del soggetto, difficilmente rappresentabile da un atto od un fatto. Unanimemente, difatti, l'elusione fiscale è considerata un comportamento di tipo doloso, posto in essere con la consapevolezza e la volontà di ottenere un vantaggio fiscale in danno all'Erario[177].

Il dettato normativo ha anche l'accortezza di prevedere la possibilità che il fine elusivo venga perpetrato con una pluralità di negozi giuridici, collegati tra loro, facenti capo al medesimo grande disegno elusivo. Risulta difficile, ma non impossibile, pensare di poter ottenere un vantaggio fiscale con un'unica azione alla luce del sempre più blindato ordinamento fiscale; una trama ben ordita, viceversa, aumenta la possibilità di eludere i controlli degli Uffici[178].

Nella stessa Relazione ministeriale di accompagnamento al decreto legislativo introduttivo dell'articolo 37 *bis*, si coglie la preoccupazione innanzitutto di rendere la norma più aderente alla *"caratteristica tipica dell'elusione, che in genere non si esaurisce in una operazione, ma si basa su una pluralità di atti tra loro coordinati*"[179].

Il secondo elemento costitutivo introdotto al primo comma è l'esimente delle "*valide ragioni economiche"*. Grazie ad esso, una fattispecie rientrante nell'elencazione tassativa al terzo comma dell'art. 37 *bis*, dotata di elevata carica elusiva, viene disinnescata in virtù del perseguimento di un apprezzabile risultato economico. Le valide ragioni economiche garantiscano la correttezza delle intenzioni perseguite dal contribuente, nonostante il vantaggio di natura fiscale si ponga in contrasto con i principi dell'ordinamento tributario; per questo

---

[177] Così G. CHINELLATO, *Codificazione tributaria e abuso del diritto.* op. cit.

[178] A riguardo si richiamano le parole di Corsini, in commento alla circolare del Ministero delle Finanze, n. 320 del 19 dicembre 1997, introduttiva del d.lgs. n. 358/1997, il quale spiega come l'elusione "*non fa riferimento ad una singola operazione ma ad atti, fatti o negozi, anche collegati tra loro, nell'ambito dei quali siano utilizzate una o più operazioni specificamente individuate*" […] "*si è inteso porre l'accento sul cosiddetto 'disegno elusivo' architettato dal contribuente, perché il fenomeno elusivo è caratterizzato dal compimento di più atti collegati fra loro, precedenti e successivi rispetto ad un'operazione individuata*". L. CORSINI, *Critica della norma di contrasto dell'elusione dell'imposta,* in *il fisco*, n. 2, 2005, pag. 1-191 e Circolare del Ministero delle Finanze, n. 320 del 19 dicembre 1997, articolo 7, <www.gazzetta ufficiale.it>, [ultima cons. dicembre 2015].

[179] "*Il vantaggio fiscale non deriva quasi mai, ad esempio, da una mera fusione, da un mero conferimento o da un'altra operazione societaria, ma deriva anche da eventi preparatori o consequenziali, come l'acquisto o la cessione di partecipazioni sociali; è per questo che la norma pone l'accento sul disegno elusivo complessivamente architettato dal contribuente*".
Relazione ministeriale allo schema di decreto legislativo di riforma delle disposizioni delle imposte sui redditi applicabili alle operazioni di cessione di aziende, conferimento di aziende, fusione, scissione e permuta di partecipazioni, 12 settembre 1997, (d.lgs. n. 358/1997), *il fisco.*
In merito è interessante riportare l'opinione di Chinellato, il quale, a tal proposito, ritiene che la clausola antielusiva possa essere applicata anche ad una o più fattispecie non espressamente individuate al terzo comma del dispositivo, ma risultanti in un determinato contesto palesemente agevolative del conseguimento di un vantaggio contrario al sistema tributario. G. CHINELLATO, *Codificazione tributaria e abuso del diritto.* op. cit.

www.osservatorio.org

motivo, la condotta elusiva giustificata a livello extrafiscale è stata resa immune alla contestazione dell'Amministrazione.
La dottrina nel tempo si interrogò sul significato proprio dell'espressione "*valide ragioni economiche*" e sulla portata della stessa, giungendo a stabilire che codesta espressione debba essere intesa nel senso più ampio possibile. Tesauro a riguardo afferma: "*Questo requisito va inteso, sulla scorta della giurisprudenza comunitaria, come necessità che l'operazione economica derivi, in modo 'essenziale', da ragioni extrafiscali. Si richiede, in altri termini, che lo scopo economico dell'operazione sia tale, per cui l'operazione sarebbe stata compiuta anche senza vantaggi fiscali*"[180]. L'espressione venne usata per la prima volta in una Direttiva Europea, dalla quale trasse spunto anche l'art. 10 della L. n. 408/1990, ma, mentre in queste ultime due fonti normative la locuzione rimandava soprattutto all'economicità dei fini imprenditoriali, all'interno dell'art. 37 *bis*, viceversa, il termine "*economico*" deve essere inteso nella sua accezione più ampia[181]. Ciò lo si desume dalla tipologia delle operazioni elencate al terzo comma, che ricomprendono sì fattispecie proprie dell'imprenditore nell'espletamento della sua attività commerciale, così come operazioni riconducibili al "semplice mondo" del contribuente.
L'aggettivo "*valide*" ha valore rafforzativo del termine *"ragioni";* deve essere rifiutata quella lettura che attribuisce all'aggettivo in questione una valenza tecnico-giuridica. A tal proposito, infatti, nella Relazione ministeriale si legge: "*l'espressione 'valide ragioni economiche' non sottintende infatti una 'validità giuridica', che in questo contesto non avrebbe senso, ma una apprezzabilità economico-gestionale, ed è stato ritenuto opportuno mantenerla*"[182].
Non tutta la dottrina si rivolse nel modo corretto nei confronti dell'elemento esimente della fattispecie, arrivando erroneamente a qualificarlo come il requisito essenziale e centrale del fenomeno elusivo: in breve, veniva attribuita finalità elusiva a qualsiasi operazione rientrasse nell'elenco tassativo al terzo comma, *ex* 37 *bis*, producente un vantaggio di natura fiscale sprovvisto di giustificazioni di natura economiche. Di conseguenza, il difetto del criterio delle *"valide ragioni economiche*" portava in ogni caso come risultato un fine contrario al sistema tributario e, per tal motivo, perseguibile ai fini antielusivi[183].
Diversi autori criticarono suddetta concezione, facendo notare che l'essenza del fenomeno elusivo risiede in prima istanza nell'elemento "*del raggiro degli obblighi/divieti*" fiscali al fine di conseguire un vantaggio fiscale "*indebito*". Il

[180] F. TESAURO, *Elusione e abuso nel diritto tributario italiano,* op. cit.
[181] La Direttiva CEE menzionata è la n. 434 del 1990, la quale prevedeva all'art. 11 la possibilità per gli Stati membri di "*disapplicare in tutto o in parte, le disposizioni della Direttiva stessa, ovvero di revocarne il beneficio quando l'operazione abbia come fine principale la frode o l'evasione fiscale".* In questi termini, si può considerare un primo prototipo europeo di clausola antielusiva, richiamato tra l'altro in sede giurisprudenziale dalla Corte di Cassazione: cfr. sentenza Chiappella, Cass. Civ., sez. tributaria, 29 settembre 2006, n. 21221, *il fisco.*
[182] Relazione ministeriale allo schema di decreto legislativo di riforma delle disposizioni delle imposte sui redditi applicabili alle operazioni di cessione di aziende, conferimento di aziende, fusione, scissione e permuta di partecipazioni, 12 settembre 1997, (d.lgs. n. 358/1997), *il fisco.*
[183] Mentre è inopinabile che al contribuente sia lasciata la facoltà di individuare, tra i diversi percorsi fungibili messi a disposizione dall'ordinamento, quello che preferisce, anche solamente in funzione di un vantaggio fiscale, a patto che quest'ultimo non si ponga in aperto contrasto con il sistema fiscale. A tal proposito, cfr. Cass. Civ., sez. tributaria, 21 gennaio 2009, n.1465, *il fisco.*

primo terreno da sondare, quindi, per valutare l'elusività o meno di un'operazione, è proprio la presenza di un aggiramento delle norme fiscali per ottenere un vantaggio non dovuto. Se da questa prima analisi emerge il carattere economicamente elusivo dell'operazione, allora, solo in seconda istanza, si dovrà verificare se a supporto dell'operazione sono rinvenibili valide ragioni economiche che giustifichino l'integrazione dell'operazione[184].
Acquistò rilevanza l'aspetto psicologico sotteso all'operazione realizzata, la quale, solo dopo essere stata vagliata alla luce dell'elemento oggettivo della convenienza economica, avrebbe dovuto subire l'analisi anche a dispetto dell'elemento soggettivo, vale a dire in riferimento alle motivazioni trainanti la volontà del contribuente.

Dunque, risulta incontrovertibile che l'elemento essenziale individuato alla base dell'elusività di un'operazione sia la sua finalità diretta ad aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario.
Il concetto di raggiro costituisce una novità rispetto alla previgente clausola antielusiva "semigenerale" all'art. 10 della L. n. 408/1990. Il termine "raggiro" implica che l'operazione in sé non violi formalmente l'attuazione della norma impositiva, ma non ne rispetti la *ratio,* lo spirito sotteso. Così il contribuente, operando formalmente secondo il dispositivo di una norma, in realtà se ne serve per forzare gli obblighi o divieti del sistema fiscale, con lo scopo di trarne un vantaggio economico di natura indebita. Ovviamente la *ratio* delle norme impositive a cui si allude non si riferisce "*a principi metagiuridici, attinenti alla sfera dell'etica o della morale, come talvolta sembra credere la giurisprudenza*", ma piuttosto ai principi sul quale si erge l'intero ordinamento tributario[185].
Gli obblighi/divieti raggirati devono essere esplicitamente indicati al contribuente, sia nella richiesta di chiarimenti che l'Amministrazione finanziaria è tenuta ad inviargli antecedentemente alla formazione dell'avviso di accertamento, che nel medesimo atto accertativo, a pena di nullità, in quanto rappresentano gli elementi essenziali della condotta elusiva sul quale si fonda la contestazione fiscale. "*Purtroppo, molto spesso i giudici e i funzionari dell'Amministrazione finanziaria contestano i comportamenti dei contribuenti, asseritamente più vantaggiosi di altri comportamenti alternativi, senza nemmeno indicare quali regole o princìpi sarebbero stati aggirati",* e questo è solo uno degli esempi di cattiva prassi che, dall'introduzione dell'art. 37 *bis*, ha preso forma e si è radicata nella condotta degli Uffici finanziari[186].

---

[184] Cfr. *ex multis* Stevanato, il quale infatti, circa le "*valide ragioni economiche*", afferma che rappresentano un elemento secondario alla preminente individuazione del raggiro delle norme tributarie al fine di ottenere un vantaggio fiscale; citandolo testualmente: "*Costituiscono invece un requisito aggiuntivo, che assume rilevanza soltanto dopo che è stato riscontrato un 'aggiramento' dei princìpi del sistema tributario: l'aggiramento è infatti condizione necessaria ma non sufficiente per integrare la fattispecie elusiva. Occorre altresì che la sequenza negoziale posta in essere non abbia altra ragion d'essere che quella del conseguimento di un vantaggio tributario 'indebito', cioè appunto contrario ai princìpi del singolo sottosettore impositivo. L'elusione non si perfeziona, quindi, quando il comportamento posto in essere, pur determinando il conseguimento di un 'vantaggio' tributario contrario ai principi dell'ordinamento tributario, è stato scelto anche in funzione di un apprezzabile risultato economico extrafiscale*". D. STEVANATO, *Uso e abuso della clausola antielusiva,* in *Corriere Tributario,* n. 24 del 2007, pag. 1962.
[185] D. STEVANATO, *Uso e abuso della clausola antielusiva,* op. cit.
[186] *Ibidem.*

Come si ha già avuto modo di illustrare, l'aggiramento degli obblighi/divieti impositivi tipico del fenomeno elusivo, viene molto spesso, da molti autori, individuato nell'abnormità del percorso negoziale intrapreso, nell'eccessiva articolarità dei passaggi, in una o più scelte incongrue rispetto al risultato prefissato. L'articolarità del percorso negoziale porterebbe, dunque sempre e comunque, ad un vantaggio fiscale di natura indebita. Secondo altri autori, la complessità del percorso intrapreso, invece, avrebbe al massimo natura indiziaria di una papabile condotta elusiva, ma non qualificherebbe l'essenza propria della condotta medesima, dovendosi ammettere la piena autonomia negoziale dei contribuenti al fine di gestire i loro interessi[187].

In ogni caso, il contribuente utilizza artifizi e raggiri per costruire "*una situazione alternativa alla fattispecie che permetta di conseguire lo stesso obiettivo economico"*; tale situazione alternativa non è sempre "*insolita*", ma può essere "*inusuale".* Il soggetto agente fa perno sulle antinomie, i vuoti sparsi all'interno dell'ordinamento tributario per trarne un personale giovamento. L'atteggiamento volontaristico che guida il suo comportamento "*presenta diverse gradazioni che vanno dalla malizia alla frode*"*[188].*

Nella Relazione ministeriale che accompagnò il decreto legislativo n. 358/1997, si affermò esplicitamente di voler eliminare nel lessico utilizzato dalla precedente clausola "semigenerale" antielusiva *ex* art. 10, L. 408/1990, il termine "*fraudolentemente*", in riferimento alla violazione delle norme impositive, in quanto il termine in questione, alludendo "*all'accezione penalistica",* svuotava di contenuto la norma antielusiva, "*dal momento che l'elusione avviene nel rispetto della normativa vigente, senza che il contribuente si sottragga agli obblighi"* […] *" è stato quindi ritenuto opportuno sostituire l'avverbio 'fraudolentemente' con espressioni che rendano meglio il nucleo essenziale dei comportamenti elusivi, cioè l'utilizzazione di scappatoie formalmente legittime allo scopo di aggirare regimi fiscali tipici ottenendo vantaggi che ordinariamente il sistema non consente e indirettamente disapprova".*

Assodato è che il nostro ordinamento metta nella disposizione del contribuente i mezzi per provvedere ad una lecita pianificazione fiscale di modo da minimizzare l'onere impositivo, ma questa facoltà in ambito privato deve convivere con la presenza in campo fiscale di una norma antielusiva, la quale *ipso facto* limita l'autonomia negoziale. "*Il vantaggio tributario conseguito dal contribuente deve essere il risultato di un comportamento coerente con i principi del sistema tributario*"[189].

La norma in realtà parla di obblighi o divieti, ma parte della dottrina ritiene di dover intendere siffatta espressione non nel suo significato tecnico-giuridico, quanto piuttosto nel senso di una norma impositiva in quanto tale, che per sua natura sottende sempre un principio generale[190].

---

[187] Per avere un quadro più completo delle due visioni contrapposte di pensiero, si rimanda al primo paragrafo del medesimo capitolo, "*La ricerca di una definizione*".

[188] F. AMATUCCI, *Funzione antiabuso nell'interpretazione del diritto tributario,* in *Diritto e Pratica Tributaria*, n. 5, 2012, pag. 10879.

[189] D. STEVANATO, *Uso e abuso della clausola antielusiva,* op. cit.

[190] "*Parte della dottrina suggerisce di interpretare l'espressione 'obblighi e divieti' non in senso tecnico, bensì nell'accezione di norma impositiva in quanto tale, o meglio di principio generale del quale la norma stessa costituisce espressione. In altri termini, il vantaggio fiscale indebito*

www.fiscoservizi.org

Per quanto concerne i principi disattesi, "*è bene ribadire che l'elusione tributaria attiene alla violazione dello spirito delle leggi fiscali, e non di quello della legge civile".* Erronea è dunque "*l'idea dell'elusione tributaria come 'abuso dell'autonomia negoziale' riconosciuta dall'ordinamento in ambito civilistico, come strumentalizzazione delle forme giuridiche*"[191]*.* I principi in questione non sconfinano nel campo metagiuridico, etico o morale, la valutazione circa la natura del vantaggio raggiunto deve essere condotta alla luce di "*aspetti della moderna fiscalità analitica"*.
Insieme al raggiro degli obblighi/divieti di natura fiscale, l'altro perno attorno al quel ruota la fattispecie elusiva consiste nella natura del vantaggio fiscale ottenuto, il quale come si è ribadito più volte, deve essere "*indebito*"[192].
Non avrebbe senso accanirsi nei confronti di un mero vantaggio fiscale considerato il margine d'autonomia nella pianificazione degli aspetti tributari di cui gode ogni contribuente. La natura del beneficio fiscale deve essere senza alcuna ombra di dubbio contraria alle normative tributarie; il potere di inopponibilità che ne deriva dall'applicazione della clausola antielusiva in capo all' Amministrazione, altrimenti, risulterebbe "*sterile*", non essendo inopponibile il comportamento del contribuente in sé, quanto piuttosto il vantaggio economico indebitamene conseguito[193]. Il vantaggio indebito non nasce dall'inottemperanza esplicita della norma, la quale inottemperanza integra invece un comportamento evasivo puro; la natura indebita attiene all'uso distorto delle norme e dei principi sottesi ad esse, al fine di godere di un vantaggio che "*ordinariamente il sistema non consente e indirettamente disapprova*"[194]*.*
Indebiti possono essere qualificati solamente i vantaggi fiscali conseguiti all'interno di un contesto elusivo, e non anche al di fuori di esso, altrimenti verrebbe meno il fenomeno del lecito risparmio d'imposta[195]. Disapplicare un

---

discenderebbe dal contrasto tra la condotta del contribuente ed il sistema normativo tributario nel suo complesso". Così L. BUCCI, *La norma 'generale' antielusiva nell'interpretazione del Comitato consultivo: alcune considerazioni*, in *Rassegna Tributaria*, n. 2, 2002, pag. 507.

[191] L. BUCCI, *La norma 'generale' antielusiva nell'interpretazione del Comitato consultivo: alcune considerazioni*, op. cit.

[192] L'art. 10 della L. n. 408/1990 menzionava invece "*lo scopo elusivo di ottenere fraudolentemente un risparmio d'imposta*", ma, come si è già specificato, nell'art. 37 *bis* si è preferito fare a meno del termine forviante "*fraudolentemente*", perché evocativo di una dimensione penalistica del fenomeno, che in realtà avviene senza infrangere direttamente la legge, quanto piuttosto aggirandola.

[193] Espressione di L. BUCCI, *La norma 'generale' antielusiva nell'interpretazione del Comitato consultivo: alcune considerazioni*, op. cit.

[194] *Ibidem.*

[195] La Relazione ministeriale, in tema di lecito risparmio d'imposta si esprime così: "*Si può fornire così un criterio tendenziale per distinguere l'elusione rispetto al mero risparmio d'imposta; quest'ultimo si verifica quando, tra vari comportamenti posti dal sistema fiscale su un piano di pari dignità, il contribuente adotta quello fiscalmente meno oneroso. Non c'è aggiramento fintanto che il contribuente si limita a scegliere tra due alternative che in modo strutturale e fisiologico l'ordinamento gli mette a disposizione. Una diversa soluzione finirebbe per contrastare con un principio diffuso in tutti gli ordinamenti tributari dei paesi sviluppati, che consentono al contribuente di 'regolare i propri affari nel modo fiscalmente meno oneroso', e dove le norme antielusione scattano solo quando l'abuso di questa libertà dà luogo a manipolazioni, scappatoie e stratagemmi, che - pur formalmente legali - finiscono per stravolgere i principi del sistema. La norma antielusiva non può quindi vietare la scelta, tra una*

www.osservatorio.org

regime fiscale tipico in ragione di altri equipollenti, lecitamente previsti dall'ordinamento, non integra automaticamente una condotta elusiva: il *quid pluris* essenziale verte attorno alla contrapposizione della condotta ottemperata dal contribuente rispetto al sistema fiscale. Poter scegliere quale sistema integrare tra quelli messi a disposizione dall'ordinamento è una scelta fisiologica e strutturale, fintanto quanto non si elude il principio di capacità contributiva.
Il vantaggio non previsto dalla legge in quel determinato contesto deve essere reale, concreto e rilevante secondo l'interpretazione della Dottrina maggioritaria[196].

A questo punto, individuata un'operazione integrante i requisiti necessari, l'Amministrazione, oltre a renderla inopponibile nei suoi confronti, la neutralizza tramite il potere racchiuso al secondo comma della clausola: vale a dire il disconoscimento dei vantaggi fiscali conseguiti. Questo potere speciale consente all'Agenzia di recuperare il tributo eluso applicando all'operazione contestata la normativa aggirata, in luogo di quella elusiva applicata dal contribuente. Questo potere "*para-sanzionatorio*" consente di soddisfare la pretesa erariale dello Stato tramite una vera e propria comparazione tra fattispecie[197]: l'Amministrazione non proclamerà infedele la dichiarazione del contribuente, non opererà una riqualificazione del negozio giuridico posto in essere dal medesimo, ma semplicemente applicherà la tassazione dovuta in base alla disciplina elusa, al netto di quanto già versato dal contribuente ottemperando alla fattispecie elusiva[198].
L'*iter* procedimentale consta di due passaggi: da una parte l'Amministrazione rende inopponibili nei suoi confronti quei negozi giuridici, od operazioni, che, in altre circostanze risulterebbero del tutto legittimi, ma che *ivi* sono dichiarati elusivi in quanto posti in essere in modo strumentale, al solo fine di ottenere un vantaggio fiscale non dovuto e privo di valide ragioni economiche; dall'altra la medesima Amministrazione provvede a recuperare la parte di imposta elusa

---

serie di possibili comportamenti cui il sistema fiscale attribuisce pari dignità, quello fiscalmente meno oneroso.". Relazione ministeriale allo schema di decreto legislativo di riforma delle disposizioni delle imposte sui redditi applicabili alle operazioni di cessione di aziende, conferimento di aziende, fusione, scissione e permuta di partecipazioni, 12 settembre 1997, (d.lgs. n. 358/1997), *il fisco.*

[196] In questo senso Tabellini e Stevanato. *"In dottrina si è affermato che lo stesso* [vantaggio] *non deve essere meramente ipotetico e proiettato nel futuro bensì reale, attuale, apprezzabile. In altri termini ai fini della norma in discussione assumerebbero rilevanza, in quanto disconoscibili, solo i vantaggi effettivamente conseguiti. Altri ritengono invece che l'attualità del vantaggio sia condizione per l'esercizio del potere di disconoscimento previsto dal comma 2 della norma e non venga in considerazione ai fini della qualificazione di una data operazione come elusiva, a tale scopo essendo sufficiente che l'operazione sia diretta ad ottenere un indebito vantaggio tributario".* Così L. BUCCI, *La norma 'generale' antielusiva nell'interpretazione del Comitato consultivo: alcune considerazioni*, op. cit.

[197] Espressione di L. DEL FEDERICO, *Elusione e illecito tributario,* op. cit.

[198] Naturalmente nulla vieta che l'Amministrazione si astenga dall'applicare la normativa elusa qualora quest'ultima contrasti con i principi alla base dell'azione amministrativa, vale a dire i principi di buon andamento ed economicità dell'azione amministrativa, prendendo come riferimento esemplificativo i casi in cui la differenza tra le imposte accertabili e quelle effettivamente versate dal contribuente elusivo è di entità trascurabile.

www.osservatorio.oci.org

applicando al caso concreto la normativa che ritiene più confacente[199]. Il disconoscimento dei vantaggi fiscali, quindi, non è una conseguenza dovuta alla fase di inopponibilità, ma la conseguenza derivante "*dall'applicazione ordinaria delle norme in materia*"[200].
Il controllo effettuato in base ai parametri indicati dalla normativa consiste in un confronto oggettivo fra regimi fiscali, senza andare a sindacare i comportamenti soggettivi "dell'imprenditore medio" o "dell'uomo d'affari medio".

Quali sono le operazioni potenzialmente elusive? Mentre i primi due commi del dettato normativo si preoccupano di individuare i poteri in via generale applicabili dall'Amministrazione finanziaria a qualsivoglia operazione che integri i parametri elusivi, il terzo comma presenta un elenco di fattispecie tassative con il compito di delimitare il campo di applicazione della disciplina antielusiva[201]. Questo elenco di fattispecie costituisce il primo indice da cogliere

---

[199] In merito al potere di disconoscere i vantaggi fiscali in capo all'Agenzia fiscale, rileva riportare il dispositivo dell'art. 37 *bis,* settimo comma, il quale prevede che: "*I soggetti diversi da quelli cui sono applicate le disposizioni dei commi precedenti possono richiedere il rimborso delle imposte pagate a seguito dei comportamenti disconosciuti dall'amministrazione finanziaria; a tal fine detti soggetti possono proporre, entro un anno dal giorno in cui l'accertamento è divenuto definitivo o è stato definito mediante adesione o conciliazione giudiziale, istanza di rimborso all'amministrazione, che provvede nei limiti dell'imposta e degli interessi effettivamente riscossi a seguito di tali procedure"*. Come si evince dalla Relazione ministeriale, suddetto comma *"serve a rafforzare il principio secondo cui le imposte applicate a seguito della norma antielusiva non devono cumularsi con quelle eventualmente già applicate dai contribuenti in relazione agli atti che l'amministrazione intende disconoscere; è contrario al principio di trasparenza che l'amministrazione disconosca gli atti, ma trattenga le imposte che in base ad essi sono state pagate".* Quindi sia il comma secondo, che il settimo hanno la funzione di sancire il diritto in base al quale i contribuenti sono legittimati a versare solo la somma che deriva dalla differenza tra quanto hanno già versato ottemperando alla disciplina legislativa elusiva, e quanto ancora devono versare applicando la normativa che l'Amministrazione ritiene corretta. Relazione ministeriale allo schema di decreto legislativo di riforma delle disposizioni delle imposte sui redditi applicabili alle operazioni di cessione di aziende, conferimento di aziende, fusione, scissione e permuta di partecipazioni, 12 settembre 1997, (d.lgs. n. 358/1997), *il fisco*.

[200] S. DUS, *Elusione fiscale e imbarazzi giurisprudenziali (caso del comodato di impianti a i contoterzisti),* in *Dialoghi tributari*, n. 3, 2009, pag. 291.

[201] Il comma in oggetto recita: "*Le disposizioni dei commi 1 e 2 si applicano a condizione che, nell'ambito del comportamento di cui al comma 2, siano utilizzate una o più delle seguenti operazioni:*
a) trasformazioni, fusioni, scissioni, liquidazioni volontarie e distribuzioni ai soci di somme prelevate da voci del patrimonio netto diverse da quelle formate con utili;
b) conferimenti in società, nonché negozi aventi ad oggetto il trasferimento o il godimento di aziende;
c) cessioni di crediti;
d) cessioni di eccedenze d'imposta;
e) operazioni di cui al decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 544, recante disposizioni per l'adeguamento alle direttive comunitarie relative al regime fiscale di fusioni, scissioni, conferimenti d'attivo e scambi di azioni, nonché il trasferimento della residenza fiscale all'estero da parte di una società;
f) operazioni, da chiunque effettuate, incluse le valutazioni e le classificazioni di bilancio, aventi ad oggetto i beni ed i rapporti di cui all'articolo 81, comma 1, lettere da c) a c -quinquies), del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917;
f-bis) cessioni di beni e prestazioni di servizi effettuate tra i soggetti ammessi al regime della tassazione di gruppo di cui all'articolo 117 del testo unico delle imposte sui redditi.

www.assirifting.org

ove si voglia scovare un potenziale atteggiamento elusivo: l'Amministrazione finanziaria, infatti, può disconoscere solo i vantaggi fiscali indebiti scaturiti dall'impiego di una, o più, delle operazioni tipizzate dalla norma.
In merito, la dottrina si è interrogata a lungo sulle ripercussioni del terzo comma sulla portata della clausola antielusiva. A riguardo, si rilevano, in particolare, due correnti di pensiero: da una parte vi è chi ritiene che la previsione nello specifico delle fattispecie a cui riferire la clausola, ne faccia della stessa una disposizione di portata "*semigenerale*"[202]; dall'altra, viceversa, vi è chi considera le fattispecie elencate di portata così ampia da non inficiare con la portata generale della clausola stessa[203].
Nonostante non sia pacifico, è dominante l'orientamento secondo il quale la clausola antielusiva non può assurgere a disciplina di portata generale, in ragione della tipizzazione delle fattispecie contrastabili e del suo inserimento nell'ambito delle sole imposte dirette. La relazione illustrativa al d.lgs. 128/2015 a tal proposito è chiara: ribadisce che l'articolo in questione venne formulato con l'intento di contestare l'elusione solo nell'ambito delle fattispecie considerate più significative e pericolose, "*al fine di non pregiudicare la certezza del rapporto tributario*". La norma ha carattere residuale è costituisce una disposizione di chiusura del sistema fiscale in generale, con applicazione

---

f-ter) pagamenti di interessi e canoni di cui all'art. 26-quater, qualora detti pagamenti siano effettuati a soggetti controllati direttamente o indirettamente da uno o più soggetti non residenti in uno Stato dell'Unione europea;
f-quater) pattuizioni intercorse tra società controllate e collegate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, una delle quali avente sede legale in uno Stato o territorio diverso da quelli di cui al decreto ministeriale emanato ai sensi dell' articolo 168-bis del testo unico delle imposte sui redditi, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, aventi ad oggetto il pagamento di somme a titolo di clausola penale, multa, caparra confirmatoria o penitenziale".

[202] Di clausola "*semigenerale*" parlano *ex multis*: G. FRANSONI, *Abuso di diritto, elusione e simulazione: rapporti e distinzioni,* in *Corriere Tributario,* n. 1, 2011, pag. 13, il quale molto chiaramente afferma: "*il generale principio antielusivo elaborato dalla giurisprudenza* [comunitaria] *riguarda qualunque operazione; viceversa, la disposizione semigenerale di cui all'art. 37-bis ha ad oggetto solo talune operazioni fiscali elencate nel terzo comma";* A. LOVISOLO, *Il principio di matrice comunitaria dell'«abuso» del diritto entra nell'ordinamento giuridico italiano: norma antielusiva di chiusura o clausola generale antielusiva? L'evoluzione della giurisprudenza della Suprema Corte*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, n. 4, 2007, pag. 20723; R. LUPI e G. INGRAO*, Il doppio regime di circolazioni delle partecipazioni ai fini "pex": regole ed eccezioni,* in *Dialoghi Tributari,* n. 2, 2012; L. DEL FEDERICO, *Elusione e illecito tributario,* op. cit.; non da ultimi M. BEGHIN e D. STEVANATO in una pluralità di scritti. A parere della scrivente, ci si deve adeguare al pensiero della Dottrina dominante, la quale non considera la clausola antielusiva, di cui all'art. 37 *bis*, una clausola di portata generale, in ragione della tipizzazione delle fattispecie al quale si rivolge.

[203] Di tal opinione è Corsini, il quale afferma che "*l'elencazione degli atti, fatti e negozi dovrebbe qualificare la norma come norma specifica, dovendosi ritenere che l'esclusione dall'elenco escluda l'elusione. In realtà, l'elenco comprende tutte le operazioni straordinarie d'impresa, le classificazioni di bilancio e le cessioni di beni di imprese che partecipano al consolidato di gruppo, lasciando fuori solo le operazioni suscettibili di evasione fiscale, ad esempio, sottofatturazione, violazione dei principi di inerenza e competenza".* Quindi, se in *prima facies* l'elenco sembra escludere un'applicabilità della clausola a livello generale, ad un'analisi più approfondita le fattispecie contemplate sono loro stessa di portata generale, confermando il carattere aperto della norma. "*Consegue che la norma antielusione dell'art. 37-bis è una norma generale".* L. CORSINI, *Critica della norma di contrasto dell'elusione dell'imposta,* op. cit.

www.osservatorio.oicr.org

speciale e limitata, "*per evitare un uso diffuso di un istituto che, per le sue caratteristiche, avrebbe potuto rendere incerte le regole di comportamento*"[204].

Le prime operazioni richiamate dalla norma sono riprese, non a caso, direttamente dall'art. 10 della L. n. 408/1990 che le aveva già identificate come potenzialmente elusive, vale a dire "*trasformazioni, fusioni, scissioni, liquidazioni volontarie e distribuzioni ai soci di somme prelevate da voci del patrimonio netto diverse da quelle formate con utili".* Queste operazioni societarie, infatti, rappresentano il terreno più fertile ove il fenomeno elusivo è in grado si insinuarsi, perché, nonostante rappresentino operazioni fiscalmente lecite e neutrali, si prestano a perseguire una più ampia trama elusiva. "*Questo disegno elusivo complessivo comporta che ogni atto sia stato pensato e preordinato come tappa indispensabile di un itinerario prestabilito e diretto ad ottenere il risparmio d'imposta; ma la norma in commento non prescrive che, per essere elusiva, l'intera sequenza debba comporsi di atti appartenenti al novero delle operazioni elencate dal suo 3° comma. La norma dice invece che devono essere utilizzate 'una o più' delle operazioni previste, ammettendo quindi che, anche singole operazioni della complessiva sequenza negoziale, possano partecipare al disegno elusivo, ovvero che alle 'operazioni' elencate dalla norma, possano accompagnarsi (in via strumentale) atti ivi non contemplati*"[205]*.*

Proseguendo nell'analisi puntuale dell'articolo, al quarto comma si incontra un'importante guarentigia operante nei confronti del contribuente inquisito di elusione fiscale: il contraddittorio preventivo. L'inciso dell'articolo recita: "*L'avviso di accertamento è emanato, a pena di nullità, previa richiesta al contribuente anche per lettera raccomandata, di chiarimenti da inviare per iscritto entro 60 giorni dalla data di ricezione della richiesta nella quale devono essere indicati i motivi per cui si reputano applicabili i commi 1 e 2".* Il comportamento obbligatoriamente da esperire, antecedentemente alla notifica dell'avviso di accertamento, rappresenta un vero e proprio onere/dovere in capo dell'Amministrazione finanziaria, a pena di nullità dello stesso atto amministrativo di natura accertativa[206]. Questo passaggio obbligatorio rappresenta l'unica possibilità da parte del contribuente di essere coinvolto nel procedimento amministrativo di controllo, potendo fornire ai funzionari addetti all'accertamento il proprio punto di vista, le proprie ragioni sottese all'impianto negoziale posto in essere. L'Amministrazione, dunque, ha l'obbligo di invitare il

[204] Relazione illustrativa al Decreto legislativo 5 agosto 2015, n. 128, <www.camera.it>, [ultima cons. gennaio 2016].

[205] La condizione che rende possibile il piano elusivo perseguito con operazioni ricomprese nell'elenco tassativo e non, è che vi sia tra di esse una stretta connessione logico-strutturale, nonché temporale e strumentale. A. LOVISOLO, *Il principio di matrice comunitaria dell'«abuso» del diritto entra nell'ordinamento giuridico italiano: norma antielusiva di chiusura o clausola generale antielusiva? L'evoluzione della giurisprudenza della Suprema Corte*, op. cit.

[206] Per quanto concerne l'onere probatorio, si chiarisce sin da subito che il comma *de quo* non comporta un'inversione dell'onere in capo al contribuente: spetta sempre all'Amministrazione finanziaria, infatti, dimostrare che il comportamento ottemperato dal soggetto sia diretto ad aggirare gli obblighi/divieti di natura fiscale per trarne un beneficio economico indebito. Al contribuente spetterà la facoltà di rispondere all'invito rivoltogli dalle autorità per fornire eventuali chiarimenti e ragioni valide a giustificazione del suo operato. Il quarto comma rappresenta, quindi, una puntualizzazione di come i poteri speciali in capo agli Uffici vadano esercitati fornendo le giuste, e dovute, garanzie nei confronti del cittadino contestato.

contribuente a fornire i propri chiarimenti in merito e le ragioni economiche poste a fondamento del comportamento accertato, indicando espressamente nell'invito le motivazioni per cui l'Ufficio inquisitore ritiene che i comportamenti posti in essere siano diretti ad aggirare obblighi tributari al fine di trarne un vantaggio fiscale indebito[207].

Senza invito, così come in difetto dell'indicazione espressa dei motivi e delle norme che si considerano eluse, l'avviso di accertamento deve considerarsi nullo. La pretesa impositiva si perfezione, infatti, solamente in seguito all'espletamento della fase di contradditorio endoprocedimentale necessario.

La *ratio* sottesa consiste nella volontà del Legislatore di evitare la formazione del contenzioso, così come garantire l'emissione da parte delle autorità fiscali di avvisi di accertamento sicuri e completi nelle loro motivazioni.

L'ultimo comma che rimane d'analizza è presentato all'interno della Relazione ministeriale come "*un principio di civiltà giuridica e di pari opportunità tra il Fisco e i contribuenti*"[208]. L'istituto introdotto è quello dell'interpello disapplicativo, il quale comporta la possibilità in capo al contribuente di proporre un'istanza all'Amministrazione finanziaria per disapplicare quelle disposizioni introdotte nel nostro ordinamento al fine di impedire comportamenti elusivi[209]. "*Spesso queste norme, a causa della loro ineliminabile imprecisione, provocano indebite penalizzazioni per comportamenti che non hanno nulla di elusivo. Se le norme possono essere disapplicate quando il contribuente le manipola per ottenere vantaggi indebiti, occorre che lo siano* [anche] *quando l'obiettivo condurrebbero a penalizzazioni altrettanto indebite*"[210].

Per il contribuente rappresenta una facoltà ed allo stesso tempo una garanzia contro il dovere di controllo dell'Amministrazione; per quest'ultima rappresenta un potere di deroga nei confronti di quelle norme di legge di natura antielusiva,

---

[207] In tema di motivazione, un'altra guarentigia è prevista a favore dei contribuenti al comma quinto della clausola antielusiva, in quanto l'avviso di accertamento emesso deve essere fornito di una c.d. "*supermotivazione"* a pena di nullità. L'Amministrazione si deve assicurare che l'atto impositivo sia specificatamente motivato in merito a tutte le ragioni secondo le quali il medesimo Ufficio ritenga il comportamento/l'operazione/il negozio giuridico contestato elusivo, non mancando di operare esplicitamente un rinvio ai chiarimenti forniti dal contribuente in sede di contraddittorio necessario.

[208] Il comma *de quo* espressamente dispone: "*Le norme tributarie che, allo scopo di contrastare comportamenti elusivi, limitano deduzioni, detrazioni, crediti d'imposta o altre posizioni soggettive altrimenti ammesse dall'ordinamento tributario, possono essere disapplicate qualora il contribuente dimostri che nella particolare fattispecie tali effetti elusivi non potevano verificarsi. A tal fine il contribuente deve presentare istanza al direttore regionale delle entrate competente per territorio, descrivendo compiutamente l'operazione e indicando le disposizioni normative di cui chiede la disapplicazione. Con decreto del Ministro delle finanze da emanare ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988 n. 400, sono disciplinate le modalità per l'applicazione del presente comma".*

[209] Stevanato afferma che l'istituto in questione "*venne introdotto nell'ambito della riformulazione della norma generale antielusiva, per introdurre un meccanismo di 'correzione' del diritto positivo a favore del privato, per così dire 'uguale e contrario' a quello sancito dalla clausola antielusiva".*

D. STEVANATO*, Disapplicazione delle norme antielusive: vero la facoltativa dell'istanza?,* in *Dialoghi Tributari,* n. 3, 2014, pag. 249.

[210] Relazione ministeriale allo schema di decreto legislativo di riforma delle disposizioni delle imposte sui redditi applicabili alle operazioni di cessione di aziende, conferimento di aziende, fusione, scissione e permuta di partecipazioni, 12 settembre 1997, (d.lgs. n. 358/1997), *il fisco*.

www.osservatorio.unisi.org

le quali possono essere eccezionalmente disapplicate qualora il contribuente dimostri che gli effetti indesiderati e contrastati dalle stesse in quanto elusivi, nel caso di specie, non si verificherebbero. L'istanza del contribuente giustifica il potere derogante nelle mani dell'Amministrazione finanziaria e la norma si rivolge a quei contribuenti che hanno l'interesse a disapplicare quelle norme tributarie che, "*allo scopo di contrastare comportamenti elusivi, limitano deduzioni, detrazioni, crediti d'imposta o altre posizioni soggettive altrimenti ammesse*"[211].

L'applicazione dell'istituto *ut supra*, comporta l'emanazione a livello procedimentale di un'espressa istanza da parte del contribuente, rivolta alla Direzione regionale dell'Agenzia delle entrate, nella persona del Direttore regionale, indicante specificatamente le norme c.d. correttive con *ratio* antielusiva che si intendono disapplicare e, a supporto, le motivazioni che giustificano la richiesta di deroga. Il contribuente deve chiarire all'Amministrazione che il comportamento tipizzato che si è esorcizzato in quanto potenzialmente elusivo, nella fattispecie concreta prospettata, risulta inoffensivo; la tutela preventivata dalle norme fiscali, risulterebbe di conseguenza eccessiva.

A detta dell'autore Stevanato, il congegno introdotto nel sistema ha la finalità di "*attenuare le rigidità insite nella formulazione di specifiche norme con finalità antielusiva, che, nel tipizzare comportamenti potenzialmente elusivi, rischiano di risultare sovrabbondanti, di eccedere rispetto all'obiettivo avuto di mira*"[212]. Per questo motivo si è data la possibilità al contribuente di rivolgersi direttamente all'Amministrazione finanziaria per dimostrare la sproporzione tra la norma restrittiva che impedisce l'accesso a posizioni giuridiche altrimenti ammesse, con il caso concreto, ove gli effetti elusivi esorcizzati non si verificherebbero[213].

Per quanto concerne la risposta offerta dall'Amministrazione, si parla di un provvedimento amministrativo definitivo, da emanare obbligatoriamente nel termine di novanta giorni, che una volta trascorsi davano la possibilità all'istante di diffidare l'Amministrazione dal rispondere entro i successivi 60 gg., pena la formazione del silenzio assenso sull'oggetto dell'istanza.

Da ultimo si termina l'analisi della disciplina proponendo un'interessante osservazione circa la struttura interna della clausola antielusiva, di per sé antitetica: i primi sette commi, infatti, disciplinano il potere speciale dell'Amministrazione finanziaria di disconoscere il regime giuridico-fiscale inerente al negozio giuridico prescelto dal contribuente al fine di curare i propri

---

[211] Relazione ministeriale allo schema di decreto legislativo di riforma delle disposizioni delle imposte sui redditi applicabili alle operazioni di cessione di aziende, conferimento di aziende, fusione, scissione e permuta di partecipazioni, 12 settembre 1997, (d.lgs. n. 358/1997), *il fisco*.

[212] *D. STEVANATO, Disapplicazione delle norme antielusive: vero la facoltativa dell'istanza?,* in *Dialoghi Tributari,* op. cit.

[213] Per un duplice ordine di ragioni, il ricorso all'istituto dell'interpello disapplicativo non è tuttavia frequente: innanzitutto, spesso il contribuente non è a conoscenza della facoltà riservatagli, ed inoltre le disposizioni con finalità antielusiva non sono sempre di agile individuazione, non rinviando esplicitamente all'ottavo comma dell'art. 37 *bis,* D.P.R. n. 600/1973; in second'ordine, si ha una motivazione di natura psicologica, in quanto il contribuente può avere la necessità di mantenere riservate determinate informazioni.

L'istanza si rivolge esclusivamente al campo delle imposte sui redditi, vista la collocazione sistematica dell'articolo in questione. A riguardo si cfr. la Circolare Ministeriale 17 maggio 2000, n. 98/E.

www.osservatorio.oci.org

interessi, una volta dimostrato l'intento elusivo di quest'ultimo; l'ottavo ed ultimo comma, invece, disciplina la possibilità generale, del contribuente questa volta, di esperire un'istanza rivolta all'Amministrazione affinché vengano disapplicate proprio quelle norme di natura antielusiva. Mentre quindi nel primo caso si opera in assenza di disposizioni specifiche di natura antielusiva, nel secondo caso ritroviamo, viceversa, una generale clausola disapplicativa proprio di suddette norme, che hanno la finalità di prevenire e vietare atteggiamenti considerati *tout court* lesivi degli interessi erariali[214].

3.2.2 *La clausola generale antiabuso ex art. 10 bis, L. n. 212/2000*

Con la clausola generale antiabuso codificata nel neo introdotto art. 10 *bis* dello Statuto dei diritti del Contribuente si giunge all'acme normativa della fattispecie elusiva. All'interno dell'elaborato si è parlato compiutamente sia dell'istituto dell'abuso del diritto, sia della clausola antielusiva, ma sino al 5 agosto 2015 (data di promulgazione del d.lgs. n. 128, che ha introdotto l'articolo succitato) non era rinvenibile una norma che accomunasse i due istituti all'interno dell'ordinamento tributario.
Come si è già avuto modo di osservare, l'abuso del diritto si può considerare un principio immanente nell'ordinamento giuridico in generale, che opera per regolare i rapporti tra i consociati, nonostante non sempre sia stato accolto in un'apposita disposizione legislativa che ne disciplinasse l'operatività. Così all'interno del diritto tributario l'istituto in questione è stato solo di recente codificato a livello normativo, mentre prima era frutto dell'elaborazione *in primis* della giurisprudenza comunitaria, la quale sin da subito "*qualificò l'abuso del diritto tributario come principio immanente del sistema tributario*"[215]; successivamente, l'orientamento delle Sezioni Unite della Suprema Corte provvide a recepire l'orientamento giurisprudenziale europeo elaborando una propria figura di abuso del diritto tributario interno, inizialmente solo quale "*immediata derivazione della corrispondente figura comunitaria e, successivamente, quale regola immanente nei principi costituzionali informatori della materia*"[216]. La clausola antielusiva, invece, venne introdotta nell'ordinamento sin dagli anni '90, ma non fu mai assimilata esplicitamente al concetto di abuso del diritto.

Per molto tempo regnò l'incertezza circa l'interpretazione ed i confini applicativi dell'abuso del diritto in ambito tributario, alimentata dall'assenza di una precisa definizione legislativa e dall'oscillante orientamento della giurisprudenza in merito. Vigeva inoltre un'importante disparità di trattamento in merito alle guarentigie offerte dall'art. 37 *bis* a favore dei contribuenti in tema di tributi diretti (si pensi al contraddittorio preventivo o all'obbligo di motivazione "rinforzata" a pena di nullità, o ancora all'istituto dell'interpello disapplicativo), le

[214] Per un approfondimento in merito, cfr. D. STEVANATO*, Disapplicazione delle norme antielusive: vero la facoltativa dell'istanza?,* op. cit.
[215] M. DOGLIO, *"Abuso del diritto codificato nel sistema tributario,* in *La circolare di settimana fiscale,* Il Sole 24 ore, n. 30, 2015, pag. 3.
[216] M. DOGLIO, *"Abuso del diritto codificato nel sistema tributario,* op. cit., pag. 3

www.osservatorio.cnl.org

quali non erano contemplate, viceversa, nella disciplina elaborata dalla giurisprudenza europea per l'abuso del diritto in tema di imposte indirette.

In questo contesto, in seguito alla Raccomandazione della Commissione Europea 2012/772/UE del 6 dicembre 2012 (d'ora in poi solo Raccomandazione), il Parlamento ha emanato la legge n. 23/2014 con la quale ha delegato al Governo il compito di introdurre le disposizioni necessarie al fine di attuare un sistema fiscale più equo, trasparente e orientato alla crescita, perseguendo una maggiore certezza giuridica del sistema tributario in sé[217]. La legge delega ha dunque accolto la sentita necessità di riordino della materia, alla luce del *caos* che ha regnato per diverso tempo a causa del tentativo di adeguamento ai dettami elaborati dai giudici europei senza una precisa strategia normativa; d'altra parte, però, l'art. 10 *bis* non apporta alcuna novità in merito, ma si limita a recepire ed esplicitare principi già immanenti nell'ordinamento giuridico, applicati da tempo nelle massime delle sentenze, ed ora "raccomandati" dall'Unione Europea. È stato così emanato il d.lgs. n. 128/2015, "*Disposizioni sulla certezza del diritto nei rapporti tra fisco e contribuente, in attuazione degli articoli 5, 6 e 8, comma 2, della legge 11 marzo 2014, n. 23".*

Prima di dar inizio all'analisi puntuale dell'art. 10 *bis* in oggetto, risulta significativo riflettere a proposito della collocazione sistematica della disciplina: l'articolo è stato introdotto all'interno dello Statuto dei diritti del Contribuente, collocazione strumentale al fine di far valere l'avvenuta unificazione dei concetti di abuso del diritto ed elusione a tutti i tributi in generale, con l'esplicita ed unica eccezione della materia doganale, per la quale vigono disposizioni speciali[218]. Determinata scelta deriva dalla necessità di superare i limiti della precedente clausola antielusiva, *ex* art. 37 *bis,* D.P.R. 600/1973, la quale contrastava esclusivamente i comportamenti elusivi rientranti nell'elenco delle fattispecie tipizzate al terzo comma, in tema di imposte dirette. L'inadeguatezza della vecchia clausola antielusiva ha fatto sì che il nuovo approccio si discostasse dalla tecnica normativa delle disposizioni casistiche, elaborate attorno a fattispecie concrete e chiuse, per forgiare una vera clausola antielusiva di portata generale, rivolta a tutte le tipologie d'imposta[219].

---

[217] Come si è già avuto modo di ricordare, il Consiglio dei Ministri il 26 giugno 2015 approvò cinque decreti legislativi in attuazione della L. delega n. 23/2014, *Delega al Governo recante disposizioni per un sistema fiscale più equo, trasparente e orientato alla crescita.* I cinque decreti legislativi dettano misure:

1) per la semplificazione e la razionalizzazione delle norme in materia di riscossione;

2) per la revisione della disciplina dell'organizzazione delle agenzie fiscali;

3) per la revisione del sistema sanzionatorio penale e amministrativo;

4) per la stima e il monitoraggio dell'evasione fiscale; per il monitoraggio e il riordino delle disposizioni in materia di erosione fiscale;

5) per la revisione della disciplina degli interpelli e del contenzioso tributario.

[218] Sotto quest'aspetto, si tenga presente il dispositivo del quarto comma dell'art. 10 *bis: "I commi da 5 a 11 dell'articolo 10-bis della legge n. 212 del 2000 non si applicano agli accertamenti e ai controlli aventi ad oggetto i diritti doganali di cui all'articolo 34 del decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43, che restano disciplinati dalle disposizioni degli articoli 8 e 11 del decreto legislativo 8 novembre 1990, n. 374, e successive modificazioni, nonché dalla normativa doganale dell'Unione europea".*

[219] Con una clausola antielusiva di portate effettivamente generale, si pone fine alle difficoltà accompagnate alla precedente situazione normativa, in cui la disciplina mutava a seconda della

www.ossservatorio.org

Nella relazione illustrativa che accompagna il d.lgs. varato dal Governo, in merito all'introduzione della clausola generale all'interno della L. n. 212/2000, si legge che l'intento perseguito è in definitiva quello di rendere universalmente applicabile a tutti i tributi l'unificazione del concetto di abuso del diritto e di elusione fiscale, superando le precedenti regolamentazioni, al punto di sancire l'abrogazione dell'art. 37 *bis,* D.P.R. 600/*1973*[220]*.* Inoltre, "*l'inserimento di questa disciplina nell'ambito dello Statuto dei diritti del Contribuente conferisce ad essa la forza di principio preordinato alle regole previste nelle discipline dei singoli tributi, come è stato più volte riconosciuto dalla Corte di Cassazione relativamente alle altre disposizioni contenute nello statuto*"[221].

La definitiva unificazione delle nozioni si coglie in primo luogo nella rubrica dell'art. 10 *bis, "Disciplina dell'abuso del diritto o elusione fiscale",* ove i termini abuso del diritto ed elusione sono accostati e utilizzati in modo indifferenziato all'interno della disposizione perché equipollenti tra loro. L'articolo è composto da tredici commi, che regolamentano la materia dal punto di vista del contenuto, degli effetti giuridici e sul piano procedimentale.

La definizione di abuso del diritto è rinvenibile al primo comma, mentre i successivi tre commi chiariscono il significato dei termini utilizzati e la loro portata; in tal guisa, "*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. 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*". Pertanto, gli elementi costitutivi della fattispecie sono tre: l'assenza di sostanza economica, la realizzazione di un vantaggio fiscale indebito e la circostanza che tale vantaggio costituisca l'effetto essenziale perseguito con l'operazione.

Risulta palese l'assenza di innovazione, è stata sostanzialmente ripresa, difatti, la disciplina precedente nel solco della clausola antielusiva di cui all'art. 37 *bis*, "*salvo il venir meno di tutte le limitazioni connaturate a quella disposizione, circa l'ambito circoscritto alle sole imposte dirette ed alle operazioni ivi tipizzate*"[222]*.*

---

natura del tributo: in tema di imposte indirette era pacifica l'applicazione del principio di divieto di abuso del diritto di origine giurisprudenziale europea; in tema di tributi diretti, invece, vi erano le fattispecie rientranti nel terzo comma dell'art. 37 *bis,* le fattispecie disciplinate da una norma *ad hoc*, od infine le fattispecie sguarnite di disciplina. Per quest'ultime, come si è rilevato all'interno del corpo del testo, è intervenuta la giurisprudenza di punta, appigliandosi al principio costituzionale di capacità contributiva, di cui all'art. 53 Cost, per dichiarare l'illiceità, e dunque l'inopponibilità al Fisco, dei negozi giuridici realizzati in frode ad una legge imperativa dell'ordinamento tributario.

[220] Il secondo comma dell'art. 1, d.lgs. 128/2015 così recita: "*L'articolo 37-bis del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600, e successive modificazioni, è abrogato. Le disposizioni che richiamano tale articolo si intendono riferite all'articolo 10-bis della legge 27 luglio 2000, n. 212, in quanto compatibili*". La disciplina della vecchia clausola antielusiva si considera, attualmente, "*la norma antielusiva di riferimento, nell'ambito della disciplina dell'accertamento delle imposte sui redditi, anche se applicabile ad un numero chiuso di operazioni*". Fonte: Senato della Repubblica, <www.senato.it>, in commento alla legge delega n. 23/2014, [ultima cons. gennaio 2016].

[221] Relazione illustrativa al Decreto legislativo 5 agosto 2015, n. 128, <www.camera.it>, [ultima cons. gennaio 2016].

[222] M. DOGLIO, *"Abuso del diritto codificato nel sistema tributario,* op. cit., pag. 4. Circa la disciplina *ex* 37 *bis*, l'articolo richiama l'assenza di sostanza economica, il rispetto formale delle

Anche in questo caso quindi, l'effetto giuridico che le pratiche abusive comportano è l'inopponibilità dei vantaggi fiscali indebitamente conseguiti nei confronti dell'Amministrazione finanziaria.
Il secondo comma precisa, "*in modo analitico*" come è affermato dalla relazione illustrativa, il contenuto dei termini richiamati al primo comma, precisando che si considerano (lett. a) "*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. Sono indici di mancanza di sostanza economica, in particolare, la non coerenza della qualificazione delle singole operazioni con il fondamento giuridico del loro insieme e la non conformità dell'utilizzo degli strumenti giuridici a normali logiche di mercato.* L'elemento centrale da indagare per accertare la natura abusiva di un'operazione è l'assenza di sostanza economica, ed il comma individua in particolare due indici che la rilevano: la mancanza di coerenza tra le operazioni poste in essere dal contribuente ed il fondamento giuridico sotteso ad esse da una parte, l'utilizzo non conforme alle logiche di mercato degli strumenti giuridici impiegati dall'altra.
Operata questa duplice indagine, l'altro elemento centrale che compone la natura abusiva di un'operazione è il carattere indebito dei vantaggi fiscali perseguiti (lett. b), anche non immediati, i quali sono quindi "*realizzati in contrasto con le finalità delle norme fiscali o con i principi dell'ordinamento tributario".* L'accento *ivi* è posto su quello che si considera "*il cuore dell'abuso*", ossia il contrasto tra il vantaggio impositivo non contemplato dal Legislatore avverso le norme fiscali ed i principi del sistema tributario[223]. Per poter considerare indebito un vantaggio fiscale "*deve sussistere, quindi, la violazione della ratio delle norme o dei principi generali dell'ordinamento e, soprattutto, di quelli della disciplina tributaria in cui sono collocati gli obblighi e divieti elusi. Ciò permette, in particolare, di calibrare in modo adeguato l'ipotesi di abuso in ragione dei differenti principi che sono alla base dei tributi non applicati, fermo restando che la ricerca della ratio e la dimostrazione della violazione di essa deve costituire il presupposto oggettivo imprescindibile per distinguere il perseguimento del legittimo risparmio d'imposta dall'elusione*"[224]*.*

Oltre a non essere contemplati dall'ordinamento in un determinato frangente, il vantaggio fiscale perseguito dal contribuente deve essere "*essenziale*", vale a dire, come specifica la relazione illustrativa, "*fondamentali rispetto a tutti gli altri fini perseguiti";* in merito, anche l'art. 5, co. 1, lett. b della

---

norme, il vantaggio fiscale indebito conseguito, l'inopponibilità delle operazioni siffatte all'Amministrazione finanziaria ed il potere attribuito ad esse di disconoscerne i vantaggi, al fine di determinare l'importo del tributo eluso al netto di quanto già versato con l'operazione elusiva. Per una più approfondita riflessione, si rimanda a quanto già detto nel paragrafo dedicato all'art. 37 *bis*.

[223] L'espressione è di M. DOGLIO, *"Abuso del diritto codificato nel sistema tributario,* op. cit., pag. 4. L'elemento centrale del contrasto tra beneficio fiscale ottenuto e sistema tributario è da sempre contemplato anche nel diritto europeo, ripreso difatti nella Raccomandazione ove si legge che "*la condotta abusiva deve contrastare con l'obiettivo, lo spirito, e la finalità delle disposizioni fiscali che sarebbero altrimenti applicabili*".

[224] Relazione illustrativa al Decreto legislativo 5 agosto 2015, n. 128, <www.camera.it>, [ultima cons. gennaio 2016], nel quale viene precisato, inoltre, che il riferimento all'ordinamento tributario deve intendersi come comprensivo tanto delle norme interne dell'ordinamento giuridico, che di quelle sovranazionali aventi efficace ricaduta nell'ordinamento interno.

www.fiscooggi.org

legge delega corrobora l'assunto secondo il quale "*lo scopo di ottenere indebiti vantaggi fiscali*" deve costituire "*la causa prevalente dell'operazione abusiva*"[225].

L'ultimo elemento costituivo della fattispecie abusiva è racchiuso nel terzo comma: "*Non si considerano abusive, in ogni caso, le operazioni giustificate da valide ragioni extrafiscali, non marginali, anche di ordine organizzativo o gestionale, che rispondono a finalità di miglioramento strutturale o funzionale dell'impresa ovvero dell'attività professionale del contribuente*". Anche la nuova clausola antiabuso presenta l'esimente delle "*valide ragioni extrafiscali*" ("*valide ragioni economiche*" nella precedente clausola antielusiva)[226]. Secondo le indicazioni contenute nella relazione illustrativa del d.lgs., confortate dalle disposizioni della legge delega, si debbono considerare ragioni economiche extrafiscali valide, quindi non marginali, "*quelle che, pur non essendo alla base di operazioni produttive di una redditività immediata, sono comunque rispondenti ad esigenze di natura organizzativa volte ad un miglioramento strutturale e funzionale dell'attività economica del contribuente*"[227]. La non marginalità delle ragioni extrafiscali si dimostra con la circostanza che l'operazione, in loro assenza, non sarebbe stata eseguita[228]; per coglierla, dunque, "*occorre guardare all'intrinseca valenza di tali ragioni rispetto al compimento dell'operazione di cui si sindaca l'abusività*"[229].

---

[225] Doglio riguardo la qualità dell'essenzialità *de qua*, mette in evidenza come il concetto sia tratto dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia già dalla sentenza *Halifax*, nel quale si afferma che "*deve risultare da un insieme di elementi oggettivi che lo scopo delle operazioni controverse è essenzialmente l'ottenimento di un vantaggio fiscale";* sempre in ambito comunitario, nella Raccomandazione al paragrafo 4.6, si legge che "*una data finalità deve essere considerata fondamentale se qualsiasi altra finalità che è o potrebbe essere attribuita* […] *sembri per lo più irrilevante alla luce di tutte le circostanze del caso".* M. DOGLIO, *"Abuso del diritto codificato nel sistema tributario,* op. cit., pag. 4.

[226] Da non confondere con la "*sostanza economica*" al primo comma, operando essa su di un piano oggettivo, verificando la coerenza tra forme giuridiche impiegate dal contribuente e il fine ultimo perseguito, oltre ai vantaggi economici scaturiti; le "*valide ragioni extrafiscali*", viceversa, operano sul piano soggettivo, identificandosi con le ragioni che hanno spinto il contribuente a porre in essere una determinata operazione. Congiuntamente queste espressioni rappresentano i confini entro il quale l'abuso del diritto si muove.

[227] La legge delega facendo riferimento al solo "*miglioramento organizzativo e funzionale dell'azienda*", ha insinuato il dubbio ci si riferisse alla sola attività imprenditoriale del contribuente, ma la relazione illustrativa ha specificato a tal proposito che le ragioni migliorative/organizzative devono rivolgersi sia all'attività imprenditoriale del contribuente, quanto alla sua attività professionale.

[228] Il richiamo alla non marginalità delle ragioni extrafiscali è spiegabile in riferimento alla loro possibile coesistenza con quelle di natura fiscale: in merito, la relazione illustrativa mette in luce il grado di incertezza circa il "*peso specifico che le une devono assumere rispetto alle altre, affinché possa essere superato il connotato di abusività dell'operazione*". In tal senso, le ragioni di tipo extrafiscale, hanno un peso specifico valevole qualora si dimostri, come già detto, che l'operazione non sarebbe stata compiuta in loro assenza.

[229] M. DOGLIO, *"Abuso del diritto codificato nel sistema tributario,* op. cit., pag. 5. Doglio, a tal proposito, aggiunge che il fatto che le valutazioni di tipo imprenditoriale non siano codificate "*lascia aperte eventuali divergenze di opinioni tra l'Amministrazione finanziaria ed il contribuente*", ma che in ogni caso sia utile aver previsto espressamente questo tipo si esimente per porre fine all'antica prassi degli Uffici di considerare abusiva un'operazione in ragione del percorso prescelto dal contribuente, a prescindere dalle ragioni economiche sottese. Mentre, adesso, un'operazione caratterizzata da "*valide ragioni extrafiscali, non marginali*" non può in nessun caso additarsi come pratica abusiva. Da ultimo osserva che in merito a quest'esimente, si è recepita la giurisprudenza secondo il quale "*integrano valide*

Il quarto comma codifica per la prima volta la libertà del contribuente di scegliere "*tra regimi opzionali diversi offerti dalla legge"* o tra "*operazioni comportanti un diverso carico fiscale"*, principio da sempre cardine dell'ordinamento fiscale e ribadito più volte all'interno delle sentenze della giurisprudenza di punta, come si ha già avuto modo di vedere. L'*incipit* dell'articolo riporta l'espressione *"resta ferma*", trasmettendo il senso di una libertà di scelta che vi è sempre stata e che continuerà ad esserci. Dunque, per integrare la fattispecie abusiva è necessario che il vantaggio realizzato non sia giustificabile da nessuna previsione normativa contenuta nell'ordinamento giuridico. "*Non si tratta di un esimente bensì di una condizione che va a contemplare in negativo i presupposti richiesti per configurare l'abuso del diritto*"[230]. Come corollario ne consegue che la libertà di scelta soffra l'unico limite di non dover perseguire un vantaggio fiscale di natura indebita e a tal proposito, nella relazione illustrativa, viene sottolineata l'importanza di individuare le *rationes* delle norme fiscali al fine di configurare o meno l'abuso.
Una novità importante apportata dall'art. 10 *bis* riguarda la tecnica legislativa impiegata, il Legislatore infatti individua per esclusione la fattispecie dell'abuso del diritto, ponendo come limiti positivi alla definizione normativa il quarto comma, nel quale si individua la fattispecie del legittimo risparmio d'imposta - pocanzi analizzato - e il dodicesimo comma, ove invece viene contemplata l'evasione fiscale, stabilendo a riguardo 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".* Pertanto la struttura del dodicesimo comma contempla l'applicazione residuale della disciplina dell'abuso del diritto, la quale, *apertis verbis,* opera solo nel caso non vi siano violazioni dirette delle disposizioni normative. Il Legislatore nel regolamentare la novella dell'abuso del diritto, si è affidato alla tradizionale contrapposizione con la figura dell'evasione, con il quale si è anche deciso di iniziare l'analisi dell'elusione fiscale all'interno di questo elaborato. Orbene, ponendo esplicitamente la figura dell'evasione come distinta, ma soprattutto contrapposta, si è posto definitivamente fine a quella "*deriva della prassi e della giurisprudenza*" che in passato ha portato talvolta a "*contrastare come abusive operazioni che, viceversa, si traducevano nella semplice violazione di norme positive*", arrivando a sovrapporre le due fattispecie *de quibus* e ad applicare le sanzioni previste per una all'altra[231].

Il quinto comma disciplina la possibilità per il contribuente di esperire un'istanza di interpello preventivo nei confronti dell'Agenzia delle entrate al fine di appurare se le operazioni che intenda realizzare, o che abbia già realizzato,

---

ragioni extrafiscali, non marginali, anche quelle che, pur non essendo alla base di operazioni produttive di una redditività immediata, sono comunque rispondenti a esigenze di natura organizzativa o gestionale volte ad un miglioramento strutturale e funzionale dell'attività economica del contribuente".

[230] M. DOGLIO, *"Abuso del diritto codificato nel sistema tributario,* op. cit., pag. 6.
Si ricorda che la libertà di scelta, principio da sempre immanente all'interno dell'ordinamento, si ricollega al principio costituzionale della libertà di iniziativa economica del cittadino, codificato nell'art. 41 della Cost, come si è già avuto modo di ribadire in riferimento alla clausola antielusiva di cui all'art. 37 *bis*, ove suddetto principio veniva previsto all'interno della relazione ministeriale allo schema del d.lgs. di riforma.

[231] M. DOGLIO, *"Abuso del diritto codificato nel sistema tributario,* op. cit., pag. 6.

www.osservatorio.org

possano costituire un'ipotesi di abuso del diritto tributario. Questo interpello ordinario, ai sensi dell'art. 11, L. n. 212/2000, consente dunque al cittadino di rivolgere dei quesiti alla Direzione regionale dell'Agenzia delle entrate, qualora sussistano concreti margini d'incertezza circa l'interpretazione delle disposizioni fiscali applicate al proprio caso concreto; il secondo inciso del comma succitato e la stessa relazione illustrativa precisano che l'istanza deve essere presentata "*prima della scadenza dei termini per la presentazione della dichiarazione o per l'assolvimento di altri obblighi tributari connessi alla fattispecie cui si riferisce l'istanza medesima".* La risposta da parte dell'Agenzia deve pervenire entro 120 gg. e qualora si verifichi il c.d. silenzio-assenso, l'istanza formulata deve essere considerata valida nel senso interpretativo prospettato dal contribuente. Il parere che gli uffici amministrativi formulano ai quesiti dei contribuenti non hanno valore vincolante nei confronti di quest'ultimo, che è libero di intraprendere l'operazione che ritiene opportuna; viceversa, gli uffici dell'Amministrazione finanziaria sono obbligati a non emettere alcun atto impositivo e/o sanzionatorio difforme dal contenuto della risposta resa in sede d'interpello, salvo la possibilità di rettificare il medesimo[232].

Sempre in attuazione delle direttive contenute negli artt. 5, 6 e 8, comma 2, della L. n. 23/2014, i commi da 6 a 9 contengono le regole procedimentali per contestare un comportamento abusivo e "*salvaguardare il diritto alla difesa del contribuente*", come si legge nella relazione illustrativa: sono dunque contenuti gli obblighi e i comportamenti che le parti interessate debbono osservare in merito.

Per contestare il raggiro delle norme tributarie, ai sensi del sesto comma, l'Amministrazione finanziaria deve emettere un apposito atto "*preceduto, a pena di nullità, dalla notifica al contribuente di una richiesta di chiarimenti da fornire entro il termine di sessanta giorni, in cui sono indicati i motivi per i quali si ritiene configurabile un abuso del diritto*". L'atto emesso dall'Amministrazione deve contenere in modo analitico tutte le motivazioni in base al quale si ritiene veritiera la presenza di un comportamento abusivo, deve indicare le norme od i principi che si considerano elusi, i vantaggi impositivi realizzati e deve infine riferire in ordine ai chiarimenti forniti dal contribuente[233]. La relazione illustrativa precisa, inoltre, che *"l'apposito atto di accertamento dell'abuso non può*

[232] Si è in attesa di un coordinamento legislativo tra il comma 5, art. 10 *bis* in commento e il terzo comma dell'art. 1, d.lgs. n. 128/2015: quest'ultimo contempla l'istanza d'interpello disapplicativo (di cui si è già parlato in riferimento alla clausola antielusiva *ex* 37 *bis* ed alla quale disciplina *ivi* si rimanda). Il dispositivo del 3 comma prevede: "*Le norme tributarie che, allo scopo di contrastare comportamenti elusivi, limitano deduzioni, detrazioni, crediti d'imposta o altre posizioni soggettive altrimenti ammesse dall'ordinamento tributario, possono essere disapplicate qualora il contribuente dimostri che nella particolare fattispecie tali effetti elusivi non possono verificarsi. A tal fine il contribuente interpella l'amministrazione ai sensi dell'articolo 11, comma 2, della legge 27 luglio 2000, n. 212, recante lo Statuto dei diritti del contribuente. Resta ferma la possibilità del contribuente di fornire la dimostrazione di cui al primo periodo anche ai fini dell'accertamento in sede amministrativa e contenziosa".*

[233] Anche la nuova clausola antiabuso, quindi, prevede quelle forme di guarentigie previste precedentemente dall'art. 37 *bis* in favore del contribuente inquisito, quali: il preventivo contraddittorio e la motivazione "rinforzata" che deve supportare gli atti accertativi. L'ottavo comma dispone per l'appunto che *"l'atto impositivo è specificamente motivato, a pena di nullità, in relazione alla condotta abusiva, alle norme o ai principi elusi, agli indebiti vantaggi fiscali realizzati, nonché ai chiarimenti forniti dal contribuente nel termine di cui al comma 6".*

www.osservatorio.oicdg

contenere altri eventuali addebiti, i quali, pertanto, dovranno essere separatamente contestati".
Il settimo comma prevede che l'Amministrazione finanziaria si attenga alla procedura prevista in tema di accertamento delle imposte sui redditi per notificare la richiesta di chiarimenti, richiamando l'art. 60 del D.P.R. n. 600/1973; dispone poi che tra la data di ricevimento dei chiarimenti richiesti al contribuente - o dell'inutile decorso del termine fornito a quest'ultimo per fornirli - e quella di decadenza dell'Amministrazione finanziaria dal potere di notificare un atto di accertamento, devono decorrere non meno di 60 giorni. "*In difetto, il termine di decadenza per la notificazione dell'atto impositivo è automaticamente prorogato, in deroga a quello ordinario, fino a concorrenza dei sessanta giorni*"[234].
Il nono comma dispone in ordine alla ripartizione dell'onere probatorio, prevedendo che "l'*amministrazione finanziaria ha l'onere di dimostrare la sussistenza della condotta abusiva, non rilevabile d'ufficio, in relazione agli elementi di cui ai commi 1 e 2",* mentre il contribuente *"ha l'onere di dimostrare l'esistenza delle ragioni extrafiscali*"[235].
Il decimo comma dispone che, qualora il contribuente faccia ricorso avverso l'atto impositivo, "*i tributi o i maggiori tributi accertati, unitamente ai relativi interessi, sono posti in riscossione*" dopo l'emissione della sentenza della Commissione tributaria provinciale, ai sensi dell'art. 68 del d.lgs. 31 dicembre1992, n. 546, che disciplina la riscossione dei tributi nel caso si sia adita la Commissione tributaria, e dell'art. 19, comma 1, del d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 472, che regolamenta il pagamento delle sanzioni amministrative per violazioni tributarie sempre in pendenza di processo.
L'undicesimo comma si occupa dei diritti dei contribuenti rimasti estranei dal disegno criminale, ma che hanno sostenuto il pagamento di imposte a causa della medesima operazione abusiva. Costoro possono ottenere il rimborso delle spese sostenute presentando un'istanza di rimborso "*entro un anno dal giorno in cui l'accertamento è divenuto definitivo ovvero è stato definito mediante adesione o conciliazione giudiziale".* L'Agenzia delle entrate provvederà a rimborsare entro i limiti della somma dell'imposta pagata e degli interessi nel frattempo maturati.
Mentre il dodicesimo comma è stato già analizzato, si rinvia al prossimo paragrafo per le riflessioni in merito alla sanzionabilità penale ed amministrativa

[234] Ultimo inciso del settimo comma, art. 10 *bis*, l. n. 212/2000.
[235] La disciplina del regime probatorio prevede tra l'altro per la prima volta che la condotta abusiva non sia rilevabile d'ufficio; l'Amministrazione ha il dovere di mettere in luce e dimostrare il disegno abusivo architettato dal contribuente, le eventuali manipolazioni o forzature degli strumenti giuridici messi a disposizione dei consociati e la loro non conformità con le regole del mercato. Il contribuente ha invece il dovere di dimostrare l'esistenza dell'esimente delle "*valide ragioni extrafiscali*" sottese alla sua operazione, alternative o concorrenti, in grado di giustificare la sua condotta. L'onere probatorio in capo al contribuente, secondo il tenore letterario della disposizione, subentra solo dopo che l'Amministrazione ha pienamente provato l'asserita natura abusiva dell'operazione e questa è provata dopo che si è investigato circa la "*sostanza economica*" in primo luogo, dopo aver vagliato la natura indebita ed essenziale del vantaggio economico conseguito, perché contrario alla *ratio* delle disposizioni e, infine, dopo aver constatato l'assenza di motivazioni extrafiscali prevalenti.

delle condotte abusive, in riferimento al tredicesimo ed ultimo comma dell'art. 10 *bis*.

4. La sanzionabilità dell'elusione fiscale

L'ultimo aspetto che rimane d'approfondire per completare l'analisi dell'elusione fiscale è la sanzionabilità delle condotte elusive, affrontando *in primis* l'ambito penale, maggiormente ostico e protagonista per un lungo periodo di diatribe dottrinali e giurisprudenziali, e successivamente l'attuale impianto sanzionatorio amministrativo[236].

Ad oggi le discussioni in merito alla rilevanza penale dell'elusione si devono considerare superate: in base al tredicesimo comma del neo introdotto art. 10 *bis*, L. 212/2000, infatti, si può considerare definitivamente sancita l'irrilevanza penale delle condotte abusive. Eclissato qualsiasi dubbio in merito, ne consegue che le operazioni dichiarate abusive non daranno luogo a fatti punibili in base alle leggi penali tributarie[237].

Resta ferma, viceversa, l'applicazione delle sanzioni di natura amministrativa, dove ne ricorrano i presupposti[238].

La scelta legislativa elimina qualsiasi margine di applicazione delle disposizioni penal-tributarie in tema di reati fiscali e ciò alla luce dell'art. 8 della legge delegante n. 23/2014, il quale dispone la "*revisione del sistema sanzionatorio*" - in generale, senza nulla specificare in riferimento all'ambito penale o amministrativo - e tra i criteri e principi direttivi della medesima legge figura "*l'individuazione dei confini tra le fattispecie di elusione e quelle di evasione fiscale e delle relative conseguenze sanzionatorie"*. L'intenzione del Legislatore nel rinnovare la materia elusiva è limpida: la netta separazione tra il fenomeno evasivo ed elusivo, con la conseguente separazione dell'impianto sanzionatorio, in ossequio al fondamentale principio di legalità che governa il diritto penale, senza tuttavia nulla esplicitare in merito ai criteri sul quale radicare la distinzione, né a quale delle due fattispecie riservare sanzioni più rigorose. A riguardo si osservi come nel decreto legislativo recante le

[236] Ciò che differenzia le sanzioni amministrative da quelle penali, oltre alla natura dell'illecito che le genera (rispettivamente illecito amministrativo per le prime e penale per le seconde) è l'organo emanatore: per le sanzioni amministrative provvede la pubblica amministrazione accertativa, mentre per quelle penali l'organo giudiziale; inoltre, in caso di pluralità di trasgressori, le sanzioni penali vengono comminate a ciascun trasgressore essendo strettamente personali, per le sanzioni amministrative, invece, vige il rapporto solidale.

[237] Art. 10 *bis*, co. 13, l. 212/2000: "*Le operazioni abusive non danno luogo a fatti punibili ai sensi delle leggi penali tributarie. Resta ferma l'applicazione delle sanzioni amministrative tributarie".*

[238] Le sanzioni amministrative possono essere accompagnate dall'erogazione di sanzioni di tipo accessorio, che hanno diversa natura e possono essere applicate per una durata massima di sei mesi. Nello specifico, tali sanzioni consistono nell'interdizione da cariche amministrative, interdizione dalla partecipazione a gare d'appalto, l'interdizione dal conseguimento o la sospensione di licenze, concessioni o autorizzazioni amministrative per l'esercizio di attività d'impresa o lavoro autonomo o ancora la sospensione dall'esercizio di attività di lavoro autonomo o d'impresa.

www.osservatorio.cnr.org

disposizioni in tema di reati tributari, d.lgs. n. 74/2000, non si parli mai di condotta elusiva, bensì di condotta evasiva; le sanzioni di carattere penale vengono espressamente previste e ricollegate alla fattispecie evasiva, nulla prevedendo in tema di elusione fiscale, o abuso del diritto.

L'irrilevanza penale delle condotte abusive del diritto tributario trova la sua ragione di essere nella sostanziale incompatibilità della natura stessa del fenomeno elusivo con i principi capisaldi del diritto penale: l'abuso del diritto non rispetterebbe il basilare principio di legalità dell'impianto normativo penale, di cui all'art. 25 Cost., e di conseguenza i suoi corollari principi di determinatezza e tassatività della fattispecie punitiva, essendo una nozione vaga così come individuata dalla norma di riferimento[239].

A riguardo, è bene precisare sin da subito che la sanzione penale è la conseguenza negativa che l'ordinamento giuridico prevede in caso di violazione della norma, ossia della sua volontaria inosservanza. Nel caso del fenomeno elusivo, non vi è alcuna inosservanza della norma tributaria, ma al contrario, come si è già avuto modo di affermare, la norma fiscale viene puntualmente eseguita nella sua interezza; ciò che rileva è l'uso distorto che il contribuente fa del dettato normativo stesso, per aggirare i principi sottesi al sistema tributario e ottenere un risparmio impositivo indebito. In linea con suddetto ragionamento si pone l'art. 5 della legge delega n. 23/2014, il quale impone di definire la condotta abusiva "*come uso distorto di strumenti giuridici idonei ad ottenere un risparmio d'imposta, ancorché tale condotta non sia in contrasto con alcuna specifica disposizione*"[240]. Dunque, risulterebbe palese l'incoerenza dell'applicazione di una sanzione penale ad un comportamento da cui non discenda alcuna violazione della norma, ovvero un comportamento illecito/illegittimo penalmente, se non un abuso generico della disposizione normativa applicata formalmente.

La sanzione di tipo penale, per di più, necessita che vi sia una "*norma vigente specifica, puntuale, dettagliata, in cui la condotta punibile deve essere descritta con precisione",* in ottemperanza al fondante principio di legalità e determinatezza della fattispecie penale[241]; mentre in tema di elusione fiscale la norma rinvenibile descrive la condotta vietata in termini astratti e vaghi, rimandando ad un principio, quand'anche fondamentale, a livello costituzionale e comunitario[242].

---

[239] Ai citati principi penali, si aggiungono i principi in tema di erogazione delle sanzioni, i quali prevedono che non si possano emettere sanzione nei casi di obiettiva incertezza sulla portata delle disposizioni. A riguardo si cfr. il sito <www.agenziaentrate.gov.it>, *Guida: le sanzioni tributarie e penali,* aggiornato al 2015, [ultima cons. gennaio 2016].

[240] "*La relazione governativa afferma che l'esclusione della punibilità dell'abuso del diritto con sanzioni penali è la conseguenza della definizione che l'articolo 5 della legge delega dà dell'abuso. Tale definizione, per un verso, postula l'assenza, nel comportamento elusivo del contribuente, di tratti riconducibili ai paradigmi, penalmente rilevanti, della simulazione, della falsità o, più in generale, della fraudolenza; per altro verso, imprime alla disciplina dell'abuso caratteri di residualità rispetto agli altri strumenti di reazione previsti dall'ordinamento tributario".* Fonte: Senato della Repubblica, <www.senato.it>, in commento alla legge delega n. 23/2014, [ultima cons. gennaio 2016].

[241] S. SAMMARTINO, *Sanzionabilità dell'elusione fiscale,* in *Rassegna Tributaria,* n. 2 del 2015, pag. 403. Atti del Convegno svoltosi presso l'Università di Bologna il 27 e 28 novembre 2014.

[242] "*Le norme costituzionali o comunitarie che contengono principi costituiscono parametri per valutare la compatibilità di singole disposizioni con la Costituzione o con l'ordinamento*

www.osservatorio.org

Ipso facto, le fattispecie annoverate come abusive del diritto tributario sono di creazione giurisprudenziale e non normativa, ed anche per questo motivo non sono passibili di sanzione penale, in quanto la fattispecie avrebbe dovuto essere antecedentemente tipizzata in una norma impositiva, che ha il compito di descrivere l'obbligo da rispettare, ed alla quale viene ricollegata una norma sanzionatoria che racchiuda le conseguenze negative dell'inosservanza[243]. Il contribuente deve costantemente essere messo nelle condizioni di aver chiaro il comportamento che l'ordinamento giuridico gli vieta, nonché le conseguenze sanzionatorie che derivano dall'inosservanza del divieto, per poter scegliere liberamente e consapevolmente quale comportamento adottare. È richiesto, insomma, un certo grado di certezza del diritto, sia per la norma impositiva, quanto per quella sanzionatoria, valore precostituente di qualsiasi Stato di diritto[244]. Ove manchi certezza e chiarezza, è da escludersi la sanzionabilità penale della condotta. Così, ove il Legislatore decida di utilizzare "*termini vaghi, non chiari, concetti generici, formule elastiche e la norma è suscettibile di essere riempita da una pluralità di contenuti diversi a seconda della sensibilità dell'interprete, il comportamento non può essere penalmente sanzionato*[245]*.*
Per tutti questi motivi, è stata definitivamente sancita a livello legislativo l'estraneità del comportamento elusivo al regime sanzionatorio penal-tributario; dunque, al contribuente a cui si contestino, in base alla nuova normativa, condotte abusive, non potranno essere imputati reati tributari *ex* d.lgs. n. 74/2000, a prescindere dal tipo di tributo e dall'importo eluso[246].

---

dell'Unione tributaria, ma non possono essere invocate, per la loro astrattezza, a fondamento della previsione di un reato". Nel caso dell'abuso del diritto manca, dunque, una norma sanzionatoria penale di rimando. S. SAMMARTINO, *Sanzionabilità dell'elusione fiscale,* op. cit.

[243] *"La natura essenzialmente atipica del comportamento costituente l'abuso del diritto si pone in contrasto irrimediabile con il corollario della necessaria tipicità di qualunque fattispecie penalmente sanzionatoria; per altro verso la derivazione del fatto costitutivo dell'abuso del diritto in un'interpretazione analogica necessariamente in malam partem mostra all'evidenza la contraddizione rispetto al corollario della riserva di legge, dal quale appunto deriva il divieto di analogia in malam partem vigente in materia penale".* G. CORASANITI, *Contrasto all'elusione e all'abuso del diritto nell'ordina mento tributario,* in *Obbligazioni e contratti*, op. cit., pag. 333.

[244] In merito, è interessante osservare come anche lo Statuto dei diritti del Contribuente si preoccupi di assicurare un certo grado di chiarezza e conoscibilità di tutti gli atti emessi dall'Amministrazione finanziaria, anche tra i contribuenti sprovvisti di conoscenze in materia tributaria: *L'amministrazione finanziaria deve assicurare l'effettiva conoscenza da parte del contribuente degli atti a lui destinati.* […] *L'amministrazione finanziaria assume iniziative volte a garantire che i modelli di dichiarazione, le istruzioni e, in generale, ogni altra propria comunicazione siano messi a disposizione del contribuente in tempi utili e siano comprensibili anche ai contribuenti sforniti di conoscenze in materia tributaria e che il contribuente possa adempiere le obbligazioni tributarie con il minor numero di adempimenti e nelle forme meno costose e più agevoli*". Art. 6, l. 212/2000, rubricato "*conoscenza degli atti e semplificazione*".

[245] S. SAMMARTINO, *Sanzionabilità dell'elusione fiscale,* op. cit. Questo è il caso dell'abuso del diritto, così come individuato anche dei criteri direttivi del già citato art. 5 della legge delega n.23/2014.

[246] Una critica in merito è stata sollevata in base alla previsione della parziale retroattività della nuova disciplina, secondo l'ultimo comma dell'art. 1 del d.lgs. n. 128/2015, il quale prevede che "*le disposizioni dell'articolo* […] *si applicano anche alle operazioni poste in essere in data anteriore alla loro efficacia per le quali, alla stessa data, non sia stato notificato il relativo atto impositivo*", cosicché ne consegue che ai procedimenti penali in corso ed ai comportamenti posti in essere in data anteriore all'emanazione del decreto, per i quali non è ancora stato emanato il relativo atto accertativo, si applicherà in forza del principio del *favor rei* la disciplina

L'irrilevanza penale delle condotte elusive è pacifica, sia a livello dottrinale, che giurisprudenziale, superando definitivamente la disputa in merito[247].

Per quanto concerne invece il tema delle sanzioni di natura amministrativa, l'argomentazione è più agevole, in quanto la disciplina dell'art. 10 *bis* lascia immutato il previgente impianto sanzionatorio[248]. La contestazione del comportamento abusivo comporta l'emissione di un atto accertativo da parte dell'Amministrazione finanziaria contenente, oltre alle motivazioni a sostegno della sua tesi ed ai chiarimenti forniti dal contribuente, l'indicazione dell'importo della maggiore imposta elusa da pagare, calcolato dall'Ufficio al netto di quanto già versato dal contribuente in sede di operazione abusiva e comprensivo degli interessi nel frattempo maturati. Dunque la sanzione amministrativa in primo luogo si sostanzia nell'obbligo di pagare una somma di denaro, corrispondente al valore dell'imposta indebitamente non versato.

Secondo certa Dottrina, l'applicazione delle sanzioni di tipo amministrativo ad una condotta abusiva non si può considerare del tutto pacifica[249]. Da una parte la giurisprudenza di punta, anche recente, ha ritenuto applicabili le

---

dell'art. 10 *bis*, mentre ne rimarranno escluse le condotte già oggetto dell'atto impositivo. Secondo alcuni, tale previsione mal si concilierebbe con l'art. 2, co. 2, c.p. ("*nessuno può essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce reato; e, se vi è stata condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali"*), unitamente al "*principio costituzionale di eguaglianza sancito dall' art. 3 Cost., posto come vincolo - atto a evitare di punire una persona per un fatto che chiunque altro, dopo l'entrata in vigore della nuova legge, può commettere impunemente - non solo per il giudice, ma anche per il legislatore ordinario*". In tal senso: G. CONSOLO, *I profili sanzionatori amministrativi e penali del nuovo abuso del diritto,* in *Corriere Tributario,* n. 39, del 2015, pag. 3966; M. DOGLIO, *"Abuso del diritto codificato nel sistema tributario,* op. cit., pag. 8.

[247] Per meri fini esaustivi, si riportano sinteticamente le sentenze della Corte di Cassazione che, al tempo del pieno vigore della diatriba, sono oscillate tra rilevanza e irrilevanza penale delle condotte abusive, per essere oggi definitivamente superate dal nuovo dettato legislativo. Nel 2012 la Corte affermava la rilevanza penale della condotta elusiva con la sentenza n. 7739; in particolare, i giudici della Suprema Corte affermarono che si potesse configurare il reato di cui all'art. 4 del d.lgs. n. 74/2000, l'infedele dichiarazione oltre ad una certa soglia di imponibile non dichiarata, qualora il contribuente avesse ottenuto un risparmio fiscale ponendo in essere qualunque forma di condotta abusiva che procurasse una dichiarazione non veritiera. Con la pronuncia del 2013, sentenza n. 19100 del 3 maggio della sezione penale tributaria, la Corte confermava l'orientamento e in particolare affermò che "*rientra nell'ambito di applicazione dell'articolo 4 del D.Lgs. 74/2000 la condotta del contribuente idonea a determinare una riduzione della base imponibile, realizzata attraverso particolari conferimenti (rilevanti ex articolo 37-bis, comma 3, D.P.R. 600/1973) a una società a responsabilità limitata, comunque riferibile al suo ambito familiare*". L'orientamento della possibile rilevanza penale era stato fatto proprio anche dall'interpretazione delle Sezioni Unite della Cassazione, nelle sentenze nn. 27 del 2000 e 1235 del 2010 e dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 49 del 2002. Nel 2013, con la sentenza n. 33187, si disse che "*i comportamenti elusivi possono avere rilevanza penale, ma devono contrastare con specifiche disposizioni per salvaguardare il principio di legalità*".
Sentenze contrarie alla rilevanza penale non sono mancate; solo da ultima la sentenza n. 15186 del 2014, sempre sezione terza della Cassazione, la quale ha negato la rilevanza penale dell'abuso del diritto in ambito tributario "*per l'esigenza, inderogabile, di una norma incriminatrice*" di riferimento. Fonte: Senato della Repubblica, <www.senato.it>, [ultima cons. gennaio 2016].

[248] Il sistema sanzionatorio *ivi* richiamato consta di tre decreti legislativi: rispettivamente d.lgs. nn. 471, 472 e 473 del 18 settembre 1997.

[249] In tal senso M. DOGLIO, *"Abuso del diritto codificato nel sistema tributario,* op. cit., pag. 7.

www.osservatorio.oci.org

sanzioni previste per la fattispecie dell'infedele dichiarazione[250]; dall'altra però, la giurisprudenza comunitaria, sin dalla sentenza del caso Halifax, ha sempre ribadito l'impossibilità di sanzionare una condotta di tipo abusivo, essendo necessario preventivamente "*un fondamento normativo chiaro ed univoco*"[251]. La stessa applicazione delle sanzioni amministrative previste in caso di dichiarazione infedele ad una fattispecie come l'abuso del diritto che vanta sue peculiarità, risulta al quanto discutibile. Così come da ultimo, l'espressione "*resta ferma*" sembrerebbe presumere un'applicazione retroattiva della disposizione, che mal si concilierebbe con la previsione che la disciplina entri in vigore a pieno regime a partire dal 1° ottobre 2015, ed inoltre con il principio di legalità, in base al quale - come si è già ricordato - nessuno può essere punito se non in forza di una legge entrata in vigore prima della sua commissione del fatto sanzionato[252].

Lanciando una provocazione a riguardo, mentre per la rilevanza penale delle condotte elusive si è finalmente data una risposta definitiva e chiara, per le sanzioni amministrative - a parere della scrivente - non sembrerebbe essere stato speso tempo a sufficienza per regolamentare la materia in modo adeguato, licenziando il tema con una formula vaga e priva di contenuto specifico. Si dovrà attendere l'intervento della giurisprudenza della Suprema Corte di Cassazione per dare contenuto ed un'interpretazione univoca alla materia.

[250] Da ultimo, la sentenza della Cassazione Civile n. 4561 del 2015, fonte: M. DOGLIO, *"Abuso del diritto codificato nel sistema tributario,* op. cit., pag. 8. La sanzione di tipo amministrativo per la dichiarazione infedele prevede, in tema d'imposte dirette, il pagamento dal 100% al 200% della maggiore imposta o della differenza di credito, con percentuali diverse nel caso vi siano redditi prodotti all'estero (sanzioni aumentate di un terzo), nel caso la dichiarazione infedele riguardi dati relativi agli studi di settore (sanzione elevata al 10%) o infine nel caso in cui non sia stato presentato il modello dei dati rilevanti ai fini dell'applicazione degli studi di settore (sanzione elevata al 50%).

[251] Corte di Giustizia, sentenza 21 febbraio 2006, C-255/02, *Halifax,* <www.eur-lex.europa.eu>.

[252] Una critica spendibile nei confronti della nuova clausola antiabuso riguarda il dispositivo del quinto comma dell'art. 1, d.lgs. 128/2015, il quale dispone che la disciplina dell'art. 10 *bis* abbia efficacia "*a decorrere dal primo giorno del mese successivo alla data di entrata in vigore*" del d.lgs. 128/2015 (2 settembre 2015), vale a dire dal 1° ottobre 2015, e "*che le* [sue] *disposizioni si applichino anche alle operazioni poste in essere in data anteriore alla* [sua] *efficacia per le quali, alla stessa data, non sia stato notificato il relativo atto impositivo".* Secondo autorevole Dottrina una decorrenza siffatta non è condivisibile, per la ragione in primo luogo che l'articolo in questione codifichi principi immanenti nell'ordinamento tributario, da sempre valevoli e spendibili in tema di contrasto alle pratiche elusive. Pertanto, "*il differimento al 1° ottobre 2015 sembra piuttosto il tentativo postumo di 'salvare' gli atti impositivi già notificati",* mentre, in ragione della natura dei principi in sé, si dovrebbero considerare gli stessi valevoli anche nei confronti degli atti impositivi notificati prima dell'ottobre 2015. In tal senso si veda M. DOGLIO, *"Abuso del diritto codificato nel sistema tributario,* op. cit., pag.8. Sotto quest'aspetto, si dovrà attendere un'adeguata interpretazione della disposizione ad opera della giurisprudenza di punta.

www.osservatorio.oci.org

www.osservatorio.oci.org

Capitolo 2.
LA COMPOSIZIONE CONCORDATA DELLA CRISI D'IMPRESA

Sommario: **1.** Premessa; **2.** La crisi d'impresa; **3.** Brevi cenni sul contesto di riforma delle procedure concorsuali; **4.** Il concordato preventivo; **4.1** Il concordato preventivo liquidatorio e con continuità aziendale; **5.** Della natura giuridica del concordato preventivo: l'istituto prima e dopo le riforme; **5.1** I poteri di controllo dell'organo giurisdizionale.

1. Premessa

Nel capitolo precedente è stata analizzata la figura cardine del presente lavoro di ricerca, vale a dire il fenomeno dell'elusione fiscale, partendo dal suo *excursus* storico, dottrinale e giurisprudenziale, per concludere con l'odierna interpretazione dell'istituto.

In questo capitolo verrà analizzato, invece, il contesto giuridico entro il quale ricercare proprio quelle plausibili manifestazioni abusive del diritto tributario: verranno illustrate, dunque, le fattispecie giuridiche che intervengono nel caso in cui l'imprenditore commerciale si trovi in uno *status* d'insolvenza, ossia le procedure concorsuali.

La crisi finanziaria degli ultimi anni e l'interesse pubblico a tutelare i complessi aziendali colpiti dagli effetti della crisi hanno determinato molteplici interventi di riforma della Legge Fallimentare di riferimento, Regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267 (d'ora in avanti solo l. fall.), nell'opera di adattamento degli istituti alle esigenze del tempo, sicché, la *ratio* sottesa agli interventi in questione è stata, ed è, quella di facilitare l'accesso degli imprenditori a quegli strumenti che permettono la conservazione dell'impresa nel suo insieme, consentendo d'uopo la prosecuzione dell'attività.

Partendo dall'assunto che lo scopo primario dell'impresa in generale consiste nell'accrescere nel tempo il valore del proprio capitale economico, se ne deduce che la sua diminuzione, o il *trend* altalenante possa essere un generale segnale di squilibrio preannunciante un successivo stadio di criticità irrimediabile; qualora le perdite economiche diventassero sistematiche e non s'intervenisse ad arginarle con un piano di risanamento o ristrutturazione aziendale, ne potrebbe conseguire la condanna di quest'ultima a sfociare in una fase di declino prodromica solo allo *status* irreversibile dell'insolvenza, che comporta l'incapacità di adempiere in modo regolare e puntale alle obbligazioni contratte durante l'esercizio dell'attività. A questa incapacità di far fronte ai debiti contratti dell'imprenditore, si contrappone il diritto dei creditori di veder

www.osservatorio.oci.org

soddisfatto il proprio credito e l'esigenza di osservare, a tal fine, la garanzia del principio di parità di trattamento (la c.d. *par condicio creditorum*). La crisi rappresenta, pertanto, uno stadio patologico dell'imprenditoria e si manifesta con gravi carenze di liquidità, connesse a difficoltà di accesso al credito.
Affinché venisse tutelata la massa di creditori insoddisfatti a causa della crisi sofferta dall'imprenditore insolvente, il Legislatore provvedette ad inserire nell'ordinamento giuridico apposite procedure giudiziali volte a reperire i mezzi necessari per soddisfare i debiti accumulati: nello specifico, tali procedure sono *in primis* il fallimento, che determina l'irreversibile decozione dell'impresa, il concordato fallimentare ed il concordato preventivo, la liquidazione coatta amministrativa e infine l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi. Sono procedure di natura c.d. giudiziale perché prevedono l'intervento dell'Autorità Giudiziaria in veste di garante durante tutta l'esecuzione dell*'iter* procedurale e prendono il nome, per l'appunto, di procedure concorsuali, a differenza dei due istituti volti ad ottenere il risanamento della crisi d'impresa attraverso vie stragiudiziali, ossia i piani attestati di risanamento, *ex* art. 67 l. fall e gli accordi di ristrutturazione dei debiti, *ex* art. 182 *bis* l. fall, introdotti in seguito all'introduzione del c.d. "Decreto Sviluppo", d.l. 22 giugno 2012, n. 83.
Una volta avviato l'*iter* di una delle procedure concorsuali, ne consegue la preclusione ai singoli creditori di intraprendere, o proseguire, azioni esecutive individuali sui beni dell'imprenditore in crisi, in ragione dell'assorbimento di quest'ultime nel carattere universale delle procedure concorsuali[253].

Detto ciò, il presente lavoro di ricerca ha l'obiettivo finale di indagare fenomeni abusivi del diritto tributario all'interno del delicato contesto di crisi che può soffrire un'azienda: in ragione di ciò, risulta evidente come a fronte di un'impresa totalmente decotta non rimangano margini d'azione per intraprendere operazioni volte a salvaguardare e recuperare il suo valore produttivo; viceversa, proprio il tentativo di evitare l'estromissione dal mercato dell'impresa in crisi, ancora recuperabile, fa sì che vengano create le giuste condizioni per favorire operazioni elusive, soprattutto a causa delle difficoltà sofferte dall'azienda in quel delicato momento.
Alla luce di questa riflessione, per ragioni di opportunità, si procederà ad approfondire in questa sede solamente l'istituto giuridico del concordato preventivo, essendo quest'ultimo la procedura con la più spiccata tendenza alla conservazione dell'attività produttiva dell'impresa, per antonomasia opposta alla conclusiva e definitiva procedura di fallimento.

Prima di analizzare nel merito la procedura del concordato preventivo che *ivi* ci interessa maggiormente, verrà indagato brevemente il fenomeno dal quale

[253] Le azioni individuali sono finalizzate al soddisfacimento coattivo di un singolo credito, mentre, viceversa, le procedure concorsuali sono azioni di tipo collettivo, miranti a coinvolgere l'intera massa creditrice dell'imprenditore insolvente ed a garantire a quest'ultima il trattamento egualitario in sede di liquidazione del patrimonio aziendale; a tal fine mirano alla liquidazione dell'intero asse patrimoniale del debitore, coinvolgendo l'universalità di beni dell'impresa, a differenza delle azioni individuali le quali, invece, si rivolgono a singoli beni. Infine, per promuovere un'azione individuale è sufficiente l'iniziativa del creditore legittimato, per intraprendere, viceversa, l'esecuzione di tipo collettivo occorre un provvedimento emanato dall'autorità giurisdizionale, attestante l'esistenza dei presupposti richiesti dalla legge per proseguire.

traggono origine le procedure concorsuali in sé, ossia la crisi d'impresa e la sua manifestazione più grave, lo stato d'insolvenza.

2. La crisi d'impresa

La fase di crisi che può colpire un'impresa è un processo degenerativo che si snoda nel tempo, con una durata variabile, preannunciando il suo arrivo attraverso la manifestazione di alcuni segnali indiziari del deterioramento in atto ancora risolvibile, sino a sfociare, poi, in una situazione finale di tipo irreversibile; la crisi dell'impresa è un rischio connaturato all'impresa stessa e, pertanto, rappresenta una tappa patologica nel quale la medesima può incappare durante la sua vita.
Tale fenomeno, soprattutto negli ultimi anni caratterizzati da una crisi dell'economia globale, ha assunto prepotentemente, ahimè, un ruolo centrale nel contesto dell'imprenditoria italiana, specie per le piccole-medio imprese formanti il tessuto più spesso della realtà economica nostrana. Si è registrato, infatti, un acuito ricorso alle procedure concorsuali, emblematico dello stato di malessere in cui versano le imprese oggigiorno.
A tal proposito si riportano, a titolo esemplificativo, i dati relativi ad una realtà concreta molto sensibile ed importante per il settore imprenditoriale italiano, qual è il Nord-Est, riferendoci nello specifico alla provincia di Verona[254]: per quel che concerne i fallimenti, nella sola annualità 2013 le aziende fallite sono state 198, con un sensibile aumento per gli anni seguenti, in cui si è passati a 206 imprese per il 2014, 224 nel 2015, sino a giungere per il primo semestre del 2016 a circa 90 aziende decotte. Approfondendo ulteriormente l'analisi, riferendoci alla procedura di concordato preventivo, i dati riportati dal Tribunale di Verona certificano un incremento dell'utilizzo della procedura *de qua* a partire dal 2012, dovuto principalmente all'introduzione della riforma del Governo Monti[255], che mirò a rendere più efficienti gli strumenti giuridici alternativi al

[254] La fonte utilizzata per rinvenire i dati riportati nel corpo del testo è il Tribunale di Verona e, a tal proposito, si coglie l'occasione per ringraziare la funzionaria della cancelleria pre-fallimentare, Sig.ra Irene Maria Armenio, per avermi gentilmente offerto la sua collaborazione nel reperire le informazioni necessarie ai fini della stesura del presente lavoro di ricerca. La scelta è ricaduta sul Tribunale di Verona per questioni prettamente pratiche, essendo quest'ultimo il Tribunale frequentato dalla scrivente.

[255] Durante il 2012, il Governo Monti tramite l'articolo 33 ("*Revisione della legge fallimentare per favorire la continuità aziendale*") della legge 7 agosto 2012, n. 134, che convertì in legge il d.l. 22 giugno 2012, n. 83 recante *Misure urgenti per la crescita del Paese* (c.d. Decreto Sviluppo o Decreto Passera), modificò diversi articoli della legge fallimentare, con l'esplicito intento - come si legge nella relazione di accompagnamento al decreto legge - di "*migliorare l'efficienza dei procedimenti di composizione delle crisi d'impresa disciplinati dalla legge fallimentare, superando le criticità emerse in sede applicativa, e promuovendo l'emersione anticipata delle difficoltà di adempimento dell'imprenditore*". Le modifiche, in particolar modo, interessarono l'art. 67 relativo al piano di risanamento, gli articoli concernenti il concordato preventivo, l'art. 182 *bis* in merito all'accordo di ristrutturazione dei debiti e infine l'art. 182 *quater* inerente i finanziamenti prededucibili erogati durante la crisi d'impresa. La riforma, inoltre, innestò all'interno del Regio Decreto 267/1942 nuove disposizioni, che *ivi* ci interessano particolarmente ai fini dell'elaborato,

www.osservatorio.oci.org

fallimento per facilitare l'emersione dello stato di malessere "covato" dell'impresa: in particolare nel 2013 sono ricorse alla procedura di concordato preventivo 96 imprese, 78 nel 2014, 71 per l'annualità 2015 e infine 17 per il primo semestre del 2016.

Orbene, cosa s'intende e cosa comporta, quindi, la c.d. "crisi dell'impresa"?

Proprio a causa del ruolo centrale che ha assunto tale fenomeno, il Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili (d'ora in avanti solo CNDCEC) ha pubblicato il 30 ottobre 2015 un documento dal titolo "*Linee guida per l'informativa e valutazione della crisi d'impresa*", nel quale vengono fornite le indicazioni necessarie per individuare ed accertare lo stato di crisi dell'impresa, non sempre ricavabili agilmente dalla semplice lettura del bilancio, e gli strumenti economico-aziendali in grado di valutare il rischio reale di *default* corso dall'impresa stessa[256].

Per quanto concerne l'inquadramento giuridico del concetto di "crisi d'impresa", si osserva sin da subito come il nostro ordinamento sia sprovvisto di una definizione specifica, ripiegando invece sul concetto di "stato di insolvenza", definito al primo comma dell'art. 5 della legge fallimentare, R.D. 16 marzo 1942, n. 267, quale presupposto per la dichiarazione di fallimento dell'imprenditore commerciale. Al secondo comma del medesimo articolo, dando contenuto al concetto di stato d'insolvenza, quest'ultimo viene definito come uno *status* che si "*manifesta con inadempimenti od altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni*". Giuridicamente parlando, dunque, la crisi, al quale può consegue la dichiarazione di fallimento e l'inizio di una procedura concorsuale, *ipso iure* è identificata con lo stadio più grave e irreversibile per un'impresa: la sua incapacità di far fronte ai debiti contratti durante l'espletamento del suo

---

ossia gli articoli 182 *quinquies* e 186 *bis* in riferimento all'ipotesi della continuità aziendale in costanza di concordato preventivo.

[256] Nella premessa introduttiva al Documento informativo del CNDCEC, si legge: "*In considerazione della sempre più accentuata crisi economica che coinvolge le imprese e che ha portato il legislatore ad avere, negli ultimi anni, una particolare attenzione alla disciplina delle procedure concorsuali, tanto da intervenire con continue modifiche sulla legge fallimentare* [… il CNDCEC] *ha ritenuto necessario predisporre il presente documento per definire quali siano gli elementi economico-aziendali qualificanti l'informativa e la valutazione della crisi d'impresa. Il documento evidenzia, quindi, le possibili conoscenze o conoscibilità che gli operatori o i soggetti che hanno rapporti con un'impresa in difficoltà possano acquisire circa il reale rischio di default della stessa impresa",* CNDCEC, *Linee guida. Informativa e valutazione della crisi d'impresa,* <www.ipsoa.it>, pubblicato il 3 novembre 2015, [ultima cons. marzo 2016].

La Dottrina autorevole di GUATRI in *Turnaround. Declino, crisi e ritorno al valore,* Milano 1995*,* pag. 5, lamentò come nel nostro Paese fosse carente "*la cultura della crisi*" e di conseguenza come le imprese non preparassero per tempo "*gli strumenti adatti alla segnalazione dei sintomi di decadenza e degli squilibri che possono essere efficaci campanelli d'allarme";* fino a quando il morbo della crisi non cominciò a mietere numerose vittime nel comparto aziendale, scarseggiavano gli spunti riflessivi su cosa si dovesse intendere esattamente per crisi d'impresa e quali fossero gli elementi indiziari da leggere che la preannunciassero. Ad oggi, invece, è diffusa nella coscienza collettiva l'idea che le capacità imprenditoriali debbano essere coadiuvate dalla capacità di saper leggere ed interpretare i sintomi che preannunciano un possibile dissesto finanziario, per poter operare le opportune scelte strategie messe a disposizione dall'ordinamento, anche alternative alla liquidazione forzata del fallimento.

www.osservatorio.org

esercizio, al quale può conseguire solo la cessazione dell'attività con liquidazione coattiva del suo patrimonio.

Secondo certa Dottrina, il concetto di crisi non è "*statico e univocamente identificabile*"[257], quanto piuttosto un "*argomento di confine*", che come tale "*ha le sue luci e le sue ombre e il confine si pone fra il diritto fallimentare e il diritto societario*", ove in particolare "*nella crisi dell'impresa il diritto fallimentare si sovrappone e minaccia il diritto societario*"[258].

La domanda che ci si deve porre, mancando una disposizione legislativa che ne fornisca una definizione univoca, è se il concetto di crisi d'impresa corrisponda sempre allo stadio irreversibile dell'insolvenza, o se invece "*equivalga ad altre situazioni che sono tipiche della crisi societaria*"[259]*.* Secondo le parole di Pacchi, riprese nelle linee guida del CNDCEC, la crisi d'impresa non è un fenomeno statico, bensì "*una perturbazione o improvvisa modificazione di un'attività economica organizzata, prodotta da molteplici cause ora interne al singolo organismo, ora esterne, ma comunque capaci di minarne l'esistenza o la continuità*" del medesimo[260]*.*

Tuttavia, a livello giuridico si è perpetrata l'equipollenza tra crisi d'impresa e stato d'insolvenza, utilizzando i due termini come sinonimi e tralasciando i diversi stadi che possono interessare un'impresa prima che possa essere dichiarata definitivamente decotta.

Uno di questi stadi è rappresentato, ad esempio, dalla temporanea illiquidità che, secondo un orientamento consolidato della Corte di Cassazione, presuppone *"la capacità dell'imprenditore commerciale di acquisire, in un ragionevole lasso di tempo, quei mezzi normali di pagamento, idonei ad estinguere le passività non più dilazionabili*"[261]; dunque consisterebbe *"in una crisi economica momentanea e reversibile",* al contrario dello stadio d'insolvenza che corrisponde ad uno stato di illiquidità aggravato, di tipo assoluto e irreversibile, concetti da tenere ben distinti[262]. Il rischio d'insolvenza, invece, si sostanzia in una situazione di tipo economico che, *"sulla base degli elementi sintomatici raccolti, volgerà allo stato di decozione*"[263], ma che ancora non ha raggiunto l'acme tipico dello stato d'insolvenza, definitivo quanto irreversibile.

---

[257] CNDCEC, *Linee guida. Informativa e valutazione della crisi d'impresa,* <www.ipsoa.it>, pubblicato il 3 novembre 2015, [ultima cons. marzo 2016].

[258] In tal senso, G. ROSSI, *Crisi dell'impresa: soluzioni al confine tra diritto fallimentare e societario*, in *Il Fallimento*, n. 9, 1997, pag. 914.

[259] G. ROSSI, *Crisi dell'impresa: soluzioni al confine tra diritto fallimentare e societario*, op. cit.

[260] S. PACCHI*, Crisi di impresa e procedure concorsuali alternative,* in *Riv. dir. fallim*., 1998, pag. 996 e ss.

[261] Da ultima la sentenza Cass. Civ., 27 maggio 2015, n. 10952.

[262] Ampliando il discorso: l'insolvenza è "*uno stato di illiquidità assoluto e definitivo che costituisce di fatto l'aggravamento irreversibile della temporanea illiquidità*"; può essere accertata prevalentemente dopo il suo verificarsi, per mezzo di dati contabili e/o consultivi. Lo stato di temporanea illiquidità, viceversa, presume uno sguardo d'insieme prospettico e non storico, teso "*ad individuare l'incapacità in futuro di adempiere non solo le obbligazioni già assunte, ma anche quelle prevedibili nel normale corso di attività*". F. GAVIOLI, *Crisi di impresa: le indicazioni dal Cndcec per valutare il rischio di default,* in *Pratica fiscale e professionale,* n. 45, 2015, pag. 33.

[263] CNDCEC, *Linee guida. Informativa e valutazione della crisi d'impresa,* <www.ipsoa.it>, pubblicato il 3 novembre 2015, [ultima cons. marzo 2016].

www.osservatorio.oci.org

Ferme restando le premesse di cui sopra, si è detto che a livello giuridico si è enfatizzata l'identificazione del concetto di crisi quale stato d'insolvenza ed a tal proposito i riferimenti normativi sono molteplici: dal già citato art. 5 della legge fallimentare (d'ora in avanti solo l. fall.), agli articoli della medesima legge che intendono lo stato d'insolvenza quale presupposto per attivare gli strumenti alternativi al fallimento, come il piano di risanamento all'art. 67, terzo comma, lett. d, il concordato preventivo all'art. 160 e l'accordo di ristrutturazione dei debiti all'art. 182 *bis*. Proprio per quel che concerne il concordato preventivo, l'art. 160 l. fall. ha ampliato i dubbi circa la parificazione dei concetti di crisi d'impresa e stato d'insolvenza là dove al terzo comma pone la seguente specificazione: "*Ai fini di cui al primo comma per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza*"[264]*.* Tale puntualizzazione è sintomatica della non pacifica univocità delle nozioni di crisi d'impresa e stato d'insolvenza. All'interno delle stesse norme del codice civile il termine "insolvenza" è richiamato più volte, ma non sempre con la medesima accezione semantica contenuta nell'art. 5, l. fall.: "*Tale circostanza mostra con una certa evidenza come l'insolvenza giuridica - almeno nell'attuale quadro normativo - sia non chiaramente identificabile e, quindi, ancora più distante dal concetto di crisi d'impresa*"[265]*.* L'asimmetricità delle definizioni si coglie confrontando il contenuto a livello semantico delle disposizioni civilistiche: così *in primis,* la norma dell'art. 2221 cod. civ., proprio in ambito societario, impone che "*gli imprenditori che esercitano un'attività commerciale, esclusi gli enti pubblici e i piccoli imprenditori,* [siano] *soggetti, in caso di insolvenza, alle procedure del fallimento e del concordato preventivo, salve le disposizioni delle leggi speciali".* In questo caso il concetto *ivi* richiamato per il termine "insolvenza" corrisponde a quello contenuto nell'art. 5 l. fall., nonostante le differenti dizioni letterali utilizzate[266].

Con un significato leggermente differente rispetto la nozione di stato d'insolvenza richiamata sino ad ora si presenta, invece, l'art. 2467 cod. civ., secondo comma, nel quale si fa riferimento ad uno stato di "*eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto"* della società, in riferimento al finanziamento dei soci ed alla postergazione dei medesimi rispetto gli altri creditori[267]. In questo caso la norma non rievoca la staticità dell'insolvenza,

---

[264] Al primo comma del medesimo articolo è disciplinata la possibilità per l'imprenditore che versi in stato di crisi di "*proporre ai creditori un concordato preventivo*".

[265] CNDCEC, *Linee guida. Informativa e valutazione della crisi d'impresa,* <www.ipsoa.it>, pubblicato il 3 novembre 2015, [ultima cons. marzo 2016].

[266] Con questa medesima accezione, anche se fuori dal contesto imprenditoriale, debbono leggersi gli articoli 562 "*insolvenza del donatario soggetto a riduzione*", l'art. 755 *"quota del debito ipotecario non pagata da un coerede",* l'art. 1186 "*decadenza del termine*", l'art. 1274 "*insolvenza del nuovo debitore*", l'art. 1299 per il "*regresso tra condebitori"*, l'art. 1313 "*insolvenza di un condebitore in caso di rinunzia alla solidarietà",* l'art. 1959 per la "*sopravvenuta insolvenza del mandante o del terzo",* l'art. 1833 per il "*recesso dal contratto"* in caso d'insolvenza, inabilitazione, interdizione o morte di una delle parti, l'art. 1943 per l'"*obbligo di prestare fideiussione*" e infine l'art. 2255 "*conferimento di crediti*". Dunque, in tutti questi articoli la nozione d'insolvenza rimanda all'incapacità di un soggetto di soddisfare correttamente i debiti contratti, concetto alla base, come si è visto, del dispositivo dell'art. 5 l. fall.

[267] La norma dell'articolo, in particolare, dispone che "*il rimborso dei finanziamenti dei soci a favore della società è postergato rispetto alla soddisfazione degli altri creditori e, se avvenuto nell'anno precedente la dichiarazione di fallimento della società, deve essere restituito. Ai fini del precedente comma s'intendono finanziamenti dei soci quelli, che sono stati concessi in un*

www.osservatorio.org

quanto piuttosto il "*concetto di difficoltà e crisi prospettica*, *legata alla situazione finanziaria ed agli equilibri economici, dimostrando che il concetto di insolvenza è un elemento statico e desumibile da fatti esteriori manifesti e 'storici', mentre la potenziale incapacità finanziaria è individuabile solo con proiezione in avanti dei possibili risultati dei rischi connessi ad una riduzione delle riserve finanziarie e nette della società*"[268].

Questa riflessione in merito al diverso contenuto giuridico d'attribuire al fenomeno della crisi d'impresa non è fine a se stessa e mette in luce l'esigenza di soffermarsi a meditare sul "nuovo" ruolo assunto dal fenomeno in sé oggigiorno. Mutato è lo scenario in cui si fa impresa, così come mutate sono le modalità stesse di porla in essere, ciò che quindi deve cogliere i nuovi aspetti in gioco sono le disposizioni normative, che debbono uniformarsi alla realtà sociale che regolano. Il contesto imprenditoriale è divenuto nel tempo più sensibile a causa degli sbalzi economici e contemporaneamente più esposto ai rischi connaturati al settore, al quale si aggiungono, inoltre, quelli dovuti ad un'imprenditoria proiettata sempre più ad un mercato globale.

Per questo ordine di ragioni, il 24 febbraio 2015 è stata istituita un'apposita Commissione Ministeriale, la c.d. "Commissione Rordorf", per elaborare un disegno di legge delega al Governo al fine di approvare una riforma organica delle discipline in ambito della crisi d'impresa e dello stato d'insolvenza. Il disegno di legge elaborato dall'apposita Commissione ministeriale ha la finalità di integrare le disposizioni varate nel d.l. 27 giugno 2015, n. 83, recante *"misure urgenti in materia fallimentare, civile e processuale civile e di organizzazione e funzionamento dell'amministrazione giudiziaria*"[269] (convertito con la legge 8

---

momento in cui, anche in considerazione del tipo di attività esercitata dalla società risulta un eccessivo squilibrio dell'indebitamento rispetto al patrimonio netto oppure in una situazione finanziaria della società nella quale sarebbe stato ragionevole un conferimento".

[268] CNDCEC, *Linee guida. Informativa e valutazione della crisi d'impresa,* in <*www.ipsoa.it*>, pubblicato il 3 novembre 2015, [ultima cons. marzo 2016]. In riferimento all'art. 2467 cod. civ., il CNDCEC sottolinea peraltro che la norma sia di recente introduzione, per mezzo della riforma del diritto societario attuata dal d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6 e che questa peculiarità debba essere letta nel senso di voler cogliere, per quelle nozioni giuridiche da sempre contemplate all'interno dell'ordinamento, le modifiche nella sfumatura dei significati che mettono in luce l'evoluzione dei concetti, nella direzione di una più moderna impresa commerciale.

[269] Nel comunicato stampa diffuso dal Governo in riferimento al d.l. 83/2015 varato, si legge a proposito delle misure adottate, che "*muovono da un principio comune: un'azienda con problemi rischia di trascinare con sé altre imprese (fornitori di beni e servizi e intermediari finanziari) continuando a contrarre obbligazioni che non potrà soddisfare. Affrontare tempestivamente i casi di crisi aziendale consente di limitare le perdite del tessuto economico, sia nella dimensione strettamente imprenditoriale sia sul piano finanziario, o di risanare l'azienda, con benefici sul piano occupazione e più in generale tutelando il tessuto economico contiguo*". Il fine del decreto legge, come si intuisce agilmente, è quello di porre rimedio ad un contesto imprenditoriale in continuo stato di cedimento dal 2008 a questa parte a causa della crisi economica, puntando ad incrementare gli interventi tempestivi e le vie alternative alla gestione terminale delle imprese, ma a tal fine, *in primis,* è necessario essere in grado di cogliere sin da subito i segnali di difficoltà lanciati dalla società, di modo da valutare la gestione migliore per scongiurare la decozione. In questi termini è fondamentale fare il punto sul concetto di crisi e stato d'insolvenza, diffondendo le competenze necessarie per riconoscere i sintomi del malessere e scongiurare l'effetto "crisi a catena", che nel tempo ha depauperato il tessuto imprenditoriale. Si tenga presente che mentre la Commissione Rordorf lavorava al disegno di legge delega al Governo, è sopravvenuta l'emanazione di suddetto d.l. 83/2015, contenente le disposizioni urgenti in materia fallimentare.

www.rivistaodcec.it

agosto 2015, n. 132), e allineare la disciplina a quella vigente nella maggior parte degli Stati membri, salvo la necessaria armonizzazione a livello comunitario *in itinere.* È opinione diffusa tra i cultori del diritto ed i pratici di quest'ultimo, infatti, che sia oramai inevitabile una riforma organica della complessiva materia relativa alle procedure concorsuali ed alla crisi d'impresa; "*appare assai singolare che la normativa di base sia ancora costituita dal R.D. 267/1942 (c.d. legge fallimentare), quando quasi tutti gli Stati dell'Unione europea si sono dotati di normative sull'insolvenza ben più recenti*"[270]. Nonostante suddetta normativa di riferimento sia stata oggetto nel tempo di ripetuti interventi di modifica, soprattutto in riferimento al d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, questi ultimi erano quasi sempre di ampio respiro, coinvolgenti interi settori della legge di modo da "*accentuare lo scarto tra le disposizioni riformate e quelle rimaste invariate, che ancora risentono di un'impostazione nata in un contesto temporale e politico ben lontano dall'attualità",* come si legge nella relazione allo schema delle legge delega pubblicato il 29 dicembre 2015[271]. Da qui "*l'esigenza di un approccio di riforma non più episodico ed emergenziale, bensì sistematico ed organico, in modo da ricondurre a linearità un sistema divenuto nel tempo troppo farraginoso*"[272], restituendo a questa materia delicata il carattere unitario e sistematico consono.

In un contesto siffatto, il disegno di legge delega messo appunto dalla Commissione è stato approvato dal Consiglio dei Ministri il 10 febbraio 2016: l'obbiettivo perseguito è, difatti, quello di *"attuare un sistematico e organico approccio di riforma della materia concorsuale attraverso quello che dovrebbe rappresentare il nuovo Testo unico dell'insolvenza*"[273].

---

[270] Commissione per elaborare proposte di interventi di riforma, riorganizzazione e riordino della disciplina delle procedure concorsuali, *Relazione allo schema di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali,* <www.osservatorio-oci.org>, pubblicato il 29 dicembre 2015, [ultima cons. marzo 2016].

[271] Nella relazione allo schema della legge delega per la riforma si coglie, inoltre, la preoccupazione diffusa in riferimento al carattere frammentato assunto della disciplina fallimentare, spezzettata nel tempo dal susseguirsi degli interventi normativi, così come dell'impossibilità di creare un orientamento giurisprudenziale consolidato in merito a causa del repentino avvicendarsi dei singoli interventi di modifica; così, *"la frequenza degli interventi normativi che si sono succeduti negli ultimi tempi, interessando sovente disposizioni della legge fallimentare modificate appena qualche anno prima, ha generato rilevanti difficoltà applicative: non solo per un certo grado di approssimazione nella formulazione tecnica delle norme, inevitabile quando si legifera sotto la spinta dell'urgenza, ma anche – e forse soprattutto – perché il continuo mutamento del dato normativo rende problematico il formarsi di indirizzi giurisprudenziali consolidati e stabili, accentuando l'incertezza del diritto, favorendo il moltiplicarsi delle controversie ed, in definitiva, rallentando il corso delle procedure concorsuali".*

[272] Commissione per elaborare proposte di interventi di riforma, riorganizzazione e riordino della disciplina delle procedure concorsuali, *Relazione allo schema di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali,* <www.osservatorio-oci.org>, pubblicato il 29 dicembre 2015, [ultima cons. marzo 2016].

[273] *Commissione Rordorf, crisi d'impresa: nel disegno di legge le linee guida della riforma,* <www.ipsoa.it>, pubblicato il 12 febbraio 2016, [ultima cons. marzo 2016], del quale si riporta inoltre il seguente passaggio: "*L'accavallarsi, lo stratificarsi di interventi normativi diversi, tutti all'insegna dell'emergenza, e la frequenza del cambiamento del dato normativo, non ha facilitato e non facilita una lettura coerente del quadro normativo fallimentare che rimane sospeso e incastonato tra il vecchio sistema normativo di cui al regio decreto e le diverse legiferazioni intervenute dal 2006 ad oggi. Questo è il motivo che ha indotto il Ministro della Giustizia a istituire la Commissione Rordorf il cui scopo è stato quello di tentare di trovare,*

www.osservatorio-oci.org

È innegabile che la prolungata e generale crisi che ha caratterizzato il *trend* degli ultimi anni abbia segnato un punto di svolta che deve trovare al più presto voce a livello legislativo, attraverso un approccio riformativo che aggiorni gli strumenti giuridici contemplati dall'ordinamento per farvi fronte. Nella bozza di relazione al disegno di legge delega, la Commissione afferma che "*la profonda e generalizzata crisi economica degli ultimi tempi giustifica il ricorso ad una nozione omnicomprensiva d'insolvenza, come evento che può presentarsi ad ogni livello di svolgimento dell'attività economica, sia essa in forma organizzata, professionale o personale: cambiano infatti le dimensioni del fenomeno e la natura degli strumenti per affrontarlo, ma l'essenza resta la stessa, in ogni sua manifestazione*"[274]. Questo disegno di legge delega si colloca non a caso nel solco del d.l. 83/2015 (promulgato mentre la Commissione ministeriale lavorava allo schema di legge), affinché sia perseguita la politica di "*emersione tempestiva della crisi d'impresa*"[275] di quest'ultimo, per limitare le perdite nel comparto imprenditoriale e promuovere il risanamento aziendale.
Inoltre si rileva, come è anche sottolineato all'interno della relazione che accompagna il disegno di legge della Commissione Rordorf, che la necessità di revisione della materia concorsuale è al giorno d'oggi resa ancor più impellente alla luce delle sollecitazioni da parte dell'Unione europea, rappresentate in particolar modo dalla Raccomandazione n. 2014/135/UE e dal novellato Regolamento n. 2015/848/UE sull'insolvenza transfrontaliera.

Orbene, tra i principi base che hanno guidato la stesura del progetto di riforma della Commissione ministeriale, vi rientra *in primis* la volontà di "*disegnare un quadro normativo nel quale siano ben delineati i principi giuridici comuni al fenomeno dell'insolvenza, come tali idonei a fungere da chiari punti di riferimento per l'intera gamma delle procedure di cui si discute, sia pure con le differenziazioni di disciplina di volta in volta rese necessarie*"[276], in un generale proponimento di armonizzazione e semplificazione della materia.

---

attraverso lo strumento della legge delega, un momento di organicità, di tracciare delle linee sistematiche di una normativa concorsuale ormai troppo "stiracchiata" nel tempo e proveniente da istanze diverse. In questo framework si è dovuto pensare molto all'istituto del concordato preventivo, ma soprattutto si è voluto mettere l'accento su tutti quegli strumenti, di cui il concordato preventivo costituisce uno degli esemplari, che possono consentire una più precoce individuazione ed emersione dei sintomi della crisi d'impresa anche mediante strumenti di allerta con una forte valenza recuperatoria che è propria del c.d. concordato in continuità che dovrebbe diventare la vera essenza della procedura negoziale di risanamento e che dovrebbe garantire la conservazione dei valori aziendali e consentire la permanenza dell'azienda nel mercato".

[274] Nella "*Relazione allo schema di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali*" si legge, inoltre, che l'intervento della medesima Commissione si inserisce nel solco della normativa che regolamenta le procedure concorsuali, ponendosi l'obiettivo "*di elaborare un progetto di riforma organico delle diverse procedure concorsuali* [… prospettando] *la futura emanazione di un testo normativo che abroghi la vigente legge fallimentare e le leggi successive in tema di crisi d'impresa per disciplinare in modo coerente ed unitario il fenomeno dell'insolvenza*".

[275] *Commissione Rordorf, crisi d'impresa: nel disegno di legge le linee guida della riforma,* <www.ipsoa.it>, pubblicato il 12 febbraio 2016, [ultima cons. marzo 2016].

[276] Commissione per elaborare proposte di interventi di riforma, riorganizzazione e riordino della disciplina delle procedure concorsuali, *Relazione allo schema di legge delega per la riforma*

www.osservatorio.oci.org

Innanzitutto risulta, dunque, di preliminare importanza completare l'opera di definizione dei concetti di "crisi" e di "insolvenza", mai messa esplicitamente appunto dall'ordinamento giuridico, ma sufficientemente collaudata negli anni dalla prassi forense. La Commissione Rordorf sottolinea nella relazione come il concetto di "crisi" implichi "*un pericolo di futura insolvenza*", ma che non equivalga all'insolvenza *de facto* anche se - come si è già avuto modo di affermare - gli anni di crisi profonda hanno giustificato sino ad ora il ricorso ad una "*nozione omnicomprensiva d'insolvenza*". Di conseguenza, nell'articolo 2 ("*principi generali*"), punto c) del definitivo schema di disegno di legge delega, si richiede al Governo di introdurre una definizione "*dello stato di crisi, intesa come probabilità di futura insolvenza, distinta dalla nozione di insolvenza di cui all'attuale articolo 5 del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267*"[277].

Rimanendo nell'ambito semantico dei termini, la Commissione propone di abbandonare l'uso del termine "*fallimento*" e dei suoi più stretti derivanti all'interno di quella che si prospetta come la riforma integrale della materia concorsuale, per conformarsi alla tendenza già palesatasi nei principali Paesi di *civil law,* come Francia e Germania, rispondente all'intento di "*evitare l'aura di negatività e di discredito, anche personale, che storicamente a quella parola si accompagna; negatività e discredito non necessariamente giustificati dal mero fatto che un'attività d'impresa, cui sempre inerisce un corrispondente rischio, abbia avuto un esito sfortunato*"[278]. In merito si osserva che lo stesso *incipit* dell'art. 5 l. fall., parlando di "*imprenditore"*, sembra rievocare la vecchia concezione per cui l'insolvenza rappresentava lo stato patologico della situazione finanziaria dell'imprenditore, a cui lo stesso doveva porre rimedio con sanzioni personali. Già la novella del 2006, e il seguente correttivo, puntarono a sradicare "*l'arcaica concezione soggettivistica del fallito, iniziando a considerare il fallimento come patologia dell'impresa, rectius, come fase fisiologica del mercato che peraltro impone di adottare tutti gli strumenti che possano consentire un riutilizzo totale o parziale delle strutture e dell'organizzazione aziendale*"[279].

Oltre al lato lessicale, la Commissione sottolinea l'importanza di incrementare la semplificazione delle regole processuali, puntando alla celerità delle procedure e all'eliminazione di quegli aloni d'incertezza annidatisi nei meandri delle norme a causa dei repentini interventi di riforma mal coordinati tra loro, dando rilevanza in primo luogo agli orientamenti giurisprudenziali

---

delle procedure concorsuali, <www.osservatorio-oci.org>, pubblicato il 29 dicembre 2015, [ultima cons. marzo 2016].

[277] Delega al Governo per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza", elaborato dalla Commissione ministeriale istituita dal Ministro della Giustizia con Decreto 28 gennaio 2015 (e successive integrazioni), <www.ipsoa.it>, pubblicato il 20 gennaio 2016, [ultima cons. marzo 2016].

[278] "*Un diverso approccio lessicale*", a detta della Commissione ministeriale, *"può meglio esprimere una nuova cultura del superamento dell'insolvenza, vista come evenienza fisiologica nel ciclo vitale di un'impresa, da prevenire ed eventualmente regolare al meglio, ma non da esorcizzare".* Commissione per elaborare proposte di interventi di riforma, riorganizzazione e riordino della disciplina delle procedure concorsuali, *Relazione allo schema di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali,* <www.osservatorio-oci.org>, pubblicato il 29 dicembre 2015, [ultima cons. marzo 2016].

[279] P. PANNELLA, *La nuova frontiera dell'insolvenza,* <www.ilcaso.it>, pubblicato il 25 dicembre 2013, [ultima cons. aprile 2016].

www.osservatorio-oci.org

consolidatisi nel tempo proprio grazie all'esigenza di superare queste antinomie e incertezze interpretative; il proposito è rispondere alla primordiale esigenza di certezza del diritto, migliorando l'efficienza del sistema economico e al contempo incrementando la sua potenziale competitività rispetto ai sistemi internazionali[280].

Sempre in riferimento ai principi generali del disegno di legge delega, un punto molto interessante (perché ricollegabile alla figura centrale del primo capitolo del presente lavoro di tesi, quale l'abuso del diritto) è la lett. g), ove la Commissione suggerisce al Governo di dare priorità "*alle proposte che comportino il superamento della crisi assicurando la continuità aziendale, anche per il tramite di un diverso imprenditore, e riservando la liquidazione giudiziale ai casi nei quali non venga proposta una soluzione alternativa adeguata"*, escludendo esplicitamente i casi che integrino abuso.

Per quel che concerne i criteri direttivi forniti dalla Commissione Rordorf, il CNDCEC e parte della dottrina ne criticano il contenuto, sostenendo che "*l'articolato si basi su concetti e definizioni del fenomeno della crisi aziendale che, facendo leva* [sulla nozione giuridica di stato d'insolvenza]*, sembrano difficilmente conciliabili con il reale e dinamico concetto aziendalistico";* la non univocità dei concetti richiamati emergerebbe dall'utilizzo non coordinato dei termini con accezione aziendalistica[281].

In toni critici si esprime anche Lo Cascio, asserendo che la Commissione Rordorf non ha colto l'occasione per approfondire da un lato il concetto di "stato di crisi", e dall'altro di "stato d'insolvenza"; si sarebbe dovuto rivedere dal punto di vista giuridico l'identità delle due situazioni economico-finanziarie, mentre, viceversa, la Commissione si è limitata ad "*indicare un diverso significato, precisando che lo stato di crisi debba essere inteso come probabilità di futura*

[280] La consapevolezza che l'ambito in cui si opera sia estremamente delicato, coinvolgendo contemporaneamente ambiti complessi come quello economico-aziendale, quello fiscale e giuridico, ha fatto sì che la Commissione suggerisse l'istituzione presso *"il Ministero della Giustizia di un apposito albo nel quale dovranno essere iscritti i soggetti dotati dei requisiti di professionalità, esperienza ed indipendenza occorrenti per espletare funzioni gestorie e di vigilanza nell'ambito di dette procedure*", ed inoltre un albo distinto in cui iscrivere i commissari delle procedure di amministrazione straordinaria, da istituirsi con regolamento emanato ad opera del Ministero dello Sviluppo economico, d'intesa col Ministero della Giustizia.

[281] Situazioni di squilibrio finanziario*", "*procedure di allerta d'attivare simultaneamente ai primi fondati indizi di crisi", "dovere dell'imprenditore e degli organi sociali di attivarsi non appena si rileva uno stato di crisi o si perde la continuità aziendale" e "assoggettamento al procedimento di accertamento dello stato di crisi o di insolvenza ogni categoria di debitore" sono solo alcune delle espressioni mal coordinate presenti nel progetto di legge delega al Governo, sempre secondo l'opinione del CNDCEC, al punto da poter insinuare che "*i principi indicati nel d.d.l. non forniscano ancora una qualificazione dei diversi concetti di crisi d'impresa, crisi finanziaria (ovvero difficoltà finanziaria), crisi reversibile, insolvenza ed insolvenza irreversibile"*, nonostante sia espressamente richiesto al Governo di introdurre una definizione di "stato di crisi" distinta dalla nozione d'insolvenza. *"L'introduzione da parte del legislatore di definizioni non coordinate con la realtà imprenditoriale porterebbe ad una ancora più accentuata confusione e al rischio di valutazioni erronee da parte degli operatori, nonché potrebbe comportare disorientamento negli organi preposti al governo e controllo delle imprese collettive, con il rischio o di non fare emergere effettivamente la crisi d'impresa o di allargare le responsabilità senza benefici per la collettività".*

www.osservatorio.oci.org

insolvenza, distinta da quella di cui all'attuale normativa"[282], art. 5 l. fall. L'Autore succitato aggiunge in tal senso che "*il quadro normativo rappresentato rimanga evanescente e non chiarisce quali siano le modalità ed i tempi per eseguire un valido piano di risanamento; tanto meno i limiti posti al debitore e ai creditori di una seria scelta di recupero o di liquidazione dell'impresa*"[283].

In ragione delle incertezze non fugate dal disegno di legge delega, *in primis* si osserva come lo stato di insolvenza rappresenti in ogni caso una crisi, ma come, viceversa, una qualsiasi crisi non conduca necessariamente ad un'insolvenza; le aziende possono vivere diversi momenti, più o meno lunghi, e tipologie di crisi (si pensi ad esempio alla crisi dovuta al decadimento dei prodotti o a strategie marketing non vincenti, al declino dovuto all'inefficienza o all'incapacità di innovazione e programmazione o ancora alla crisi dipendente dal momentaneo squilibrio finanziario), ma non obbligatoriamente devono risentire di questi momenti di difficoltà al punto da compromettere in modo irreversibile la loro solvibilità. A riguardo l'autorevole Dottrina di Guatri, già menzionata all'interno dell'elaborato, individua quattro differenti stadi evolutivi del generale fenomeno crisi, ove solo nell'ultimo stadio si arriva ad affrontare un dissesto tale da condurre alla permanente irreversibilità - cogliendo dunque solo nella fase terminale l'univocità dei due concetti -[284].
Comprendere i diversi aspetti peculiari di ogni fase e imparare a distinguere le varie cause che conducono alla crisi è fondamentale se si vogliono strutturale efficaci interventi risanatori e strategie riqualificative al fine di recuperare il valore intrinseco di un'attività imprenditoriale in crisi. *"La corretta definizione delle cause di crisi, associata ad una puntuale identificazione degli elementi distintivi aziendali, posti in relazione alla strategia da adottare per il superamento della crisi, mette in condizione l'attestatore di valutare, in primis,*

[282] G. LO CASCIO, *Legge fallimentare vigente e prospettive future,* in *Il Fallimento,* n. 4, 2016, pag. 385.
[283] G. LO CASCIO, *ivi,* pag. 386, ove si aggiunge la riflessione secondo cui "*il testo di disegno di legge delega prevede, poi, che per l'accertamento della crisi o dell'insolvenza deve essere stabilito un unico modello processuale al fine di una concentrazione di tutte le istanze e dell'adozione da parte dell'organo giurisdizionale della soluzione più conveniente. Quest'ultima impostazione normativa potrebbe essere condivisibile sotto il profilo della semplificazione processuale, ma permane l'incertezza della soluzione giurisdizionale ed il dubbio del debitore e dei creditori di una decisione oculata*".
[284] Risulta utile ricordare *ivi*, sinteticamente per ragioni di opportunità, l'approccio classico alla "crisi d'impresa" elaborato da Guatri, offrendo una visione puntuale ed esaustiva sul tema. L'Autore nel 1995, in *Crisi e risanamento delle imprese*, individuò due macrocategorie: rispettivamente una fase di declino ed una fase di crisi, entrambe con diversi stadi di gravità. Le due macrocategorie hanno quattro stadi di gravità, consecutivi tra loro, prima di far sprofondare l'impresa nell'insolvenza o dissesto. La fase di declino al suo primo stadio di "incubazione" si manifesta con "decadenze e squilibri", mentre nel secondo stadio di "maturazione" presenta "perdite economiche"; il sopramenzionato contesto conduce alla fase di crisi, la quale al primo stadio, o terza fase del processo, si "ripercuote sui flussi finanziari e sulla fiducia", manifestandosi con "carenze di cassa, perdite di credito e fiducia", nel secondo stadio, o quarta fase del processo, comporta "conseguenze sugli *stakeholder*" (vale a dire clienti, banche e fornitori prima di tutti), con la manifestazione di intensità più grave dell'intero processo, ossia l'insolvenza.

www.osservatorio.org

l'individuazione degli strumenti da impiegare più efficacemente per la soluzione della crisi"[285].

Ferme restando le premesse di cui sopra, si può definitivamente affermare che "*crisi ed insolvenza, più che fasi o stadi temporalmente differenti ma funzionalmente collegati, rappresentano concetti autonomi e separati*"[286]: la crisi anticipa l'insolvenza, che ne costituisce un possibile sviluppo o manifestazione. La crisi, dunque, non necessariamente conduce all'insolvenza, mentre quest'ultima è un effetto della crisi che rileva sulla complessiva capacità di adempiere le obbligazioni aziendali[287]. "*La crisi, sempre anticipatoria dell'insolvenza, segue a momenti di difficoltà associati a precisi segnali. È la sottovalutazione di questi sintomi che può trasformare una situazione di semplice difficoltà in una di declino, di crisi e di dissesto*"[288].

Anche gli strumenti per accertare i due fenomeni sono differenti: mentre infatti l'insolvenza può essere accertata soprattutto *ex post*, anche dall'esterno ed attraverso dati contabili e/o consultivi, la crisi, viceversa, comporta una fase dinamica non ancora cristallizzata (nel suo stadio conclusivo d'insolvenza per l'appunto) e per questa ragione presuppone un approccio investigativo non più storico ma prospettico, teso a cogliere la possibile futura incapacità di ottemperare non solo alle obbligazioni già assunte, ma anche a quelle che dipendo dal consueto esercizio dell'attività commerciale. La nozione di crisi, dunque, si traduce nella contestuale incapacità dell'impresa di produrre flussi di cassa tali d'assicurare l'ottemperanza delle obbligazioni già assunte o semplicemente pianificate nel naturale esercizio dell'attività imprenditoriale.
I dati utilizzabili per constatare la presenza o meno di uno *status* di crisi sono innanzitutto quelli iscritti in bilancio, ma quest'ultimi non devono essere gli unici a trainare l'analisi, la quale deve essere condotta, viceversa, alla luce di ulteriori elementi, non essendo sufficiente, per ottenere un quadro esaustivo della situazione, soffermarsi sul percorso pregresso dell'impresa fotografato nei registri contabili[289]. Deve essere privilegiato uno sguardo investigativo di tipo

---

[285] A. DANOVI e A. PANIZZA, *La diagnosi della crisi secondo i Principi di redazione e attestazione dei piani di risanamento*, in *Amministrazione e Finanza,* n. 2, 2016, pag. 42*.,* i quali affermano inoltre: "*L'analisi dei sintomi e la corretta identificazione delle cause di crisi rappresentano, pertanto, elementi imprescindibili per una efficace individuazione delle modalità e dei tempi di intervento. Peraltro, al fine dell'identificazione delle cause di crisi è opportuna, quando non necessaria, un'analisi comparata tra i fattori critici di successo e il contesto competitivo in cui opera l'azienda.* […] *È solo una profonda conoscenza dell'azienda e del contesto in cui opera che consente di interpretare al meglio i sintomi e identificare le più adeguate strategie di risanamento".*

[286] CNDCEC, *Linee guida. Informativa e valutazione della crisi d'impresa*, <www.ipsoa.it>, pubblicato il 3 novembre 2015, [ultima cons. marzo 2016].

[287] "*Anche nei casi in cui la crisi si riveli potenzialmente anticipatrice dell'insolvenza, vale a dire quando le due fasi manifestano ampie aree di sovrapposizione temporale e causale, le stesse non possono essere confuse o esaminate attraverso gli stessi strumenti di indagine".* CNDCEC, *Linee guida. Informativa e valutazione della crisi d'impresa*, <www.ipsoa.it>, pubblicato il 3 novembre 2015, [ultima cons. marzo 2016].

[288] A. DANOVI e A. PANIZZA, *La diagnosi della crisi secondo i Principi di redazione e attestazione dei piani di risanamento*, op. cit.

[289] Il bilancio d'esercizio non sempre è in grado di dimostrare in modo univoco lo *status* d'insolvenza e, di conseguenza, di far emergere in maniera inequivocabile lo stato di crisi: la realtà contabile non può essere perfettamente sovrapposta alla realtà operativa concreta

www.osservatorio.oci.org

"prospettico", perché solo proiettandosi in una realtà futura si può ipotizzare se la condotta assunta dall'azienda sarà in grado di assicurarle continuità regolare.

Concludendo, alla luce di quanto affermato sino ad ora, è lecito asserire che lo "*status* d'insolvenza" si verifichi tutte le volte in cui il patrimonio dell'impresa versi in una situazione di oggettiva insufficienza economica non transitoria, comportando l'impossibilità per l'imprenditore di adempiere correttamente e puntualmente alle obbligazioni contratte per l'esercizio dell'attività commerciale, soprattutto in seguito ad eventi che vadano a minare la liquidità del credito. Per cogliere, invece, gli aspetti significativi della crisi imprenditoriale, non ancora sfociata dopo più o meno anni di dissesto economico-finanziario nello stadio più grave del processo degenerativo dell'insolvenza, si deve adottare uno sguardo d'insieme di tipo prospettivo, non limitandosi a cogliere gli elementi rilegati ad un unico momento ben definito della situazione patrimoniale, ma valutando al contrario aspetti ricavabili non solo da dati contabili del bilancio, ma anche da ulteriori "*indicatori di natura quantitativa - finanziaria e non - e di natura qualitativa, in una logica integrata*"[290]. Il concetto di "stato di crisi" "*accoglie tutte le tipologie di crisi (tipicamente economiche, finanziarie o miste) sanabili e reversibili, ancorché 'potenzialmente' idonee a degenerare - sulla base degli elementi sintomatici raccolti - in stato di decozione (o insolvenza)*"[291]; in questi termini anche il rischio d'insolvenza rientra quindi nel generale concetto di crisi e ne diventa di quest'ultima la manifestazione più forte, rimanendone al medesimo tempo distinta e separata.

La confusione e l'uso non coordinato dei termini a livello legislativo ha fino ad ora preso il sopravvento a causa dell'assenza nel nostro ordinamento di una definizione specifica del fenomeno crisi; ad oggi continua a mancare una puntuale definizione, nonostante in tal senso sia intervenuto l'appello da parte della Commissione ministeriale Rordorf. Quel che ci si deve augurare dal Governo, dunque, in ossequio alle direttive elaborate non solo dall'apposita Commissione, ma anche dalle raccomandazioni a livello europeo, è che venga una volta per tutte compreso ed assimilato a livello legislativo che il concetto di "crisi d'impresa" sia "*indissolubilmente collegato con la dinamica finanziaria*"[292], aspetto imprenditoriale sino ad oggi trascurato. La riforma organica delle procedure alternative alla crisi d'impresa deve avvenire in quest'ottica, in quanto la "*costruzione di un sistema di prevenzione della crisi, fondata su un'ottica finanziaria prospettica, appare allo stato dei fatti, la soluzione più idonea per garantire un maggior grado di solidità al sistema imprenditoriale*"[293], fornendo al Paese la chiave di lettura più adeguata per fuoriuscire dall'oramai perpetuo *status* di crisi.

---

dell'azienda, perché non sempre il quadro che emerge dal confronto degli elementi positivi e negativi iscritti in bilancio corrisponde alla situazione patrimoniale e finanziaria della società.

[290] CNDCEC, *Linee guida. Informativa e valutazione della crisi d'impresa*, <www.ipsoa.it>, pubblicato il 3 novembre 2015, [ultima cons. marzo 2016].

[291] P. P. PAPALEO, *Informativa e valutazione nella crisi d'impresa: le Linee Guida*, in *A&F,* n. 1, 2016, pag. 35.

[292] F. AMETRANO, S. PAZZAGLIA e L. TACCHINO, *Risoluzione della crisi d'impresa: la prospettiva del sistema bancario italiano,* in *Amministrazione e Finanza,* n. 4, 2016, pag. 82.

[293] F. AMETRANO *et alii*, *Risoluzione della crisi d'impresa: la prospettiva del sistema bancario italiano*, op. cit.

***

In un generale contesto di dialettica tra dottrina e giurisprudenza, quest'ultima nel tempo andò perfezionando sempre più le sue pronunzie in merito ai concetti di "stato di crisi" ed "insolvenza", cogliendo le sfumature di significato sottese alle due espressioni indagate e stimolando gli interventi legislativi in questa direzione.

Per quel che concerne, *in primis,* la definizione di crisi, da una primordiale coincidenza dei due fenomeni *de quo,* in assenza di una riflessione oculata sul tema, si giunse ad identificare la "crisi d'impresa" quale "*condizione che può coincidere o meno con l'insolvenza, essendo sufficiente, in linea puramente teorica, uno stato di dissesto o difficoltà finanziaria non ancora integrante la definitiva incapacità di adempiere regolarmente alle proprie obbligazioni*"[294] per poter usufruire degli strumenti alternativi al fallimento dell'impresa. Successivamente, crisi è divenuta "*la situazione di difficoltà prodromica allo stato d'insolvenza, la quale consiste in uno squilibrio di natura finanziaria, cioè del rapporto tra le attività finanziarie a breve, liquidità e crediti e i debiti a breve scadenza; ovvero patrimoniale, cioè del rapporto tra attivo e passivo patrimoniale; ovvero economica, cioè della capacità produttiva dell'impresa valutata sulla base di condizioni legate alla sua gestione oppure connesse alla sua posizione sul mercato, capacità produttiva che deve essere informata al carattere dell'economicità*"[295].

Per quanto concerne, *in secundis,* lo stato d'insolvenza, sin da subito la giurisprudenza si consolidò nell'orientamento che intendeva l'insolvenza "*quale impotenza, strutturale e non soltanto transitoria, a soddisfare regolarmente e con mezzi normali le proprie obbligazioni a seguito del venir meno delle condizioni di liquidità e di credito necessarie all'attività. Singoli inadempimenti, in sé considerati, non appaiono dunque bastevoli ad affermare il ricorrere dello stato di insolvenza, laddove, al contrario, il reiterarsi degli stessi nel corso del tempo, ben può concorrere ad integrare* […] *la sussistenza dei presupposti necessari per la configurabilità dello stesso"*[296]*.* L'aggettivo qualificante dell'intera fattispecie è il carattere definitivo e irreversibile che assume l'incapacità di provvedere alle obbligazioni contratte, prendendo le distanze quindi dal fenomeno della mera carenza di liquidità temporanea: il carattere regolare che assume l'inadempimento deve essere letto in senso lato, andando a connaturare l'intera gestione imprenditoriale in sé, dove "*'regolare' significa in*

[294] Così il Tribunale di Milano, decr. 25 marzo 2010, *il fisco. Ex plurimis*, si cfr. altresì le pronunzie del Tribunale di Roma, decr. 20 maggio 2010 e del Tribunale di Milano, decr. 15 novembre 2011. Già la pronuncia antecedente del Tribunale di Bari, decr. 21 novembre 2005 affermava che, un imprenditore perché potesse far ricorso alle procedure concorsuali, "*il presupposto oggettivo è che lo stesso versi in uno stato di crisi, concetto nel quale possono essere ricomprese tutte quelle situazioni di difficoltà economica e finanziaria dell'impresa anche non ancora sfociate nello stato di insolvenza irreversibile che diviene rilevante ai sensi dell'art. 5 l. fall.",* fonte <www.ilcaso.it>.

[295] In questo senso Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, decr. 12 giugno 2013, <www.ilcaso.it>.

[296] P. PANNELLA, *La nuova frontiera dell'insolvenza,* <www.ilcaso.it>, pubblicato il 25 dicembre 2013, [ultima cons. aprile 2016]. Per gli estremi giurisprudenziali, si cfr. *ex multis* la sentenza della Cassazione, 13 marzo 2001, n. 115 e Cass. Civ., 20 giugno 2000, n. 8374.

conformità alla regola, dunque prestando la res debita ed al tempo debito"[297]. *Ipso facto*, la giurisprudenza nel tempo ha ribadito che la costante irregolarità con cui si gestisce un'azienda, e tutti i rapporti che da essa dipendono, è difficilmente desumibile dalla semplice comparazione tra le poste attive e passive iscritte in bilancio: l'imprenditore può, infatti, riuscire a trovare mezzi alternativi per far fronte ai debiti e alle necessità dipendenti dall'esercizio dell'attività, non essendovi perfetta univocità tra la situazione patrimoniale illustrata in bilancio e quella concreta[298]. Il bilancio, come si è già avuto modo di precisare, è un fatto storico che, ancorato alla sua staticità, non è in grado di cogliere la dinamicità propria dell'impresa. Se è vero infatti *"che quando l'attivo* […] *supera il passivo non vi è insolvenza, non è* [sempre] *vero l'opposto"*: all'uopo ci si deve soffermare a riflettere, ad esempio, sul ruolo ricoperto dal fenomeno del "*credito", "della possibilità cioè che l'imprenditore ha, per la fiducia che ispira sia per la sua capacità produttiva sia per le sue doti morali di correttezza e puntualità, di procurarsi beni dai fornitori senza pagarne contestualmente il corrispettivo o di procurarsi finanziamenti"*[299].

Ictu oculi, la riforma delle procedure concorsuali sino al superamento delle vecchie impostazioni, in ossequio alla nuova concezione della crisi d'impresa e del rinnovato ruolo che essa ricopre oggigiorno, non è stata agevole, bensì un processo lento e graduale, osteggiato prima di tutto dalla "lettera oscura" delle disposizioni legislative, perché lacunose e/o imprecise; la recente giurisprudenza, inoltre, testimonia che le difficoltà connesse al tentativo di riformare le procedure concorsuali non si fermano nella semplice riscrittura delle disposizioni normative, ma, anzi, proseguono soprattutto nell'attività di concreta attuazione delle medesime.

Venendo ad un esempio pratico a testimonianza di quanto *supra* affermato, si prendano in considerazione i primi casi di applicazione del concordato preventivo una volta riformato l'istituto - che tra le procedure concorsuali integralmente considerate è quella che *ivi* ci interessa maggiormente -. Qui lo si ricorda, nella formulazione antecedente il d.l. 14 marzo 2005, n. 35 (c.d. "decreto competitività"), convertito in L.14 marzo 2005, n. 80, erano richiesti all'art. 160 l. fall., oltre ai requisiti oggettivi attinenti alla proposta di concordato, una serie di prerequisiti di natura personale in capo all'imprenditore, attinenti al suo profilo morale, dal punto di vista formale e sostanziale, da accertare in sede di omologazione, nell'ambito del vecchio giudizio di meritevolezza compiuto dal Tribunale. La novella del 2005, rispondendo agli orientamenti del tempo, ridisegnò l'istituto, sganciandolo definitivamente da qualsiasi intento punitivo avverso la figura dell'imprenditore e agevolando, per quanto possibile, l'accordo intrapreso con i creditori, nell'ottica di sostenere le imprese versanti in stato di criticità ancora recuperabili e di valore. L'esigenza di incentivare il risanamento delle imprese portò, dunque, a snellire e semplificare la procedura degli istituti devoti a questo fine, *in primis* il concordato preventivo, in riferimento al quale si ampliarono anche i margini di

[297] F. FERRARA e A. BORGIOLI, *Il fallimento*, Milano, Giuffrè Editore, 1995, pag. 139.
[298] Si vedano in tal senso le sentenze Cass. Civ., 27 febbraio 2001, n. 2830 e Cass. Civ., 28 aprile 2001, n. 4455.
[299] F. FERRARA e A. BORGIOLI, *Il fallimento,* op. cit., pag. 143, in questo senso si cfr. il caso deciso dal Tribunale di Roma, 29 gennaio 1968.

www.osservatorio.oib.org

libertà attinenti al contenuto del piano di concordato in sé, si ridussero le percentuali di maggioranza richiesti in sede di omologa e, in ultima istanza, si ridimensionarono i poteri di controllo esercitati dal Tribunale (di tutti questi aspetti solo menzionati, si parlerà in modo approfondito nel proseguo della trattazione del presente capitolo).

Per quanto attiene il presupposto oggettivo che qui ci interessa, si rileva che la lettera dell'art. 160 pre-riforma non si discostava da quella dell'istituto del fallimento, entrambe le fattispecie, infatti, richiedevano quale presupposto oggettivo per accedere alla procedura lo "stato d'insolvenza": la peculiarità qualificante, però, era che l'insolvenza richiesta per il concordato preventivo non dovesse essere di una gravità tale "*da impedire una prognosi favorevole in ordine al pagamento dei creditori, almeno nei tempi e nelle misure minime previste dalla legge*"[300]. L'intensità della gravità per le due distinte insolvenze era ben differente, indi per cui, in caso di giudizio di inammissibilità della proposta di concordato, conseguiva l'automatica dichiarazione di fallimento *ex* art. 162 l. fall., così come nel caso di mancato deposito della somma individuata per le spese di procedura, ovvero nell'eventualità di attività fraudolenta o non autorizzata del debitore o ancora nella mancata approvazione ed omologazione del concordato medesimo. Suddetta conseguente automatica conversione del concordato in fallimento dipendeva da quella che si poteva considerare una confessione dello stato d'insolvenza, insolvenza a tal punto grave che nemmeno il concordato preventivo era in grado di, per l'appunto, "prevenire" il fallimento.

Con la prima riforma nel 2005, il presupposto oggettivo per la proposizione del concordato passò dall'essere lo "stato d'insolvenza" dell'imprenditore, allo "*stato di crisi*": "*L'art. 2 dello schema del disegno di legge di riforma delle procedure concorsuali redatto dalla Commissione istituita con DM 27.2.2004 dal Ministero della Giustizia definiva espressamente la crisi come la situazione patrimoniale, economica o finanziaria in cui si trova l'impresa, tale da determinare il rischio di insolvenza*"[301]*;* la normativa, però, non esplicitava cosa dovesse intendersi correttamente per l'espressione "crisi d'impresa" e da qui nacquero i problemi applicati e interpretativi della disposizione.

Le prime applicazioni pratiche della procedura concordataria riformata non furono agevoli, la contrapposizione di due principali orientamenti giurisprudenziali ne è la prova, così come testimonia emblematicamente quanto possa risultare difficile, talvolta, modificare la logica cui inerisce un istituto: da una parte la maggior parte dei giudici erano consci della *ratio* sottesa alla novella legislativa intervenuta, atta ad incentivare l'utilizzo di quelle fattispecie che miravano a recuperare il "bene aziendale", e per questo motivo accolsero ed applicarono l'accezione più ampia attribuibile all'espressione "*stato di crisi*", "*riconducendovi qualsiasi situazione di difficoltà imprenditoriale che richieda un*

[300] M. GABALLO, *La riforma del diritto fallimentare, dalla legge 80/2005 al d.lgs. 5/2006. Il nuovo concordato preventivo, le novità della riforma e prime applicazioni giurisprudenziali*, Atti del convegno tenutosi il 7 giugno 2006, fonte <www.ilcaso.it>, [ultima cons. maggio 2016].
[301] *Ibidem.*

accordo col ceto creditorio, compreso lo stato d'insolvenza"[302]; dall'altra parte, però, non mancarono interpretazioni restrittive della medesima espressione, che, stando alla lettera della norma, escludeva lo stato d'insolvenza quale presupposto oggettivo per accedere alla procedura, andando così ad incidere e limitare fortemente la possibilità di usufruire della *chance* di salvezza offerta dall'ordinamento giuridico con il concordato preventivo.
Accadde, dunque, che alcuni Tribunali[303] negarono l'accesso alla procedura "*alle imprese per le quali il giudice aveva valutato la sussistenza dello stato di insolvenza ritenendo, sulla base del tenore letterale della norma - che fa*(ceva) *riferimento solo allo stato di crisi - che tale stato di crisi non comprendesse lo stato di insolvenza*"[304]; la *ratio* della riforma intervenuta, invece, lo si ripete, mirava proprio ad ampliare i casi in cui era possibile usufruire del "salvagente" concordatario, incentivando il recupero delle imprese in difficoltà, ond'evitare la loro liquidazione coatta con la perdita del potere produttivo intrinseco[305].
In questo frangente, per sciogliere definitivamente i dubbi emersi nella prassi, si rese necessaria al tempo l'introduzione di una disposizione *ad hoc*[306], che rendesse esplicito che "*per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza*", quale presupposto valevole ai fini dell'accesso per l'imprenditore al concordato preventivo. Si eliminò, inoltre, la conversione automatica del concordato non ammesso in fallimento, per cui, oltre alla necessaria istanza da parte del creditore o la richiesta del Pubblico Ministero, per dichiarare la decozione dovevano (e devono tuttora) essere preventivamente accertati i presupposti di cui agli articoli 1 e 5 della l. fall, essendo stata soppressa l'iniziativa d'ufficio.

Riflettendo ad oggi non esiste ancora un'univoca ed esplicita definizione di "stato di crisi", che rimane quindi una nozione prettamente aziendalistica, ma vi sono anni ed anni di prassi ed esperienza pratica formatasi con l'applicazione concreta della fattispecie astratta ad opera delle aule di tribunale, che vanno a colmare le lacune legislative, rischiarando l'oscurità delle espressioni normative. È proprio al diritto stratificatosi man, mano nelle pronunce dei giudici che ci si deve rivolgere per interpretare correttamente la volontà del Legislatore, qualora questa non emergesse limpidamente dalle leggi, come nel caso dell'espressione "stato di crisi".

---

[302] M. GABALLO, *La riforma del diritto fallimentare, dalla legge 80/2005 al d.lgs. 5/2006. Il nuovo concordato preventivo, le novità della riforma e prime applicazioni giurisprudenziali*, Atti del convegno tenutosi il 7 giugno 2006, fonte <www.ilcaso.it>, [ultima cons. maggio 2016].
[303] In questo senso si veda, ad esempio, il Tribunale di Treviso, decr. 22 luglio 2005, in *Foro it.,* 2006, n. 3, pag. 1, con nota di Pagni-Ferro.
[304] C. RIVIEZZO, *L'impresa in tempo di crisi. Riorganizzazione e strumenti di soluzione dell'insolvenza. Rapporti di lavoro, con banche e fisco,* Milano, Giuffrè Editore, 2010, pag. 97.
[305] A tal proposito si cfr. la sentenza del Tribunale di Roma, 26 ottobre 2008, ove si affermò che "*la legge non prefigura più forme tipiche di concordato lasciando ampio margine all'imprenditore di predisporre un piano che può prevedere le più disparate soluzioni".*
[306] In particolare, ci si riferisca all'ultimo comma dell'art. 160 l. fall., introdotto dal d.l. 30 dicembre 2005, n. 273, c.d. "milleproroghe".

www.osservatorio.oci.org

3. Brevi cenni sul contesto di riforma delle procedure concorsuali

Conclusa la necessaria premessa su cosa debba intendersi per i presupposti oggettivi di "crisi d'impresa" e "stato d'insolvenza", verrà illustrato ora il contenuto vero e proprio del concordato preventivo, vale a dire la procedura concorsuale che, a differenza del fallimento che subentra quando l'azienda è giunta ad uno stadio di malessere irreversibile, interviene quando le criticità sofferte consentono di essere "gestione" sino ad ipotizzare la fuoriuscita dell'impresa dalla soglia di pericolo della chiusura finale.
Come si è già accennato, la legge di riferimento, R.D. 267/1942, c.d. legge fallimentare, a patire dal 2005 ha subito una serie di modifiche, strutturali e profonde, intese a potenziare e adeguare gli strumenti di risoluzione della crisi d'impresa alternativi al fallimento, alla luce del generale contesto economico-finanziario sfavorevole[307]. Il "baricentro" della normativa è stato così spostato *medio tempore* dalla *par condicio creditorum* alla tutela in prim'ordine dell'organismo aziendale, riscontrando in merito non poche difficoltà a livello di armonizzazione della prassi; si sono resi necessari così "*continui aggiustamenti, come quelli recentemente introdotti dal D.L. n. 83/2015, della legge fallimentare adottati anche sulla base dei problemi che sono stati evidenziati nella prassi, quali, tra gli altri, l''abuso' del sistema protettivo del pre-concordato ex art. 161, comma 6, L. F. e del concordato liquidatorio con percentuali di soddisfazione offerte ai creditori chirografari prossime allo 'zero'*"[308].
Il perpetrato tentativo di adeguare la normativa di riferimento alle esigenze tipiche di un dato momento storico ha comportato che la materia fallimentare fosse in continuo divenire, subendo costanti modifiche, al punto di abbisognare ad oggi di una riforma organica, come si è già accennato, auspicata e invocata coralmente da tutti sul fronte europeo, governativo e imprenditoriale[309].

---

[307] Si fa riferimento in particolar modo al d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5 (*Riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali*), in attuazione delle delega contenuta nell'art. 1, quinto e sesto comma, della L. 14 maggio 2005, n. 80, con il quale il Legislatore, tramite la tecnica di "novellazione" ha riscritto buona parte delle norme della Legge fallimentare del 1942. Successivamente è intervenuto il d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169, c.d. Decreto correttivo alla riforma delle procedure concorsuali, il quale è andato a sopperire alle lacune e *défaillance* proprie della riforma nel frattempo emerse dalla prassi applicativa.

[308] F. AMETRANO *et alii*, *Risoluzione della crisi d'impresa: la prospettiva del sistema bancario italiano*, op. cit., pag. 82.

[309] "*La riforma della normativa fallimentare è, ad oggi, in continuo divenire, soprattutto alla luce di quanto contenuto nello schema di disegno di Legge delega recante la 'Delega al Governo per la riforma organica delle discipline della crisi d'impresa', elaborato dalla Commissione Interministeriale Rordorf, ove una delle novità proposte è rappresentata dalla c.d. Procedura di allerta in merito all'esistenza di fondati indizi della crisi. Ad auspicare un'efficace riforma del diritto fallimentare, oltre al mondo delle imprese in generale, è il sistema bancario nazionale, duramente provato in questi anni dal meccanismo di default generalizzato dei complessi aziendali. Non a caso infatti l'ABI* [Associazione Bancaria Italiana]*, nell'audizione del 2 dicembre 2015 presso la Commissione Rordorf, ha richiamato alcune considerazioni contenute nella Raccomandazione UE n.135 del 12 aprile 2014 in tema di fallimento delle imprese e di insolvenza. Segnatamente l'ABI ha richiamato il Considerando n.1 della raccomandazione che recita: "Obiettivo della presente Raccomandazione è garantire alle imprese sane in difficoltà*

www.osservatorio.oci.org

Quel che preme mettere in evidenza in riferimento ai succedutisi interventi di riforma della disciplina fallimentare degli ultimi 10 anni è il generale cambio di rotta della *ratio* loro sottesa: l'obiettivo perseguito è passato dalla gestione dell'impresa in crisi, già approdata allo stato d'insolvenza, alla concreta capacità di far emergere anticipatamente lo stato di malessere imprenditoriale, per arginarlo e impedire l'irreversibilità. In un contesto ove la crisi economica è sempre più incalzante e dove le prime vittime a risentirne sono proprio le imprese, si è puntato a favorire una composizione concordata della crisi medesima, non prestando maggiori tutele alla sola massa creditrice, ma puntando a salvaguardare, per quanto possibile, l'impresa in difficoltà, portando alla ribalta il valore imprenditoriale dell'attività commerciale, nella speranza di rimpinguare le fila del settore commerciale, depauperate dall'azione erosiva dell'ultimo decennio di crisi economica. Pertanto, l'obiettivo che il Legislatore si è prefissato di ottemperare è la rapida emersione dello stato di crisi, di modo da codificarne le cause e la natura per reperire la soluzione giudiziale più efficace onde evitare la decozione dell'impresa. Il fine ultimo è divenuto arrestare l'incalzante onda di fallimenti che ha colpito il comparto produttivo, manifestandosi anche con "fenomeni a catena", in cui l'insolvenza di un imprenditore provoca la crisi di un altro, essendo i soggetti agenti strettamente connessi nelle maglie del settore produttivo. Per questa ragione, nel tempo si sono incrementati gli strumenti giudiziali di risoluzione della crisi, in luogo del fallimento vero e proprio, passato per così dire in secondo piano, modulando soluzioni graduate a seconda dello stadio di crisi nel quale si interviene per assistere l'impresa; prima tra queste soluzioni è il concordato preventivo, di cui si parlerà specificatamente di seguito. Il punto nodale di suddetto istituto è proprio la logica sottesa tendente al risanamento dell'azienda, lasciando estrema liberta per quel che concerne le forme tecnico-giuridiche adottabili per superare lo stato di crisi.
In ultima istanza si può affermare che il "*principio cardine dell'intera riforma è quello del recupero dell'impresa dissestata e della conservazione dell'azienda, attraverso l'attribuzione di una maggiore rilevanza alle valutazioni del ceto creditorio nella decisione sul definitivo dissolvimento dell'impresa*"[310].

Un altro tratto interessante da mettere in rilievo, a parere di chi scrive,

---

finanziaria, ovunque siano stabilite nell'Unione, l'accesso a un quadro nazionale in materia di insolvenza che permetta loro di ristrutturarsi in una fase precoce in modo da evitare l'insolvenza, massimizzandone pertanto il valore totale per i creditori [...]*". L'ABI sottolinea inoltre alla Commissione l'interesse per:* "[...] *il concetto di ristrutturazione inteso come modifica della struttura delle attività/passività volta a consentire la prosecuzione dell'attività del debitore". La riforma della normativa fallimentare è, ad oggi, in continuo divenire",* così F. AMETRANO *et alii*, *Risoluzione della crisi d'impresa: la prospettiva del sistema bancario italiano*, op. cit.

[310] L. GHIA, L. PICCININNI e F. SEVERINI, *Trattato delle procedure concorsuali. Il superamento della crisi e la chiusura delle procedure,* IV vol., Milano, UTET Giuridica, 2011, pag. XVIII. A tal proposito si riportano le parole della relazione illustrativa di accompagnamento al d.lgs. 5/2006, nel quale si metteva in luce come "*nella legislazione dei paesi europei si è, da tempo, affermata la tendenza volta a considerare le procedure concorsuali non più in termini meramente liquidatori-sanzionatori, ma piuttosto come desinata ad un risultato di conservazione dei mezzi organizzativi delle imprese, assicurando la sopravvenienza, ove possibile, di questa e, negli altri casi, procurando alla collettività, ed in primo luogo agli stessi creditori, una più consistente garanzia patrimoniale attraverso il risanamento ed il trasferimento a terzi delle strutture aziendali* ".

www.osservatorio.oo.ig

sempre in merito ai succedutisi interventi di riforma delle regole proprie delle procedure concorsuali, è rappresentato dalla volontà di eliminare l'onta che ha sempre caratterizzato l'istituto del fallimento: con il d.lgs. 5/2006, infatti, si è voluto eliminare il risvolto sanzionatorio che colpiva il soggetto fallito. Sotto tale aspetto, si sono eliminate, per l'appunto, le sanzioni che colpivano la persona fallita, si è soppresso l'istituto della riabilitazione così come si sono attenuate le limitazioni in riferimento alla residenza ed alla corrispondenza del medesimo. "*Vi era l'esigenza - ricordata nella relazione illustrativa al d.lgs. 5/2006 - di ottemperare alle direttive della Unione Europea che, in più occasioni, aveva rappresentato la necessità, per gli Stati membri, di adottare una disciplina fallimentare comune, ispirata al salvataggio dell'impresa e non più alla liquidazione del patrimonio dell'insolvente*"[311]*.* Diversi autori hanno evidenziato come *"il fallimento rappresentasse una sorta di gogna cui rimaneva esposto l'imprenditore incapace, senza alcuna valutazione critica relativa alle cause di tale incapacità"*[312]*.*

Persegue lo stesso obiettivo la proposta inserita nello schema di legge delega al Governo, presentato proprio di recente dalla Commissione Rordorf, nel quale si suggerisce di eliminare la parola "fallimento" - come si è già avuto modo di osservare -, così come i suoi termini derivati, per conformarsi alla tendenza dei Paesi europei di eliminare l'alone di negatività e discredito anche personale che storicamente ha sempre circondato la persona fallita, riportando sotto una nuova ottica il dramma diffuso che ha visto come protagonisti numerosi imprenditori dal 2008 a questa parte[313].

Detto ciò, rimane palese la carenza di coordinamento tra gli interventi riformatori che hanno interessato nell'ultimo periodo la normativa fallimentare, succedutisi in un lasso di tempo breve e mediante provvedimenti molto spesso emanati d'urgenza e non in ragione di una ponderata analisi; è intervenuta nel frattempo la giurisprudenza a rimediare alle lacune e superare le falle di sistema emerse dall'applicazione della disciplina frammentata, adottando "*un'ottica marcatamente 'privatistica' attenta in particolare al recupero della produttività aziendale ed alla conservazione dei posti di lavoro che l'azienda era in grado di garantire prima della decozione"*[314]. Temprata nel tempo dalla sua concreta applicazione nelle aule di tribunale, la normativa fallimentare è stata riadattata dall'opera interpretativa della giurisprudenza e dal "valore prassi" dei tribunali alle esigenze proprie del delicato contesto di crisi, con le difficoltà legate al generale contesto economico sfavorevole.

---

[311] L. GHIA *et alii, Trattato delle procedure concorsuali. Il superamento della crisi e la chiusura delle procedure,* op. cit*.,* pag. XVIII.

[312] *Ibidem.* Per un approfondimento, si veda inoltre BONSIGNORI, *Il fallimento,* in *Trattato Galgano,* IX, Padova, 1986, pag. 13 e SATTA, *Diritto fallimentare,* Padova, 1974, pag. 43.

[313] Si tenga presente che l'ignominia personale che storicamente ha sempre accompagnato la figura del fallito, non può tener presente del fatto che un'attività d'impresa inerisca per natura al rischio di fallire, anche per cause di forza maggiore, delineando la figura del c.d. "imprenditore onesto ma sfortunato". Da un punto di vista prettamente sociologico, il ruolo preponderante che la generale crisi economica ha assunto nell'ultimo decennio, ha fatto sì che la figura dell'imprenditore fallito venisse riabilitata, quasi giustificata alla luce delle generali condizioni sfavorevoli nel quale ad oggi si è "costretti" a fare impresa. Per un approfondimento si cfr. il precedente paragrafo sulla "crisi d'impresa".

[314] L. GHIA *et alii, Trattato delle procedure concorsuali. Il superamento della crisi e la chiusura delle procedure,* op. cit*.*, pag. XXXIII.

In tal guisa, ciò a cui si deve auspicare è che la macchina delle riforme, riattivatasi di recente in vista dell'imminente riforma organica della disciplina fallimentare - non più procrastinabile - riesca a cogliere la giusta chiave di lettura del fenomeno "crisi d'impresa", modulando le attuali soluzioni alternative al fallimento nel verso ancor più efficace per scongiurare la decozione dell'azienda e recuperare il valore produttivo della società, usufruendo anche dell'esperienza accumulata nel tempo dagli organi giudiziali e dagli esperti del settore. Deve essere fornita agli imprenditori la giusta chiave di lettura del contesto economico-produttivo odierno, di modo da renderli edotti sulla sintomatologia propria della fase patologica dell'impresa, stimolando il loro pronto intervento ai primi segni di difficoltà e malessere, lasciando la liquidazione aziendale come estrema ed ultima soluzione al dissesto finanziario. Orbene, la legge fallimentare, forse, andrebbe riformulata alla luce delle esigenze e dinamiche emerse negli anni di applicazione concreta, accogliendo le riflessioni costruttive e gli spunti critici stratificatesi sul tema, nella speranza che "*tale mezzo riesca ad essere utilmente impiegato per il recupero della capacità produttiva ed occupazionale delle imprese*"[315], assurgendo a testo normativo sistematico e organizzato, in grado di fornire una regolamentazione chiara e ordinata di come si conduce un'impresa fuori dal contesto crisi o fuori dal mercato. La già menzionata Commissione ministeriale Rordorf, istituita di recente proprio al fine di dar via a nuovi lavori di riforma - come si ha avuto modo di illustrare -, ha stilato un disegno di legge delega al Governo in quest'ottica: dunque non rimane che attendere l'intervento di quest'ultimo, in attuazione dell'auspicata revisione organica dell'intera materia fallimentare.

4. Il concordato preventivo

Il concordato preventivo[316], come già si ha avuto modo di anticipare, è quella procedura concorsuale che la legge mette a disposizione del debitore,

[315] L. GHIA *et alii, Trattato delle procedure concorsuali. Il superamento della crisi e la chiusura delle procedure,* op. cit*.,* pag. XXXIV.

[316] Offrendo, e*n passant,* un inciso sulla nascita storica di questo istituto, si dirà che venne introdotto nell'ordinamento con la L 24 maggio 1903, n. 197: prima, il codice del commercio del 1882 conosceva unicamente l'istituto della moratoria fallimentare, con il quale un debitore poteva evitare l'apertura della procedura di fallimento e ottenere una dilazione dei pagamenti al quale non riusciva a far fronte. L'istituto della moratoria però non diede buoni risultati dal punto di vista pratico, così venne sostituito dal concordato preventivo, il quale aveva l'esplicita funzione di "*consentire una 'sistemazione amichevole' di un dissesto commerciale in sostituzione della dichiarazione di fallimento"*. In poche parole, il concordato preventivo mirava a offrire un valido soccorso a quegli imprenditori 'meritevoli', ma sfortunatamente incappati in una crisi economico-finanziaria, evitando loro il deleterio effetto demolitivo, reale e personale, del fallimento. La legge di riferimento venne emendata diverse volte, sino ad essere inserita nel R.D, 267/1942. "*Nelle previsioni del legislatore, il concordato preventivo avrebbe dovuto trovare applicazione in presenza di crisi imprenditoriali non così gravi e quindi tali da potere essere risolte senza giungere alla cessazione dell'attività economica".* Nonostante questi preliminari intenti, l'istituto in questione si risolse nella pratica in uno strumento di liquidazione dell'impresa, "*sebbene a condizioni favorevoli per l'imprenditore e relativamente convenienti per i creditori".*

www.osservatorio.org

che versi in stato di crisi od insolvenza non grave, per evitare il fallimento, è infatti possibile darvi luogo solo qualora non sia stata già emessa la dichiarazione di fallimento; l'aggettivo "preventivo" richiama la finalità di intervenire prima che possa concretizzarsi la fase patologica più grave e irreversibile nella vita di un'impresa, vale a dire lo stato di insolvenza tale da sancire la decozione della medesima[317].

La procedura si sostanzia in un accordo intercorrente tra debitore e i suoi creditori, concernente le modalità con le quali verranno estinte le obbligazioni rimaste sospese e trova la sua disciplina nella legge fallimentare, titolo terzo, agli articoli 160 e seguenti.

Il presupposto soggettivo per accedervi, è disciplinato all'art. 1 l. fall. (rubricato "*imprese soggette al fallimento ed al concordato preventivo"*), che dispone che siano soggetti alle disposizioni sul fallimento e sul concordato preventivo "*gli imprenditori che esercitano un'attività commerciale, esclusi gli enti pubblici"*. La norma presume la presenza di un'impresa commerciale, vale a dire di un'attività organizzata di tipo economico, esercitata in modo professionale e non abituale al fine di scambiare beni e/o servizi e creare nuova ricchezza; non sono considerabili attività imprenditoriali né quelle di mero godimento, né quelle speculative, illecite o delittuose e nemmeno quelle svolte da professionisti intellettuali o artisti. L'attività deve essere organizzata e ciò implica che l'impresa possa contare su un apparato di mezzi e persone ben strutturati, al fine di esercitare l'attività in maniera stabile e proiettata all'economia di mercato.

Il secondo comma dell'art. 1 l. fall. individua i c.d. requisiti di non fallibilità, attinenti la dimensione ed il valore d'indebitamento massimo che l'imprenditore commerciale deve allo stesso tempo soddisfare per non essere assoggettabile al fallimento o alla procedura di concordato preventivo: in particolare il

---

Così, con l'inizio del nuovo millennio, i tempi si fecero maturi per porre in essere una riforma integrale delle procedure concorsuali, inaugurando la stagione delle riforme della Legge Fallimentare. Per approfondire maggiormente l'argomento, si veda sul punto G. TINELLI, *Il regime fiscale del concordato preventivo,* in *Il diritto tributario delle procedure concorsuali e delle imprese in crisi,* a cura di F. PAPARELLA, Milano, Giuffrè Editore, 2013, pag. 858 e ss.

[317] In merito ai rapporti intercorrenti tra domanda di concordato preventivo e fallimento è intervenuta di recente, *ex pluris*, la sentenza della Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 15 maggio 2015, n. 9935 con la quale la Corte ha precisato che, in pendenza di una domanda di concordato preventivo, che sia esso ordinario o con riserva, non si può temporaneamente emettere sentenza di fallimento. La domanda di concordato e quella di fallimento sono dirette a regolare la medesima situazione di crisi, ma le due iniziative sono incompatibili tra loro, intercorrendo tra le medesime un rapporto di continenza. La Corte ha definitivamente chiarito che l'apertura della procedura di concordato preventivo impedisce, per tutto il periodo di pendenza della procedura e sino all'esito negativo di quest'ultima, la dichiarazione di fallimento (salvo non intervengano circostanze precise disciplinate *ex lege*). La Cassazione ha, inoltre, precisato che "*anche la mera presentazione della domanda di ammissione al concordato impedisca al tribunale di dichiarare il fallimento prima di pronunciarsi su tale domanda".* Prevale la regola della prevenzione, per cui l'ordinamento giuridico ha esaltato nel tempo la figura del concordato preventivo quale strumento atto a "*prevenire il fallimento attraverso una soluzione alternativa della crisi d'impresa, nonché del suo accentuato (dopo la riforma) carattere negoziale, con il quale risulterebbe difficilmente armonizzabile una soluzione che affidasse il coordinamento tra le procedure a una valutazione discrezionale del giudice":* in tal senso e per un approfondimento si veda S. BOCCAGNA*, Fallimento e concordato preventivo: -per le sezioni unite sovviene- la sopravvenienza c.d. qualitativa,* in *il Corriere giuridico*, n. 10, 2015, pag. 1284.

www.osservatorio.oicr.org

dispositivo della norma afferma che l'imprenditore per non subire le procedure deve dimostrare il contestuale rispetto dei seguenti requisiti dimensionali: (lett. a) "*aver avuto, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito della istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, un attivo patrimoniale di ammontare complessivo annuo non superiore ad euro trecentomila"* , (lett. b) "*aver realizzato, in qualunque modo risulti, nei tre esercizi antecedenti la data di deposito dell'istanza di fallimento o dall'inizio dell'attività se di durata inferiore, ricavi lordi per un ammontare complessivo annuo non superiore ad euro duecentomila"* ed infine (lett. c) "*avere un ammontare di debiti anche non scaduti non superiore ad euro cinquecentomila*"[318]. Rimangono, dunque, sottratti al rischio di subire la procedura concorsuali del fallimento e del concordato gli enti pubblici, anche qualora esercitino un'attività commerciale, i piccoli imprenditori[319], *ex* art. 2083 cod. civ. e gli imprenditori agricoli, *ex* 2135 cod. civ.

Un aspetto importante introdotto dal decreto correttivo del 2007 fu l'onere probatorio in capo all'imprenditore, il quale ha l'incombenza di dimostrare di rientrare nei paramenti qualitativi/quantitativi individuati al secondo comma dell'articolo 1l. fall. per non subire la procedura concorsuale.

Il presupposto oggettivo è invece disciplinato all'art. 160 l. fall. e prevede la possibilità di ricorrere a questo tipo di procedura per gli imprenditori che versino in stato di crisi od insolvenza. Si fa presente che secondo alcuni Autori, il riferimento introdotto dalla novella del 2006 circa l'insolvenza quale presupposto oggettivo per intraprendere un concordato preventivo insieme al generale stato di crisi, risulta "*una contraddizione lapalissiana e quasi*

[318] Il terzo comma del medesimo articolo sancisce che *"i limiti di cui alle lettere a), b) e c) del secondo comma possono essere aggiornati ogni tre anni con decreto del Ministro della giustizia, sulla base della media delle variazioni degli indici ISTAT dei prezzi al consumo per le famiglie di operai ed impiegati intervenute nel periodo di riferimento".*

[319] In riferimento alla categoria del "piccolo imprenditore", si fa presente che la nozione ad oggi non rileva più ai fini dell'applicazione delle procedure concorsuali. Al tempo, infatti, nacque una lunga diatriba, culminata con l'intervento del decreto correttivo, d.lgs. 169/2007: la precedente formulazione dell'art. 1 l. fall., in particolare, faceva riferimento alla nozione di piccolo imprenditore elaborata dal d.lgs. 5/2006, ridefinita appellandosi a criteri di natura quantitativa modellati sulla realtà economica ed imprenditoriale. In breve, prima del 2007, non erano considerati imprenditori piccoli coloro che esercitavano un'attività commerciale in maniera individuale, od anche collettiva, che anche alternativamente avessero effettuato investimenti aziendali per un valore superiore a 300 mila euro, con ricavi lordi per un ammontare complessivo annuo superiore a 200 mila euro. Rientrando nei suddetti parametri, non si era considerati piccoli imprenditori e, conseguentemente, si poteva subire una delle procedure concorsuali. Ciò detto, l'applicazione della nozione elaborata dal d.lgs. del 2006 creò confusione e incertezze interpretative: si era coordinata la normativa con quella fiscale, ma non si era data una consona risposta alla necessità di conciliare la definizione di piccolo imprenditore con quella rinvenibile nel codice civile, *ex* art. 2083 (sono considerati piccoli imprenditori "*i coltivatori diretti del fondo, gli artigiani, i piccoli commercianti e coloro che esercitano un'attività professionale organizzata prevalentemente con il lavoro proprio e dei componenti della famiglia"*), vista la non coincidenza dei parametri qualificativi/quantitativi utilizzati. Ecco perché si decise di eliminare qualsiasi riferimento alla nozione di piccolo imprenditore col successivo decreto correttivo, per cui, ad oggi, l'articolo individua una serie di requisiti che posseduti simultaneamente comportano la diretta esclusione dal rischio di fallire, senza passare attraverso la nozione di piccolo imprenditore.

www.osservatorio.oci.org

tangibile"[320] intercorrente tra il primo comma dell'art. 5 l. fall e l'ultimo comma dell'art. 160 della medesima disciplina: verrebbero a scontrarsi anche il carattere perentorio e deciso della prima disposizione, per cui "*l'imprenditore che si trova in stato d'insolvenza è dichiarato fallito",* e l'elasticità propria della seconda, per cui "*ai fini di cui al primo comma per stato di crisi si intende anche lo stato di insolvenza*"[321].

Il debitore, in ragione dello stato di malessere economico sofferto, deve proporre ai suoi creditori un piano di risanamento delle posizioni debitorie che può prevedere "a) *la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, anche mediante cessione dei beni, accollo, o altre operazioni straordinarie, ivi compresa l'attribuzione ai creditori, nonché a società da questi partecipate, di azioni, quote, ovvero obbligazioni, anche convertibili in azioni, o altri strumenti finanziari e titoli di debito; b) l'attribuzione delle attività delle imprese interessate dalla proposta di concordato ad un assuntore; possono costituirsi come assuntori anche i creditori o società da questi partecipate o da costituire nel corso della procedura, le azioni delle quali siano destinate ad essere attribuite ai creditori per effetto del concordato*"[322]*.* Nel piano di risanamento il debitore ha facoltà di prevedere "*la suddivisione dei creditori in classi secondo posizione giuridica e interessi economici omogenei"* e, conseguentemente, predisporre *"trattamenti differenziati tra creditori appartenenti a classi diverse*"[323]*.*

---

[320] Così P. PANNELLA, *La nuova frontiera dell'insolvenza,* <www.ilcaso.it>, pubblicato il 25 dicembre 2013, [ultima cons. aprile 2016].

[321] A ben dire, questa contraddizione in termini dipenderebbe dal carattere relativo che connota lo stato d'insolvenza, il quale sembrerebbe "*assumere caratteri diversi a seconda della procedura concorsuale nel quale lo stesso si appalesi"*, al punto che qualcuno (cfr. Castiello D'Antonio in Coordinamento dell'*Amministrazione straordinaria con le altre procedure di crisi,* in *La riforma dell'Amministrazione straordinaria*, Roma, 2000, pagg. 78 e ss.) ha individuato un'insolvenza c.d. "*buona*", vale a dire reversibile, ed una "*cattiva*", cioè definitiva nella sua irreversibilità. Sandulli saggiamente in "*L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato d'insolvenza*" (Torino 2006), afferma che: "*Le procedure concorsuali di cui lo stato d'insolvenza sia il presupposto, non trovano un limite alla loro operatività in quello stato, che può abbracciare ipotesi tra loro disparate, ma nella reale situazione aziendale e negli strumenti che la legge a ciascuna procedura concorsuale fornisce*". Così P. PANNELLA, *La nuova frontiera dell'insolvenza,* <www.ilcaso.it>, pubblicato il 25 dicembre 2013, [ultima cons. aprile 2016].

[322] Il decreto correttivo, d.lgs. 169/2007, previde che il piano di risanamento contemplasse la possibilità di soddisfare in maniera non integrale, bensì in percentuale, i crediti c.d. privilegiati, a condizione che il piano prevedesse inoltre "*la soddisfazione in misura non inferiore a quella realizzabile, in ragione della collocazione preferenziale, sul ricavato in caso di liquidazione, avuto riguardo al valore di mercato attribuibile ai beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione indicato nella relazione giurata di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'art. 67, terzo comma, lettera d). Il trattamento stabilito per ciascuna classe non può avere l'effetto di alterare l'ordine delle cause legittime di prelazione".* In ultima istanza l'articolo 160, quarto comma, ad oggi prevede la clausola di salvaguardia secondo il quale, in ogni caso, la proposta di concordato deve prevedere il pagamento di almeno il venti per cento dell'ammontare dei crediti chirografari, salvo il caso di concordato con continuità aziendale: disposizione introdotta tramite il d.l. d'urgenza n. 83/2015.

[323] Con la riforma del 2006 si è data la possibilità al debitore di predisporre il piano di concordato distinguendo i creditori secondo l'ordine tradizionale di privilegiati e chirografi, ovvero suddividendoli in classi determinate e prevedendo un trattamento differenziato a seconda della singola classe. Secondo orientamento giurisprudenziale consolidato (cfr. Tribunale di Modena, decr., 18 ottobre 2005) "*la divisione in classi operata dal debitore è un*

www.osservatorio.org

La natura cui inerisce il concordato preventivo è giudiziale, "*in quanto l'accordo dei creditori viene perfezionato nell'ambito di un procedimento pubblicistico e, necessita dell'omologazione del Tribunale, con l'effetto che diventa vincolante per tutti i creditori anteriori alla data di pubblicazione, presso il Registro delle imprese, del ricorso per concordato preventivo (art. 184, co. 1 l. fall.)"*[324]. È previsto inoltre l'intervento del Pubblico Ministero, che deve essere messo al corrente della proposta di modo da poter mettere in rilievo e tutelare l'interesse pubblico alla legalità e gli interessi dei creditori più deboli; il Pubblico Ministero, inoltre, è legittimato a chiedere il fallimento del debitore qualora si opponga alla sua proposta di concordato e ne ricorrano presupposti previsti per legge.
L'istituto *de quo* oltre a comportare alcuni significativi benefici al debitore, come *in primis* la possibilità di prevedere il risanamento dell'impresa secondo le modalità che ritiene più opportune, comporta alcune criticità di tipo operativo che concernono la complessità della procedura, l'assoggettamento della medesima alla vigilanza degli organi propri della procedura - in particolare al commissario giudiziale - e, non da ultimo, la necessità di predisporre entro un breve periodo la liquidità sufficiente a costituire il deposito giudiziale[325].

Fermo quanto *supra* affermato, riassumendo sinteticamente le fasi della procedura, si dirà che quest'ultima si compone innanzitutto della proposizione della domanda tramite ricorso da parte del debitore, rivolta al Tribunale del luogo ove ha la sede principale l'impresa interessata, art. 161 l. fall. (ovviamente il debitore deve soddisfare il presupposto soggettivo ed oggettivo richiesti dalla normativa di riferimento per poter accedere alla procedura)[326]. Subentra quindi la fase di controllo rimessa al Tribunale competente circa la documentazione predisposta, concedendo al debitore un termine non superiore a quindici giorni per apportare le necessarie modifiche al piano e produrre i documenti nuovi necessari, a' sensi dell'art. 162, 1 co., l. fall. A seguito della fase di controllo, il Tribunale in base al secondo comma dell'art. 162 l. fall., qualora non ricorrano i presupposti indicati agli articoli 160 e 161 l. fall., sentito il

---

atto negoziale di natura unilaterale e non vincolato nelle forme. Ciò comporta che il debitore dovrà enunciare nel proprio piano in materia precisa i criteri cui si è uniformato per l'inserimento dei creditori nelle rispettive classi", F. DI MARZIO, *Introduzione al concordato preventivo,* in L. GHIA, L. PICCININNI e F. SEVERINI*, Trattato delle procedure concorsuali. Il superamento della crisi e la chiusura delle procedure,* Milano, UTET Giuridica, 2011, pag. 280. Toccherà poi al Tribunale in sede di ammissione della proposta di concordato a valutare la correttezza dei criteri utilizzati per formare le classi.

[324] M. BANA, *Crisi e risanamento d'impresa: soluzioni stragiudiziali e concordatarie. Adempimenti e ruoli del professionista,* Torino, Eutekne, 2015, pag. 873.

[325] Per un approfondimento in questo senso, si cfr. M. BANA, *Crisi e risanamento d'impresa: soluzioni stragiudiziali e concordatarie. Adempimenti e ruoli del professionista,* Torino, Eutekne, 2015, pag. 875.

[326] Ai sensi dell'art. 161, la domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo, sottoscritta dal debitore, deve contenere in allegato una relazione aggiornata inerente la situazione patrimoniale, economica e finanziaria dell'impresa; lo stato analitico ed estimativo delle attività unitamente all'elenco dei creditori e dei loro relativi crediti; il valore dei beni e gli eventuali crediti dei soci illimitatamente responsabili; l'elenco dei titolari di diritti reali o personali su beni di proprietà o in possesso del debitore e, infine, un piano che illustri analiticamente le modalità ed i tempi con i quali si intende soddisfare la proposta. Oltre a ciò, il terzo comma dell'art. 161, stabilisce che la domanda di ammissione vada accompagnata dalla relazione di un professionista, designato dal debitore e rispondente a determinati requisiti determinati *ex lege*, che attesti la veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano presentato.

debitore in camera di consiglio, emette decreto motivato, non soggetto a reclamo, con cui dichiara inammissibile la domanda di concordato. Dichiarato inammissibile il ricorso, qualora il creditore ne faccia debita istanza, o il Pubblico Ministero richiesta, la medesima autorità giudiziaria è tenuta ad emettere la sentenza dichiarativa di fallimento, nel caso ricorrano i presupposti individuati agli articoli 1 e 5 della l. fall., quest'ultima sarà assoggettabile a reclamo.
Nell'ipotesi, viceversa, che il ricorso del debitore sia valutato ammissibile, il Tribunale dichiarerà a norma dell'art. 163 l. fall. l'apertura della procedura concordataria emettendo decreto motivato non reclamabile. Suddetto provvedimento giurisdizionale segna l'*incipit* dell*'iter* che caratterizza la seconda fase della procedura, nella sarà nominato tramite il medesimo decreto il giudice Delegato, con contestuale convocazione dei creditori "*non oltre centoventi giorni dalla data del provvedimento*" (il termine è stato elevato da 30 a 120 gg. dal d.l. 83/2015) e il commissario giudiziale, nel rispetto delle medesime disposizioni previste per la nomina del curatore fallimentare; sarà infine stabilito *"il termine non superiore a 15 gg. entro il quale il ricorrente deve depositare nella cancelleria del tribunale la somma pari al 50 per cento delle spese che si considerano necessarie per l'intera proceduta, ovvero la diversa minor somma, non inferiore al 20 per cento di tali spese, che sia determinata dal giudice".* Il terzo comma del medesimo art. 163 prevede che "*qualora non sia eseguito il deposito prescritto, il commissario giudiziale provvede a norma dell'art. 173, primo comma",* ossia revocando l'ammissione al concordato e dandone contestuale comunicazione al Pubblico Ministero ed ai creditori.

Il d.l. 83/2015 ha apportato alcune significative novità in riferimento alla procedura concordataria, perseguendo l'intento di agevolare la risoluzione della crisi d'impresa in luogo della sua liquidazione, attraverso soprattutto la possibilità di proseguire l'attività imprenditoriale e proiettando maggiormente la procedura giudiziale in sé in un contesto di concorrenza di mercato: per questo motivo, al quarto comma dell'art. 163 l. fall. è disciplinata la possibilità per i creditori di presentare una propria proposta di concordato, concorrente rispetto quella avanzata dal debitore concorsuale e da votare contestualmente a quest'ultima in sede di adunanza[327]. Sotto questo medesimo aspetto, il d.l. citato ha introdotto, inoltre, la possibilità di ricorrere alla c.d. finanza interinale nell'ipotesi di concordato in continuità aziendale, fornendo la possibilità di

[327] Il comma in oggetto, in particolare dispone che "*uno o più creditori che, anche per effetto di acquisti successivi alla presentazione della domanda di cui all'articolo 161, rappresentano almeno il dieci per cento dei crediti risultanti dalla situazione patrimoniale depositata ai sensi dell'articolo 161, secondo comma, lettera a), possono presentare una proposta concorrente di concordato preventivo e il relativo piano non oltre trenta giorni prima dell'adunanza dei creditori. Ai fini del computo della percentuale del dieci per cento, non si considerano i crediti della società che controlla la società debitrice, delle società da questa controllate e di quelle sottoposte a comune controllo. La relazione di cui al comma terzo dell'articolo 161 può essere limitata alla fattibilità del piano per gli aspetti che non siano già oggetto di verifica da parte del commissario giudiziale, e può essere omessa qualora non ve ne siano".* La disciplina persegue la finalità di stimolare la concorrenza all'interno delle procedure concorsuali per tendere ad un miglior soddisfacimento dei creditori, unitamente al neo introdotto art. 163 *bis* per le "*offerte concorrenti*", che prevede l'obbligo da parte del Tribunale di attivare le ricerche di interessati all'acquisto "*disponendo l'apertura di un procedimento competitivo a norma delle disposizioni"* del medesimo articolo.

ricorrere sin dalle prime fasi di prenotazione ed apertura della procedura a finanziamenti prededucibili, funzionali a soddisfare urgenti necessità dovute alla continuazione dell'attività imprenditoriale[328].

A questo punto la procedura concorsuale è avviata e, *medio tempore*, il debitore mantiene l'amministrazione dei suoi beni per l'esercizio dell'impresa sotto la vigilanza del commissario giudiziale [prima che intervenisse la novella del 2006, era contemplato anche il controllo del giudice delegato, poi abolito al fine di agevolare e snellire la procedura], *ex* art. 167 l. fall., a differenza di ciò che avviene nel contesto fallimentare, ove lo spossessamento del debitore rappresenta il primo effetto giuridico conseguente all'instaurazione della procedura liquidatoria coattiva[329]. Al secondo comma del medesimo articolo è statuita la regola per cui, se si tratta di porre in essere atti di ordinaria amministrazione, non vi è la necessità di ottenere la preventiva autorizzazione da parte del giudice delegato, mentre viceversa, se gli atti che il debitore deve porre in essere concernono attività di straordinaria amministrazione, perché siano efficaci deve intervenire proprio l'autorizzazione del giudice delegato designato nel decreto di nomina. Tuttavia, il terzo comma sancisce anche la possibilità da parte del Tribunale di fissare un "*limite di valore al di sotto del quale non è dovuta l'autorizzazione"*, aderendo alla *ratio* di favorire e facilitare l'esecuzione della procedura evitando la perdita del valore produttivo dell'impresa commerciale. Le autorizzazioni si traducono in atti di volontaria giurisdizione, con la forma di decreto e si coglie l'occasione per ricordare che la natura di straordinaria amministrazione dipende dall'idoneità dell'azione d'incidere negativamente sul patrimonio del debitore, di modo da pregiudicarne la consistenza e compromettere il soddisfacimento dei creditori[330].

L'art. 168 l. fall. prevede che "*dalla data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese e fino al momento in cui il decreto di omologazione del concordato preventivo diventa definitivo, i creditori per titolo o causa anteriore non possono, sotto pena di nullità, iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore"*; la norma mira a cristallizzare la posizione dei creditori concorsuali e, impedendo loro di iniziare/proseguire azioni individuali, ambisce a preservare l'integrità del patrimonio per garantire la *par condicio creditorum* nel soddisfacimento dei crediti concorsuali.

---

[328] Nel medesimo solco si inserisce il dispositivo dell'art. 182 *septies*, che introduce il c.d. "*accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*", ove l'accordo di ristrutturazione mira a supportare le aziende particolarmente esposte nei confronti degli istituti bancari e la convenzione moratoria mira a dilazionare il complessivo ammontare del debito nei confronti del ceto bancario, anche nel caso in cui, non oltre il 25% di suddetti istituti di credito, vi si oppongano.

[329] Per quanto concerne la prosecuzione dell'attività d'impresa è importante sottolineare che quest'ultima è portata avanti dall'imprenditore anche nel caso in cui sia stata prevista la cessione dei beni ai creditori e, per tale ragione, il debitore rimane l'unico soggetto passivo d'imposta, destinatario di tutti gli obblighi fiscali dipendenti dalla prosecuzione dell'attività in sé, anche in riferimento a quelle attività poste in essere dalla figura del liquidatore, il quale si sostituisce all'imprenditore solo per svolgere la finale attività liquidatoria *de qua*.

[330] Si precisa che gli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione posti in essere dal debitore concordatario sprovvisti della necessaria autorizzazione sono colpiti da inefficacia relativa, in quanto il vizio esplica i suoi effetti in favore dei soli creditori presenti anteriormente alla presentazione della proposta di concordato, rimanendo atti di per sé validi nei confronti dei terzi.

A' sensi dell'art. 173 l. fall., l'ammissione al concordato preventivo può essere revocata durante lo svolgimento della stessa procedura, qualora il commissario giudiziale si accerti che "*il debitore ha occultato o dissimulato parte dell'attivo, dolosamente omesso di denunciare uno o più crediti, esposto passività insussistenti o commesso altri atti di frode, deve riferirne immediatamente al tribunale, il quale apre d'ufficio il procedimento per la revoca dell'ammissione al concordato, dandone comunicazione al pubblico ministero e ai creditori. La comunicazione ai creditori è eseguita dal commissario giudiziale a mezzo posta elettronica certificata ai sensi dell'articolo 171, secondo comma".* Al termine di suddetto procedimento, il Tribunale provvede con decreto e, su istanza del creditore o richiesta del Pubblico Ministero, solo dopo aver accertato la sussistenza dei presupposti previsti *ex lege*, dichiara il fallimento dell'impresa emettendo contestuale sentenza reclamabile; in base al terzo comma dell'art. 173 l. fall., il medesimo procedimento si applica anche qualora il debitore compia atti di straordinaria amministrazione non autorizzati dal giudice delegato o comunque diretti a frodare le ragioni dei creditori ed, inoltre, "*se in qualunque momento risulta che mancano le condizioni prescritte per l'ammissibilità del concordato".*

Giunti a questo punto dell'*iter* procedurale, la proposta di concordato così formulata necessita di essere approvata dall'adunanza dei creditori secondo le modalità regolamentate al capo IV della l. fall., art. 174: "*L'adunanza dei creditori è presieduta dal giudice delegato. Ogni creditore può farsi rappresentare da un mandatario speciale, con procura che può essere scritta senza formalità sull'avviso di convocazione. Il debitore o chi ne ha la legale rappresentanza deve intervenire personalmente. Solo in caso di assoluto impedimento, accertato dal giudice delegato, può farsi rappresentare da un mandatario speciale. Possono intervenire anche i coobbligati, i fideiussori del debitore e gli obbligati in via di regresso"*. Il momento dell'adunanza, dunque, consta di due fasi, delineate all'interno dell'art. 175 l. fall.: in un primo momento il commissario ha il compito di illustrare, oltre al contenuto della sua relazione, la proposta definitiva del debitore, nonché le eventuali proposte concorrenti dei creditori; successivamente si discuterà in merito all'ammissibilità ed alla convenienza della proposta, lasciando lo spazio per eventuali osservazioni/contestazioni da parte dei creditori, al quale il debitore concorsuale può replicare. Nella seconda fase dell'adunanza, "*vengono sottoposte a votazione tutte le proposte presentate dal debitore e dai creditori, seguendo, per queste ultime, l'ordine temporale del loro deposito*". In ragione dell'assenza nella procedura di concordato preventivo di una fase giurisdizionale preventiva di verifica dei crediti e dei relativi creditori, operando il giudizio del giudice delegato limitatamente all'ammissibilità del credito o meno, l'individuazione degli aventi diritto a partecipare è rimessa al debitore, il quale, tramite deposito del ricorso in cancelleria fallimentare, deve inoltre adoperarsi per depositare l'elenco nominativo dei creditori, con rispettivi crediti ed eventuali cause di prelazione, elenco che al massimo verrà passato al vaglio dal commissario giudiziale, sulla scorta delle scritture contabili per attestare la corrispondenza con l'elenco fornito dal debitore insolvente. Durante l'espletamento della fase di adunanza non può essere eseguita apposita istruttoria e, per tale ragione, il

www.osservatorio.oci.org

provvedimento emesso dal giudice delegato di epilogo, sarà il prodotto delle risultanze degli atti documentali predisposti.

Conclusa l'adunanza, del quale si redigerà apposito verbale, saranno definitivamente individuati i creditori che potranno partecipare di diritto alla votazione e di conseguenza saranno decisi i valori delle maggioranze da ottenere per l'approvazione del piano di concordato[331]. In base al primo comma dell'art. 177, "*il concordato è approvato dai creditori che rappresentano la maggioranza dei crediti ammessi al voto. Ove siano previste diverse classi di creditori, il concordato è approvato se tale maggioranza si verifica inoltre nel maggior numero di classi*"[332].

Nel caso non fossero raggiunte le maggioranze richieste *ex lege*, "*il giudice delegato ne riferisce immediatamente al tribunale"*, il quale provvederà *ipso facto,* con decreto motivato non soggetto a reclamo, a dichiarare inammissibile la proposta di concordato, in base al secondo comma dell'art. 162 l. fall.[333]; al decreto di improcedibilità può seguire la dichiarazione di fallimento se ne ricorrono i presupposti agli articoli 1 e 5 l. fall. e qualora un creditore o il Pubblico Ministero ne facciano apposita richiesta (art. 179 l. fall.). Il secondo comma dell'art. 179 l. fall. prende in considerazione l'ipotesi in cui il commissario giudiziale rilevi, dopo la già avvenuta approvazione del piano di concordato, mutate "*condizioni di fattibilità"* del medesimo piano: in questo caso il commissario giudiziale deve renderne edotti i creditori affinché possano costituirsi nel giudizio di omologazione e modificare il voto precedentemente espresso. La valutazione circa l'idoneità ad incidere o meno sulla riuscita del piano dell'evento sopravvenuto resta di competenza del commissario, mentre subito dopo in sede di omologazione tocca al Tribunale verificare la fattibilità della medesima proposta concordataria[334]. In ogni caso la *ratio* sottesa al

[331] Secondo l'art. 176, 2 co., "i *creditori esclusi possono opporsi alla esclusione in sede di omologazione del concordato nel caso in cui la loro ammissione avrebbe avuto influenza sulla formazione delle maggioranz*e".

[332] L'articolo prosegue nel delineare le regole riguardanti la votazione e la qualificazione della maggioranza e a tal proposito si osserva che con il d.l. 83/2015 sono state modificate le regole di adesione, abbandonando il criterio della "tacita adesione" e prevendendo all'ultimo comma dell'art. 178 che "*i creditori che non hanno esercitato il voto possono far pervenire lo stesso per telegramma o per lettera o per telefax o per posta elettronica nei venti giorni successivi alla chiusura del verbale. Le manifestazioni di voto sono annotate dal cancelliere in calce al verbale".*

[333] Il decreto di improcedibilità è espressamente dichiarato non reclamabile in base all'art. 162 l. fall., ma la dottrina a tal proposito ha espresso forti perplessità per la riaffermata non reclamabilità del provvedimento, ribadita con la riforma del 2006 e successivamente del 2007. L'autore Ferro a riguardo afferma che tale previsione "*se era comprensibile nel sistema originario in cui alla inammissibilità o improcedibilità si accompagnava necessariamente la dichiarazione di fallimento, appare meno logicamente congrua nel sistema riformato - ed ancor meno in quello corretto nel 2007 - in cui la dichiarazione di fallimento è solo eventuale".* M. FERRO, *La legge fallimentare,* Padova, 2011, Pluris – Wolters Klumer Italia, pag. 149.

[334] L'introduzione del secondo comma tramite il d.l. 22 giugno 2012, n. 83 non ha eliminato le perplessità sorte nella giurisprudenza di legittimità circa l'esistenza del potere d'ufficio del Tribunale di sindacare nel merito la proposta di concordato, vale a dire della fattibilità del piano sia in sede di giudizio di ammissione alla procedura, sia nel seguente giudizio di omologazione, andando a potenziare il voto dei creditori all'interno della procedura, dando un taglio ancora più marcatamente privatistico all'istituto in sé. Inoltre, secondo Fabiani, *"l'innesto del 2° comma nell'art. 179 l. fall. segni, definitivamente, per il futuro che solo i creditori, modificando il voto, possono incidere indirettamente sull'esito del giudizio di omologazione. E d'altra parte non si*

www.osservatorio.net

secondo comma dell'art. 179 l. fall. è quella di garantire, dopo l'adunanza e sino al giudizio di omologazione, che la formazione del consenso espresso tramite l'esercizio del diritto di voto da parte dei creditori, sia improntata alla consapevole ed adeguata informazione.

Nell'eventualità che, viceversa, il piano di concordato venga approvato in seguito alla votazione (art. 180 l. fall.), "*il giudice delegato riferisce al tribunale il quale fissa un'udienza in camera di consiglio per la comparizione delle parti e del commissario giudiziale, disponendo che il provvedimento venga pubblicato a norma dell'articolo 17 e notificato, a cura del debitore, al commissario giudiziale e agli eventuali creditori dissenzienti*". Il Tribunale, qualora non siano proposte opposizioni, "*verifica la regolarità della procedura e l'esito della votazione",* dopodiché omologa il concordato tramite decreto motivato non assoggettabile a gravame[335]*.* L'art. 180, oltre a contenere l'intera regolamentazione del giudizio di omologazione, "*segna il passaggio dal modello della causa ordinaria a quello del procedimento in camera di consiglio, caratterizzato dalla previsione in capo al tribunale del potere di acquisizione d'ufficio delle informazioni e prove necessarie per la pronuncia"*[336]*.* Il decreto di omologazione va pubblicato a norma dell'art. 17 l. fall ed è provvisoriamente esecutivo; spetterà al commissario giudiziale darne puntuale notizia ai creditori.

L'autorità giudiziaria può concludere la procedura respingendo la proposta di concordato, "*su istanza del creditore o su richiesta del pubblico ministero"* e, accertati preventivamente i presupposti richiesti *ex lege,* dichiarare il fallimento del debitore "*con separata, sentenza emessa contestualmente al decreto"*[337]*.*

Giunti a questo punto*,* l'art. 181 l. fall. disciplina la chiusura della procedura: "*La procedura di concordato preventivo si chiude con il decreto di omologazione ai sensi dell'articolo 180. L'omologazione deve intervenire nel termine di nove mesi* - il termine è stato elevato a nove mesi in sede di conversione del d.l. 83/2015, ad opera della l. 132/2015 - *dalla presentazione del ricorso ai sensi dell'articolo 161; il termine può essere prorogato per una sola volta dal tribunale di sessanta giorni".* Anche in questo caso il provvedimento emesso ha la forma di decreto, non più sentenza, in ossequio alle esigenze di speditezza del procedimento, e avrà contenuto "vincolato", nel senso che il Tribunale ha, alternativamente, la possibilità di omologare il

---

vede perché mai, se i creditori non si lamentano del peggioramento delle condizioni di fattibilità, debba essere il Tribunale a negare l'omologazione". M. FABIANI*, Riflessioni precoci sull'evoluzione della disciplina della regolazione concordata della crisi d'impresa,* <www.ilcaso.it>, 2012, pag. 19, [ultima cons. aprile 2016].

[335] Nel caso in cui siano state proposte opposizioni, il Tribunale dovrà provvedere ad assumere i necessari mezzi istruttori richiesti dalle parti, ovvero d'ufficio.

[336] M. R. GROSSI, *La riforma della legge fallimentare,* Torino, 2005, Pluris – Wolters Klumer Italia, pag. 292. Il mutamento del rito con l'emissione del decreto motivato in luogo della sentenza, è la risposta alla necessità di maggiori celerità, nell'ottica generale di rapida emersione della crisi d'impresa per favorire l'accesso a quegli strumenti giuridici alternativi alla dichiarazione di fallimento che mirano a recuperare il valore produttivo dell'azienda versante in condizioni di difficoltà economica.

[337] Può accadere, anche se raramente, che il rigetto della domanda di omologazione della proposta di concordato non sia accompagnata dalla sentenza di fallimento, ad esempio quando le difficoltà sofferte dall'impresa non siano di entità tale da condurre all'insolvenza, ma semplicemente alla crisi. In questi casi ciò che segue il decreto motivato di rigetto a livello giuridico sarà il ritorno *in bonis* dell'impresa.

www.osservatorio.oci.org

concordato o rigettarne la contestuale domanda di omologazione, "*non potendo modificare in alcun modo il contenuto della proposta*"[338]. Anche il provvedimento emesso in questo caso è provvisoriamente esecutivo (art. 180, co. 5 l. fall.) e non è assoggettabile a reclamo, qualora non siano state proposte opposizioni. Ciò che preme sottolineare è che il decreto emesso dal Tribunale non funge da giudicato riguardo "*l'esistenza, entità e rango dei diritti dei creditori, i quali mantengono il diritto di chiedere l'accertamento del credito e delle eventuali cause di prelazione che assiste il credito con le forme del giudizio ordinario*"[339].

Il primo effetto cui tende il decreto motivato *ex* art. 181 l. fall. è di natura processuale e comporta la chiusura del procedimento di omologazione, rendendo il patrimonio del debitore di fatto insensibile alle pretese dei creditori giunti successivamente all'instaurazione del giudizio di omologazione.

Concluso il giudizio di omologazione, il controllo operato dal commissario resta limitato agli atti resi necessari dall'esecuzione della proposta di concordato e l'effetto giuridico *in primis* connaturato alla convalida del concordato è l'esdebitazione[340] (che tuttavia rimane condizionata al tipo di proposta presentata): "*il patrimonio passa dall'avere funzione di garanzia a diventare mezzo di pagamento*"[341] e, qualora il modello contemplato preveda la continuità dell'attività aziendale, comporterà la possibilità per l'imprenditore di tornare nella disponibilità del proprio patrimonio, gestendo l'azienda senza la supervisione dell'organo di controllo, il commissario, e senza la preventiva necessità di richiedere apposita autorizzazione al giudice delegato per gli atti di

[338] M. FABIANI e G. B. NARDECCHIA, *Formulario commentato della legge fallimentare,* Milano, 2007, Pluris – Wolters Klumer Italia, pag. 1678.

[339] Risulta oramai pacifico che il decreto di omologa non costituisca giudicato circa l'accertamento e la natura dei crediti; a riguardo si cfr. la sentenza Cass. Civ., 25 settembre 2014, n. 20298 e G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo,* Milano, 2002, Pluris – Wolters Klumer Italia, pag. 648.

[340] L'istituto dell'esdebitazione trova applicazione solo nei confronti del fallito in quanto persona fisica ed è emblematico per cogliere la diversa concezione del fallimento introdotta tramite la riforma organica delle procedure concorsuali, ad opera del d.lgs. 5/2006: il fallimento, infatti, non è più visto come una sanzione inflitta al debitore, quanto piuttosto come "*uno strumento di pura e semplice regolazione dei rapporti debitore-creditori suscettibile di tradursi addirittura in un 'vantaggio' per il debitore",* così A. NIGRO e D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, Bologna, 2014, pag. 276. Con il termine esdebitazione, prima della riforma, si faceva riferimento all'effetto giuridico conseguente all'esecuzione degli obblighi dipendenti dal fallimento da parte del debitore ed era necessario fare un'apposita istanza; oggi "*l'esdebitazione esplica i suoi effetti sulla situazione patrimoniale del debitore concedendo, a ricorrere di determinate condizioni, la liberazione dei debiti residui nei confronti dei creditori concorsuali non soddisfatti",* permettendo al fallito la possibilità di rimuovere del tutto i segni tangibili dovuti al fallimento (anche perché è prettamente impossibile in sede di fallimento adempiere integralmente a tutti i debiti, non potrebbe essere un fallimento altrimenti) così R. GUIDOTTI, *L'esdebitazione del fallito: profili sostanziali*, in *Contratto e Impresa*, n. 4, 2015, pag. 1074 e ss. Dunque, ad oggi, il fallito in quanto persona fisica è liberato dai residui debiti non onorati integralmente, tramite lo stesso decreto che dichiara la chiusura del fallimento o anche tramite decreto emesso su istanza del debitore entro un anno dalla chiusura della procedura, *ex* art. 143 l, fall.; la struttura dell'istituto in ogni caso è stata pensata affinché non siano possibili comportamenti distorsivi del debitore insolvente in danno ai creditori.

[341] Così G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo,* Milano, 2011, Pluris – Wolters Klumer Italia, pag. 630.

www.osservatorio231.org

straordinaria amministrazione, ferma restando la vigilanza operata da suddetti organi in merito all'esecuzione del concordato[342].

4.1 *Il concordato preventivo liquidatorio e con continuità aziendale*

Analizzata la procedura di concordato in generale, si passerà ora ad illustrare le forme che può assumere la procedura in sé, delineando le figure di concordato c.d. "liquidatorio" e "con continuità aziendale".

Per quanto concerne, *in primis*, la procedura di concordato liquidatorio, il riferimento normativo è individuato all'art. 160, co. 1 della legge fallimentare, ove è previsto che il piano presentato dal debitore possa prevedere "*la ristrutturazione dei debiti e la soddisfazione dei crediti attraverso qualsiasi forma, anche mediante la cessione dei beni*". L'espressione "cessione dei beni" si riferisce all'azione di dismissione del patrimonio del debitore al fine di soddisfare i creditori mediante il ricavato derivante della loro vendita. Non è presente all'interno della normativa originaria del '42 una specifica definizione del procedimento di liquidazione all'interno del concordato preventivo, *ipso facto* è necessario ricorrere a riferimenti esterni alla legge fallimentare per cogliere il senso della funzione di riparto satisfatorio, in particolare all'art. 1977 cod. civ.[343] Premesso ciò, "*la liquidazione nel concordato preventivo è una fase del procedimento indotta dalla cessione di beni a favore della massa dei creditori. Essa consiste in un procedimento tecnico-giuridico-economico che ha l'obiettivo di convertire lo stato dei beni con originarie caratteristiche di indivisibilità.* […] *La liquidazione è quindi un procedimento che conduce al riparto di liquidità tra i creditori*"[344]. L'art. 182 l. fall., rubricato "*cessioni*", ne disciplina l'*iter* procedurale ed è stato completamente riformulato dal decreto correttivo 169/2007, sopperendo agli innumerevoli problemi emersi nel tempo nella prassi applicativa, costituendo questo tipo di concordato preventivo la forma più largamente utilizzata per regolamentare la crisi d'impresa. In base a suddetto articolo, si comprende come la liquidazione costituisca uno "*strumento attraverso il quale il debitore mette a disposizione della massa il patrimonio (i beni)*"[345]. Ciò detto, nel caso non sia già stabilito nella proposta concordataria

[342] Per un approfondimento in merito, si cfr. S. AMBROSINI, *L'omologazione del concordato*, Bologna, 2014, Pluris – Wolters Klumer Italia, pag. 50.

[343] "*La cessione dei beni ai creditori*" è la rubrica dell'art. 1977 cod. civ., ove viene data la seguente definizione: "*La cessione dei beni ai creditori è il contratto col quale il debitore incarica i suoi creditori o alcuni di essi di liquidare tutte o alcune sue attività e di ripartirne tra loro il ricavato in soddisfacimento dei loro crediti*". Sebbene il dispositivo di cui all'art. 160, co. 1 ne tragga diretta ispirazione, se ne differenzia, al contempo, in quanto il seguente art. 1984 cod. civ., prevede che il debitore sia liberato dai debiti nei limiti in cui è avvenuto il soddisfacimento dei creditori attraverso la cessione; all'interno dell'ipotesi di concordato liquidatorio, invece, la cessione dei beni produce l'esdebitazione, ossia un effetto giuridico a spettro più ampio, decretando la liberazione del debitore, in seguito alla cessione, anche in riferimento a quei crediti rimasti insoddisfatti.

[344] F. DI MARZIO, *Introduzione al concordato preventivo,* op. cit., pag. 549.

[345] F. DI MARZIO, *Introduzione al concordato preventivo,* op. cit., pag. 549.

www.osservatorio.oci.org

da parte del debitore, il Tribunale dispone in merito alle modalità della liquidazione, predisponendo, in ogni caso, un sistema di organi funzionali a quest'ultima. Nel decreto di omologazione, infatti, sono nominati "*uno o più liquidatori e un comitato di tre o cinque creditori per assistere alla liquidazione*", con il compito di conseguire la ripartizione delle liquidità ottenute in seguito alla cessione dei beni alla massa dei creditori (*ex* art. 182 l. fall.). Per i liquidatori, in particolare, valgono le stesse disposizioni statuite in riferimento alla figura del curatore, circa il profilo soggettivo, l'accettazione e la revocabilità, la responsabilità, il compenso e il rendiconto della gestione finale[346].

Si può tranquillamente affermare che "*il concordato preventivo con cessione dei beni rimette al debitore una ampia gamma di scelte che tutte debbono essere contenute nel progetto e nella proposta concordataria, laddove poi la esecuzione di esse, anche se configurata ed ispirata da strumenti di diritto privato, ritorna in un alveo più tipicamente pubblicistico e viene almeno parzialmente sottratta alla disponibilità delle parti originarie*"[347]. Nonostante, dunque, la procedura concordataria sia giunta al suo epilogo con l'atto di omologa, *ex* art. 181 l. fall., rimangono parzialmente attive le figure protagoniste nelle precedenti fasi, quali il giudice delegato ed in particolare il commissario giudiziale, che svolgeranno compiti di controllo nella fase di esecuzione del concordato medesimo.

Il concordato e la sua conseguente fase di liquidazione non sono predefiniti nelle loro modalità, ma "*caratterizzati dalla atipicità della cessione*"[348], nel senso che è data la possibilità al debitore di prevedere una moltitudine di formule variegate nella domanda di concordato, al punto di prevedere anche la possibilità di sceglie se cedere l'intero asse patrimoniale dell'azienda, ovvero provvedere alla liquidazione, ad esempio, dei soli beni non funzionali alla prosecuzione dell'attività d'impresa, o facenti parte di più rami dell'azienda[349].

Circa il soddisfacimento dei creditori, l'art. 4 del d.l. 83/2015, convertito poi nella L. 6 agosto 2015, n. 132, è intervenuto modificando l'art. 160 l. fall., introducendo nello specifico il quarto comma, ove si prevede obbligatoriamente che "*in ogni caso la proposta di concordato deve assicurare il pagamento di*

[346] Stupisce, tuttavia, notare come non siano state previste apposite disposizioni normative in riferimento ai compiti, poteri e funzioni riconducibili alla figura del liquidatore, nonostante egli ricopra all'interno della procedura un ruolo fondamentale e di estrema importanza; si è preferito ripiegare, infatti, sulle disposizioni previste per la figura del curatore e del commissario giudiziale.

[347] F. DI MARZIO, *Introduzione al concordato preventivo,* op. cit., pag. 549.

[348] P. PERRINO, *La liquidazione dei beni nel fallimento e nel concordato preventivo mediante cessione*, in *G. Commerciale*, 2009, n. 4, pag. 680 e ss.

[349] Secondo certa giurisprudenza, la cessione dei beni *de quo* non può essere di tipo parziale, in quanto violerebbe il principio di responsabilità patrimoniale, *ex* art. 2740 cod. civ.: sarebbe ammissibile, difatti, unicamente nel caso di un concordato che abbia la finalità di mantenere in vita l'impresa, non trovando alcuna ragione di essere nel caso di un concordato di tipo liquidatorio, il quale sottende la *ratio* di favorire il soddisfacimento dei creditori sull'intero patrimonio del debitore. In questo senso si cfr. la sentenza della Corte di Appello di Roma, 5 marzo 2013, nel quale si afferma*: "La cessione parziale dei beni ai creditori è ammissibile solamente nell'ambito di un concordato che favorisca la conservazione dell'impresa; essa non può, pertanto, essere prevista in un concordato esclusivamente liquidatorio ove i creditori devono potersi soddisfare sull'intero patrimonio del debitore, così come previsto dall'articolo 2740 c.c.".* Fonte: Pluris - Wolters Kluwer Italia. Sul punto la giurisprudenza non è pacifica, si veda a riguardo, *ex* adverso, la sentenza del Tribunale di Mantova, 9 ottobre 2014.

www.fisseriario.org

almeno il venti per cento dell'ammontare dei crediti chirografari", previsione esplicitamente esclusa nel caso si tratti di un'ipotesi di concordato con continuità aziendale[350]; il mancato rispetto della soglia di soddisfacimento da poco introdotta, comporta la dichiarazione di inammissibilità della proposta[351].
Prima che fosse introdotto il vincolo del 20%, l'orientamento giurisprudenziale in riferimento alla possibilità di dichiarare la risoluzione in caso inosservanza delle soglie di soddisfacimento non era pacifico, vi erano, infatti, due orientamenti principali e contrapposti. La componente da tenere unitamente in considerazione è l'influenza negativa che l'attuale periodo di crisi economica ha esercitato sulla riuscita del piano concordatario che prevede la cessione dei beni: non di rado, infatti, è accaduto che le stime di soddisfacimento attese non siano state raggiunte a causa soprattutto dell'effetto svalutativo esercitato dalla medesima crisi sul mercato immobiliare. Dunque, parte della giurisprudenza sosteneva non si dovesse dar luogo alla dichiarazione di risoluzione per inadempimento del concordato, basandosi sulla pronunzia della Cassazione a Sezione Unite 23 gennaio 2013, n. 1521, secondo cui "*il mancato raggiungimento delle percentuali promesse non può mai costituire motivo di risoluzione, in quanto l'obbligazione del debitore si esaurisce nell'impegno a mettere a disposizione i beni ai creditori liberi da vincoli che ne impediscano la cessione o ne diminuiscano il valore*"[352]. La Corte in quell'occasione chiarì

[350] Si coglie l'occasione per precisare che l'introduzione di suddetta condizione risponde alla volontà di contrastare una pratica largamente diffusa, abusiva del diritto e lesiva nei confronti degli interessi dei creditori, che vedeva ammesse proposte di concordato con percentuali di soddisfacimento prossime allo zero. La giurisprudenza nel tempo si è infatti assestata sull'orientamento secondo il quale non può ammettersi una proposta di concordato che presenti percentuali di soddisfacimento risibili: già prima dell'introduzione della novella del 2015, *ut supra*, il Tribunale di Roma con decreto del 16 aprile 2008, respingeva in quanto "*irragionevole e senza causa*" una proposta concordataria che prevedeva la percentuale di soddisfacimento dei creditori chirografari pari allo 0,03%, non potendosi considerare come offerta di pagamento, anche parziale; per il Tribunale di Milano, decreto del 28 ottobre 2011, la proposta di soddisfacimento dei creditori non deve presentare percentuali irrisorie, ribadito anche dal Tribunale di Rovigo, decreto del 3 dicembre 2013 e dal Tribunale di Monza, decreto del 2 ottobre 2013; così confermato da ultimo, *ex plurimis*, dal Tribunale di Firenze, decreto del 8 gennaio 2016, secondo il quale la proposta di concordato preventivo deve rispettare la previsione di pagamento della soglia del 20% introdotta con il d.l. 83/2015. Fonte: Pluris - Wolters Kluwer Italia.

[351] In questo senso, *ex multis*, Tribunale di Asti, decr. 11 febbraio 2016, il quale ha dichiarato inammissibile una domanda di concordato preventivo in quanto irrispettosa dei requisiti indicati agli articoli 160 e 161 l. fall., "*rivelando in particolare che, pur trattandosi di concordato liquidatorio, la proposta non ha assicurato il pagamento di almeno il 20 % dell'ammontare dei crediti chirografari, né ha indicato l'utilità specificamente individuata ed economicamente valutabile che il proponente è obbligato ad assicurare a ciascun creditore*", fonte: G. DONGIACOMO, *concordato liquidatorio: la proposta deve comunque assicurare il pagamento del 20% dei crediti chirografari*, in *Pluris - Wolters Kluwer Italia,* pubblicato il 21 marzo 2016, [ultima cons. maggio 2016]. Il Magistrato della Corte di Cassazione Dongiacomo, inoltre, osserva come la portata delle innovazioni introdotte con la L. 132/2015 non sia del tutto chiara: per quel che concerne il quarto comma *de quo*, "*il problema* [consta] *di stabilire quale sia la corretta interpretazione dell'espressione 'deve assicurare il pagamento', non essendo, in effetti, chiaro quale sia il significato tanto del verbo 'assicurare', quanto del termine 'pagamento'".* In questo senso cfr. il Tribunale di Firenze, decr. 8 gennaio 2016.

[352] Sul punto, *ex plurimis*, si cfr. la sentenza della Cassazione 14 marzo 2014, n. 6022, ove si afferma che *"nel concordato con cessione dei beni l'imprenditore assume l'obbligo di porre a disposizione dei creditori l'intero patrimonio dell'impresa e non di garantire il pagamento dei*

inoltre che il sindacato sulla proposta e correttezza delle indicazioni, circa la misura di soddisfacimento offerta ai creditori, non era di competenza del giudice delegato, in quanto, all'epoca dei fatti, il vincolo della percentuale non era prescritta da nessuna norma di legge.
L'orientamento contrapposto sosteneva, viceversa, fosse possibile risolvere il concordato, anche prima della scadenza del termine, tutte le volte in cui, in base ad una prudente valutazione del giudice, fosse emerso che le somme ricavabili dalla cessione dei beni non sarebbero state sufficienti nemmeno a soddisfare una minima parte dei crediti chirografari. Anche quest'ultimo orientamento trasse le sue conclusioni dalla pronuncia della Cassazione a Sezioni Unite succitata, rilevando in particolare che la *ratio* cui inerisce l'istituto del concordato preventivo è il superamento della crisi dell'azienda assicurando il soddisfacimento dei debiti, il quale potrà avvenire in forma non integrale, ma non irrisoria.
Proprio a causa dell'instaurarsi della prassi scorretta che vedeva omologati concordati preventivi con soglie di soddisfacimento prossime allo zero, il Legislatore decise di introdurre il vincolo della soglia del 20 %, *ex* art. 160, co 4.
L'inciso del quarto comma, inoltre, utilizza il termine "*pagamento*", dando definitiva connotazione "remunerativa" all'istituto in sé, il quale, *ipso facto,* non potrà più prevedere - come un tempo - alcuna forma diversa dal pagamento in denaro della percentuale prevista *ex lege* al fine di ottenere il soddisfacimento dei creditori in caso di concordato liquidatorio; rimane totalmente svincolato da suddetto obbligo il concordalo in continuità aziendale, esplicitamente escluso dall'inciso del comma in oggetto.

***

Un'altra tipologia di concordato preventivo è quella che prevede la prosecuzione dell'attività aziendale in seguito alla chiusura della procedura di omologazione. Il riferimento normativo è l'art. 186 *bis*, "*concordato con continuità aziendale*", introdotto ad opera del c.d. decreto sviluppo, d.l. 2012, n. 83, recante "*Misure urgenti per la crescita del Paese",* convertito poi nella L. 2012, n. 134[353]. Questa fattispecie costituì la novità più importante del medesimo decreto, che all'epoca era già conosciuta a livello di prassi e permessa dal punto di vista strettamente giurisdizionale, per via delle ampie libertà concesse all'imprenditore dall'articolo 160 l. fall., il quale prevede che la soddisfazione dei crediti e la ristrutturazione dei debiti possa avvenire in "*qualsiasi forma*".

---

crediti in misura percentuale prefissata a meno di un'espressa previsione del senso". Fonte: Pluris - Wolters Kluwer Italia.

[353] *Ad colorandum,* il decreto legge diede espressa previsione di legge a questa forma di concordato preventivo, per recepire quella che oramai era divenuta prassi diffusa già con le disposizioni legislative previgenti, sulla scorta delle considerazioni elaborate da dottrina e dalla giurisprudenza. Ciò a riprova del fatto che il Legislatore prediligeva e puntava a rafforzare - come fa tuttora - le soluzioni giuridiche della crisi d'impresa che permettono il recupero dell'azienda in crisi, con un'immediata denuncia della situazione di dissesto, scongiurando così il fallimento. L'ipotesi, *ipso facto*, trova la sua ragion d'essere soprattutto in caso di aziende, o rami della medesima, che meritano di essere salvate per il valore produttivo intrinseco, tale da lasciar presumere un ritorno *in bonis* dell'impresa.

www.osservatorio.oci.org

L'elemento cardine che emerge dal dispositivo dell'articolo è che l'attività commerciale propria dell'impresa in stato di crisi/insolvenza venga in ogni caso portata avanti: la prosecuzione deve essere formalizzata nel piano di concordato proposto. Mentre in un primo momento, prima dell'introduzione dell'articolo 186 *bis,* la continuazione aziendale era contemplata solo in riferimento alla prosecuzione da parte dell'imprenditore in crisi dell'attività, c.d. continuità soggettiva, dopo il Decreto sviluppo mutò la prospettiva generale, passando dalla centralità della meritevolezza dell'imprenditore - con la staticità riferita ai suoi debiti - alla meritevolezza del complesso aziendale - con la dinamicità tipica del recupero del ciclo produttivo e dei flussi finanziari -[354].
L'autore Patti sostiene che la continuità dell'attività costituisca un valore da tutelare solo nel caso in cui la sua interruzione comporti una riduzione del valore del patrimonio dell'impresa, pregiudicando gli interessi dei creditori: la continuità aziendale non costituirebbe un valore in sé, quanto piuttosto uno strumento a favore del ceto creditorio, da tutelare solo nel caso in cui il complessivo valore aziendale diminuisca a causa della sua interruzione[355].

Non sono mancate critiche all'istituto *de quo* proprio in riferimento agli interessi dei creditori, dal momento in cui il debitore, che è soggetto insolvente, deve accantonare una parte delle sue risorse al fine di far proseguire l'attività aziendale, posticipando di conseguenza il maggior soddisfacimento dei creditori; la natura del concordato preventivo in continuità aziendale, però, concerne proprio la possibilità di offrire al ceto dei creditori un soddisfacimento maggiore per mezzo della stessa prosecuzione dell'attività, la quale consentirà un ritorno economico superiore, a dispetto della liquidazione immediata dell'impresa.

La nozione di continuità aziendale al quale ci si riferisce, riprende quella contenuta nel documento 570 elaborato dalla Commissione paritetica per il principio di revisione sulla continuità aziendale, che la Consob ha deliberato venga adottata anche dalle società di revisione; nello specifico, la nozione tratta dal succitato documento implica che l'impresa "*sia in grado di continuare a svolgere la propria attività in un prevedibile futuro, senza che vi sia né l'intenzione, né la necessità di metterla in liquidazione, di cessare l'attività o di assoggettarla a procedure concorsuali come previsto dalla legge o dai regolamenti.* [La tenuta della contabilità avverrà] *in base al presupposto che*

[354] In questo senso si cfr. G. TERRANOVA, *Il concordato con continuità aziendale e i costi dell'intermediazione giuridica,* in *Diritto Fallimentare,* 2013, n. 1, pag. 3.

[355] A. PATTI, *Il contratto di affitto d'azienda nel concordato preventivo con continuità,* in *Fallimento,* 2014, n. 2, pag. 191 e ss.; l'Autore risalta, inoltre, le preposizioni utilizzati nella rubrica dell'articolo di riferimento, 186 bis l. fall., ove si parla di concordato "*con*" continuità aziendale e non "*in*" continuità aziendale, mettendo così in luce il senso della prosecuzione dell'attività quale mezzo per raggiungere l'obiettivo principale della conservazione dei valori organizzativi dell'azienda in crisi, che può essere raggiunto in modo diretto tramite la prosecuzione da parte dell'imprenditore in prima persona, indiretto tramite un terzo, o misto ove la continuazione è solo uno dei mezzi per preservare i valori organizzativi, insieme alla liquidazione dei beni non funzionali alla medesima. Di questo parere è anche L. STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale,* in *Fallimento,* 2013, n. 2, pag. 1229, che mette in luce in particolar modo il differente peso che assume la prosecuzione dell'attività nella procedura di amministrazione straordinaria, ove, a differenza del concordato preventivo in continuità aziendale, la continuità è tutelata come valore in sé, anche quando è contrario agli interessi dei creditori.

www.osservatorio.org

l'impresa sia in grado di realizzare le proprie attività e far fronte alle proprie passività durante il normale svolgimento dell'attività aziendale"[356].

Il primo comma dell'articolo 186 *bis* descrive i casi in cui si ha un concordato preventivo in continuità aziendale, ossia*: "Quando il piano di concordato di cui all'articolo 161, secondo comma, lettera e) prevede la prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore, la cessione dell'azienda in esercizio ovvero il conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società, anche di nuova costituzione, si applicano le disposizioni del presente articolo. Il piano può prevedere anche la liquidazione di beni non funzionali all'esercizio dell'impresa*"[357]*.* Qualora, dunque, il piano preveda una delle tre ipotesi di concordato in continuità, il debitore deve produrre in allegato, a' sensi del secondo comma del medesimo articolo, "*un'analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato, delle risorse finanziarie necessarie e delle relative modalità di copertura e la relazione del professionista di cui all'articolo 161, terzo comma, deve attestare che la prosecuzione dell'attività d'impresa prevista dal piano di concordato è funzionale al miglior soddisfacimento dei creditori".*

La prosecuzione dell'attività aziendale è soggetta ad alcune disposizioni specifiche proprie di questa tipologia di concordato preventivo, le quali prevedono la possibilità di prevedere una moratoria sino ad un anno dall'omologazione *"per il pagamento dei creditori muniti di privilegio, pegno o ipoteca, salvo che sia prevista la liquidazione dei beni o diritti sui quali sussiste la causa di prelazione. In tal caso, i creditori muniti di cause di prelazione di cui al periodo precedente non hanno diritto al voto"* (lett. c, 2 co.); si riferiscono, inoltre, alla continuità contrattuale (3 co.), alla disciplina da rispettare per la conclusione di nuovi contratti pubblici (commi 4 e 5) e infine al pagamento da effettuare alle condizioni indicate dai creditori anteriori strategici (art. 182 *quinquies,* 4 co.), unitamente ad una serie di altre regole di carattere generale.

Per quanto concerne la continuità aziendale *de qua*, come si è accennato poc'anzi, sono tre le tipologie espressamente individuate *ex lege,* ossia: la diretta continuazione dell'attività da parte del debitore, la cessione dell'azienda in esercizio, ovvero "*il conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società, anche di nuova costituzione*". Secondo certa Dottrina, l'elenco non sarebbe tassativo "*dovendo ritenersi sussistente la prosecuzione dell'attività anche qualora l'impresa sia attribuita a una diversa società mediante scissione e, comunque, in tutti i casi in cui si abbia continuità anche se in modo parziale,*

---

[356] Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e Consiglio Nazionale dei Ragionieri, Commissione paritetica per i principi di revisione, Documento n. 570*, Continuità aziendale,* pubblicato ottobre 2007, <www.commercialisti.it>, [ultima consultazione maggio 2016].

[357] Quest'ultima terza ipotesi, in particolare, individua il caso di concordato preventivo c.d. "misto", ove, oltre alla prosecuzione dell'attività d'impresa, è prevista la "*liquidazione dei beni non funzionali all'esercizio dell'impresa".* La liquidazione dei beni convive con la prosecuzione dell'attività e non contrasta con la finalità perseguita di tutelare il valore produttivo dell'azienda qualora, in base ad un giudizio di compatibilità, risulti che la stessa cessione sia idonea a garantire un beneficio alla prosecuzione dell'attività, non arrecandole pregiudizio; la cessione può interessare, infatti, beni che non giovano la stessa prosecuzione, o può riguardare unicamente la proprietà dei beni, preservando la disponibilità di quest'ultimi ai fini del prolungamento dell'attività.

www.osservatorio.oci.org

in relazione solo ad un ramo aziendale, nonché quando la continuità aziendale sia mantenuta a livello ridotto di attività"[358].

Circa le tre modalità di prosecuzione dell'attività, la più controversa risulta l'affitto d'azienda, che secondo alcuni non sarebbe da tenere in considerazione per la prosecuzione aziendale, la quale sussisterebbe solo nel caso di attività diretta da parte dell'imprenditore insolvente: con l'affitto dell'azienda accade che l'imprenditore che concede in affitto l'azienda, si limita a percepirne il canone affittuario; di conseguenza, il rischio concernente la prosecuzione aziendale ricadrebbe unicamente sull'affittuario, non toccando i creditori concordatari nel caso sia previsto un canone in misura fissa, non parametrato sull'andamento dell'attività; in questo caso perderebbe senso l'obbligo di prevedere analiticamente l'indicazione dei costi e dei ricavi attesi con la continuazione aziendale, l'indicazione delle risorse necessarie e delle relative coperture, nonché l'attestazione del professionista che la prosecuzione persegue ed è funzionalmente necessaria ad ottenere un miglior soddisfacimento dei creditori, in base agli oneri *ex* 2 co., art. 186 *bis*[359].

Un secondo indirizzo, viceversa, ritiene perfettamente riconducibile nell'alveo delle ipotesi della continuità aziendale, individuate *ex lege*, anche la gestione c.d. indiretta dell'azienda, compiuta attraverso l'affitto, puntualizzando che qualora il canone sia previsto in misura variabile, ovvero fissa, e non sia garantito sufficientemente, si rende necessario un piano prospettico circa la gestione e l'andamento ricollegabile all'affittuario. Questa seconda corrente di pensiero ha messo in evidenza come il debitore conservi in ogni caso la qualità di imprenditore, quindi l'onere della tenuta delle scritture contabili - seppur in maniera semplificata -; inoltre, essendo tipizzata *ipso iure* questa possibilità di concordato in continuità con cessione dell'azienda, ove l'imprenditore-cedente perde sostanzialmente la qualità di imprenditore, il carattere emblematico del concordato preventivo è da ricondurre unicamente nella prosecuzione dell'attività[360].

---

[358] Così L. STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale,* op.cit., pag. 1222. A tal proposito, il Tribunale di Mantova nel 2014 qualificò come concordato in continuità aziendale quello che prevedeva una scissione parziale della società in concordato, con assegnazione alla società preesistente dei beni della proponente e soddisfazione dei creditori mediante il reddito generato dalla nuova impresa, con inoltre la liquidazione dei beni non funzionali alla prosecuzione dell'attività e incasso dei relativi crediti.

[359] In tal senso si cfr. per la dottrina F. DI MARZIO, *Affitto d'azienda e concordato in continuità,* <www.ilfallimentarista.it>, fonte Pluris - Wolters Kluwer Italia e D. GALLETTI, *il concordato in continuità e le nuove regole sui rapporti pendenti,* <www. unijuris.it>*,* fonte Pluris - Wolters Kluwer Italia. Per la giurisprudenza, *ex multis*, Tribunale di Ravenna, decr. 22 ottobre 2014 e Tribunale di Busto Arsizio, decr. 1 ottobre 2014.

[360] In tal senso si cfr. per la dottrina A. PATTI, *Il contratto di affitto d'azienda nel concordato preventivo con continuità,* op. cit., pag. 191 e ss. e L. STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale,* op.cit., pag. 1222 e ss. Per la giurisprudenza, si cfr. *ex plurimis* il Tribunale di Bolzano, decr. 27 febbraio 2013; Tribunale di Firenze, decr. 19 marzo 2013 e Tribunale di Cuneo, decr. 31 ottobre 2013, fonte: Pluris - Wolters Kluwer Italia. La massima emessa dal Tribunale di Monza, decr. 11 giugno 2013, afferma che *"il contratto di affitto d'azienda non è di per se stesso incompatibile con il concordato con continuità aziendale, purché l'affittuario, seppur sotto la condizione sospensiva d'omologazione della proposta concordataria, si impegni ad acquistare i beni affittati e quest'acquisto, cui è collegato l'incasso delle somme da destinare al pagamento dei creditori concordatari, intervenga entro un tempo massimo non superiore a*

www.assemblee.org

Per quel che concerne le disposizioni previste in riferimento agli oneri documentali del debitore insolvente, la *ratio* sottesa all'integrazione di quest'ultimi consta della preoccupazione del Legislatore che la prosecuzione dell'attività possa determinare un aggravio del disavanzo già sofferto dall'impresa: per questa ragione è chiesto all'imprenditore che presenta la proposta di concordato di integrare la medesima con un'analitica indicazione dei costi e dei ricavi attesi dalla prosecuzione dell'attività, nonché delle risorse finanziarie che si rendono necessarie e delle relative coperture ipotizzate per il futuro di prosecuzione aziendale. Le suddette indicazioni devono attenersi a ipotesi inscenate concretamente realizzabili, con l'individuazione di obiettivi sostenibili dal punto di vista economico e finanziario, verificabili con a supporto le indicazioni in dettaglio attinenti l'attività e motivate nella scelta delle azioni da porre in essere nell'esecuzione del piano[361]. Riprendendo Fabiani, occorre, quindi, "*predisporre un piano industriale che contempli la prosecuzione dell'attività per un arco di tempo che consenta di svolgere previsioni ragionevoli, funzionali all'acquisizione delle risorse necessarie*"[362]; in difetto di queste indicazioni analitiche, che costituiscono il presupposto del concordato preventivo con continuità aziendale, il concordato medesimo non può essere qualificato come tale.

La richiesta di allegare, inoltre, la relazione di un professionista indipendente che attesti l'effettiva utilità della prosecuzione dell'attività per il miglior soddisfacimento dei creditori, risponde sempre dell'esigenza di tutela nei confronti di questi ultimi[363].

Il punto focale attorno al quale gravita l'istituto del concordato preventivo con continuità aziendale è l'incremento quantitativo e qualitativo del soddisfacimento del ceto creditorio: indi per cui, prima di tutto, andrà verificato comparatisticamente se la prosecuzione comporti un "*miglior soddisfacimento*" - come prescrive l'art. 186 *bis* - degli interessi dei creditori o no, in vista di un risultato migliore attraverso l'ipotesi meramente liquidatoria del concordato[364].

---

quello di un'ordinaria liquidazione, pena la mancanza della causa concreta della domanda di concordato e la sua conseguente inammissibilità". Fonte: Pluris - Wolters Kluwer Italia.

[361] In questo senso, per un approfondimento: G. CONVINO e L. JEANTET, *Il concordato con continuità aziendale: linee guida e sindacato del Tribunale nella fase ammissiva,* <www.ilfallimentarista.it>, [ultima cons. maggio 2016].

[362] M. FABIANI, *Concordato preventivo,* in SCIALOJA-BRANCA-GALGANO, *Commentario del codice civile e codici collegati,* Bologna, De Nova, 2014*,* pag. 201. Una recente pronunzia del Tribunale di Monza, ha decretato il 13 febbraio 2015 che il concordato con continuità aziendale, in merito alla proposta, è catalogabile come concordato con garanzia e, di conseguenza, comporta "*l'obbligo del debitore di assicurare ai creditori una percentuale certa di soddisfazione dei loro crediti*". Fonte: Pluris - Wolters Kluwer Italia.

[363] A riguardo si rileva che il Tribunale di Ravenna il 19 agosto 2014 ha ritenuto ammissibile un concordato in continuità temporanea, ossia volto a eseguire unicamente singoli progetti o contratti che comportassero risultati favorevoli ai creditori "*sotto forma di incasso di somme, ma anche di conservazione del valore degli assets aziendali, in vista di una successiva liquidazione o cessione a terzi"* sempre nell'ottica di un miglior soddisfacimento dei creditori. Fonte: Pluris - Wolters Kluwer Italia.

[364] Stanghellini, in merito al compito del professionista e al contenuto della relazione che questi deve stilare, osserva che le prospettive riportate non debbono essere assolutamente veritiere, quanto piuttosto attendibili nei dati che riportano, raffigurando concrete e ragionevoli probabilità che la prosecuzione dell'attività dell'impresa in crisi sia funzionale e strategica per un maggior soddisfacimento dei creditori; così L. STANGHELLINI, *Il concordato con continuità aziendale,*

www.osservatorio.oci.org

La prosecuzione dell'attività deve essere diluita in un tempio ragionevole, che non si dilunghi oltre i 4/5 anni: "*la dilatazione dei tempi* [infatti] *è stata giudicata incompatibile con l'esigenza di garantire un riequilibrio*"[365].

Il Decreto Sviluppo n. 83/2012 ha inserito nella legge fallimentare la previsione di una nuova fattispecie di reato, di cui all'articolo 236 *bis,* concernente proprio le false attestazioni e relazioni demandate ai professionisti, sicché, "*il professionista che nelle relazioni o attestazioni di cui agli artt. 67, terzo comma, lett. d), 161, terzo comma, 182 bis, 182 quinquies e 186 bis espone informazioni false ovvero omette di riferire informazioni rilevanti, è punito con la reclusione da due a cinque anni e con la multa da 50.000 a 100.000 euro".* Il secondo comma integra la fattispecie di reato, inoltre, stabilendo che "*se il fatto è commesso al fine di conseguire un ingiusto profitto per sé o per altri, la pena è aumentata. Se dal fatto consegue un danno per i creditori la pena è aumentata fino alla metà".* Tale previsione mira a responsabilizzare la figura del professionista, rafforzando il suo ruolo, al fine di tendere ad una gestione della crisi efficace: la relazione stilata dal professionista, infatti, fornisce le informazioni necessarie ai creditori perché possano votare consapevolmente la convenienza o meno della proposta di concordato loro presentata, unitamente all'indispensabile, e ancor più importante, relazione stilata da parte del commissario giudiziale, soggetto terzo *inter partes*, che garantisce la neutralità e affidabilità dei dati raccolti, non essendo soggetto ad incarico da parte del debitore concordatario.

Merita un accenno la possibilità del debitore prevista ai sensi dell'art. 161, 6 co. l. fall., di presentare una domanda di concordato con riserva, detto anche concordato "in bianco",: l'articolo in particolare dispone la possibilità per il debitore di *"depositare il ricorso contenente la domanda di concordato unitamente ai bilanci relativi agli ultimi tre esercizi e all'elenco nominativo dei creditori con l'indicazione dei rispettivi crediti, riservandosi di presentare la proposta, il piano e la documentazione di cui ai commi secondo e terzo entro un termine fissato dal giudice, compreso fra sessanta e centoventi giorni e prorogabile, in presenza di giustificati motivi, di non oltre sessanta giorni",* al fine di garantire un migliore soddisfacimento dei creditori rispetto la proposta presentata nei termini ordinari*.* Il comma venne introdotto dall'art. 33 del d.l.

---

op.cit., pag. 1222 e ss. Deve, in sostanza, avvenire una comparazione tra il piano configurato nella proposta, con i risultati da esso attesi, rispetto un'altra situazione altrettanto realizzabile, alternativa alla prosecuzione dell'attività, ossia il concordato preventivo liquidatorio.
La giurisprudenza in merito all'attestazione ha osservato che questa, "*risolvendosi in una valutazione sulla realizzabilità di eventi futuri, non può non scontare margini di incertezza o ipoteticità, al punto che una asseverazione che attestasse, senza margine di dubbio alcuno, la realizzabilità di un piano concordatario potrebbe addirittura apparire sospetta. Ciò che rileva, tuttavia, è il modo con il quale gli eventi futuri e incerti vengono contemplati e valutati dall'asseveratore";* la valutazione deve tendere alla "verosimiglianza" dei dati riportati: così Tribunale di Roma, decr. 25 luglio 2012, fonte: Pluris - Wolters Kluwer Italia.

[365] In questo senso, *ex plurimis*, Tribunale di Monza, decr. 2 ottobre 2013; in riferimento alla durata quinquennale della prosecuzione aziendale, il Tribunale di Forlì nella pronuncia del 18 giugno 2014 ha osservato che "*la durata quinquennale del piano rientra nei limiti massimi entro cui è possibile effettuare l'attestazione, secondo i principi contabili, e nel contempo consente di formulare un giudizio di fattibilità della proposta di concordato tramite la verifica dell'effettiva realizzabilità della causa concreta, da intendersi come obiettivo specifico perseguito dal procedimento",* fonte: Pluris - Wolters Kluwer Italia.

www.osservatorio.org

83/2012, successivamente modificato dall'art. 82 del d.l. 69/2013, è rappresenta una opportunità molto importante, "*in quanto consente al debitore di beneficiare immediatamente della protezione del proprio patrimonio, in virtù dell'operatività - per effetto della pubblicazione, presso il Registro delle imprese, del ricorso per concordato preventivo presentato in Tribunale, e sino all'omologazione - del divieto, posto in capo ai creditori, di iniziare o proseguite azioni esecutive o cautelari (art. 168 co. 1 l. fall.)*"[366]. Secondo la Dottrina prevalente, la contemporanea presenza delle due fattispecie è ammissibile, soprattutto in riferimento alla "*creazione di una condizione di trasparenza, di controlli e di certezza di regole sulla gestione operata dal debitore, in considerazione della sua naturale coerenza con l'indiscussa proseguibilità dell'attività di impresa anche dopo la presentazione di una domanda con riserva e la sua esplicita previsione per il caso di richiesta di autorizzazione di pagamento di crediti anteriori a norma dell'art. 182 quinquies, quarto comma, l. fall.*"[367].

La disposizione normativa di riferimento, art. 186 *bis*, non dispone alcuna precisazione circa l'esecuzione del concordato, sicché si è stabilito che, dopo l'omologazione del concordato, la società rientri nella disponibilità del debitore, il quale deve operare secondo le disposizioni contenute nel piano, con la conseguenza che sia per gli atti di ordinaria amministrazione, che per quelli di straordinaria, non è necessaria alcuna autorizzazione da parte del Tribunale, mentre gli atti che si discostano dal piano non sono ammessi proprio perché contrari alla proposta approvata dai creditori[368].

Concludendo, l'ultimo comma dell'art. 186 *bis* disciplina l'ipotesi di revoca del concordato ai sensi dell'art. 173 l. fall. da parte del Tribunale in sede di controllo: così, l'ammissione alla procedura di concordato può essere revocata qualora "*l'esercizio dell'attività d'impresa cessa o risulta manifestatamente dannosa per i creditori",* fatta salva la facoltà del debitore di modificare la proposta di concordato. Parte della Dottrina ritiene che nell'ultimo inciso dell'articolo sia disciplinato un "*penetrante controllo giudiziale di merito, che sopravanza gli stessi creditori"* (considerato anche il richiamo dell'art. 173 l. fall., e non del 179 l. fall.), nonostante questi ultimi siano i diretti interessati della dannosa prosecuzione dell'attività aziendale, controllo rimesso *"al rapporto dialettico processuale tra commissario giudiziale e il tribunale, come avviene per tutte le forme di revoca dell'ammissione del concordato",* ma della facoltà di valutare il merito della procedura concorsuale da parte dell'organo giudiziale si parlerà compiutamente nei prossimi capitoli[369]. In ogni caso il danno deve

[366] M. BANA, *Crisi e risanamento d'impresa: soluzioni stragiudiziali e concordatarie. Adempimenti e ruoli del professionista,* op. cit., pag. 889.

[367] A. PATTI, *Il contratto di affitto d'azienda nel concordato preventivo con continuità,* op. cit., pag. 191 e ss. e dello stesso parere è A. PENTA, *Il concordato preventivo con continuità aziendale: luci ed ombre,* in *Rivista di diritto fall.,* 2012, I, pag. 673 e ss., mentre diversamente la pensa Lamanna, il quale sostiene che il concordato con continuità aziendale possa esistere solo e a partire dal momento in cui il debitore ricorrente deposita in Tribunale la proposta e il relativo piano definitivi. F. LAMANNA, *La problematica relazione tra pre-concordato e concordato con continuità aziendale alla luce delle speciali autorizzazioni del Tribunale,* in <*www.ilfallimentarista.it*>*,* pubblicato il 26 novembre 2012, [ultima cons. maggio 2016].

[368] Cosi il Tribunale di Padova, decr. 11 dicembre 2014, fonte Pluris - Wolters Kluwer Italia.

[369] R. AMATORE, *Concordato con continuità aziendale e requisiti di ammissibilità,* in <*www.ilfallimentarista.it*>*,* pubblicato il 6 settembre 2013, [ultima cons. maggio 2016]. Per la giurisprudenza, *ex multis*, Tribunale di Firenze, decr. 7 agosto 2013 che ha revocato

essere manifesto, ossia deve essere incontrovertibile che la prosecuzione dell'attività cagioni maggiori danni ai creditori rispetto ciò che deriverebbe dalla liquidazione immediata della medesima[370].

5. Della natura giuridica del concordato preventivo: l'istituto prima e dopo le riforme

Come si ha già avuto modo di osservare, nell'ultimo decennio gli interventi legislativi in campo fallimentare si sono avvicendati ad un ritmo frenetico: il diritto fallimentare è divenuto una sorta di cantiere aperto, in costante assetto di riforma, ciò soprattutto in seguito alla violenta crisi economica - e non solo - che dagli Stati Uniti d'America si è abbattuta sul continente europeo. Per questo motivo, la natura eminentemente liquidatoria cui ineriva la Legge Fallimentare del 1942 ha ceduto il posto alla nuova tendenza conservatrice dell'impresa, alla luce della rinnovata interpretazione che fa della crisi "*uno dei possibili e fisiologici esiti*"[371] dell'attività dell'imprenditore: l'obiettivo perseguito - qui lo si ripete - in seguito all'esponenziale incremento del numero di fallimenti, è divenuto favorire la rapida emersione dello stato di malessere covato dall'azienda, di modo da intervenire quanto prima e scongiurare la sua decozione attraverso l'adozione di "*soluzioni di composizione idonee a favorire, per quanto possibile, la conservazione dei valori aziendali, altrimenti destinati ad un inevitabile quanto inutile depauperamento*"[372]. Dunque, si è passati da una prospettiva prettamente di estromissione dal mercato dell'azienda, ad una prospettiva che mira al suo risanamento al fine di mantenerla in vita ed attiva.

In un contesto siffatto, il Legislatore ha puntato a facilitare, *in primis*, l'accesso degli imprenditori versanti in difficoltà all'istituto giuridico che per eccellenza si contrappone all'effetto liquidatorio del fallimento, vale a dire il concordato preventivo: l'istituto, infatti, ha subito parecchi interventi modificativi ed è stato inoltre arricchito tramite l'innesto di nuove disposizioni volte ad accentuare ancor di più la sua natura conservatrice dell'attività produttiva.

Partendo da queste premesse e volendo offrire una panoramica dell'evoluzione subita dell'istituto che *ivi* ci interessa, si partirà con l'illustrare gli estremi della disputa che da sempre interessa i cultori del diritto e la giurisprudenza, concernente la natura giuridica del concordato preventivo[373]: sia l'impianto originario del concordato preventivo risalente al '42, sia quello fuoriuscito dal decennio di riforme che lo hanno interessato dal marzo 2005 ad

---

l'ammissibilità di un concordato dopo che era stato riscontrato, tramite l'ausiliario nominato, che la prosecuzione stava producendo perdite non recuperabili.

[370] In tal senso A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve alla legge fallimentare,* Padova, Cedam, 2013, pag. 1330.

[371] Espressione della Corte di Cassazione: Cass. Civ., sez. Unite, sentenza 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Pluris - Wolters Kluwer Italia*.

[372] Cass. Civ., sez. Unite, sentenza 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Pluris - Wolters Kluwer Italia*.

[373] Per un approfondimento in tal senso, si cfr. G. LO CASCIO, *Il concordato preventivo,* Milano, 2011, pag. 127 e ss.

www.osservatorio.org

oggi, si sono contraddistinti per il vivace dibattito instauratosi intorno alla summenzionata tematica, vendendo contrapposti i fautori della teoria "*contrattual-privatistica e i fautori della concezione processual-pubblicistica*"[374].
Nell'impianto normativo pre-riforma, la teoria processual-pubblicistica aveva riscontrato maggiori consensi e la stessa giurisprudenza di rilievo si era assestata sul medesimo orientamento[375]; a conferma di quanto esposto, si cita il passo della sentenza a Sezioni Unite della Corte di Cassazione 23 gennaio 2013, n. 1521, dove testualmente nella parte motiva della decisione è riportato quanto segue: "*per quanto sin dalla sua introduzione si discutesse circa la natura dell'istituto del concordato preventivo, essendo questa connotata da profili rilevanti sia sul piano pubblicistico che su quello negoziale, non sembra si possa dubitare del fatto che la precedente disciplina fosse più solidamente ancorata ad uno schema di evidente stampo pubblicistico, in cui al giudice era affidato il compito del controllo di legalità e di merito della proposta*".

Con l'avvento del periodo di riforme, inaugurato come si è visto nel 2005 con il c.d. decreto competitività, d.l. 14 marzo 2005, n. 35, la prospettiva cominciò a mutare, proiettandosi verso l'orientamento che sosteneva la natura contrattual-privatistica del concordato preventivo: il pilastro portante dell'istituto venne spostato dalla figura dell'autorità giudiziaria, ai creditori, unitamente al debitore insolvente. Tramite il succitato intervento legislativo, dunque, si segnò il solco della strada che dal 2005 ad oggi ha portato al fenomeno della c.d. "degiurisdizionalizzazione" della procedura di concordato, per cui: la presenza dell'autorità giurisdizionale durante le tappe del procedimento ed il suo stesso controllo sono stati ridimensionati in favore della maggiore libertà concessa al debitore di risolvere la propria crisi d'impresa, unitamente alla possibilità per il ceto creditorio di scegliere in autonomia l'alternativa considerata più conveniente.
Il *fil rouge* che collega i diversi interventi di riforma conduce all'esaltazione del lato privatistico dell'istituto, a discapito dell'originaria natura pubblicista, fornendo al debitore insolvente ampi margini di discrezionalità circa le decisioni da porre in essere per risolvere la crisi con il miglior soddisfacimento dei

[374] L. ABETE, *La natura giuridica del concordato preventivo senza classi: prove minime di qualificazione,* <www.ipsoa.it>, pubblicato il 11 aprile 2014, [ultima cons. maggio 2016].
[375] A tal proposito, si cfr. la sentenza della Cassazione 15 gennaio 1985, n. 67, nella quale si affermò che la natura cui ineriva il concordato preventivo non poteva essere di tipo contrattualistico, non essendo il Tribunale, difatti, vincolato all'accettazione della proposta da parte dei creditori per il giudizio di omologazione del concordato medesimo. *Ex adverso*, la sentenza della Cassazione, più risalente, 20 luglio 1954, n. 2593, aveva optato per la natura contrattualistica dell'istituto *de quo*. *Apertis verbis,* risulta evidente come non ci fosse al tempo un orientamento pacifico e condiviso sulla natura della procedura concordataria, presentando questa aspetti sia pubblicistici, che privatistici. Tuttavia, nello schema di concordato preventivo elaborato dal Legislatore del 1942, le finalità erano certamente maggiormente processual-pubblicistiche ed il giudice aveva il compito di vigilare su ogni fase della procedura per garantire la *par condicio creditorum*, esprimere giudizi in merito alla convenienza delle operazioni prospettate per i medesimi e valutare la natura personale del debitore - giudizio sulla meritevolezza -, se riconducibile o meno alla figura dell'imprenditore "onesto ma sfortunato" (il concordato preventivo, difatti, al tempo rappresentava l'unico mezzo per l'imprenditore c.d. onesto ma sfortunato per evitare la completa distruzione della sua impresa, in danno all'economia).

www.osservatorio.org

creditori possibile[376]. Maggiore agilità e flessibilità sono stati assicurati all'istituto del concordato preventivo, accrescendo di conseguenza l'autonomia privata concessa alle parti, nell'equilibrio complessivo della procedura.

Orbene, si può affermare con certezza che, soprattutto nel procedimento di concordato preventivo e fallimentare, le riforme ideate dal Legislatore nell'ultimo decennio hanno condotto "*ad una sorta di 'retrocessione' della funzione giurisdizionale, lasciando ampi spazi alla dimensione pattizia*"[377].
Il controllo eseguito dell'organo giudiziario è stato affievolito in favore della più ampia autonomia delle parti, *ipso facto,* il debitore con la sua rinnovata libertà concernente la formulazione della proposta e i creditori che si assumono il rischio di valutarne la convenienza, sono i nuovi protagonisti indiscussi del concordato preventivo. I due "poli dialettici" che si contendono la gestione della crisi d'impresa, autonomia privata e sorveglianza del giudice, hanno assistito allo sbilanciamento del rapporto che da sempre li lega in favore della parte privata della procedura, in base alla relazione inversamente proporzionale: quindi, da una parte si è assistito ad un graduale ampliamento del raggio d'azione dell'imprenditore e del ceto creditorio, con il libero dispiegarsi della loro volontà; simmetricamente, viceversa, si è assistito ad un altrettanto progressivo arretramento della soglia d'intervento del giudice, passato dall'esperire un controllo integrato nel merito della procedura, ad un controllo legato alla legittimità della medesima

La *ratio* sottesa a questo cambio di prospettiva, si ricollega alla volontà del Legislatore di rendere più celere e snella la procedura in sé, rispondendo ai principi *ex* art. 111 della Costituzione, ove si connota il "giusto processo" con quello che ha "*durata ragionevole"*[378]. A tal proposito, la Suprema Corte, nella già menzionata sentenza a Sezioni Unite n. 1521/2013, sottolinea come i numerosi interventi susseguitesi in breve tempo e la natura degli stessi strumenti utilizzati - compresa la rubrica dei provvedimenti e le parole delle relazioni accompagnatrici - sono "*ispirati da esigenze di economicità, che si è inteso soddisfare recuperando moduli operativi già adottati in altri ordinamenti, e segnatamente facendo ricorso all'individuazione di misure idonee a snellire le*

[376] Sotto questo aspetto, l'autore Lo Cascio afferma: "*La riforma fallimentare introdotta nel 2005 e i successivi interventi che ne sono scaturiti sembravano avere schiuso l'accesso ad una diversa qualificazione giuridica del concordato, se non altro perché le premesse sulle quali si era fondato il rinnovamento normativo, avevano segnato un arretramento del potere giurisdizionale nel concorso collettivo ed un'espansione della posizione del debitore e dei creditori protesi verso la ricerca di una soluzione comune dell'insolvenza.* […] *L'imprenditore non è più obbligato a schemi legali preordinati, ma può ricorrere a qualsiasi mezzo che gli consenta di realizzare una soluzione privatistica della crisi imprenditoriale. Può chiedere l'ammissione al concordato preventivo, senza rivestire specifiche qualità personali, senza essere indenne da precedenti condotte penalmente perseguibili, o da stati soggettivi preclusivi della procedura e può suddividere i creditori in classi, secondo posizione giuridica ed interessi economici omogenei, stabilendo anche che i creditori assistiti da privilegio, pegno ed ipoteca alla presenza di determinate condizioni non siano soddisfatti integralmente".* G. LO CASCIO*, Concordato preventivo: natura giuridica e fasi giurisprudenziali alterne,* in *il Fallimento,* 2013, n. 5, pag. 525.

[377] F. DE SANTIS, *Sulla c.d. "degiurisdizionalizzazione" del concorso collettivo e sui limiti giudicati endofallimentari dopo le riforme,* in *Riv. Dir. Proc.,* 2008, n. 2, pag. 367.

[378] Nell'articolo della Costituzione menzionato si parla di giusto processo in riferimento a tre principali temi, quali: la ragionevole durata del processo, per l'appunto, la parità tra le parti e l'imparzialità del giudice, terzo rispetto queste ultime e l'oggetto della causa.

procedure esistenti, a valorizzare la posizione del giudice quale tutore del rispetto della legalità, a rafforzare il ruolo propositivo e decisionale delle parti, modifiche tutte che avrebbero dovuto eliminare (o quanto meno limare) dispersioni di ricchezze ed attribuire una maggiore flessibilità al mercato"[379].

Concludendo il discorso in merito alla natura privatistica del concordato, si può affermare che nella Dottrina classica "*le teorie contrattualistiche sono tanto risalenti quanto diffuse"*[380]. L'autore Di Marzio a tal proposito afferma: "*Nella dottrina sedimentatasi in materia possono dirsi prevalenti le teorie sulla natura negoziale dei concordati (non solo preventivo ma anche fallimentare). Esse descrivono queste procedure come contratti, o per lo meno individuano l'essenza del fenomeno concordatario in un contratto stipulato tra debitore e (massa dei) creditori"*[381]. Il tratto che accomuna le diverse versioni dell'orientamento più accreditato, dunque, risiede nella concezione del concordato giudiziale - non solo preventivo, ma anche fallimentare - quale "*accordo tra debitore e massa di creditori"*[382].

In tal senso, i creditori concorsuali acquistano autonomia propria tramite la "entificazione" della loro collettività, la quale diviene un vero e proprio nuovo soggetto giuridico, "*l'ente massa*"[383]; questo soggetto è autonomo rispetto le singole partecipazioni che hanno concorso a formarlo ed ha il compito di formulare il consenso, o dissenso, rispetto la proposta di concordato presentata, consenso che si ottiene tramite la deliberazione a maggioranza: in questi termini, il giudizio di omologazione da parte del Tribunale costituisce condizione legale di efficacia dell'accordo raggiunto[384].

---

[379] Gli interventi riformativi al quale la Corte si riferisce sono, in particolare: il d.l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito nella L. 14 maggio 2005, n. 80; il d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5; il d.lgs. 12 settembre 2007, n. 169 e, da ultimo, il d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito nella L. 7 agosto 2012, n. 134. Attraverso questi interventi normativi, riportando ancora una volta un passaggio della decisione della Corte di Cassazione nella sentenza a Sezioni Unite menzionata, "*il Legislatore ha inteso conferire* [una nuova prospettiva] *sia alla più rilevante procedura concorsuale, all'evidenza individuabile nel fallimento, che all'istituto del concordato preventivo";* in questo senso *"si pensi segnatamente al nuovo ruolo attribuito al giudice delegato, cui competeva dapprima di dirigere e vigilare le operazioni del curatore, mentre ora gli sono attribuite soltanto funzioni di vigilanza e controllo sulla procedura".*

[380] F. DI MARZIO, *Introduzione al concordato preventivo,* in L. GHIA, L. PICCININNI e F. SEVERINI, *Trattato delle procedure concorsuali. Il superamento della crisi e la chiusura delle procedure,* Milano, UTET Giuridica, 2011, pag. 218.

[381] *Ibidem.*

[382] *Ibidem.*

"Le maggioranze dei creditori […] *rappresentano la collettività dei creditori e ne esprimono legalmente la volontà. È questa la volontà di tutti i creditori, aderenti, dissenzienti, assenti ed anche ignoti. Non è però la sola volontà dei creditori - la quale si accorda con quella del debitore, accettandone le proposte - che costituisce di per sé il concordato. Proposte ed adesione formano il contratto giudiziale che richiede, per essere perfetto, un terzo elemento costitutivo: l'omologazione del tribunale".* In questo senso L. BOLAFFIO, *Il concordato preventivo secondo le sue tre leggi disciplinatrici,* Torino, Unione Tipografica-Editrice Torinese, 1932, pag. 114.

[383] Espressione di G. BONELLI, *Del fallimento,* III vol., Milano, F.lli. Vallardi, 1939, pag. 21 e ss.

[384] In questo senso, per approfondire il punto, si cfr. F. DI MARZIO, *Introduzione al concordato preventivo,* in L. GHIA, L. PICCININNI e F. SEVERINI, *Trattato delle procedure concorsuali. Il superamento della crisi e la chiusura delle procedure,* Milano, UTET Giuridica, 2011, pag. 220.

www.osservatorio.oci.org

Ferme restando le premesse di cui sopra, non sono mancate perplessità e critiche in riferimento alla teoria di tipo contrattualistico del concordato preventivo.
Sostenere che la natura giuridica che contraddistingue suddetta procedura è di tipo privatistico, infatti, non coglierebbe le sfumature essenziali del rito, tralasciando suoi aspetti peculiari.
Si parta dalla constatazione che il contratto è il mezzo principale con il quale si costituisce, modifica, cede o estingue un rapporto giuridico patrimoniale, "*fatti salvi i limiti di liceità e validità dell'accordo*. *In particolare, il credito dedotto in contratto può essere rinegoziato senza limitazione alcuna*"; *ex adverso*, la stessa situazione non è riscontrabile nel concordato preventivo, ove sono presenti determinati vincoli attinenti alla proposta, la quale, nonostante goda di un elevato grado di libertà circa il contenuto che può assumere, deve rispondere a precisi vincoli e condizioni di ammissibilità, soprattutto per quel che concerne il trattamento da riservare ai creditori. "*Queste condizioni di ammissibilità contribuiscono alla presentazione di questo istituto nell'ordinamento privatistico, dove si qualifica come 'procedura concorsuale'*. *La lampante differenza tra contratto e concordato è nel fatto che mentre il primo è determinato dal consenso, e dalla decisione di ciascun creditore esclusivamente sul proprio credito, invece il secondo è determinato dalla deliberazione a maggioranza, e dalla decisione della maggioranza su tutti i crediti concorsuali"*[385]*.* In poche parole, mentre il consenso è l'elemento emblematico del contratto, nel concordato vi è la possibilità che alcuni dissentano o restino assenti (il caso dei creditori concorsuali ma non concorrenti in quanto assenti), ciononostante il concordato obbliga tutti; questa obbligatorietà del contratto di concordato nei confronti anche dei creditori dissenzienti od assenti, veniva spiegata anticamente - prima dell'attuazione delle varie riforme - attraverso la presunzione, considerando consenzienti anche i creditori assenti, o come costretta dalla prevalente volontà della maggioranza, oppure utilizzando il modello della rappresentanza legale, secondo il quale la minoranza era rappresentata dalla maggioranza, o ancora per mezzo della figura del contratto processuale, ove l'omologazione apportata dal Tribunale supplirebbe alla non univoca volontà dei creditori. Tutte queste teorie, però, mettono in evidenza la mancata riflessione accurata circa la natura della volontà dei creditori non aderenti, rivelandosi insufficienti e contraddittorie. "*Queste posizioni* [infatti] *svalutano drasticamente il dato obiettivo e*

[385] F. DI MARZIO, *Introduzione al concordato preventivo,* op. cit., pag. 218, ove si continua a leggere che "*all'amplissima libertà conformativa del consenso si contrappone la contenuta libertà conformativa della deliberazione maggioritaria*, *a cui per la regola generale del concorso stabilita nell'art. 2741 cod. civ. sono sottratti sia il credito garantito che il trattamento incondizionatamente differenziato dei crediti chirografari*". Soprattutto per tal ragione è importante, secondo l'autore Di Marzio, cogliere la differenza che intercorre tra concordato e contratto, indagando approfonditamente quale sia la vera natura giuridica d'attribuire al primo e ove si collochi la linea netta che lo separa dal secondo. Questa necessità, oltre che dal lato teorico, è di fondamentale importanza anche nell'ambito pratico - come sostiene sempre Di Marzio riprendendo il pensiero dell'autore Bonsignori - in ragione della prassi instauratasi che ha "*cercato in ogni modo e in ogni tempo di forzare il testo normativo"*, a partire dall'articolazione, anche fantasiosa, del trattamento da riservare ai creditori concordatari. Si cfr. A. BONSIGNORI, *Concordato preventivo,* in *Commentario Scialoja-Branca,* (artt. 160-186), Bologna-Roma, 1979, pag. 138.

condizionante della struttura procedurale del concordato, e occultano la modalità decisoria di schietta conformazione procedurale prevista dalla legge: che è non il consenso contrattuale ma la deliberazione a maggioranza"[386].
Di Marzio a tal proposito mette in luce due importanti rilievi: *in primis* osserva che l'obbligatorietà che connota il contratto di concordato non discende "*dall'intesa tra debitore e creditore, ma dal provvedimento di omologazione del Tribunale*", che prima delle riforme del diritto fallimentare si risolveva in un "*penetrate controllo di merito"* [387]; *in secundis*, "*avverso il concordato non erano esperibili le azioni di invalidità e di risoluzione contrattuale, essendo limitata la tutela alle reazioni, preventive e successive, contro il provvedimento di omologazione"[388].*

Successivamente, con l'avvento della privatizzazione della procedura, si è ampliata di molto l'autonomia contrattuale del debitore, mettendo a tacere quasi tutte le critiche mosse alla teoria privatistica del concordato preventivo. Si è potuto parlare, difatti, della c.d. "*detipizzazione*"[389] della domanda, sottratta ad ogni precedente vincolo attinente la sua tipicità; anche per quel che concerne il controllo operato dall'organo giurisdizionale, si è provveduto a conformare e limitare il tipo di controllo operato, eliminando l'iniziativa d'ufficio ed il giudizio di meritevolezza e rafforzando, di conseguenza, il principio maggioritario (tramite l'introduzione di nuove regole per la sua formazione) ed il suo potere di approvazione, che ora non subisce più il vaglio sulla convenienza della proposta da parte del Tribunale.
La privatizzazione delle varie procedure di liquidazione ha fatto sì che la teoria processualistica e le c.d. teorie miste circa la natura del concordato, venissero definitivamente accantonate, ma, "*queste tesi, che potrebbero identificarsi come 'neocontrattualitiche', non argomentano ulteriormente sulla natura contrattuale del concordato ma assumono gli argomenti classici e li corroborano con il rilievo della intervenuta 'privatizzazione' dei processi di concordato*"[390]*.* Il ragionamento principale si fonda sulla constatazione che il termine "privatizzazione" si riferisce in primo ordina al rinnovato ruolo centrale assunto dai creditori, divenuti insieme ai terzi i veri protagonisti del concordato preventivo, piuttosto che alla "degiurisdizionalizzazione" della procedura in sé[391].

---

[386] F. DI MARZIO, *Introduzione al concordato preventivo,* op. cit., pag. 217. Dello stesso parre è anche Lo Cascio, il quale afferma che *"le nuove condizioni denotano una completa liberazione delle iniziative del debitore da preclusioni e vincoli personali ai quali non è più ricollegabile il programma di superamento della crisi imprenditoriale nell'ambito di uno schema privatistico".* G. LO CASCIO*, Concordato preventivo: natura giuridica e fasi giurisprudenziali alterne,* op cit., pag. 525.
[387] F. DI MARZIO, *Introduzione al concordato preventivo,* op. cit*.,* pag. 221, infatti, anche se si fosse ottenuta un'approvazione unanime, il Tribunale avrebbe potuto in ogni caso respingere la proposta, decidendo a prescindere in modo autonomo.
[388] F. DI MARZIO*, ivi,* pag. 220.
[389] Per un approfondimento in questo senso, si cfr. GUERRERA, *Le soluzioni concordatarie,* in ABRIANI *et alii*, *Diritto Fallimentare. Manuale breve,* Milano, 2008, pag. 134.
[390] F. DI MARZIO, *Introduzione al concordato preventivo,* op. cit*.,* pag. 221, e a tal proposito si confronti, *ex plurimis,* F. GALGANO*, La forza del numero e la forza della ragione*, Bologna, 2007, pag. 206.
[391] In questo senso: M. FABIANI, *Contratto e processo nel concordato fallimentare,* Torino, 2009, pag. 83; MACARIO, *Insolvenza, crisi d'impresa e autonomia contrattuale. Appunti per una*

www.osservatorio.org

Sicuramente le modiche normative intervenute consentono di superare vecchie critiche in riferimento alla teoria contrattualista del concordato: "*il recuperato ruolo di terzietà del giudice e il contenimento del suo intervento non sollecitato dalle parti aiutano a sostenere l'integrale recupero del concordato nell'area del diritto dei privati, al riparo da qualsiasi contaminazione pubblicistica, che apparirebbe assolutamente distonica con i principi e le regole del mercato concorrenziale*"[392]. Ciononostante entrambi i profili non sono sufficienti per sostenere senza ombra di dubbio la teoria contrattuale del concordato, "*non essendo il contratto l'unico ed esclusivo strumento per l'esercizio dell'autonomia privata in generale e negoziale in particolare*"[393]

Una soluzione la offre la suprema corte di Cassazione, la quale mette in evidenza come, "*seppur l'istituto del concordato preventivo sia caratterizzato da connotati di indiscussa natura negoziale (come d'altro canto si desume anche dal nome del procedimento), tuttavia nella relativa disciplina siano individuabili evidenti manifestazioni di riflessi pubblicistici, suggeriti dall'avvertita esigenza di tener conto anche degli interessi di soggetti ipoteticamente non aderenti alla proposta, ma comunque esposti agli effetti di una sua non condivisa approvazione, ed attuati mediante la fissazione di una serie di regole processuali inderogabili, finalizzate alla corretta formazione dell'accorso tra debitore e creditore, nonché con il potenziamento dei margini di intervento del giudice in chiave di garanzia*"[394].

Indi per cui, sembra doversi escludere, anche a parere della scrivente, che il concordato debba essere ricondotto interamente nell'alveo del diritto privato, precisamente nel settore contrattualistico, essendo suddetto istituto prima di tutto una *procedura* complessa, che si snoda su più fronti, barcamenandosi ancora per taluni aspetti in ambito pubblicistico, con il ruolo fondamentale svolto dagli organi di controllo, quali il Tribunale, giudice delegato e commissario giudiziale, e per altri versi nel settore contrattual-privatistico.

Non vi è dubbio che il Legislatore abbia "*incontestabilmente valorizzato l'elemento negoziale* […], *è pur vero che non si è curato di cancellare tutti gli aspetti pubblicistici che caratterizzavano la procedura prima della riforma, dato questo che non può essere interpretato come causale, e ciò sotto il duplice profilo del numero di interventi effettuati (circostanza questa che, ove si fosse voluto, avrebbe reso agevole una più radicale riforma) e della significativa rilevanza degli interessi sostanziali ancora ritenuti meritevoli di tutela*"[395]. La Corte, in particolar modo, si riferisce per quest'ultimo aspetto "*alle forti limitazioni e compressioni*" che il creditore subisce in forza del procedimento di concordato, "*vedendo vanificato il suo diritto di azione pur costituzionalmente garantito e assistendo alla formalizzazione di una limitazione del suo credito, per effetto di maggioranze ipoteticamente non condivise formatesi sul punto*"[396].

---

ricostruzione sistematica delle tutele, RS, 2008, pag. 135 e AZZARRO, *Concordato preventivo e autonomia privata,* Fa, 2007, pag. 1273.

[392] F. DI MARZIO, *Introduzione al concordato preventivo,* op. cit., pag. 220.

[393] F. DI MARZIO, *Introduzione al concordato preventivo,* op. cit., pag. 221.

[394] Cass. Civ., sez. Unite, sentenza 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Pluris - Wolters Kluwer Italia*.

[395] *Ibidem.*

[396] Questa limitazione di spessore significativo avversa ai creditori è controbilanciata dall'esigenza più volte richiamata cui inerisce la stessa natura del concordato preventivo, ossia "*l'esigenza* - come afferma la Corte di Cassazione - *di agevolazione dell'imprenditore nell'uscire*

www.osservatorio.oci.org

Si può così definitivamente affermare che, come sostiene la Suprema Corte, "*la procedura di concordato preventivo ha una natura mista essendo da una parte basata su una previsione di accordo fra le parti, raggiungibile attraverso la proposizione di una proposta, ma trovando attuazione il detto accordo nell'ambito di una procedura che valga ad assicurare la puntuale indicazione dei dati da parte del debitore, la corretta manifestazione di volontà da parte dei creditori, l'assenza di atti di frode o comunque illecitamente posti in essere dall'imprenditore*"[397]: ne deriva, *ictu oculi*, che il ruolo del Tribunale - aspetto processual-pubblicistico della procedura - non risulta per nulla marginale all'interno della procedura concorsuale, assolvendo il principale compito di controllo per "*la corretta proposizione ed il regolare andamento della procedura*", indispensabile per una lecita formazione del consenso da parte dei creditori, ai quali invece spetta la valutazione nel merito della convenienza economica della proposta di concordato.

Ordunque, in cosa si sostanzia, oggi, il potere di controllo esperito dall'organo giurisdizionale all'interno della procedura di concordato preventivo?

5.1 *I poteri di controllo dell'organo giurisdizionale*

Alla luce delle considerazioni sopra svolte, circa l'evoluzione normativa dell'istituto di concordato preventivo e l'amplio dibattito che da sempre lo ha interessato, in dottrina e in giurisprudenza, in riferimento alla sua natura giuridica, si approfondirà, ora, il fenomeno già citato della "degiurisdizionalizzazione".

Il termine '*degiurisdizionalizzazione'* rievoca immediatamente la figura dell'autorità giudiziaria, la quale, più degli altri organi, ha subito un importante ridimensionamento delle funzioni svolte all'interno della procedura: in ragione di ciò, le considerazioni di seguito si concentreranno proprio su questa figura, tenuto conto anche dell'importante sentenza - già citata - della Corte di Cassazione, emessa a Sezioni Unite il 23 gennaio 2013, n. 1521, alla quale si deve il merito di aver diramato, finalmente, molti punti oscuri che da sempre alimentavano il dibattito circa lo spazio d'azione demandato alla figura del giudice.

Orbene, innanzitutto si deve partire con la considerazione preliminare inerente la libertà di forma concessa all'imprenditore nel formulare la proposta di concordato da presentare al Tribunale: l'art. 160 l. fall., infatti, prevede

---

dallo stato di crisi": la giustificazione, inoltre, trova ragione di essere solo a condizione che la procedura di concordato sia posta in essere secondo le regole impartite dal Legislatore (vale a dire consentendo ai creditori di essere correttamente informati prima di esprimere il loro consenso attraverso la votazione e, in caso di eventuali riserve, di poterle esprimere durante il giudizio di omologazione) e ottenga, inoltre, il duplice risultato cui mira, ossia la fuoriuscita dalla crisi dell'imprenditore insolvente e il riconoscimento ai creditori "*di una sia pur minimale consistenza del credito da essi vantato in tempi di realizzazione ragionevolmente contenuti",* come prescrive l'art. 181 l. fall., che stabilisce un breve termine di omologazione prorogabile un'unica volta.

[397] Cass. Civ., sez. Unite, sentenza 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Pluris - Wolters Kluwer Italia.*

www.osservatorio.oci.org

unicamente che l'imprenditore che versi in stato di crisi *"può proporre ai creditori un concordato preventivo sulla base di un piano*" del quale non è predeterminato il contenuto. "*Il modulo procedimentale delineato distingue dunque tre elementi, individuabili rispettivamente in una domanda di accesso alla procedura, in una proposta rivolta ai creditori in essa contenuta, nella prospettazione di un piano, indicato come lo strumento idoneo a perseguire gli obiettivi delineati"*[398]*.* La proposta di concordato redatta a norma dell'art. 161 l. fall., deve essere accompagnata da apposita documentazione di supporto, che sempre il debitore ha l'onere di fornire secondo il dettato normativo previsto al secondo comma della medesima disposizione. Quanto alla veridicità dei dati forniti, il terzo comma dell'art. 161 non lascia margini di dubbio circa l'intenzione del Legislatore di "*demandare esclusivamente al professionista il compito di certificare la veridicità dei dati rappresentati dall'imprenditore e di esprimere una valutazione in ordine alla fattibilità del piano dallo stesso proposto*"[399]*.*
A questo punto subentra, quindi, la figura del "professionista designato dal debitore", il quale, a' sensi del comma terzo dell'art. 161l. fall., ha il compito, per l'appunto, di attestare la "*veridicità dei dati aziendali e la fattibilità del piano medesimo*". Il professionista deve rispondere a determinati requisiti (individuati all'art. 67, co. 3, lett. d della l. fall.) e tale vincolo mette in evidenza "*la volontà del legislatore di affidare ad un soggetto terzo, estraneo alle vicende ed agli interessi dell'impresa, il compito di valutare che la proposta di concordato preventivo non rappresenti, anche solo potenzialmente, uno strumento per frodare i creditori sociali*"[400].
Detto ciò, l'organo giurisdizionale gode del potere di confutare le attestazioni prodotte dal professionista nominato dalla società e, qualora lo ritenga necessario, può predisporre ulteriori verifiche anche nominando un consulente d'ufficio: questo potere di controllo che consente la confutazione delle attestazioni di parte, "*se pure indiscutibilmente sussistente in capo all'organo giurisdizionale*, *troverebbe sicuramente una concreta giustificazione solo nel caso in cui nella relazione emergano elementi contraddittori sia in relazione alla veridicità del contenuto dei dati aziendali, sia con riguardo alla fattibilità del piano*"[401]; in caso contrario, si tradurrebbe, altrimenti, in un onere e costo per la procedura.
Concludendo il ragionamento in ordine alla relazione del professionista designato dal debitore, la Cassazione rileva nella sentenza n. 1521/2013 che di quest'ultimo, dotato delle caratteristiche di indipendenza e professionalità nonostante sia nominato da una delle parti, si può certamente "*ritenere che svolga funzioni assimilabili a quelle di un ausiliario del giudice*": il suo compito, infatti, è quello di fornire "*dati, informazioni e valutazioni sulla base dei riscontri effettuati dall'interno*", elementi che altrimenti il giudice dovrebbe reperire nominando un consulente tecnico. Per questo motivo, ne consegue che i destinatari naturali di suddetta funzione attestatrice non siano solo i creditori, che è necessario rendere edotti per assicurare la corretta formazione della loro

[398] Cass. Civ., sez. Unite, sentenza 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Pluris - Wolters Kluwer Italia*.
[399] *Ibidem.*
[400] G. ACCIARO, *Il concordato preventivo con continuità aziendale dopo il Decreto 83/2015*, in *il Sole 24 ore,* febbraio 2016, pag. 42.
[401] *Ibidem.*

www.osservatorio.org

valutazione, ma certamente lo sia anche l'organo giudicante, che ha pure la facoltà di discostarsi dai rilievi e dai convincimenti elaborati dal professionista.

In base al successivo art. 162 l. fall., il Tribunale ha senz'altro il compito di verificare la proposta di concordato in riferimento alla regolarità formale della documentazione, il rispetto delle prescrizioni previste *ex lege* ed infine *"la concreta fattibilità del piano proposto, soprattutto in vista dell'interesse dell'intera massa dei creditori, prima che gli stessi vengano chiamati al voto*"[402].
La questione problematica esaminata dalla Cassazione nella sentenza *de quo* sorge proprio in questo frangente, in quanto, successivamente al drastico ridimensionamento del potere di controllo del Tribunale ad opera delle ultime riforme legislative, non è propriamente chiaro quale sia il nuovo "*perimetro di intervento assegnato al giudice*".
Per sciogliere questo importante dubbio, la Cassazione all'interno del suo ragionamento evidenzia sin da subito "*che la fattibilità non va confusa con la convenienza della proposta, vale a dire con il giudizio di merito certamente sottratto al Tribunale (salva l'ipotesi di cui alla L. Fall., art. 180, comma 4, come modificato dal D.L. n. 83 del 2012), così come analogamente non può essere identificata con una astratta verifica in ordine agli elementi dell'attivo e del passivo*". Partendo da questa premessa, la Corte fa un passo in più e, all'interno del medesimo concetto di "*fattibilità",* delinea la contrapposizione tra c.d. "*fattibilità giuridica*" e "*fattibilità economica*" del piano[403].
Per quel che concerne la fattibilità giuridica del concordato, è indubbio per la Corte che spetti al giudice esprimere una valutazione a riguardo, dal quale dipenderà un giudizio negativo in ordine all'ammissibilità della proposta quando "*le modalità attuative risultino incompatibili con le norme inderogabili*".
Margini d'incertezza, viceversa, trapelano in riferimento al giudizio circa la fattibilità economica della proposta e ciò in ragione della sua natura di "*giudizio prognostico, che fisiologicamente presenta margini di opinabilità ed implica possibilità di errore, che a sua volta si traduce in un fattore di rischio per gli interessati*", ossia i creditori, i quali se ne devono far carico dopo essere stati correttamente informati sulla situazione. La Corte, dunque, si è cimentata nello sciogliere il dubbio attinente la corretta individuazione dei margini di intervento del giudice sotto quest'ultimo profilo evidenziato.

A tal proposito conviene illustrare dapprima, nello specifico, cosa s'intenda per fattibilità giuridica e fattibilità economica.
In primis, per "fattibilità giuridica" s'intende il campo di verifica riservato al giudice, nel quale vanno ricondotti tutti gli aspetti che condizionano l'ammissibilità della proposta: sotto questo profilo la Corte di Cassazione

---

[402] G. ACCIARO, *ivi,* pag. 49. L'articolo menzionato, al secondo comma, prevede infatti: "*Il Tribunale, se all'esito del procedimento verifica che non ricorrono i presupposti di cui agli articoli 160, commi primo e secondo, e 161, sentito il debitore in camera di consiglio, con decreto non soggetto a reclamo dichiara inammissibile la proposta di concordato. In tali casi il Tribunale, su istanza del creditore o su richiesta del pubblico ministero, accertati i presupposti di cui agli articoli 1 e 5 dichiara il fallimento del debitore".*

[403] Si premette che secondo il ragionamento dei giudici della Suprema Corte, le valutazioni effettuate per quel che concerne il piano presentato dal debitore, non possono essere disgiunte dalle valutazioni effettuate sulla proposta di quest'ultimo, in quanto le due componenti sono necessariamente connesse, legate da un punto di vista causale, per cui la buona riuscita del primo determina lo stesso esito positivo per la seconda.

www.osservatorio.oci.org

introduce un duplice livello di verifica riservato al Tribunale, ossia il controllo riconducibile al rispetto delle norme imperative, vale a dire anzitutto delle "*norme volte ad assicurare la completezza e regolarità della documentazione allegata alla proposta, con lo scopo di fornire ai creditori concreti elementi di giudizio"*, ed il controllo "*sulla realizzabilità della causa tipica del concordato preventivo"*[404].

In secundis, per quel che concerne la "fattibilità economica", la Corte rileva che il relativo giudizio attiene alla "*realizzabilità concreta, nei termini prospettati, della proposta",* valutazione esclusiva dei creditori che in ciò sono "*necessariamente orientati dalla relazione dell'attestatore e, soprattutto, dai controlli compiuti dal commissario giudiziale e da quest'ultimo esplicitati nella relazione prevista dall'art. 172 l. fall.*"[405]. Dunque, sia la valutazione circa la possibilità di essere soddisfatti in base alla modalità ed alle percentuali indicate dal debitore, sia la valutazione circa "*la convenienza della proposta rispetto all'alternativa della liquidazione dei beni in sede di procedura fallimentare*", costituiscono giudizi rimessi esclusivamente alla competenza del ceto creditorio[406].

La condizione presupposta affinché le valutazioni sopra ragionate vengano poste in essere correttamente e "*si determini il giusto esito della instaurata procedura concordataria",* è che "*i creditori ricevano una puntuale informazione circa i dati, le verifiche interne e le connesse valutazioni"*, di modo da poter esprimere, attraverso la votazione in sede di adunanza, una volontà validamente ed esaustivamente formatasi in merito alla convenienza della proposta di concordato[407]. I principali demandati che devono provvedere a fornire le informazioni richieste sono dapprima il professionista attestatore, come si è visto, in ordine all'ammissibilità del concordato, e dopo il commissario giudiziale, tramite la relazione prescritta *ex* art. 172 l. fall. prima dell'adunanza per la votazione[408].

Tirando le fila del ragionamento formulato dalla Corte di Cassazione, si è ritenuto che certamente spetta al Tribunale, in ragione del ruolo svolto di garante della legalità, verificare che "*le modalità attuative del piano non risultino incompatibili con norme inderogabili"* e che "*il piano non presenti una assoluta impossibilità di realizzazione, anche in relazione alla preventiva individuazione della causa concreta della crisi e al riconoscimento ai creditori di una, sia pur minimale ma non meramente simbolica, percentuale del credito da essi vantato*

---

[404] G. ACCIARO, *Il concordato preventivo con continuità aziendale dopo il Decreto 83/2015*, op. cit., pag. 43. Sotto il medesimo profilo, l'Autore rileva come dalle medesime verifiche non sia sottratto neanche il piano, il quale "*deve indicare in modo analitico le modalità e il termine di adempimento della proposta",* i documenti prescritti all'art. 161, co. 2 l. fall., nonché la relazione attestatrice della fattibilità del piano, la quale per svolgere correttamente la sua "*funzione informativa, deve avere caratteristiche di analiticità ed esaustività*".

[405] G. ACCIARO, *Il concordato preventivo con continuità aziendale dopo il Decreto 83/2015*, op. cit., pag. 43.

[406] *Ibidem*.

[407] Cass. Civ., sez. Unite, sentenza 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Pluris - Wolters Kluwer Italia*.

[408] In riferimento alla figura del professionista designato dall'imprenditore, si osserva che il d.l. 83/2012, rafforzando la necessità di possedere simultaneamente le qualità di indipendenza e professionalità per questa figura, ha introdotto un regime sanzionatorio nel caso siano prodotte falsità nelle attestazioni o nelle relazioni.

www.osservatorio.oci.org

in tempi ragionevolmente contenuti, salva l'eccezione del concordato senza continuità in seguito alla riforma dell'estate 2015"[409].
D'altra parte, invece, spetterà unicamente ai creditori effettuare la valutazione dal punto di vista economico, essendo legata suddetta valutazione ad un giudizio prognostico che, presentando margini di opinabilità, implica la possibilità di incorrere in errore; il rischio che accompagna questo giudizio, dunque, deve essere posto a carico unicamente dei diretti interessati, a condizione che prima quest'ultimi siano resi edotti delle informazioni necessarie per porre in essere una valutazione fondata.
La Cassazione parla chiaro quando afferma che "*non rientra nell'ambito del controllo sul giudizio di fattibilità esercitabile dal giudice un sindacato sull'aspetto pratico-economico della proposta".* Questa valutazione, debitamente sottratta al controllo del giudice, è rimessa unicamente al giudizio dell'esperto, tramite la stesura della relazione, e dei creditori, tramite l'esercizio del voto; "*i destinatari della proposta di concordato sono i creditori"* e partendo da questa premessa, il Legislatore è intervenuto con l'intento di porre al centro dell'intera procedura il momento dell'adunanza di questi ultimi, gli unici al quale "*spetta formulare un giudizio in ordine alla convenienza economica della soluzione prospettata, che a sua volta presuppone una valutazione prognostica in ordine alla fattibilità del piano".* Il giudice resta estraneo a queste valutazioni contemplative del merito della proposta di concordato in tutte *"le fasi nel quale è potenzialmente chiamato ad intervenire (L. Fall., artt. 162, 173, 180)"*[410].

Questa considerazione va rivista in seguito all'emanazione del d.l. 27 giugno 2015, n. 83, il quale ha previsto all'ultimo comma dell'art. 160 l. fall., che la proposta di concordato in ogni caso assicuri "*il pagamento di almeno il venti per cento dell'ammontare dei crediti chirografari",* previsione espressamente esclusa in caso di concordato con continuità aziendale, e precisi nella proposta "*l'utilità specificatamente individuata ed economicamente valutabile*" d'assicurare a ciascun creditore. Il succitato decreto legge ha anche introdotto, per incentivare il dinamismo e la buona riuscita della procedura, la possibilità da parte dei creditori di presentare "una *proposta concorrente di concordato preventivo ed il relativo piano",* non oltre 30 giorni dall'adunanza dei creditori.

Ad oggi, il fulcro dell'intera procedura rimane l'adunanza dei creditori, adunanza "*al quale viene attribuito un ruolo decisivo e di massima responsabilità anche in conseguenza alla restrizione del potere del Giudice, cui*

[409] G. ACCIARO, *Il concordato preventivo con continuità aziendale dopo il Decreto 83/2015*, op. cit., pag. 44. Circa il giudizio sulla fattibilità giuridica del piano operato dal Tribunale, la Corte rileva, inoltre, che è impossibile stabilire i margini di suddetto sindacato poiché, il Legislatore ha lasciato ampia autonomia in capo all'imprenditore circa le modalità e i contenuti presentabili nella proposta, nell'ottica di voler accentuare il lato privatistico della procedura e favorire la fuoriuscita dell'impresa dalla crisi. Non essendo imposte, dunque, "*aprioristiche predeterminazioni in proposito, ne discende che non è possibile stabilire con una previsione generale ed astratta i margini di intervento del giudice in ordine alla fattibilità del concordato, dovendosi a tal fine tener conto delle concrete modalità proposte dal debitore per la composizione della propria esposizione debitoria".*

[410] Cass. Civ., sez. Unite, sentenza 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Pluris - Wolters Kluwer Italia*. Le medesime conclusioni sono presenti in altre precedenti decisioni che la stessa Corte richiama: *ex multis* Cass. Civ., sentenze nn. 3586/2011, 21860/2010 e 22927/2009.

www.osservatorio.oicr.org

è riservato un controllo di garanzia"[411], controllo ove assume un importante ruolo anche il commissario giudiziario, al quale è demandato il compito di garantire una corretta informazione dei creditori.
Analizzando brevemente il ruolo affidato a quest'ultimo, si può ben affermare che il commissario giudiziale rappresenti la "*figura centrale*" del concordato preventivo: "*La disamina della disciplina relativa all'organo in questione consente infatti di attraversare, trasversalmente, l'intera struttura del concordato* […] *trovando spunti di particolare rilievo in tre diversi ma altrettanto essenziali momenti della procedura".* Il primo momento attiene la protrazione dell'attività d'impresa prevista al primo comma dell'art. 167 l. fall.; il secondo la verifica delle scritture contabili ed il terzo, e più importante, la stesura della relazione *ex* art. 172 l. fall. sulle cause del dissesto che ha interessato l'impresa, sulla proposta formulata dal debitore e sulle relative garanzie offerte da quest'ultima.
Ai fini del presente lavoro di ricerca, sicuramente rileva soprattutto l'analisi delineata all'art. 172 l. fall., che di seguito verrà sinteticamente illustrata[412].
La relazione particolareggiata richiesta al commissario giudiziale, concerne l'illustrazione delle cause che hanno condotto al dissesto, la condotta tenuta dal debitore, la proposta di concordato che questi ha presentato e, da ultimo, le garanzie che vengono offerte ai creditori; la relazione così formulata deve essere depositata almeno 45 giorni prima dell'adunanza dei creditori in cancelleria, termine di recente modificato ad opera del d.l. 83/2015, che ha sostituito il precedente termine di 10 giorni per il deposito. Risulta naturale considerare suddetta relazione il compito più rilevante ascritto al commissario giudiziale: ciò, *in primis,* perché con essa termina l'attività di verifica e valutazione iniziata con l'*incipit* della procedura, e, *in secundis,* perché rappresenta una valutazione di tipo prospettico sulla riuscita del piano di concordato, che fornisce ai creditori le informazioni necessarie per valutare l'effettiva convenienza nel merito del concordato, accertandone non da ultimo le concrete prospettive di adempimento. I creditori di conseguenza ottengono da un organo terzo e imparziale, dotato di competenze e qualità professionali (identiche a quelle prescritte alla figura del curatore fallimentare), l'indispensabile chiave di lettura di cui necessitano per addivenire sufficientemente edotti in vista della successiva votazione in sede di adunanza[413]. La centralità che si deve obbligatoriamente attribuire al potere di controllo affidato al commissario nella stesura della relazione *ex* 172 l. fall. è, a maggior ragione, confermata dall'orientamento pacifico in giurisprudenza che sostiene la "*tesi dell'impossibilità, per il Tribunale, di andare oltre un mero*

[411] G. ACCIARO, *Il concordato preventivo con continuità aziendale dopo il Decreto 83/2015*, op. cit., pag. 44.
[412] "*Quest'ultima, in particolare, costituisce il momento più rilevante dell'incarico commissariale perché è destinata ad evidenziare le prospettive di effettiva realizzabilità della proposta; ciò alla luce dei dati contabili emersi in seguito alle indagini disposte dal giudice delegato e in considerazione delle diverse modalità che, di volta in volta, possono connotare la proposta grazie alla atipicità del tenore della stessa siccome oggi consentito dalla novella*", così B. PATERNÓ RADDUSA, *Il commissario giudiziale,* in L. GHIA, L. PICCININNI e F. SEVERINI, *Trattato delle procedure concorsuali. Il superamento della crisi e la chiusura delle procedure,* Milano, UTET Giuridica, 2011, pag. 404.
[413] Per un approfondimento in merito, si veda B. PATERNÓ RADDUSA, *Il commissario giudiziale,* op. cit., pag. 433.

controllo di legalità"[414]: ne consegue che alla relazione *de qua* spetta il compito di assicurare la tutela ai creditori, i quali devono fare affidamento alla lettura prognostica eseguita dal commissario sulla riuscita del piano per prestare una consapevole adesione alla proposta negoziale formulata dal debitore[415].
La relazione risulta, dunque, un atto "*finalizzato alla sola adunanza e mira a veicolare ogni possibile informazione utile ai creditori per la manifestazione di una scelta contrattuale consapevole*"[416].

Passando all'analisi del contenuto della relazione, si osserva sin da subito che l'articolo tutt'ora menzioni aspetti di indagine passate un po' in secondo piano con la riforma dell'istituto del concordato preventivo: ci si riferisce in particolare alle "*cause del dissesto*" ed alla "*condotta del debitore*", che, stando al dettato dell'art. 160 l. fall., non debbono più essere prese in considerazioni ai fini dell'ammissibilità alla procedura[417]. Si deve ritenere che il vero snodo centrale del compito *ivi* ascritto al commissario, alla luce della rinnovata natura contrattualistica dell'istituto, *ipso facto* consista nella valutazione della proposta e delle garanzie offerte al suo interno[418].
Orbene, concludendo, lo scopo attribuibile alla relazione del commissario consiste nella valutazione economica, circa la convenienza del concordato, e di fattibilità a livello di adempimento della proposta, funzioni espressamente

---

[414] B. PATERNÓ RADDUSA, *Il commissario giudiziale,* op. cit., pag. 435.
[415] Sotto quest'aspetto, risulta essenziale che la relazione si componga di informazioni complete e particolareggiate, messe a disposizione dei creditori ben prima che costoro si riuniscano in sede di adunanza ai fini delle votazioni.
[416] B. PATERNÓ RADDUSA, *Il commissario giudiziale,* op. cit., pag. 435. Per tali motivi, sembra doversi ritenere che, in riferimento alla relazione *ex* 172 l. fall., non debbano essere segnalate condizioni concernenti l'ammissibilità della proposta, qualora messa in discussione anche in seguito ai rilievi *ivi* formulati, così come non devono essere rilevati aspetti attinenti l'art. 173 l. fall. La ragione consta della natura della relazione *ex* 172 l. fall, la quale è funzionale ed asservente la necessità informativa dei creditori; altri tipi di segnalazioni che esulano il contenuto prescritto dall'articolo in questione, devono formare oggetto di apposite relazioni e "*costituiscono la fonte di un altrettanto autonomo sub procedimento".* Così B. PATERNÓ RADDUSA, *Il commissario giudiziale,* op. cit., pag. 435
[417] Sorge spontaneo allora chiedersi perché la norma faccia ancora riferimento ad aspetti valutativi che nella realtà dei fatti non debbono essere presi in considerazione ai fini del giudizio sull'ammissibilità del piano di concordato; ebbene la risposta consiste nel fatto che gli aspetti attinenti le cause del dissesto e la condotta del debitore, ad oggi, non rappresentano più condizione di ammissibilità, *ipso iure,* alla procedura di concordato, ma semplicemente condizioni valutabili ai fini della medesima: è indubbio, infatti, che la condotta del debitore incida in maniera non indifferente sulla salute dell'azienda, al punto che sia il giudice, sia il commissario e in particolare i creditori potranno, e dovranno, averne conoscenza per ponderare al meglio la decisione se concedere o meno la procedura concorsuale, che in parole povere si sostanzia in un aiuto elargito all'imprenditore in crisi.
[418] Il commissario, a tal fine, utilizzerà i dati trapelanti dall'esame delle scritture contabili ed alle stime delle attività effettuate in sede d'inventario, segnalerà ai creditori l'attendibilità dei dati contabili, indicherà il valore effettivo di realizzo dei beni da liquidare e delle poste attive recuperabili, accerterà la funzionabilità e solvibilità del garante, la presenza di ipoteche ed una serie di altri adempimenti funzionali alla corretta valutazione della proposta da parte dei creditori. In sede di conversione del d.l. 83/2015, ad opera della L. 132/2015, inoltre, il contenuto della relazione si è arricchito, dovendo indicare altresì "*le utilità che, in caso di fallimento, possono essere apportate dalle azioni risarcitorie, recuperatorie o revocatorie che potrebbero essere promosse nei confronti di terzi",* sempre al fine di fornire ai creditori informazioni più complete e particolareggiate possibile.

sottratte dal Legislatore all'operato del Tribunale, il quale dovrà limitarsi a vagliare la legalità formale dell'intera procedura e la validità delle risultanze finali in sede di adunanza dei creditori. Ne consegue che, l'ammissibilità alla procedura si articolerà sui dati riportati dal professionista designato dal debitore, ma soprattutto dalla relazione formulata dal commissario giudiziario, in veste di organo terzo ed imparziale della procedura.

Passando all'altro organo fulcro della procedura insieme al commissario, si vedrà ora in breve il ruolo ricoperto all'interno della procedura dall'adunanza dei creditori.

Questa è individuata all'art. 174 della Legge Fallimentare, articolo che nel corso degli anni non ha subito interventi di riforma, rimentendo fedele al suo testo originario. Dell'adunanza dei creditori si può afferma che costituisca una fase subprocedimentale del concordato in sé, nella quale si istaura il primo contatto tra la parte privata della procedura e gli organi della medesima: la funzione ad essa attribuita consiste, sostanzialmente, nell'informativa dei creditori e nella raccolta delle volontà di questi ultimi. Da questa premessa si muove la considerazione secondo la quale, questo momento di condivisione generale abbia da sempre suscitato larga attenzione da parte sia di coloro che tendevano ad assecondare la teoria privatistica della procedura, sia di coloro che propendevano per una visione processual-pubblicistica e, infine, sia da coloro che preferivano la natura mista del concordato preventivo[419]. In un primo momento, con in vigore il testo originario del R.D. 267/1942, "*preponderante centralità era comunemente riconosciuta alla fase dell'omologazione ed ai connessi poteri valutativi degli organi giurisdizionali, che avevano indotto a ravvisare nell'adunanza dei creditori un momento poco più che consultivo*"[420]; di conseguenza la stessa maggioranza espressa dalla volontà dei creditori rilevava in modo marginale, in quanto appariva, infatti, determinante solo in caso di mancata approvazione della proposta, mentre in caso di approvazione costituiva il mero presupposto dell'eventuale omologazione "*e non fondamento sostanziale degli effetti del concordato*"[421]. Il ruolo e l'importanza ascritta all'adunanza mutano in seguito alle riforme incominciate nel 2005: la tendenza riformativa dell'istituto *de quo* nella direzione di una maggiore privatizzazione della procedura, ha posto al centro dell'attenzione proprio il momento di collegialità dei creditori, veri protagonisti del concordato insieme al debitore, quali unici e diretti interessati della proposta, che debbono esprimere in merito la loro approvazione o meno[422].

---

[419] In questo senso: F. S. FILOCAMO, *L'adunanza dei creditori,* in L. GHIA, L. PICCININNI e F. SEVERINI, *Trattato delle procedure concorsuali. Il superamento della crisi e la chiusura delle procedure,* Milano, UTET Giuridica, 2011, pag. 446.

[420] F. S. FILOCAMO, *L'adunanza dei creditori,* in L. GHIA, *et alii, Trattato delle procedure concorsuali. Il superamento della crisi e la chiusura delle procedure,* op cit., pag. 446.

[421] *Ibidem.*

[422] La volontà del Legislatore a porre al centro della procedura l'adunanza dei creditori è messa in evidenza dai tentativi di snellimento e semplificazione della procedura: sono state riviste, infatti, le condizioni di ammissibilità del concordato preventivo, sono tate poi ridotte le competenze proprie del Tribunale - sia in sede di ammissibilità che in sede di omologazione - , ma, in particola modo, sono state eliminate le maggioranze numeriche ed è stato semplificato il *quorum* della maggioranza di valore dei crediti necessario per l'approvazione finale, conferendo all'adunanza, alla sua discussione e conseguente votazione, maggiore rilevanza e centralità di un tempo.

www.osservatorio.oci.org

L'adunanza dei creditori è presieduta dal giudice delegato, al quale, oltre ai creditori, partecipano il debitore, gli altri interessati individuati all'ultimo comma dell'art. 174 l. fall. e il commissario giudiziale: a quest'ultimo, in particolare, spetta, come poc'anzi esposto, il compito di informare puntualmente i creditori in merito alla proposta concordataria, in modo da assicurare il loro esercizio consapevole del diritto di voto; a tal fine, il commissario illustrerà le risultanze contenute nella sua relazione *ex* art. 172 l. fall. e fornirà gli opportuni chiarimenti che gli vengono richiesti. Il Tribunale in merito a questa fase della procedura compare in due distinti momenti: uno prodromico al suo inizio, ove è lo stesso organo giudiziario che convoca l'adunanza dei creditori a norma dell'art. 163 l. fall.; l'altro di epilogo, che subentra al termine della procedura di votazione, ove il Tribunale dovrà adottare i provvedimenti che si rendono necessari dalle risultanze della votazione. Dopo la convocazione dell'adunanza, l'esposizione della relazione del commissario (anche in riferimento alle eventuali modifiche della proposta), avviene la discussione della proposta presentata, oramai cristallizzatasi nel contenuto, nella quale tutti i creditori e gli altri interessati possono prendere posizione in merito alla sua ammissibilità o meno.
A seguito della discussione, avviene la votazione della medesima proposta: la votazione avviene per appello nominale dei creditori ammessi al voto presenti personalmente, o tramite mandatario speciale, e si sostanzia nella volontà o meno di approvare la proposta concordataria.
L'esito della votazione verrà comunicato e sottoposto a verifica da parte del Tribunale, il quale dovrà assicurarsi che siano state rispettate le regole formali prescritte per la procedura di voto e se la maggioranza - o maggioranze nel caso sia un ipotesi di concordato preventivo con classi - abbiano raggiunto il *quorum* necessario per l'approvazione della proposta[423].
Risulta evidente, in fine, che la valutazione intrinseca della proposta di concordato sia ad appannaggio della sola classe creditoria del concordato, quale unica e diretta interessata della medesima, legittimata quindi a sovraccaricarsi il rischio della valutazione prognostica prospettata; così la considerazione in merito alla fattibilità economica spetterà solo ai creditori, resi edotti dalle informazioni fornite *in primis* dal commissario giudiziario, unitamente al professionista designato dal debitore. Ciò che si è posto in primo piano all'interno della procedura, dunque, è la volontà del ceto creditorio espressa in sede di adunanza, che dovrà costituirsi in modo consapevole e completo circa i termini della proposta e, a tal fine, la fondamentale attività informativa posta in essere dagli altri soggetti della procedura deve essere diretta unicamente e funzionalmente a costituirla.

Ferme restando le considerazioni sopra svolte, lo "*svuotamento delle funzioni istituzionalmente attribuite al giudice*"[424] non deve lasciar supporre un suo ruolo marginale e secondario all'interno della procedura. La Corte di Cassazione, infatti, a tal proposito osserva nella già più volte menzionata sentenza n. 1521 del 2013 che la natura del concordato è mista, componendosi di un accordo tra le parti, ma trovando attuazione, detto accordo, all'interno di una procedura che deve assicurarne la corretta formazione. "*In questo quadro è*

[423] In caso di esito positivo a seguito della votazione, il provvedimento adottato dal Tribunale sarà il decreto con il quale si fisserà l'udienza per il giudizio di omologazione.
[424] Cass. Civ., sez. Unite, sentenza 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Pluris - Wolters Kluwer Italia*.

evidentemente rimessa ai creditori la valutazione in ordine alla convenienza economica della proposta, mentre spetta al tribunale il compito di controllare la corretta proposizione ed il regolare andamento della procedura, presupposto indispensabile al fine della garanzia della corretta formazione del consenso". Ne consegue che il ruolo ricoperto dal Tribunale non è assolutamente marginale all'interno del concordato, nonostante l'esaltazione da parte delle riforme dell'aspetto negoziale della procedura, a discapito dei poteri precedentemente attribuiti all'organo giudiziario: "*lo sbilanciamento in favore dell'elemento negoziale*" ha certamente determinato una diversa "*perimetrazione dei poteri di intervento del giudice*"[425], ma ciò non toglie il fatto che il giudice rimanga deputato a garantire il rispetto della legalità nello svolgimento della procedura, soprattutto in riferimento a quei creditori dissenzienti che vedono i loro interessi schiacciati sotto la mole della volontà della maggioranza.
"*L'efficacia del relativo accordo, una volta concluso, è comunque subordinata ad un intervento del giudice, cui spetta verificare 'la regolarità della procedura e l'esito della votazione' (art. 180, comma 3); il tribunale è titolare di un potere di revoca dell'ammissione al concordato durante l'arco della procedura, ricorrendo le condizioni normative previste (L. Fall., art. 173); ai fini della dichiarazione di ammissibilità della proposta al tribunale è conferito al giudice il compito di esaminare criticamente la relazione del professionista che accompagna il piano indicato dall'imprenditore e la documentazione da questi prodotta, consentendogli anche di richiedere integrazioni di contenuto e documentali (L. Fall., art. 162)*"[426].

La Corte conclude il suo ragionamento nella sentenza osservando che le medesime considerazioni, *ut supra,* circa la definizione dell'ambito dei poteri dell'organo giurisdizionale, sono applicabili ai tre diversi momenti nel quale il giudice è chiamato ad operare, vale a dire: il momento dell'ammissibilità della proposta, la revoca di quest'ultima e l'omologazione del concordato; l'identità del dato testuale sorregge tale conclusione, per cui il sindacato del giudice deve limitarsi al controllo della legalità dei singoli atti in cui si articola la procedura e nella verifica della loro rispondenza alla causa sottesa all'instaurazione della procedura di concordato, mentre è totalmente escluso che il controllo del giudice possa essere esteso "*ai profili concernenti il merito e la convenienza della proposta*"[427].

Conclusa l'analisi delle affermazioni formulate dalla Corte di Cassazione nella sentenza n. 1521 del 2013, si proseguirà esaminando nello specifico il ruolo e la funzione ricoperta dall'organo giurisdizionale nelle fasi salienti della procedura, anche alla luce delle medesime considerazioni giurisprudenziali appena illustrate.

Dunque, il primo intervento da parte del Tribunale, come si è visto, è rappresentato dal giudizio di ammissibilità della proposta di concordato (artt. 162 e 163 l. fall.), all'esito del quale lo stesso Tribunale dichiarerà, o meno, l'apertura della procedura di concordato preventivo; questa fase è estremamente delicata ed importante in quanto rappresenta un preliminare filtro a difesa degli interessi dei creditori, i quali, intatti, soffrono l'obbligo di non dar

[425] Cass. Civ., sez. Unite, sentenza 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Pluris - Wolters Kluwer Italia*.
[426] *Ibidem.*
[427] *Ibidem.*

www.osservatorio-oci.org

inizio o proseguire alcuna azione esecutiva e cautelare nei confronti del patrimonio del debitore dal momento in cui avviene la pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese[428].
Il giudizio sulla fattibilità giuridica della proposta operato dal Tribunale, come ha chiarito la Corte di Cassazione, è un giudizio che attiene la legittimità formale della proposta e del piano presentati dal debitore, che non investe in alcun modo il livello di merito della stessa; l'acceso dibattito in riferimento a quest'ultimo aspetto era sorto, ad esempio, sulla scorta di alcune interpretazioni del primo comma dell'art. 162 l. fall., il quale testualmente prevede che "*il Tribunale può concedere al debitore un termine non superiore a quindici giorni per apportare integrazioni al piano e produrre nuovi documenti*"[429]. Suddetta previsione aveva lasciato presumere un margine di discrezionalità del Tribunale in riferimento alla valutazione della fattibilità della proposta non solo giuridica, ma anche sconfinante il perimetro del giudizio di legittimità formale, ma come è stato *supra* ampiamente illustrato, ad oggi è pacifico, sia in dottrina che in giurisprudenza, che il ruolo dell'organo giudiziario nella fase iniziale della procedura, sia limitato ad un giudizio attinente unicamente la fattibilità giuridica della proposta. Il Tribunale dovrà limitarsi a rilevare la sussistenza dei presupposti indicati agli articoli 160 e 161 l. fall. e, nel caso contesti il loro difetto, dichiarerà l'inammissibilità della domanda di concordato, senza poter dichiarare come avveniva un tempo il fallimento dell'impresa[430].
Anche in questo caso si può constatare l'emersione della volontà del Legislatore di mitigare i poteri attinenti la sfera pubblicista della procedura: il Tribunale, infatti, secondo la disposizione dell'art. 162, comma 2, potrà dichiarare il fallimento solo qualora uno dei creditori o il Pubblico Ministero ne facciano apposita richiesta, "*in armonia con il venire meno della possibilità, per il Tribunale, di dichiarare il fallimento d'ufficio, scelta fatta dal legislatore con la*

[428] L'art. 168 l. fall. dispone, infatti: "*Dalla data della pubblicazione del ricorso nel registro delle imprese e fino al momento in cui il decreto di omologazione del concordato preventivo diventa definitivo, i creditori per titolo o causa anteriore non possono, sotto pena di nullità, iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari sul patrimonio del debitore*".
[429] Mentre il primo comma dell'articolo menzionato prevede la possibilità da parte del Tribunale di concedere un termine sino a 15 giorni per apportare integrazioni al piano o produrre ulteriori documenti, l'art. 175, 2 co. l. fall., viceversa, prevedeva che la proposta di concordato non potesse essere più modificata in seguito all'inizio delle operazioni di voto, di modo da cristallizzare la proposta. Il secondo comma, ad oggi, è stato soppresso dall'art. 3, comma 4, lett. b) del d.l. 83/2015, ma in ogni caso al primo comma del medesimo articolo si parla di "*proposte definitive del debitore"*, lasciando intendere che l'adunanza dei creditori rappresenti ancora il momento oltre il quale il debitore perde l'ampia facoltà che lo contraddistingue per tutta la durata della procedura di integrare in meglio la proposta di concordato; il termine dell'adunanza dei creditori, dunque, rimane il momento oltre al quale si deve considerare definitivo il contenuto della proposta. A conferma di quanto sostenuto, infatti, il secondo comma dell'art. 172 l. fall, a seguito delle modifiche apportate dal d.l. 83/2015, prevede espressamente che "*le proposte di concordato* [concorrenti *ex* art. 163, 4 comma l. fall.]*, ivi compresa quella presentata dal debitore, possono essere modificate fino a quindici giorni prima dell'adunanza dei creditori".*
[430] Si coglie l'occasione per ricordare che avverso il decreto che dichiara inammissibile la proposta di concordato non è ammesso reclamo, *ex adverso*, contro la sentenza dichiarativa di fallimento è esperibile reclamo secondo le modalità ai sensi dell'art. 18 della l. fall., da parte del debitore ricorrente o qualunque interessato, tramite ricorso da depositare presso la cancelleria della Corte di Appello.

prima radicale riforma della legge Fallimentare"[431]*.* Prima dell'arretramento della soglia di azione del Tribunale all'interno della procedura, per quest'ultimo era prassi consolidata emettere la sentenza dichiarativa di fallimento conseguentemente alla presentazione di una proposta risultata inammissibile ed una volta sentito il debitore per l'esercizio del suo diritto di difesa: ciò anche in ragione dell'espressa previsione della possibilità di dichiarare il fallimento d'ufficio.

Le operazioni di verifica demandate al Tribunale nell'espletamento del giudizio di fattibilità giuridica, comportano anche il vaglio della suddivisione in classi dei creditori da parte del debitore, qualora quest'ultimo le abbia previste, per le quali possono - non devono - essere previsti, inoltre, trattamenti differenziati in base alla lett. d) del primo comma dell'art. 160 l. fall.

Il controllo che *ivi* il Tribunale si appresta ad operare scavalca la soglia della legittimità formale, entrando nel merito dei criteri adottati dal creditore per suddividere i creditori in classi: la *ratio* sottesa a questo controllo risponde all'esigenza di evitare che la distribuzione dei creditori in classi, non rispondendo al criterio di ragionevolezza, nasconda un espediente per alterare gli esiti della fase di votazione della proposta. L'organo giurisdizionale opera un controllo di merito sull'oggettività dei criteri utilizzati dall'imprenditore per distinguere i propri creditori, al fine di "*accertare che la suddivisione in classi rispetti in concreto i criteri di identità di posizione giuridica e di omogeneità di interessi economici"*[432]*.*

Il principio che guida il vaglio del Tribunale è il fondamentale principio della *par condicio creditorum*, per cui ne consegue che saranno da ritenersi illegittime le modalità e/o i criteri adottati dal debitore che determinino un trattamento differenziato per tipologie di crediti che risultano tendenzialmente omogenei; così, qualora l'imprenditore preveda dei trattamenti differenziati per creditori appartenenti a classi diverse, la deroga in questo modo introdotta al fondante principio della parità di trattamento dei creditori assume legittimità solo alla luce dell'indicazione dei criteri in base al quale viene stabilito il regime di disparità di trattamento. Secondo l'opinione della Corte Costituzionale nella sentenza 12 marzo 2010, n. 98, il Tribunale ha il compito di verificare l'omogeneità della posizione giuridica e gli interessi sottesi alla classe di creditori riuniti, evitando di sindacare, *ex adverso*, l'opportunità e la convenienza dell'eventuale suddivisione in classi prevista dall'imprenditore, in quanto, quest'ultima costituisce una mera facoltà a disposizione del debitore[433]; in questo senso, il

[431] G. ACCIARO, *Il concordato preventivo con continuità aziendale dopo il Decreto 83/2015*, op. cit., pag. 49.

[432] G. ACCIARO, *Il concordato preventivo con continuità aziendale dopo il Decreto 83/2015*, op. cit., pag. 51. Ovviamente, si precisa che suddetta tipologia di controllo da parte del Tribunale si estende alle eventuali proposte di concordato formulate dai creditori a seguito delle innovative previsioni previste dal d.l. 83/2015.

[433] A ben vedere, infatti, il trattamento indifferenziato da riservare a tutti i creditori chirografari costituisce una regola basilare derivante dall'originario principio della *par condicio creditorum*, che per questa ragione non necessita di un giudizio di sindacabilità allargata da parte del Tribunale; al contrario, viceversa, della suddivisione in classi differenti del ceto creditorio, che deve necessariamente rispettare il criterio di omogeneità di interessi e di identità della posizione giuridica, e che, per questa ragione, è assoggettabile al vaglio del Tribunale per il controllo della ragionevolezza della suddivisione.

www.osservatorio.oci.org

Tribunale non potrà nemmeno dichiarare inammissibile un proposta di concordato a causa della mancata previsione di una specifica classe, in quanto la suddivisione rimane facoltativa e ne consegue che la mancata previsione di una tipologia di classe rileva non in sé, ma quale riflesso dell'intrinseca disomogeneità attribuita alle posizioni giuridiche ed interessi propri di una determinata classe di creditori. Indi per cui, al cospetto del difetto della previsione di una determinata classe di creditori, se la più ampia classe nel quale essi sono confluiti rispetta il criterio di omogeneità di trattamento, la proposta di concordato deve essere considerata valida.

L'organo giudiziario ha, inoltre, il compito di verificare la prededucibilità dei crediti "*derivanti da finanziamenti erogati in funzione della presentazione della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo*"; in base al secondo comma dell'art. 182 *quater*, infatti, il Tribunale ha il compito di disporre la prededucibilità dei medesimi finanziamenti tramite il provvedimento con il quale accoglie la domanda di concordato, il che presuppone il preventivo controllo del Tribunale circa la l'effettiva funzionalità del finanziamento ai fini della procedura[434].

Una volta aperta ufficialmente la procedura concorsuale, il compito di garante della legalità affidato al Tribunale non si esaurisce: *medio tempore*, infatti, il Tribunale è detentore del compito di vigilare sulla legalità ed il corretto svolgimento della procedura in sé e qualora il commissario giudiziario accerti che "*il debitore ha occultato o dissimulato parte dell'attivo, dolosamente omesso di denunciare uno o più crediti, esposto passività insussistenti o commesso altri atti di frode, deve riferirne immediatamente al tribunale, il quale apre d'ufficio il procedimento per la revoca dell'ammissione al concordato, dandone comunicazione al pubblico ministero e ai creditori. La comunicazione ai creditori è eseguita dal commissario giudiziale a mezzo posta elettronica certificata ai sensi dell'articolo 171, secondo comma"* (art. 173 l. fall.). Tenuto presente non vi siano esplicite disposizioni normative che qualifichino in termini diversi e più permeanti il controllo mantenuto dal Tribunale durante l'espletamento della procedura, si deve ritenere che suddetto controllo abbia la medesima natura della verifica effettuata in sede di ammissibilità della proposta di concordato;

Riprendendo le considerazioni dell'autore Acciaro, "*alla luce del fondamentale principio* [della parità di trattamento dei creditori] *e richiamando la tesi privatistica che mira comunque ad enfatizzare la natura negoziale del concordato preventivo, è certamente opportuno che il Tribunale consideri anche le future valutazioni delle classi di creditori in sede di voto. Esse potranno, infatti, accettare condizioni apparentemente meno soddisfacenti rispetto a quanto offerto ad altre classi, ma più convenienti se assunte in una logica complessiva di risanamento dell'impresa a cui gli stessi creditori, anche per il loro interesse, intendono partecipare".* In poche parole, il Tribunale non dovrebbe arrestare il suo giudizio alla valutazione di un'eventuale difformità di trattamento, "*ma dovrebbe verificare se la difformità di trattamento tra creditori, anche apparentemente omogenei, trovi una giustificazione concreta nella generale economia del concordato preventivo, che possa essere favorevolmente giudicata dai creditori stessi*". G. ACCIARO, *Il concordato preventivo con continuità aziendale dopo il Decreto 83/2015*, op. cit., pag. 51.

[434] Analogo discorso si ripete in caso di finanziamenti prededucibili richiesti dal debitore, di cui un professionista da lui designato ne attesti la funzionalità alla *"migliore soddisfazione dei creditori"*: "*l'autorizzazione di cui al primo comma* [richiesta al Tribunale] *può riguardare anche finanziamenti individuati soltanto per tipologia ed entità, e non ancora oggetto di trattative",* secondo comma dell'art. 182-*quinquies.*

www.osservatorio.oicr.org

quindi, il Tribunale in composizione collegiale deve limitarsi a provvedere con decreto a revocare l'ammissibilità della proposta, provvedendo a dichiarare il fallimento solo qualora un creditore o il Pubblico Ministero ne facciano espressa richiesta.

Per mero scrupolo riepilogativo, si ricorda nuovamente che il giudice ha anche il compito di conferire, o meno, l'autorizzazione agli atti eccedenti l'ordinaria amministrazione che il debitore pone in essere durante la procedura al fine di amministrare i beni dell'impresa, *ex* art. 167 l. fall.

L'ultima fase coinvolgente l'organo giurisdizionale è il giudizio di omologa, che prende il via in seguito all'approvazione da parte dei creditori, secondo le maggioranze prescritte *ex lege*, della definitiva proposta di concordato preventivo. Per questa tipologia di controllo valgono gli stessi parametri valutativi propri del controllo di legittima posto in essere sin qui dal Tribunale: l'obiettivo sarà dunque verificare che la procedura di votazione e l'esito della medesima si siano tenuti in modo regolare.

All'interno dell'acceso dibattito che infiammò la figura dell'organo giurisdizionale per quel che riguarda i compiti ad esso attribuiti, si ipotizzò che nell'ambito del giudizio di omologa il controllo fosse più pervasivo, coinvolgendo il merito sotteso la proposta di concordato. Tale ragionamento era supportato dalla previsione al 4 comma dell'art. 180 l. fall. che il Tribunale possa "*assumere i mezzi istruttori richiesti dalle parti o disposti d'ufficio, anche delegando uno dei componenti del collegio"* qualora siano state proposte opposizioni in sede di giudizio di omologazione. Taluno ha letto questo potere del Tribunale di predisporre d'ufficio i necessari mezzi istruttori come la "*conferma di un significativo ruolo non solo di controllo, ma anche dinamico e propositivo, conferito al giudice nell'ambito della deliberazione della proposta concordataria"*[435]. A parere della Corte di Cassazione questa previsione "*non coglie nel segno*" e non è sufficiente a giustificare l'attribuzione di un potere di controllo di merito al Tribunale; a conferma di ciò la Corte nella sentenza n. 1521/2013 ricorda che "*nel caso di mancanza di opposizioni, non è demandato al tribunale alcun accertamento o compito peculiare: la verifica in ordine alla regolarità della procedura, il cui obbligo è richiamato nel terzo comma dell'art. 180, deve ragionevolmente essere realizzata con la verifica del fatto che anche nel proseguo della procedura non siano venuti meno quei presupposti la cui mancanza iniziale non avrebbe consentito l'accesso alla procedura*".

Un breve cenno merita, a questo punto, l'orientamento della Suprema Corte in riferimento al potere del Tribunale di esprimere un giudizio in ordine all'ipotesi di abuso dell'istituto di concordato preventivo; a tal proposito si menziona la sentenza 22 marzo 2010, n. 6904 della Corte di Cassazione, nel quale i giudici della Corte hanno ragionato in merito al ridimensionamento dei poteri di controllo attribuiti al giudice dell'ipotesi di concordato fallimentare, precisando che di fatto il giudice non può emettere un giudizio in ordine al contenuto economico della proposta, ma, qualora ravvisi da parte del debitore un atteggiamento abusivo nell'utilizzo dello strumento di concordato, potrà sicuramente intervenire negando l'omologazione della proposta allo stesso. In particolare, il Tribunale ha il potere, *ex* art. 180, 4 co. l. fall. (ma anche ai sensi

[435] Cass. Civ., sez. Unite, sentenza 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Pluris - Wolters Kluwer Italia*.

www.osservatorio.org

dell'art. 129, 5 co. l. fall. nel caso di concordato fallimentare), di assumere i mezzi istruttori richiesti dalle parti, o disposti anche d'ufficio, necessari per verificare la regolarità della procedura. La sentenza *de quo*, introduce per la prima volta, a tutela e nell'interesse dei soggetti coinvolti, il riconoscimento tra i compiti del Tribunale di esperire in sede di giudizio di omologa, una valutazione in merito all'ipotesi di abuso da parte del debitore del concordato preventivo, in danno ai creditori. Tale giudizio diviene condizione di fattibilità della domanda di concordato, comportando la denegata omologazione della proposta in caso di constatato abuso del diritto[436]. La Cassazione, estendendo i principi generali di correttezza e buona fede, *ex* art. 1175 e 1375 cod. civ., ha così riconosciuto in capo al Tribunale fallimentare la possibilità di intervenire in tutti i casi in cui l'utilizzo dello strumento concordatario configuri un'ipotesi di abuso del diritto, sia in riferimento alla posizione dei creditori, quanto in ordine alla posizione del soggetto fallito.
La giustificazione sottesa all'attribuzione per Tribunale di un potere di giudizio e intervento nel merito della proposta concordataria, alla luce del ridimensionamento dei suoi poteri - di cui si è ampiamente discusso poc'anzi - e in ragione dell'acuito carattere privatistico conferito all'istituto, si spiega, secondo il giudizio della Corte di Cassazione, in ragione della presenza in sede di concordato preventivo di interessi superindividuali, che giustificherebbero l'intervento del Tribunale nel caso di ravvisato abuso del concordato[437].

Orbene, detto ciò, si è potuto constatare che il ruolo demandato dal Legislatore al Tribunale non è certamente marginale: il controllo che ha il compito di mantenere durante tutta la durata della procedura, incide certamente sull'efficacia dell'accordo concluso. L'azione di sorveglianza che opera l'organo giudiziale non incide in modo negativo sull'ampio margine di autonomia attribuito, soprattutto inseguito al decennio di riforme, alle parti privati della procedura, ma provvedere a mantenere serrato il perimetro entro il quale debitore e creditori si possono muovere liberamente.
Lo "s*bilanciamento in favore dell'elemento negoziale del nuovo procedimento di concordato, rispetto a quello risultante dalla precedente normativa"* è una realtà di fatto che ha portato, lo si ripete, ad "*una diversa perimetrazione dei poteri di intervento del giudice che è deputato a garantire il rispetto della legalità nello*

[436] Per abuso del diritto del concordato preventivo si intende, nello specifico, l'utilizzo distorto ed opportunistico dell'istituto, sia in sede di accesso alla procedura, quanto nella gestione della medesima

[437] Sotto tale aspetto, è interessante evidenziare come da una parte i poteri dell'organo giudiziario siano stati ampiamente limitati, sino a essere confinati nel perimetro di un giudizio in ordine alla fattibilità giuridica della proposta, in ottemperanza del rinnovato carattere privatistico dell'istituto; mentre dall'altra, come si sia dato alito alla sentita esigenza di riconoscere in capo al medesimo organo giudiziario il potere di vagliare un abuso del diritto fallimentare, nello specifico l'abuso dello strumento di concordato preventivo. Dunque, non è possibile valutare il merito della proposta del debitore concordatario, ma la sua condotta abusiva costituisce condizione di fattibilità del medesimo concordato, valutabile nel merito dal Tribunale, il quale può di conseguenza denegare l'omologazione del piano. Si ricorda, inoltre, che prima della succitata sentenza di Cassazione, in merito all'abuso del concordato preventivo si era espressa solo la giurisprudenza di legittima, *ex plurimis,* Tribunale di Messina, sez. II, decreto 30 gennaio 2013. La considerazione se sia o meno possibile valutare l'abuso delle norme di diritto tributario in sede di concordato da parte del giudice fallimentare sarà, invece, il tema centrale del terzo ed ultimo capitolo del presente lavoro di ricerca.

www.osservatorio.org

svolgimento della procedura"[438]*.* Questo generale ridimensionamento dei poteri dell'organo pubblicista della procedura comporta la preclusione al giudice stesso di "*esercitare un controllo sulla prognosi di realizzabilità dell'attivo nei termini indicati dall'imprenditore, esulando detta prognosi dalla causa del concordato* […] *ed essendo la stessa rimessa alla valutazione dei creditori quali diretti interessati, una volta assicurata la corretta trasmissione dei dati ed acquisite le indicazioni del commissario giudiziale, nell'esercizio delle funzioni di controllo e di consulenza da lui svolte nella veste di ausiliario del giudice"*[439]*.*

Detto ciò, non resta che analizzare l'unico caso ove il controllo operato dal Tribunale oltrepassa i confini del giudizio di fattibilità giuridica, o di legittimità, per approdare nell'ambito del controllo di merito[440]; l'ipotesi in questione è delineata, come si è detto, al comma 4 dell'art. 180, il quale così recita: "*Se sono state proposte opposizioni, il Tribunale assume i mezzi istruttori richiesti dalle parti o disposti di ufficio, anche delegando uno dei componenti del collegio. Nell'ipotesi di cui al secondo periodo del primo comma dell'articolo 177 se un creditore appartenente ad una classe dissenziente ovvero, nell'ipotesi di mancata formazione delle classi, i creditori dissenzienti che rappresentano il 20 per cento dei crediti ammessi al voto, contestano la convenienza della proposta, il tribunale può omologare il concordato qualora ritenga che il credito possa risultare soddisfatto dal concordato in misura non inferiore rispetto alle alternative concretamente praticabili".*

---

[438] Cass. Civ., sez. Unite, sentenza 23 gennaio 2013, n. 1521, in *Pluris - Wolters Kluwer Italia*.

[439] *Ibidem.*

[440] Perplessità erano state espresse anche in riferimento al fatto che il comma 4 dell'art. 180 l-fall. fosse l'unico caso di valutazione nel merito della fattibilità da parte del Tribunale: c'è chi aveva avanzato dubbi, infatti, in riferimento alla fattispecie di concordato preventivo con continuità aziendale, rilevando che *ivi* il ruolo del Tribunale fosse certamente più pregante, in ragione della verifica del presupposto di cui all'art. 186 *bis* l. fall., ultimo comma, ossia che la continuazione dell'impresa risultasse dannosa ai creditori. Il comma in questione, in particolare, dispone che: "*Se nel corso di una procedura iniziata ai sensi del presente articolo l'esercizio dell'attività d'impresa cessa o risulta manifestamente dannoso per i creditori, il tribunale provvede ai sensi dell'art. 173 l. fall. Resta salva la facoltà del debitore di modificare la proposta di concordato".* Il dubbio è immediatamente risolto se si adotta il punto di vista della Corte di Cassazione, la quale ha appurato che giudizi prognostici inerenti la fattibilità economica del concordato sono certamente stati vietati al Tribunale. Dunque anche in questo caso, il Tribunale ai fini di valutare l'ammissibilità della proposta, dovrà attenersi alle relazioni sviluppate da professionista e commissario giudiziale, non potendosi sbilanciare formulando valutazioni in ordine all'efficacia prospettica della continuità aziendale. In tal senso si cfr. il decreto del Tribunale di Pordenone 24 ottobre 2013, nel quale è stato dichiarato il non luogo a procedere *ex* artt. 173 e 186 *bis* l. fall. in seguito alle segnalazioni del commissario giudiziale, il quale aveva evidenziato una situazione patrimoniale della società peggiore rispetto quella contenuta nel piano attestatore, in seguito alla continuazione dell'attività in costanza di concordato. Il Tribunale, pur rilevando che il commissario aveva evidenziato un *trend* negativo per la situazione patrimoniale della società e del debitore, diede una soluzione alla luce delle conclusioni delle Sezioni Unite del 2013: omologò il concordato poiché "*la fattibilità risultava attestata dal professionista e il dubbio sollevato dal commissario giudiziale si fondava su analisi prospettiche il cui recepimento avrebbe indotto il Tribunale a operare valutazioni che il Legislatore ha inteso sottrargli*". Così ACCIARO, *Il concordato preventivo con continuità aziendale dopo il Decreto 83/2015*, op. cit., pag. 45. La più ampia longitudine che *prima facies* sembrerebbe assumere il sindacato del Tribunale al cospetto del concordato con continuità aziendale, lascia invece il posto a valutazioni vincolate alle attestazioni del professionista e del commissario, non dimenticando, inoltre, la possibilità del debitore di modificare la proposta, previsione in linea con l'amplificata valorizzazione dell'elemento negoziale della procedura.

www.ilcaso.it

In questo caso il Tribunale ha il potere/compito di operare un giudizio in merito alla convenienza del concordato, non limitandosi a verificare l'aspetto formale della proposta e la legalità della procedura.
In particolare, si rileva che il d.l. 83/2012, riformando taluni aspetti della legge fallimentare al fine di favorire la continuità aziendale, ampliò suddetto potere di sindacato sulla convenienza del concordato da parte del Tribunale, predisponendolo non più solo in caso di contestazione del concordato da parte di un creditore appartenente ad una classe dissenziente, ma estendendolo anche all'ipotesi di mancata formazione delle classi, a fronte di contestazioni di creditori rappresentanti il 20% dei crediti ammessi al voto. Tale ampliamento di competenza, a ben vedere sembrerebbe leggibile, *prima facies,* come la volontà del Legislatore di rendere più incisivo e pervasivo il controllo, e di conseguenza l'influenza, dell'organo giurisdizionale, subordinando la buona riuscita della procedura al parere positivo del Tribunale.
Anche questa presunzione è stata puntualmente sconfessata dalla sentenza a Sezioni Unite della Corte di Cassazione, n. 1521/2013, ove si legge testualmente in riferimento alle modifiche apportate al quarto comma dell'art. 180 l. fall. che: l'ampliata "*competenza del tribunale in tema di valutazione di convenienza della procedura, non sembra possa trovare ragionevole fondamento nell'intento di ampliare i margini di intervento del giudice nell'ambito della procedura in questione, ma appare piuttosto un bilanciamento in favore del ceto creditorio".* Il Tribunale, difatti, si erge in difesa dei creditori non rappresentati dalla maggioranza, divenendo il portavoce del loro dissenso, in ragione del ruolo di garante della legalità della procedura, organismo di controllo e, in questo specifico ed unico caso, attestatore della convenienza del concordato[441].
In questi casi, il giudizio che il Tribunale è chiamato a rilasciare, valuta la convenienza del piano di concordato prospettato rispetto ad altre ipotesi concretamente intraprendibili e si riferisce, in concreto, alla convenienza che deriverebbe alla classe di cui fa parte il creditore opponente, non tanto alla massa dei creditori totalmente considerati[442].

Pertanto, la tesi più restrittiva ampliamente supportata in dottrina e giurisprudenza, facendo leva sulla natura negoziale e privatistica della procedura, non contempla che il giudizio formulato dal Tribunale si vada a

[441] Il "giudizio di convenienza" posto in essere dal Tribunale fuoriesce, dunque, la sua sfera valutativa ordinaria ma limitatamente al caso in cui siano presenti classi di creditori dissenzienti. In tal senso si cfr. *ex plurimis* la sentenza della corte di Cassazione, 10 febbraio 2011, n. 3274, con nota di M. Nisivoccia, in riferimento ad un concordato fallimentare, ove viene puntualizzato che il Tribunale non può sostituirsi ai creditori nella valutazione della convenienza del concordato, neanche nella fase di omologazione, a meno che non ne facciano specifica richiesta un creditore dissenziente appartenente ad una classe cha ha votato contro la proposta di concordato.

[442] "*Il dissenso di una classe di creditori non impedisce l'approvazione della proposta di concordato, essendo favorevole la maggioranza delle altre classi, ma, ciononostante, il concordato può non essere omologato, e, dunque, non perfezionarsi, in quanto quel dissenso consente ad un creditore dissenziente di contestare la convenienza del concordato medesimo, 'sterilizzando' così il consenso maggioritario".* In tal senso E. NORELLI, *Il giudizio di omologazione del concordato preventivo,* in L. GHIA, L. PICCININNI e F. SEVERINI, *Trattato delle procedure concorsuali. Il superamento della crisi e la chiusura delle procedure,* Milano, UTET Giuridica, 2011, pag. 530.

www.osservatorio.oci.org

sovrapporre al giudizio di approvazione della proposta di concordato operato dai creditori in sede di votazione[443]; ne consegue che, qualora non siano presenti opposizioni in sede di omologa, il Tribunale deve attenersi ad accertare, *sic et simpliciter,* la regolarità con cui si è svolta la procedura e il raggiungimento delle soglie di maggioranze prescritte *ex lege*, esulando il potere di sindacato in merito alla convenienza, o fattibilità economica, del piano di concordato.
L'adesione a questo orientamento deriva dalla concezione più squisitamente privatistica della procedura in sé, dalla quale deriva la negazione del potere per l'organo giurisdizionale di sindacare in punto di fattibilità la formula di concordato, e ciò a partire dall'apertura della procedura, sino alla sua conclusione[444].

Per meri fini di completezza, si illustra la posizione della tesi minoritaria ed opposta, la quale sosteneva che all'organo giurisdizionale spettasse il dovere/potere di verificare l'effettiva fattibilità del piano di concordato, a prescindere dalla presenza di opposizioni da parte di creditori dissenzienti, tutelando l'interesse dei creditori in generale. La premessa muoveva, soprattutto prima che prendessero piede le svariate riforme tendenti alla privatizzazione della procedura, dalla considerazione che il giudizio di

[443] In tal senso, *ex multis*, G. BOZZA, *L'omologazione della proposta (i limiti alla valutazione del giudice),* in *Fallimento,* 2006, pag.1068; L. GUGLIELMUCCI, *Lezioni di diritto fallimentare,* Torino, 2006, pag. 107 e G. JACHIA, *Rassegna in giurisprudenza sul concordato preventivo,* in *Fallimento,* 2006, pag. 837. Per la giurisprudenza, si cfr., inoltre, Tribunale di Modena, decr. 21 novembre 2008 e Tribunale di Milano, decr. 27 marzo 2008. Fonte: *Pluris - Wolters Kluwer Italia*.

[444] In fondo, lo stesso dettato normativo dell'art. 180, preso in senso letterale, corrobora la tesi dell'orientamento maggioritario, prevedendo che "*se sono state proposte opposizioni, il Tribunale verificata la regolarità della procedura e l'esito della votazione, omologa il concordato con decreto motivato non soggetto a gravame". Ictu oculi,* l'omologazione, in questo caso specifico, sembra dipendere unicamente da una mera azione di ricognizione della regolarità procedurale e dell'avvenuto raggiungimento delle quote di maggioranza necessarie da parte dei creditori ammessi al voto posta in essere dall'organo designato. I controlli, *tout* court, saranno limitati ad accertare, per esempio, la presenza di uno stato di crisi, la qualità di imprenditore assoggettabile alle procedure concordatarie, la completezza della documentazione che deve accompagnare la domanda di concordato, il rispetto dei termini prescritti *ex lege,* la regolarità delle procedure di votazione e l'effettivo raggiungimento delle maggioranze necessarie, ecc. Per un approfondimento, in dottrina, si cfr. *ex multis*: G. LO CASCIO, *Il nuovo concordato preventivo ed altri filoni giurisprudenziali,* in *Fallimento,* 2006, pag. 581 e ss.; C. D'AMBROSIO, *Commento agli artt. 180 e 181,* in *La riforma fallimentare,* a cura di A NIGRO e M. SANDULLI, Torino, 2006, pag. 1068 e ss.; G. U. TEDESCHI, *Manuale del nuovo diritto fallimentare,* Padova, 2006, pag. 565. In giurisprudenza, si cfr. Corte d'Appello di Roma, decreto 18 settembre 2010, ove la massima recita: "*In sede di ammissione della domanda di concordato preventivo, che sia accompagnata dalla documentazione indicata dalla legge e dalla relazione del professionista, al tribunale è preclusa ogni valutazione nel merito della fattibilità del piano, se non nel caso in cui siano state rilevate macroscopiche assurdità"*, e Corte di Appello di Firenze, decreto 16 febbraio 2011, con nota di S. BECUCCI, dove si legge: "*In sede di omologazione del concordato preventivo, il tribunale non può sovrapporsi alla decisione che i creditori, con la prescritta maggioranza, hanno espresso sulla convenienza della proposta. Al tribunale, esclusa l'ipotesi del combinato disposto degli artt. 180, IV comma, legge fallimentare - R.D. n. 267/1942 - e 177, I comma, legge fallim., che disciplina l'ipotesi del c.d. cram down, spetta solo una funzione di controllo sulla legittimità della procedura e di risoluzione di tutti quei conflitti che attengono a questioni di mero diritto".* Fonte: *Pluris - Wolters Kluwer Italia*.

omologazione giudiziaria si sostanzia nella verifica della conformità alla legge del piano di concordato ed alla sua aderenza con gli interessi pubblici di un accordo intercorrente tra privati: se così è, a maggior ragione non si dovrebbe privare l'organo giudiziario del dovere/potere di verificare non solo la regolarità formale dell'attività tra privati, ma anche l'ulteriore profilo attinente gli interessi generali dell'accordo di concordato, verificabile solo con l'accertamento che la proposta di concordato sia effettivamente attuabile nei termini in cui è stata proposta.

Orbene, come si ha avuto modo di specificare più volte, suddetta teoria ad oggi è stata superata, soprattutto alla luce dei ripetuti interventi di riforma del R.D, 267/1942, che hanno sganciato totalmente e definitivamente la valutazione nel merito della fattibilità economica del piano dal perimetro di azione dell'organo giudiziario.

In questa prospettiva, anche a parere della scrivente, la circoscritta eccezione che si rileva al quarto comma dell'art. 180 l. fall., è giustificata dalla necessità di uno sbilanciamento della procedura in favore della tutela degli interessi dei creditori dissenzienti, in modo da non lasciare privi di voce in capitolo anche la parte, di solito, minoritaria del ceto creditorio. In definitiva, ove manchino opposizioni, in sede di omologazione, il Tribunale si dovrà limitare a controllare la regolarità della procedura, rimanendo di esclusiva iniziativa del singolo creditore richiedere, ad esempio, la risoluzione del concordato in caso di inadempimento; conseguentemente, si deve ritenere esclusa la possibilità di rigettare una domanda di omologazione in assenza di opposizioni per ragioni che esulano dalla verifica della regolarità formale della procedura di votazione o dall'esitano della medesima.

Concludendo, se da una parte vi è la necessità di garantire un controllo giurisdizionale minimo a fronte del potere riconosciuto al debitore di comprimere i diritti dei creditori in ragione dell'auspicata sua fuoriuscita dallo stato di crisi, dall'altra parte vi è l'impossibilità assodata del Tribunale di valutare il merito della proposta di concordato preventivo: l'unica strada conciliativa in tal senso è delineata dalla collaborazione tra organo giurisdizionale e commissario giudiziale, alla luce delle sue funzioni e dei suoi doveri di informativa, in modo da assicurare la manifestazione di una volontà consapevole da parte dei creditori in sede di adunanza.

www.osservatorio.oci.org

Capitolo 3.
L'ELUSIONE FISCALE ALL'INTERNO DELLA COMPOSIZIONE CONCORDATA DELLA CRISI D'IMPRESA

Sommario: **1.** Premessa; **2.** I profili fiscali del concordato preventivo; **3.** Il difficile coordinamento tra le norme tributarie e le norme fallimentari; **4.** Il rapporto tra concordato preventivo e disciplina antiabuso del diritto tributario; **4.1** Analisi di un'operazione di riorganizzazione societaria nell'ambito di una situazione di crisi d'impresa; **5.** Una possibile soluzione al paradosso del concordato preventivo.

1. Premessa

Alla luce delle considerazioni e delle analisi svolte sinora, nel terzo ed ultimo capitolo del presente lavoro di ricerca si tenterà di verificare se le operazioni di riorganizzazione societaria poste in essere in un contesto di crisi d'impresa possano rientrare o meno nel perimetro della disciplina antielusiva e, qualora vi rientrassero, quali ne siano i risvolti in ambito tributario e fallimentare. Considerazioni siffatte verranno svolte tenendo presente da una parte, l'*excursus* dottrinale e giurisprudenziale che ha portato all'equiparazione del fenomeno elusivo con l'istituto dell'abuso del diritto, vedendo la sua consacrazione con l'introduzione dell'art. 10 *bis* nello Statuto dei diritti del Contribuenti, L. 27 luglio 2000, n. 212; dall'altra, tenendo bene a mente il filo conduttore che lega gli svariati interventi di riforma della Legge Fallimentare susseguitesi negli anni, i quali, enfatizzando il carattere privatistico delle procedure concorsuali, hanno facilitato l'accesso degli imprenditori a quegli strumenti di risoluzione della crisi alternativi al fallimento, quale *in primis* il concordato preventivo.
La tematica che si svilupperà in questa sede, dunque, attraversa la ricerca sviluppata in seno al primo capitolo in ambito tributario, circa la figura dell'elusione fiscale o abuso del diritto tributario, per approdare nella tematica sviluppata all'interno del secondo capitolo in ambito fallimentare, ove ci si è concentrati sul concordato preventivo e la sua evoluzione giuridica, unitamente all'evoluzione del potere di controllo esercitato dall'organo giudiziario al suo interno.

Orbene, l'argomento che *ivi* verrà sviluppato si mostra sin da subito ostico e di non facile trattazione: le motivazioni sottese sono svariate, partendo dalla considerazione che si tenta di conciliare due branche del diritto del tutto eterogenee tra loro, assai tecniche e con risvolti problematici di non facile risoluzione. Non stupisce, pertanto, che l'argomento fulcro del terzo capitolo non sia circondato da innumerevoli contributi dottrinali e giurisprudenziali, ma che, invece, si caratterizzi per una vera e propria mancata riflessione in merito, potendo contare su poche pagine raccolte qua e là all'interno di trattazioni

www.osservatorio.oci.org

inerenti ben più ampie tematiche, senza aver mai (si può azzardare un "mai") giovato di un'analisi strettamente dedicata.

Neanche dal punto di vista legislativo si può contare su una trattazione sistematica ed esaustiva del problema che *ivi* c'interessa, svelando un "*cono d'ombra*"[445] normativo dovuto all'attenzione posta storicamente su ben altre fattispecie del diritto tributario fallimentare, come ad esempio: "*il momento di cessazione dell'impresa e la ripartizione degli obblighi fiscali tra fallito e curatore, i criteri di determinazione del reddito dell'impresa fallita eventualmente derogatori rispetto alle regole per l'IRES, gli obblighi IVA e in tema di ritenute*"[446].

D'altra parte, lo stesso istituto dell'abuso del diritto fiscale risulta approdato ad un assetto giuridico stabile solo di recente, con il neo introdotto art. 10 *bis,* L. 212/2000, essendo stato il protagonista per lungo tempo di un complesso *iter* di formazione e assestamento giurisprudenziale, come si ha avuto modo di illustrare all'interno del primo capitolo. Si aggiunga, poi, che nella crisi d'impresa è peculiare la mancanza di liquidità necessaria a far fronte alle obbligazioni contratte durante l'espletamento dell'attività commerciale, risulta allora evidente che la pretesa erariale lasci un po' il "tempo che trovi", nonostante "*la posizione del fisco quale creditore privilegiato è sempre stata indiscussa*"[447].

Pertanto, i profili tributari attinenti le procedure concorsuali e la crisi d'impresa sono disseminati di criticità non sempre adeguatamente valorizzate dagli studiosi: va da sé che la ricerca di fenomeni elusivi/abusivi del diritto tributario all'interno della composizione concordata della crisi d'impresa si proponga come un argomento di ricerca del tutto innovativo, privo di un vero e proprio supporto documentale adeguato.

Lo stesso autore Micheli ebbe un tempo a sottolineare che "*la difficoltà del tema 'Fallimento e Fisco' sta proprio qui: nel coordinare due 'corpi' di norme eterogenee dei quali l'uno (quello tributario) è privo di qualsiasi struttura sistematica*"[448].

2. I profili fiscali del concordato preventivo

Orbene, non resta che addentrarci nella disciplina fiscale inerente la procedura di concordato preventivo.

C'è da dire che questa tematica non ha mai riscosso grandi attenzioni da parte degli studiosi del diritto tributario e ciò per diverse ragioni: in primo luogo perché la pretesa impositiva in questo caso sorge in un contesto delicato e critico al tempo stesso, rappresentato dalla crisi economica e finanziaria che soffre

[445] Espressione di A. MASTROBERTI, *Il cono d'ombra normativo tra tutela delle perdite e dell'indebito,* in *Diritto e Pratica Tributaria*, n. 2, 2013, pag. 10335.

[446] F. PAPARELLA, *Il diritto tributario delle procedure concorsuali e delle imprese in crisi*, Milano, Giuffrè Editore, 2013, pag. VIII dell'introduzione e note metodologiche a cura di A. FANTOZZI.

[447] *Ibidem.*

[448] G. A. MICHELI, *Recensione a Pajardi, Fallimento e Fisco,* in *Riv. Dir. Finanziario,* 1971, I, pag. 169.

www.osservatorio.org

l'impresa; in secondo luogo, perché dal punto di vista legislativo manca un vero e proprio *corpus* di norme dedicato, essendo reperibili pochi ed isolati articoli specifici disseminati qua e là all'interno delle singole discipline ordinarie[449].
Due condizioni peculiari che non hanno giovato all'approfondimento del tema, né da parte del Legislatore, né da parte della dottrina tributarista; certamente i profili sviluppati in dottrina si concentrano su altri frangenti, attinenti in particolar modo ai profili applicativi, "*concorrendo a fornire soluzioni operative o ad illustrare in dettaglio interpretazioni fornite dall'amministrazione finanziaria, senza curarsi troppo di un inquadramento sistematico del tema*"[450], risultando certamente più utile, alle riflessioni sul diritto in generale, offrire soluzioni pragmatiche alla pretesa impositiva che sorge nel momento del dissolvimento del patrimonio imprenditoriale[451].
Si potrebbe azzardare a sostenere che le riforme susseguitesi in questi ultimi anni, a partire dal 2005, in ambito di diritto fallimentare avrebbero potuto rappresentare la giusta occasione per portare a compimento una trattazione sistematica dei profili fiscale delle procedure concorsuali, creando una normativa di settore, "*specificatamente diretta alla disciplina delle diverse forme di implicazione fiscale della crisi d'impresa, coordinando gli istituti pensati per la soluzione di tale crisi con le regole più appropriate per la stima del prelievo applicabile nei confronti dei diversi soggetti-contribuenti coinvolti in tale particolare momento della gestione dell'impresa*"[452].

---

[449] Dello stesso parere è G. TINELLI, *Il regime fiscale del concordato preventivo,* in *Il diritto tributario delle procedure concorsuali e delle imprese in crisi,* a cura di F. PAPARELLA, Milano, Giuffrè Editore, 2013, pag. 855, "*il tema dei rapporti tra procedure concorsuali ed imposizione tributaria, salvo rari contributi monografici dedicati a specifici argomenti, non ha tradizionalmente destato l'interesse della dottrina tributaristica e ciò non soltanto per l'effetto della naturale ritrosia a concentrare l'attenzione su una fattispecie impositiva che si manifesta in un momento di crisi economica e finanziaria dell'impresa, ma anche a causa della mancanza di un corpo normativo destinato a dettare la disciplina della trattazione da attuarsi nel contesto di una procedura concorsuale*".

[450] G. TINELLI, *Il regime fiscale del concordato preventivo*, op. cit., pag. 856.

[451] *Ad colorandum,* si rileva che sia Tinelli in *Il regime fiscale del concordato preventivo,* in *Il diritto tributario delle procedure concorsuali e delle imprese in crisi,* op. cit., pag. 856, sia A. FANTOZZI, *Considerazioni generali sul rapporto tra norme tributarie e norme fallimentari sul giudizio di valore tra par condicio creditorum, interesse fiscale ed altri interessi pubblici diffusi,* in *Trattato delle procedure concorsuali,* a cura di GHIA, PICCININNI e SEVERINI, Torino, UTET giuridica, 2012, pagg. 417 e ss., muovono una critica velata alla tecnica legislativa adottata negli ultimi anni dal Legislatore, frenetica e dettata da ragioni di urgenza, a discapito della trattazione sistematica delle materie. Così certamente la mancanza di un corpo normativo specificatamente dedicato alla commistione tra profili tributari e fallimentari ha influenzato, e indirettamente provocato, la mancata riflessine su determinate tematiche inerenti. Secondo Tinelli, in particolar modo, "*tale aspetto, tipico peraltro di una impostazione normativa poco attenta alla sistematica e patologicamente orientata verso una produzione a getto continuo, condizionata dalla costante esigenza di cassa imposta dall'incomprimibilità della spesa pubblica e dalla caduta di livello della tecnica legislativa, spesso tollerata in considerazione delle complesse procedure parlamentari che mal si conciliano con i tempi imposti dalle manovre finanziarie pubbliche e dai vincoli europei, ha finito per distrarre il giurista alla ricerca di ambiti giuridici da esplorare teoricamente, condizionando così anche il legislatore, che ha sentito marginalmente l'esigenza di una regolamentazione ordinata dei profili fiscali delle procedure concorsuali".*

[452] G. TINELLI, *Il regime fiscale del concordato preventivo*, op. cit., pag. 857. Invece le riforme intervenute dal 2005 in poi si sono concentrate unicamente su taluni aspetti marginali della disciplina fiscale, come si vedrà meglio nel prosieguo della trattazione.

www.dissertationi.org

Questa riflessione non risulta essere scontata se si considera che le norme tributarie condizionano la buona riuscita della procedura concorsuale, intervenendo in una serie di atti e situazioni, di modo da incidere alla fine anche sulla scelta degli istituti di prevenzione del dissolvimento dell'impresa commerciale[453].

Dunque, evitando di ripetersi fornendo nuovamente una descrizione accurata dell'istituto del concordato preventivo - per il quale si rimanda al secondo capitolo del presente lavoro di ricerca -, ci si limita a ricordare che questo istituto rappresenta una particolare procedura concordataria concessa al debitore in crisi e finalizzata ad evitare il fallimento dell'impresa, risolvendo le criticità in atto "*sia in vista di una ripresa dell'attività economica, che di una dissoluzione non traumatica del patrimonio imprenditoriale già dedicato all'attività che ha generato la crisi*"[454].

Svolta questa doverosa riflessione introduttiva, si può ora passare ad analizzare compiutamente i profili fiscali attinenti la procedura che *ivi* ci interessa.

A mente delle considerazioni sopra svolte, si rileva sin da subito che mancando una disciplina organica di riferimento, si provvederà ad analizzare i singoli tributi ad impatto economico più rilevante, in relazione ai quali si è provveduto a regolamentare aspetti peculiari della disciplina.

In prima istanza, il Testo Unico delle imposte sul reddito, D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, non prevede una disciplina specifica del concordato preventivo per la tassazione del reddito d'impresa in costanza di procedura, in ragione del fatto che *ivi* non si determina lo spossessamento del debitore: quest'ultimo, infatti, conserva la titolarità e l'amministrazione dei suoi beni, nonché la direzione dell'esercizio d'impresa, sebbene il commissario giudiziale mantenga la vigilanza sul corretto assolvimento degli oneri e obblighi di natura tributaria[455]. La *ratio* sottesa alla mancata regolamentazione del tributo, quindi, si basa sulla considerazione che il reddito che l'imprenditore insolvente produce in costanza di procedura concordataria, nonostante derivi da componenti straordinari, rappresenta in ogni caso reddito imponibile ai fini delle imposte sui redditi e per questo motivo deve essere calcolato applicando le regole ordinarie. "*Di conseguenza, ai fini delle imposte sul reddito, all'impresa assoggettata a questa procedura continuano ad applicarsi le disposizioni generali dettate per le imprese in bonis con due importanti eccezioni riguardanti la disciplina delle sopravvenienze attive originate dalla riduzione delle passività aziendali e quella relativa alle plusvalenze a alle minusvalenze realizzate a seguito della cessione*

[453] Si tenga in considerazioni anche il profilo di responsabilità dal punto di vista fiscale nel quale possono incorrere gli organi della procedura, rischio che potrebbe condizionare "*la serenità dell'approccio di professionisti nell'assumere ruoli funzionali nella gestione di procedure concorsuali, contribuendo a creare situazioni di disagio o di diffidenza nei confronti del Fisco*"; in tal senso G. TINELLI, *Il regime fiscale del concordato preventivo,* op. cit., pag. 857.

[454] N. A. BRUNO, I profili fiscali nel concordato preventivo, in *Trattato delle procedure concorsuali*, a cura di GHIA, PICCININNI e SEVERINI, Torino, UTET giuridica, 2012, pag. 493.

[455] In tal senso N. A. BRUNO, *I profili fiscali nel concordato preventivo,* op. cit., pagg. 493 e ss. e G. TINELLI, *Il regime fiscale del concordato preventivo,* op. cit., pagg. 855 e ss.

www.ssbmilano.osl.org

dei beni ai creditori"[456]. La giurisprudenza di merito, infatti, si era sempre mostrata critica nei confronti della speculare equiparazione di discipline, specie per quelle componenti straordinarie - sopravvenienze attive e plusvalenze - "*la cui tassazione finiva per incidere sensibilmente sul risultato delle procedure concorsuali, determinando spesso risultati liquidatori insoddisfacenti che disincentivavano imprenditore e creditori dall'opzione di tale istituto di soluzione della crisi dell'impresa*"[457].

Al tempo della redazione del Testo Unico delle Imposte sui Redditi (d'ora in avanti solo TUIR), si suggerì di estendere anche al concordato preventivo la disciplina che si voleva prevedere per la liquidazione ordinaria, di modo da determinare il reddito in maniera uniforme durante la durata della procedura liquidatoria, ma la proposta non venne accolta e si giunse ad inserire, quindi, due uniche disposizioni specifiche previste in tema di concordato preventivo, "*derogatorie di quelle generali in materia di determinazione del reddito d'impresa*"[458].

La prima deroga al regime ordinario è prevista all'art. 86, 5 co., TUIR[459] che sancisce l'irrilevanza dal punto di vista fiscale delle plusvalenze dei beni derivanti da *cessio bonorum* ai creditori in sede di concordato preventivo; uguale beneficio si applica anche alle plusvalenze ricollegabili alle rimanenze (minusvalenze) ed al valore dell'avviamento[460]. La giurisprudenza nel tempo

---

[456] N. A. BRUNO, *I profili fiscali nel concordato preventivo*, op. cit., pag. 495. "*Sotto il profilo fiscale la procedura di concordato preventivo si differenzia ai fini delle imposte sui redditi rispetto a quella fallimentare in quanto non è disciplinata da un articolo specifico e, pertanto, ad esso si applicano le regole ordinarie di determinazione del reddito imponibile, salvo alcune peculiari eccezioni*". Sul punto si veda anche ROSSETTI e DALL'AGATA, *Regime fiscale del concordato preventivo con cessione dei beni,* in *Fisco,* 1996, pag. 3130 e STASI, *Disciplina fiscale delle procedure concorsuali,* in *Aa. Vv., Fallimento ed altre procedure concorsuali,* a cura di FAUCEGLIA e PANZANI, Torino, 2009, pagg. 2179 e ss.

[457] G. TINELLI, *Il regime fiscale del concordato preventivo*, op. cit., pag. 865, che riprende il pensiero di *ROSSETTI* e DALL'AGATA, *Regime fiscale del concordato preventivo con cessione dei beni,* op. cit., secondo i quali, infatti, molto spesso si ricorreva all'artificio che *"consisteva nel realizzare la fusione per incorporazione della società in concordato in un'altra, utilizzando le perdite derivanti dalle 'bare fiscali'".*

[458] G. TINELLI, *Il regime fiscale del concordato preventivo*, pag. 867. "*In tale ottica, gli artt. 54, comma 5 e 55, comma 4, TUIR n. 917 del 1986, nella numerazione originaria, disponevano l'irrilevanza fiscale rispettivamente, delle plusvalenze emergenti dalla cessione di beni ai creditori in sede di concordato preventivo e delle sopravvenienze attive derivanti dalla riduzione dei debiti dell'impresa a seguito della omologazione della proposta concordataria".* Il d.lgs. n. 344 del 2003 ha comportato la rimunerazione degli articoli del TUIR, così le due disposizioni sono oggi reperibili distintamente agli artt. 86 ed 88.

[459] Il testo del comma in oggetto ad oggi dispone: "*La cessione dei beni ai creditori in sede di concordato preventivo non costituisce realizzo delle plusvalenze e minusvalenze dei beni, comprese quelle relative alle rimanenze e il valore di avviamento".*

[460] Cfr. sul punto ANTONIOZZI, SCHETTINI, LA CANDIA e GIANNELLI, *Profili fiscali sugli effetti delle soluzioni negoziali della crisi: le plusvalenze,* a cura di GHIA, PICCININNI e SEVERINI, Torino, UTET giuridica, 2012, pagg. 445 e ss. e G. TINELLI, *Il regime fiscale del concordato preventivo,* op. cit., pag. 867. Il primo approccio della giurisprudenza in merito si è dimostrato cauto, sterilizzando l'imponibilità dei maggiori valori dei beni esclusivamente per le plusvalenze derivanti dalla cessione dei beni ai creditori, escludendo, pertanto, quelle che derivavano dalla cessione dei beni a terzi, ad opera del liquidatore giudiziale. Si veda sul punto l'orientamento della Cassazione: *ex plurimis* Cass. Civ., sez. I, 4 giugno 1996, n. 5112; Cass. Civ., sez. I, 11 dicembre 1993, n. 12216 e Cass. Civ., sez. I, 21 gennaio 1993, n. 709 in *Fisconline.* In un secondo momento l'orientamento venne superato dalla giurisprudenza di

www.fisconline.org

giunse a stabilire che la sterilizzazione fiscale delle plusvalenze e minusvalenze in sede di concordato preventivo doveva essere applicata a tutte le tipologie di cessione di beni effettuabili[461]. L'orientamento sorto in merito rappresentò una "*scelta di opportunità diretta a favorire il complesso economico in cui l'azienda in crisi risulta coinvolta al fine di cercare di scongiurare un effetto a catena che potrebbe coinvolgere anche le imprese fornitrici",* il c.d. "fallimento a catena" di cui si ha avuto modo di parlare all'interno del secondo capitolo del presente lavoro di ricerca[462]. La disciplina fiscale, insomma, deve ergersi in favore della buona riuscita della procedura e non per un suo aggravamento: "*volgendo lo sguardo alle disposizioni fiscali in ambito di crisi di impresa si avverte la sensazione che il legislatore si sia preoccupato di offrire degli strumenti flessibili in ambito fallimentare per la gestione e la soluzione della crisi ma non abbia voluto assumere identico atteggiamento in ambito tributario"*[463]*.*

Per quel che concerne, invece, la seconda disciplina agevolativa e derogatoria, *ex* art. 88, 4 co., TUIR, è previsto che "*la riduzione dei debiti dell'impresa in sede di concordato preventivo, per effetto della c.d. falcidia concordataria, non si considera sopravvenienza attiva"*[464]*.* In breve, la differenza che si viene a creare tra l'importo dei crediti alla data di apertura della procedura e quanto il creditore per mezzo della proposta si impegna a pagare costituisce il c.d. *bonus concordatario*, che rappresenta la falcidia dei crediti in favore della liberazione del debitore ammesso alla procedura. Il pagamento che avviene in misura ridotta in virtù dell'*incipit* della procedura, dal punto di vista fiscale, *ex* art. 88, 1 co., TUIR, dà luogo *ipso iure* ad una sopravvenienza attiva, che di per sé dovrebbe concorrere a formare il reddito dell'impresa: in virtù dell'apposita previsione di legge, tuttavia, la differenza

---

legittima, come rileva Tinelli, e anche dalla medesima prassi amministrativa (cfr. Circolare n. 29/E, 1 marzo 2004).

[461] *Ex multis,* Cass. Civ., sez. tributaria, 10 ottobre 2006, n. 22168 e Cass. Civ., sez. tributaria, 21 maggio 2007, n. 11701, in *Fisconline.* In particolare, la Suprema Corte sottolineò che "*nell'ambito del concordato preventivo, la cessione dei beni ai creditori, quale particolare modo di chiusura della procedura, si realizza attraverso l'attribuzione a disporre dei beni ceduti e a provvedere alla loro liquidazione al fine di realizzare il soddisfacimento dei creditori nella misura indicata nella proposta di concordato omologata, per cui in tal caso non è ipotizzabile un realizzo generativo di plusvalenze o minusvalenze",* G. TINELLI, *Il regime fiscale del concordato preventivo*, op. cit., pag. 867. Sul punto si veda inoltre, POLLIO, *La cessione di beni nel concordato preventivo non dà luogo a plusvalenza tassabile,* in *Fallimento,* 2007, pag. 2210: "*Nel concordato preventivo con cessio bonorum dapprima vi è la cessione di beni ai creditori, e successivamente, con l'omologazione dell'accordo si ha la vendita dei beni ad opera degli organi della procedura con assegnazione del ricavato ai creditori, ed è proprio in questa seconda fase - nella quale si realizza una cessione a titolo oneroso dei cespiti del debitore a soggetti terzi - che possono emergere plusvalenze fiscalmente rilevanti secondo i principi generali di determinazione del reddito d'impresa, le quali, tuttavia, restano immuni da tassazione in quanto realizzate in esecuzione di una procedura di concordato* […] *rientranti quindi nella norma agevolativa in esame*".

[462] BENIAMINO, CALÓ, DIDONNA, FIORE, PANSINI, TRAVERSA, VIRGINITO, *Crisi, insolvenza e risanamento dell'impresa,* Milano, 2010, pag. 175.

[463] *Ibidem.*

[464] N. A. BRUNO, *I profili fiscali nel concordato preventivo,* op. cit., pag. 497.

www.osservatorio.cnl.org

positiva che si potrebbe ricavare in sede di concordato tramite la falcidia dei crediti, non è tenuta in considerazioni ai fini fiscali[465].

La norma venne modificata ad opera del c.d. Decreto Sviluppo del 2012, il quale estese l'irrilevanza tributaria della riduzione dei debiti a qualsiasi tipologia di concordato giudiziale, la norma ad oggi, infatti, recita: *"Non si considerano sopravvenienze attive i versamenti in denaro o in natura fatti a fondo perduto o in conto capitale alle società e agli enti di cui all'articolo 73, comma 1, lettere a) e b), dai propri soci e la rinuncia dei soci ai crediti, né gli apporti effettuati dai possessori di strumenti similari alle azioni, né la riduzione dei debiti dell'impresa in sede di concordato fallimentare o preventivo o per effetto della partecipazione delle perdite da parte dell'associato in partecipazione. In caso di accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell'articolo 182-bis del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, ovvero di un piano attestato ai sensi dell'articolo 67, terzo comma, lettera d), del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, pubblicato nel registro delle imprese, la riduzione dei debiti dell'impresa non costituisce sopravvenienza attiva per la parte che eccede le perdite, pregresse e di periodo, di cui all'articolo 84*"[466].

Ampliando per un attimo il ragionamento, si può osservare come la falcidia che si determina in seno al concordato conduca ad una "*sopravvenuta insussistenza"* di parte delle passività che nei pregressi periodi d'imposta hanno concorso a determinare il reddito d'impresa; per questa ragione si è ritenuto di poter inquadrare suddette passività nella categoria delle c.d. "*sopravvenienze proprie*, *le quali derivano da una sopravvenuta insussistenza di passività che hanno concorso a formare il reddito di precedenti esercizi, per cui la previsione della irrilevanza reddituale di un particolare tipo di sopravvenienze attive non può che ricondursi ad una scelta legislativa diretta ad agevolare il buon esito del concordato preventivo, derogando la disciplina ordinaria*"[467].

---

[465] La giurisprudenza di legittimità anche in questo caso si era interrogata sulla possibilità o meno che la procedura concordataria desse luogo a sopravvenienze attive da dover tenere debitamente in considerazione per la formazione del reddito d'impresa, ma giunse alla conclusione che il *bonus* ricavabile è irrilevante ai fini fiscali, "*in considerazione del fatto che una diversa soluzione avrebbe prodotto l'effetto di una virtuale impossibilità della conclusione positiva del concordato preventivo*", così G. TINELLI, *Il regime fiscale del concordato preventivo,* op. cit., pag. 869. Cfr. sul unto Cass. Civ., sez. I, 18 luglio 1995, n. 7800 in *Fisconline.*

[466] Come si evince dal testo, la disposizione è stata estesa a tutte le tipologie di concordati giudiziali, menzionando inoltre gli accordi di ristrutturazione dei debiti, risolvendo così il dubbio emerso al tempo sulla sua estendibilità applicativa. Tra coloro che non erano consenzienti all'interpretazione stensiva del comma, prima che intervenisse la riforma legislativa, vi erano: ACIERNO e CINIERI, *Aspetti fiscali della riforma fallimentare,* Milano, 2006, pag. 188; C. ZAFARANA, *Manuale tributario del fallimento e delle altre procedure concorsuali,* Milano, Ipsoa, 2010, pag. 290 e CONTRINO, *Il trattamento fiscale dei 'bonus' concordatari e da accordi di ristrutturazione,* in *Corriere Tributario,* 2010, pag. 2335.

[467] G. TINELLI, *Il regime fiscale del concordato preventivo*, op. cit., pag. 870 e sul punto, si cfr. anche CONTRINO, *Il trattamento fiscale dei 'bonus' concordatari e da accordi di ristrutturazione,* in *Corriere Tributario,* 2010, pag. 2335. Si deve osservare che l'irrilevanza fiscale che deriva dalla norma *de quo* si applica unicamente nei confronti di debiti rilevanti fiscalmente per l'impresa, non esplicherà, dunque, i suoi effetti avverso debiti che derivino da componenti economici non dedotti né deducibili nel calcolo del reddito d'impresa; ciò in ragione del fatto che il contenuto della disposizione si basa sul normale sistema di imposizione dl reddito d'impresa. Tinelli, difatti, afferma che "*la eliminazione o la riduzione di un debito fiscale*

www.fisconline.org

L'articolo ha subito ulteriori modifiche dal d.lgs. 14 settembre 2015, n. 147, c.d. Decreto Internazionalizzazione, riguardante "*Disposizioni recanti misure per la crescita e l'internazionalizzazione delle imprese*", entrato in vigore il 7 ottobre 2015. In particolare, l'art. 13 del d.l. summenzionato ha ampliato il quarto comma dell'art. 88 TUIR e attualmente il dettato in tema di sopravvenienze in costanza di concordato è situato al comma 4 *ter,* che prevede: *"Non si considerano, altresì, sopravvenienze attive le riduzioni dei debiti dell'impresa in sede di concordato fallimentare o preventivo liquidatorio o di procedure estere equivalenti, previste in Stati o territori con i quali esiste un adeguato scambio di informazioni, o per effetto della partecipazione delle perdite da parte dell'associato in partecipazione. In caso di concordato di risanamento, di accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell'articolo 182-bis del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, ovvero di un piano attestato ai sensi dell'articolo 67, terzo comma, lettera d), del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, pubblicato nel registro delle imprese o di procedure estere equivalenti a queste, la riduzione dei debiti dell'impresa non costituisce sopravvenienza attiva per la parte che eccede le perdite, pregresse e di periodo, di cui all'articolo 84, senza considerare il limite dell'ottanta per cento, e gli interessi passivi e gli oneri finanziari assimilati di cui al comma 4 dell'articolo 96. Ai fini del presente comma rilevano anche le perdite trasferite al consolidato nazionale di cui all'articolo 117 e non ancora utilizzate. Le disposizioni del presente comma si applicano anche per le operazioni di cui al comma 4-bis"*.

Le conseguenze inerenti il profilo fiscale di una soluzione di tipo concordatario non si riflettono unicamente nella sfera dell'imprenditore insolvente che usufruisce della procedura, ma emanano i propri effetti altresì nella sfera del creditore, il quale, a causa della proposta concordataria e della sua omologazione, vede ridursi la prospettiva di pagamento dall'impresa in crisi. Il creditore subisce di fatti una perdita, data dalla differenza tra il credito che ha iscritto in bilancio e l'importo che il debitore si impegna a pagargli. La disciplina in merito è contenuta all'art. 101, 5 co., TUIR, che ha subito anch'esso modifiche ad opera dell'art. 13 del d.lgs. 147/2015.

Ad oggi l'articolo prevede: "*Le perdite di beni di cui al comma 1, commisurate al costo non ammortizzato di essi, e le perdite su crediti, diverse da quelle deducibili ai sensi del comma 3 dell'articolo 106, sono deducibili se risultano da elementi certi e precisi e in ogni caso, per le perdite su crediti, se il debitore è assoggettato a procedure concorsuali o ha concluso un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell'articolo 182-bis del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 o un piano attestato ai sensi dell'articolo 67, terzo comma, lettera d), del Regio decreto 16 marzo 1942, n. 267 o è assoggettato a procedure estere equivalenti, previste in Stati o territori con i quali esiste un adeguato scambio di informazioni. Ai fini del presente comma, il debitore si considera assoggettato a procedura concorsuale dalla data della sentenza dichiarativa del fallimento o del provvedimento che ordina la liquidazione coatta amministrativa o del decreto di ammissione alla procedura di concordato preventivo o del decreto di omologazione dell'accordo di*

---

può costituire una sopravvenienza attiva solo qualora le imposta da cui deriva abbiano trovato riconoscimento fiscale in uno degli esercizi precedenti, avendo ivi influenzato in senso negativo la formazione del reddito imponibile, ai sensi dell'art. 99 TUIR".

ristrutturazione o del decreto che dispone la procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi o, per le procedure estere equivalenti, dalla data di ammissione ovvero, per i predetti piani attestati, dalla data di iscrizione nel registro delle imprese. Gli elementi certi e precisi sussistono in ogni caso quando il credito sia di modesta entità e sia decorso un periodo di sei mesi dalla scadenza di pagamento del credito stesso. Il credito si considera di modesta entità quando ammonta ad un importo non superiore a 5.000 euro per le imprese di più rilevante dimensione di cui all'articolo 27, comma 10, del decreto-legge 29 novembre 2008, n. 185, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 gennaio 2009, n. 2, e non superiore a 2.500 euro per le altre imprese. Gli elementi certi e precisi sussistono inoltre quando il diritto alla riscossione del credito è prescritto. Gli elementi certi e precisi sussistono inoltre in caso di cancellazione dei crediti dal bilancio operata in applicazione dei principi contabili".

Dunque, nella precedente versione dell'articolo, la deducibilità delle perdite sui crediti era strettamente collegata alla presenza di determinati elementi, che dovevano essere "*certi e sicuri*", ossia idonei a provare l'inesigibilità del credito, eccezion fatta per quelli derivanti da procedure concorsuali o accordi di ristrutturazione; il d.lgs. 147/2015 ha integrato ora le ipotesi di deduzione automatica delle perdite sui crediti, contemplando anche i piani attestati *ex* art. 67, 3 co. l. fall. e i crediti esteri di procedure equivalenti.

Il decreto legislativo ha introdotto, inoltre, il comma 5 *bis,* il quale descrive chiaramente quando operi la regola della deducibilità automatica delle perdite sui crediti, stabilendo che suddetta regola vale per i crediti di modesta entità (ossia "*di importo non superiore a 5.000 euro per le imprese di più rilevante dimensione, e non superiore a 2.500 euro per le altre imprese*"), per i crediti vantati nei confronti di debitori assoggettati ad una procedura giudiziaria, italiana o estera, e per quelli derivanti da accordi di ristrutturazione o piani attestati di risanamento[468].

Detto ciò, si passerà ora ad analizzare l'impatto della procedura concordataria sull'imposta sul valore aggiunto, D.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633.

La disciplina di riferimento non prevede alcuna norma speciale diretta a regolare l'applicazione dell'imposta in costanza di concordato preventivo, ciononostante si può costatare che l'atteggiamento del Legislatore "*sia sostanzialmente analogo a quello riscontrato nel settore dell'imposizione sul reddito*"[469], a prescindere dell'assenza di disposizioni specifiche.

Si tenga presente che per la procedura di fallimento e di liquidazione coatta amministrativa, invece, vige l'art. 74 *bis,* comma 2, D.P.R. 633/1972, il quale attribuisce specifici adempimenti in capo al curatore fallimentare funzionali

[468] Il comma 5 *bis* dispone: "*Per i crediti di modesta entità e per quelli vantati nei confronti di debitori che siano assoggettati a procedure concorsuali o a procedure estere equivalenti ovvero abbiano concluso un accordo di ristrutturazione dei debiti o un piano attestato di risanamento, la deduzione della perdita su crediti è ammessa, ai sensi del comma 5, nel periodo di imputazione in bilancio, anche quando detta imputazione avvenga in un periodo di imposta successivo a quello in cui, ai sensi del predetto comma, sussistono gli elementi certi e precisi ovvero il debitore si considera assoggettato a procedura concorsuale, sempreché l'imputazione non avvenga in un periodo di imposta successivo a quello in cui, secondo la corretta applicazione dei principi contabili, si sarebbe dovuto procedere alla cancellazione del credito dal bilancio".*

[469] G. TINELLI, *Il regime fiscale del concordato preventivo,* op. cit., pag. 875.

www.osservatorio.oicr.org

all'applicazione dell'IVA. L'Amministrazione Finanziaria, così come l'orientamento costante in giurisprudenza, hanno da sempre escluso l'estendibilità della disposizione prevista in caso di fallimento o liquidazione coatta amministrativa al concordato preventivo[470]; di conseguenza i relativi adempimenti in materia di IVA gravano in capo all'imprenditore insolvente e seguono i criteri stabiliti in via ordinaria per le operazioni compiute nell'esercizio dell'impresa.

Un aspetto particolare che merita di essere menzionato in tema di IVA attiene alla possibilità dei creditori chirografari di emettere c.d. "note di variazione", o "note di credito"[471], in riferimento alla quota del loro credito che non verrà soddisfatta a causa dell'omologazione della proposta di concordato, ai sensi dell'art. 26, 2 co., D.P.R. 633/1972. In questo modo si consente "*al creditore falcidiato di neutralizzare l'imponibilità dell'operazione attiva, recuperando l'imposta assolta a seguito della rivalsa effettuata in fattura nei confronti di un cessionario o committente ammesso alla procedura concorsuale"*[472].

Di recente il Legislatore, approvando la Legge di Stabilità, L. 28 dicembre 2015, n. 208, ha apportato modifiche all'articolo in questione (art. 26 D.P.R. 633/1972), riformulando in maniera significativa la disciplina delle note di variazione[473].

---

[470] A tal proposito si cfr. la Risoluzione del Ministero delle Finanze del 18 gennaio 1979, n. 363235. *Ex adverso,* l'unica voce rimasta fuori dal coro (oramai da considerarsi datata) predicante la possibile estensione analogica della disciplina *ex* art. 74 *bis* D.P.R. 633/1972 è rappresentata dalla sentenza della Cassazione Civ., sez. I, 21 maggio 1984, n. 3117, ove si riconobbe in capo al liquidatore, "*sia che gli si voglia attribuire la qualifica di mandatario alla vendita per conto dei creditori, sia che lo si voglia considerare una figura giuridica assimilabile a quella del curatore"*, l'obbligo di provvedere agli adempimenti dipendenti dalla normativa IVA.

[471] La norma di riferimento non parla mai del documento della "nota di credito", ma la locuzione è divenuta comune per indicare la detrazione riconosciuta dalla norma di riferimento.

[472] G. TINELLI, *Il regime fiscale del concordato preventivo,* op. cit., pag. 876. Pertanto, un prestatore di servizi o cedente di beni potrà recuperare tramite il meccanismo della variazione in diminuzione l'IVA emessa sulle fatture nei confronti del debitore insolvente e sottoposto a procedura di concordato.

[473] In merito alla decorrenza della nuova disciplina sorgono però dubbi interpretativi in quanto l'art. 1, comma 127, della Legge di Stabilità non prevede una immediata operatività delle nuove disposizioni in riferimento alle procedure concorsuali ma differisce l'efficacia delle disposizioni "*ai casi in cui il cessionario o committente sia assoggettato a una procedura concorsuale successivamente al 31 dicembre 2016".* Secondo S. PAVESI e M. CANTISANI, *Emissione di note di variazione in diminuzione in caso di mancato pagamento: incertezze applicative,* in *L'IVA,* n. 6, 2016, pag. 49, la normativa si presta ad una duplice lettura: da un lato che "*l'emissione della nota di variazione sia ammessa all'avvio delle nuove procedure concorsuali che avvenga a decorrere dal 1° gennaio 2017 (ad esempio quando la sentenza dichiarativa di fallimento sia emessa a partire dal 1° gennaio 2017)"*, dall'altro lato che "*l'emissione della nota di variazione sia ammessa con riferimento a tutte le procedure concorsuali che alla data del 31 dicembre 2016 risultino avviate, benché non ancora concluse".* La duplice lettura dipenderebbe dalla mancanza di una normativa transitoria che impedisca di discriminare i contributi che versino nella medesima situazione ma che differiscano per la data di avvio della relativa procedura.

Secondo Così C. BUSCA e D. DE GIORGI, *Le note di credito IVA nelle procedure concorsuali,* in *L'IVA,* n. 2, 2016, pag. 7, "*la decorrenza delle novità introdotte dalla Legge di stabilità 2016 è differenziata. Per quanto attiene alle modifiche relative al momento di emissione della nota di credito in caso di procedure concorsuali, queste entreranno in vigore dal 1° gennaio 2017. Le*

www.osservatorio.oci.org

Le modifiche sono state eseguite per adeguarsi alla normativa europea di riferimento, Direttiva 2006/112/CE, che al combinato disposto degli articoli 90 e 185 stabilisce che "*in caso di annullamento, recesso, risoluzione, non pagamento totale o parziale o riduzione del prezzo dopo il momento in cui si effettua l'operazione, la base imponibile è debitamente ridotta alle condizioni stabilite dagli Stati membri*"; indi per cui, la normativa europea impone che vi sia l'obbligo di rettifica della base imponibile qualora non venga pagato l'intero corrispettivo, non la facoltà come prevedeva la normativa interna italiana, e ciò in applicazione del principio generale che vuole una base imponibile aderente al corrispettivo realmente percepito. Tuttavia, se l'art. 90 della Direttiva impone l'obbligo di rettifica della base imponibile, in seconda battuta concede agli Stati membri la facoltà di derogare il principio generale in caso di mancato pagamento[474].

L'art. 185, invece, dispone in prima istanza che la rettifica abbia luogo quando, in seguito alla dichiarazione Iva, mutino gli elementi presi in considerazione per determinare l'importo delle detrazioni, "*in particolare in caso di annullamento di acquisti o qualora sia siano ottenuti riduzioni di prezzo*", mentre in seconda battuta, anche in questo caso, prevede la possibilità di derogare al regime *ut supra* qualora si sia davanti ad "*operazioni totalmente o parzialmente non pagate*". Gli Stati membri, in ogni caso, possono per espressa previsione esigere in ogni caso la rettifica della detrazione[475]. Il limite imposto alle normative interne, comunque, intima di "*non sovvertire il principio fondamentale del sistema europeo che richiede che la base imponibile IVA sia costituita dal corrispettivo realmente ricevuto, principio che non consente deroga da parte della disciplina interna qualora contraria 'allo spirito della norma comunitaria di riferimento*'"[476].

Dalla normativa comunitaria, pertanto, emerge non vi siano limiti "*di natura procedurale al fine di determinare il diritto alla rettifica della base imponibile, posto che essa genericamente si riferisce al mancato pagamento e non allo stato di insolvenza del debitore o alla circostanza che esso sia assoggettato a procedure concorsuali o altre forme di composizione del debito. Tanto meno la*

---

altre disposizioni dell'art. 26, invece, entreranno in vigore immediatamente in quanto aventi carattere esclusivamente interpretativo, per espressa previsione legislativa".

[474] "*La deroga concessa agli Stati membri nel paragrafo 2 dell'art. 90 della Direttiva 2006/112/CE relativamente alle ipotesi di mancato pagamento, come chiarito dalla stessa Corte di Giustizia* [CGE, sentenza 3 luglio 1997, causa C-330/95 (punto 18)]*, si fonda sull'assunto che, in presenza di talune circostanze ed in ragione della situazione giuridica esistente nello Stato membro interessato, il mancato pagamento del corrispettivo può essere difficile da accertare ovvero può consistere in una mera situazione transitoria quale, ad esempio, un ritardato ma effettivo pagamento".* S. PAVESI e M. CANTISANI, *Emissione di note di variazione in diminuzione in caso di mancato pagamento: incertezze applicative,* in *L'IVA,* n. 6, 2016, pag. 49.

[475] Direttiva 2006/112/CE, art. 185, ultimo capoverso: "*In caso di operazioni totalmente o parzialmente non pagate* […] *gli Stati membri possono tuttavia esigere la rettifica*". Dunque, dal combinato disposto della normativa europea di riferimento, ne deriva che vige l'obbligo di rettificare l'importo della base imponibile da parte del cedente/prestatore, ma che, d'altra parte, non viga il medesimo obbligo di rettifica per il cessionario/committente; in entrambi i casi, però, gli Stati membri hanno discrezionalità interna nel derogare gli obblighi citati.

[476] C. BUSCA e D. DE GIORGI, *Le note di credito IVA nelle procedure concorsuali,* op. cit.

www.ossservatorio.osl.org

norma comunitaria individua un momento preciso a cui riferirsi per considerare acclarato il mancato pagamento"[477].

La normativa di riferimento a livello nazionale, nella formulazione originaria non contemplava minimamente il contesto inerente le procedure concorsuali quali ragione legittima per emettere una nota di variazione: con il d.l. 31 dicembre 1996, n. 669, invece, si provvide a colmare tale lacuna, disciplinando espressamente all'art. 26, 2 comma, come visto, la possibilità (non l'obbligo come nel contesto europeo) di emettere una nota di credito in caso di "*mancato pagamento in tutto o in parte a causa dell'avvio di procedure concorsuali o di procedure esecutive rimaste infruttuose*"[478]. La normativa così modificata, subì nuovamente modifiche l'anno seguente, 1997, ove venne eliminata dal testo la parola "*avvio*"[479]. Suddetta modifica creò dubbi interpretativi circa il momento da considerare valido per far sorgere in capo al contribuente il diritto ad emettere la nota di variazione: la normativa, infatti, senza la menzione specifica dell'avvio della procedura, non per forza si riferisce alla conclusione della stessa. Conseguentemente, la Commissione tributaria regionale della Lombardia ha presentato una domanda di pronuncia pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, causa C-202/2015, in merito all'ipotesi che l'applicazione della normativa italiana di riferimento confliggesse con i principi garantiti a livello europeo di proporzionalità ed effettività: da ciò deriva l'intervento ad opera del Legislatore tramite l'approvazione della Legge di Stabilità 2016 che ha condotto alla riformulazione dell'art. 26, D.P.R. 633/1972.

Ad oggi, dunque, l'articolo in questione è stato completamente riscritto: le modifiche apportate, in particolare, riguardano il momento a partire dal quale il creditore può formulare la nota di variazione, al fine di recuperare l'IVA del mancato pagamento totale/parziale del corrispettivo. Citando testualmente l'articolo, la facoltà di variazione è ora concessa, *ex* art. 26, 4 co, D.P.R. 633/1972, "*a) a partire dalla data in cui quest'ultimo [il cessionario o committente N.d.A.] è assoggettato a una procedura concorsuale o dalla data del Decreto che omologa un accordo di ristrutturazione dei debiti di cui all'art. 182-bis del regio Decreto 16 marzo 1942, n. 267, o dalla data di pubblicazione nel registro delle imprese di un piano attestato ai sensi dell'art. 67, comma 3, lett. d), del R.D. 16 marzo 1942, n. 267;* […]*".* Le modifiche appena apportate determinano la possibilità di recuperare l'accredito iva, addebitato in fattura ma non incassato, senza la necessità di attendere i tempi lunghi che

[477] S. PAVESI e M. CANTISANI, *Emissione di note di variazione in diminuzione in caso di mancato pagamento: incertezze applicative,* op. cit.

[478] *"A seguito di ciò, l'Amministrazione finanziaria ha interpretato tale cambiamento facendo coincidere il giorno in cui il contribuente è legittimato ad emettere la nota di variazione con il giorno di conclusione della procedura concorsuale, ritenendo che solo in tale momento l'infruttuosità della procedura fosse definitiva".* S. PAVESI e M. CANTISANI, *Emissione di note di variazione in diminuzione in caso di mancato pagamento: incertezze applicative, op. cit.*

[479] L'elisione della parola "avvio" fu apportata dall'art. 13 *bis* della L del 28 maggio 1997, n. 140: "*con tale disposizione transitoria, si è estesa la facoltà anche a tutte le procedure in corso e a quelle avviate a decorrere dalla data del 2 marzo 1997, individuando l'avvio della procedura quale momento a cui fare riferimento per individuare le ipotesi ricomprese nella nuova disciplina e quelle invece escluse"*, G. TINELLI, *Il regime fiscale del concordato preventivo,* op. cit., pag. 877; vedi sul punto anche CAMPI, PANNACCI, *Procedure concorsuali o esecutive rimaste infruttuose. Recupero dell'imposta per mancato pagamento in tutto o in parte,* in *Fisco,* 2003, pagg. 210 e ss.

accompagnano la chiusura di una procedura di concordato preventivo[480]. "*In particolare, il mancato pagamento da parte del cessionario/committente che abbia ricevuto e registrato delle fatture ed abbia detratto l'IVA in esse esposta comporta in principio l'obbligo di registrare a proprio debito l'imposta corrispondente alle note di variazione in diminuzione emesse dal cedente/prestatore; ciò in base al comma 5, primo periodo, dell'art 26 in commento. Tale obbligo è tuttavia derogato dal secondo periodo del medesimo comma, nel caso in cui il cessionario/committente sia assoggettato a procedure concorsuali. L'Agenzia delle entrate ha avuto modo di specificare che la deroga è circoscritta alle sole procedure concorsuali, non essendo la stessa estesa ai piani di ristrutturazione del debito, ai piani attestati. Se il cedente che abbia emesso una nota di variazione in diminuzione, ai sensi del comma 4 dell'art. 26 dovesse successivamente riscuotere parte (o tutto) il corrispettivo dovutogli dal cessionario/committente, esso incomberebbe nell'obbligo di emissione di una fattura per tale importo, accordando al cessionario/committente il diritto a detrarne la relativa IVA. Per coerenza con quanto affermato nel precedente capoverso, tale diritto alla detrazione non è esteso alle procedure concorsuali, giusto il disposto di cui al comma 6 della norma*"[481].

La normativa che disciplina l'IVA, difatti, prevede il principio di neutralità in base al quale i soggetti passivi non devono essere incisi dall'imposta quando è riferibile all'espletamento della loro attività imponibile ai fini dell'imposta sul valore aggiunto[482].

Doveroso è poi menzionare la rinnovata posizione assunta proprio di recente da parte della Corte di Giustizia in tema di riscossione dell'imposta sul valore aggiunto in situazioni dominate da una patologia non fraudolenta che ne limita l'integrale riscossione, affermando la possibilità di falcidiare parzialmente l'IVA in procedure giudiziarie come il concordato preventivo, le quali tendono a garantire la soddisfacente, anche se non integrale, pretesa fiscale[483]. Per completezza, si ricorda che l'orientamento dominante in giurisprudenza sino poco tempo fa a livello nazionale, riteneva un'esigenza eminentemente primaria il soddisfacimento integrale del credito IVA in sede di concordato preventivo, per via della natura del tributo di origini europee[484]; a tal proposito, infatti, l'art.

---

[480] Si ricordi, infatti, che il testo antecedente le modifiche di cui si parla prevedeva che la nota andasse emessa entro due anni dalla pronuncia del Tribunale che omologava definitivamente la proposta di concordato. A riguardo si cfr. la Risoluzione del 18 marzo 2002, n. 89/E. Il comma 11 dell'art. 26 in questione ora prevede, invece, che il presupposto per emettere la nota di variazione si verifichi quando il debitore è assoggettato alla procedura concorsuale, vale a dire nel caso specifico "*di concordato preventivo, dalla data del decreto di ammissione alla procedura".*

[481] S. PAVESI e M. CANTISANI, *Emissione di note di variazione in diminuzione in caso di mancato pagamento: incertezze applicative,* op. cit.

[482] "*In pratica, l'operare di tale principio prevede una simmetria tra gli obblighi e i diritti nascenti in capo ai cedenti/prestatori e cessionari/committenti, a seguito dell'effettuazione delle operazioni rilevanti ai fini IVA"*, S. PAVESI e M. CANTISANI, *Emissione di note di variazione in diminuzione in caso di mancato pagamento: incertezze applicative,* op. cit.

[483] Così G. LIBERATORE, *La falcidia dell'IVA nel concordato preventivo non lede il "principio di leale cooperazione",* in *L'IVA,* n. 6, 2016, pag. 33.

[484] A tal proposito si veda la sentenza della Corte Costituzionale, 25 luglio 2014, n. 225 e da ultimo le sentenze della Corte di Cassazione, che in più riprese ha confermato l'assunto, *ex multis*: sentenze nn. 22931 e 22932 del 4 novembre 2011. *"I giudici di legittimità hanno sancito*

www.osservatorio.org

182 *ter* l. fall. decreta l'intangibilità dell'importo di tale imposta, affermando che "*con il piano di cui all'articolo 160 il debitore può proporre il pagamento, anche parziale, dei tributi amministrati dalle agenzie fiscali e dei relativi accessori, nonché dei contributi amministrati dagli enti gestori di forme di previdenza e assistenza obbligatorie e dei relativi accessori, limitatamente alla quota di debito avente natura chirografaria anche se non iscritti a ruolo, ad eccezione dei tributi costituenti risorse proprie dell'Unione europea; con riguardo all'imposta sul valore aggiunto ed alle ritenute operate e non versate, la proposta può prevedere esclusivamente la dilazione del pagamento* […]". L'articolo in questione configura la c.d. transazione fiscale[485], vale a dire lo strumento messo a diposizione dell'imprenditore in crisi, contestualmente alla possibilità di disporre del concordato preventivo, di addivenire ad un pagamento dilazionato od anche parziale dei debiti instaurati nei confronti dell'Amministrazione fiscale o degli enti previdenziali, al ricorrere del presupposto che non sia prevedibile una soddisfazione maggiore con la dichiarazione di fallimento. La transazione fiscale deve essere approvata dai creditori ma, come si legge espressamente nel dettato della disposizione, non può riguardare tributi di cui è competente l'Unione Europea, di questi ultimi può essere richiesto al massimo un pagamento dilazionato[486].

A tal proposito, il Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili (CNDCEC), nella nota informativa rivolta alla Commissione Ministeriale istituita per predisporre il disegno di legge per il riordino delle procedure concorsuali - Commissione Rordorf di cui si è parlato compiutamente in seno al secondo capitolo del presente lavoro di ricerca -, promuovendo la

---

l'intangibilità del citato debito, rilevandone la natura sostanziale ed eccezionale. Immediato corollario è il trattamento peculiare ed inderogabile dello stesso che induce a ritenere detto principio applicabile ad ogni forma di concordato, ancorché proposto senza ricorrere all'istituto della transazione fiscale, attenendo allo statuto concorsuale del credito IVA", G. LBERATORE, *La falcidia dell'IVA nel concordato preventivo non lede il "principio di leale cooperazione",* op. cit.

[485] L'istituto della transazione fiscale venne introdotto tramite l'art. 151 del d.lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, riformato ripetutamente nel tempo, e consiste in un particolare accorso instaurato tra l'impresa versante in stato di crisi e l'Erario, volto a regolamentare il pagamento dei debiti fiscali. "*Uno strumento finalizzato a regolamentare i tempi e i modi del pagamento di taluni tributi e dei relativi accessori, indipendentemente dal fatto che si tratti di tributi per i quali è in corso o potrebbe sorgere un contenzioso*". L'istituto storico antecedente era la c.d. transazione dei ruoli, che consentiva all'Amministrazione Finanziaria di procedere per transazione per i tributi iscritti a ruolo dell'imprenditore assoggettato ad una procedura concorsuale che fossero di esclusiva spettanza dello Stato, nel caso in cui, *sic et simpliciter,* con la transazione si fosse raggiunto una maggiore proficuità rispetto la riscossione coatta. In tal senso P. PURI, *Riorganizzazione societaria nell'ambito della crisi d'impresa ed elusione tributaria,* in *Il diritto tributario delle procedure concorsuali e delle imprese in crisi,* a cura di F. PAPARELLA, Milano, Giuffrè Editore, 2013, pag. 986.

[486] Qualora l'imprenditore concordatario si voglia avvalere dell'istituto della transazione fiscale, non è tenuto ad esperire una domanda separata e vertente unicamente su tale richiesta, ma può includerla nella domanda più ampia e rivolta a tutti i creditori. "*In tal caso, lo Stato partecipa alla votazione per l'approvazione del concordato qualora la proposta non offra il pagamento integrale dei suoi crediti*". Così G. LIBERATORE, *La falcidia dell'IVA nel concordato preventivo non lede il "principio di leale cooperazione",* op. cit. L'ordine di priorità dei crediti privilegiati attinenti l'Unione Europea è diciannovesimo.

www.osservatorio.oci.org

riforma dell'istituto della transazione fiscale sotto diversi aspetti[487], ha toccato anche il tema dell'asserita non falcidiabilità IVA, che impedisce la riscossione parziale del tributo europeo in costanza di concordato preventivo.
Nel documento si legge chiaramente che "*l'esperienza dimostra come il sovraindebitamento fiscale sia frequentemente significativo proprio sul piano dell'omesso versamento dell'IVA, delle ritenute e dei contributi previdenziali, quali forme estreme di autofinanziamento improprio per le imprese in crisi di liquidità. Una tale problematica potrà ancor più rendersi evidente con l'introduzione della soglia minima di soddisfazione dei creditori chirografari nel concordato liquidatorio, avvenuta con le modifiche apportate all'art. 160 dal D.L. n. 83/2015, come convertito dalla Legge 6 agosto 2015, n. 132. In tale direzione, si deve ricercare una soluzione che per quel che concerne l'IVA, permetta di ottenere il risultato auspicato, pur nel rispetto dei principi generali sanciti dalla Corte di Giustizia. È nota, infatti, la tutela che quest'ultima riserva al sistema IVA. In tal senso, la razionalizzazione del sistema fa propendere per la ricerca della garanzia del versamento di almeno la quota parte destinata in concreto al bilancio comunitario, eliminando ogni altra disposizione frutto esclusivamente di scelte arbitrarie del legislatore nazionale, ma prive di qualsivoglia giustificazione comunitaria e di mero intralcio ad una snella e proficua soluzione concordataria/transattiva*"[488].

La proposta e critica di cui si fa portavoce il CNDCEC si inserisce nel solco dell'altrettanto recente pronuncia della Corte di Giustizia europea, in riferimento proprio alla sdoganata non falcidiabilità del credito IVA, con la premessa che ogni Stato deve concorrere a garantire la corretta e integrale riscossione dell'imposta sul valore aggiunto, adottando a tal proposito tutte le misure legislative e amministrative necessarie (con unica deroga prevista a livello europeo qualora l'importo risulti insignificante, *ex* art. 212 Direttiva in materia di IVA).
Ebbene, un'azienda di trasporti, la "*Degano Trasporti*", versante in condizioni di crisi, decideva di proporre un concordato preventivo liquidatorio, essendo intenzionato a liquidare *in toto* il suo patrimonio per evitare il fallimento; proponeva così il pagamento integrale di alcuni crediti privilegiati e parziale per altre somme di grado inferiore, tra cui anche il debito IVA.
Il Tribunale fallimentare di Udine, rinviando la decisione alla Corte di Giustizia, ha sollevato questione pregiudiziale inerente il presunto ostacolo che il diritto europeo avrebbe posto alla possibilità di riscuotere solo parzialmente il credito

[487] In merito alla transazione fiscale, il Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili ha proposto delle modifiche all'istituto *de quo* in riferimento a 4 profili: in prima istanza proprio in ordine all'asserita non falcidiabilità del credito Iva, delle ritenute e dei contributi previdenziali; "*alla non inclusione, nel novero dei tributi falcidiabili, quelli locali*"; "*all'effetto del consolidamento del debito tributario oggetto di transazione*" e "*alla mancata previsione del silenzio-assenso del Fisco in sede di adunanza dei creditori, come, invece, espressamente previsto nella nuova procedura di composizione della crisi da sovra-indebitamento*". Gli innumerevoli interventi legislativi, infatti, hanno "*frustrato totalmente l'esigenza di ricondurre l'Erario sullo stesso piano degli altri creditori, ovvero di far prevalere l'interesse della procedura sull'interesse fiscale".*

[488] CNDCEC, "*Il contributo del CNDCEC alla riforma della crisi d'impresa. Profili tributari",* emesso 11 dicembre 2015 e rivolto al Ministero della Giustizia, Commissione Procedure Concorsuali, pag. 4.

IVA per gli imprenditori che, trovandosi in uno *status* di crisi, usufruiscono del concordato preventivo[489]. L'Avvocatura Generale della Corte di Giustizia il 14 gennaio 2014, nella causa C-546/14, affermava che *"né l'articolo 4, paragrafo 3, TUE, né la direttiva 2006/12/CE del Consiglio, del 28 novembre 2006, relativa al sistema comune d'imposta sul valore aggiunto, ostano a norme nazionali come quelle di cui trattasi nel procedimento principale, qualora tali norme debbano essere interpretate nel senso di consentire ad un'impresa in difficoltà finanziaria di effettuare un concordato preventivo che comporta la liquidazione del suo patrimonio senza offrire il pagamento integrale dei crediti IVA dello Stato, a condizione che un esperto indipendente concluda che non si otterrebbe un pagamento maggiore di tale credito in caso di fallimento e che il concordato sia omologato del giudice".* L'Avvocato Generale precisa, inoltre, che per ammettere il pagamento parziale del debito IVA è necessario l'attestazione di un esperto indipendente che certifichi l'impossibilità di ottenere una migliore soddisfazione tramite il fallimento dell'impresa in crisi e che il debitore non abbia deliberatamente occultato parte dell'attivo, o omesso di denunciare uno o più crediti. Successivamente la Corte, lo scorso 7 aprile 2016, sempre in riferimento alla causa C-546/14, ha definitivamente riconosciuto l'ammissibilità del pagamento parziale dei crediti IVA in costanza di concordato preventivo, facendo sue le conclusioni promosse dall'Avvocatura Generale, riprese inoltre dal Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti ed Esperti Contabili nel comunicato del 18 gennaio 2016[490].

Ad colorandum, si evidenzia che di recente alcune pronunce isolate avevano anticipato il risultato innovativo a cui è appena approdata la Corte di Giustizia, promuovendo il *revirement* dell'orientamento giurisprudenziale nazionale: nello specifico, ci si riferisce al decreto del 17 febbraio 2016,

[489] La questione, in particolare, è stata così formulata: "*Se i principi e le norme contenuti nell'[articolo] 4, paragrafo [3, TUE] e nella direttiva [IVA], così come già interpretati nelle sentenze della Corte [Commissione/Italia (C-132/06, EU:C:2008:412), Commissione/Italia (C-174/07, EU:C:2998:704) e B. C. (C-500/10, EU:C:2012:186)], debbano essere altresì interpretati nel senso di rendere incompatibile una norma interna (e, quindi, per quanto riguarda il caso qui in decisione, un'interpretazione degli [articoli] 162 e 182 ter [della legge fallimentare]) tale per cui sia ammissibile una proposta di concordato preventivo che preveda, con la liquidazione del patrimonio del debitore, il pagamento soltanto parziale del credito dello Stato relativo all'IVA, qualora non venga utilizzato lo strumento della transazione fiscale e non sia prevedibile per quel credito – sulla base dell'accertamento di un esperto indipendente e all'esito del controllo formale del Tribunale – un pagamento maggiore in caso di liquidazione fallimentare".*

[490] La Corte afferma nello specifico che "*l'articolo 4, paragrafo 3, TUE nonché gli articoli 2, 250, paragrafo 1, e 273 della direttiva 2006/112/CE del Consiglio, del 28 novembre 2006, relativa al sistema comune d'imposta sul valore aggiunto, non ostano a una normativa nazionale, come quella di cui al procedimento principale, interpretata nel senso che un imprenditore in stato di insolvenza può presentare a un giudice una domanda di apertura di una procedura di concordato preventivo, al fine di saldare i propri debiti mediante la liquidazione del suo patrimonio, con la quale proponga di pagare solo parzialmente un debito dell'imposta sul valore aggiunto attestando, sulla base dell'accertamento di un esperto indipendente, che tale debito non riceverebbe un trattamento migliore nel caso di proprio fallimento.* […] *L'ammissione di un pagamento parziale di un credito IVA, da parte di un imprenditore in stato di insolvenza, nell'ambito di una procedura di concordato preventivo che* […] *non costituisce una rinuncia generale e indiscriminata alla riscossione dell'IVA, non è contraria all'obbligo degli Stati membri di garantire il prelievo integrale dell'IVA nel loro territorio nonché la riscossione effettiva delle risorse proprie dell'Unione".*

www.osservatorio.org

Tribunale di Santa Maria Capua Vetere, terza sezione civile, che ha consentito la falcidia del credito erariale e, ancor prima, la sentenza della Corte di Appello di Bologna del 24 dicembre 2015, che ha permesso il degrado del credito IVA per rivalsa[491].
Non resta che attendere le parole del Legislatore.

Detto ciò, non resta che analizzare a grandi linee le rimanenti imposte, in una trattazione per sommi capi, avendo dedicato maggior spazio espositivo per IRPEF ed IVA, avendo queste ultime maggior rilievo ma anche maggiori profili di criticità.

Per quel che concerne l'imposta di registro, sia la dottrina che la giurisprudenza hanno manifestato negli anni dubbi in merito alle modalità di tassazione del provvedimento che omologa la proposta di concordato preventivo, nello specifico barcamenandosi tra coloro che sostenevano l'applicazione dell'imposta di registro proporzionale e coloro che, invece, volevano applicare l'imposta di registro fissa.
Di recente la giurisprudenza ha affermato che la sentenza di omologa di un concordato per garanzia e con *cessio bonorum* deve essere assoggettato all'imposta di registro in misura fissa, *ex* art. 8, lett. g), D.P.R. 26 aprile 1986, n. 131[492]; tale previsione in ragione del fatto che il Tribunale con il decreto di omologa esperisce una mera attività di controllo nei confronti dell'autonomia privatistica contenuta nel patto concordatario[493].
L'Amministrazione Finanziaria in un primo momento accoglieva con freddezza l'orientamento radicatosi in giurisprudenza, affermando nella risoluzione del 31 gennaio 2008, n. 28 che il concordato preventivo costituisce una procedura di natura complessa al termine del quale è emesso un decreto di omologa avente

[491] Per un approfondimento si cfr. G. LIBERATORE, *La falcidia dell'IVA nel concordato preventivo non lede il "principio di leale cooperazione",* op. cit. Da ultimo si richiama all'attenzione la recentissima sentenza della Corte di Cassazione che in materia di IVA ha stabilito che l'imprenditore commette comunque reato se, ammesso alla procedura di concordato preventivo, omette di pagare l'imposta comunitaria; la *ratio decidendi* recita: "*L'iniziativa del debitore di accedere al concordato preventivo, seppur antecedente alla scadenza del termine previsto per il versamento dell'imposta, non esclude il reato ex art. 10 D.lgs 74/00 in relazione al debito IVA scaduto e da versare, in quanto trattasi comunque di scelta di natura privatistica che non elide gli obblighi ordine pubblico in materia di IVA previsti, in ossequio alla normativa comunitaria, anche dell'art. 182 ter L.F., la cui omissione è penalmente sanzionata".* Cass. Pen., sez. III, 31 marzo 2016, n. 12912.

[492] In tal senso si cfr. *ex multis* Cass. Civ., sez. tributaria, 7 maggio 2007, n. 10352 e Cass. Civ., sez. tributaria, 7 settembre 2010, n. 19141. La Corte ha affermato infatti che "*la sentenza di omologazione del concordato preventivo rientri nella dizione di cui alla lettera g) che per l'appunto comprende genericamente gli atti di 'omologazione', così come la giurisprudenza di questa Corte ha già ritenuto quanto al concordato preventivo con cessione dei beni".*

[493] In merito al concordato preventivo con cessione di beni all'assuntore, la Corte di Cassazione ha precisato che la sentenza di omologazione in questo caso produce effetti immediatamente traslativi; nella sentenza 8 novembre 2002, n. 15716, infatti, precisa che "*nel caso in cui la sentenza di omologazione del concordato disponga la vendita di tutti i beni inventariati all'assuntore, rimettendo al giudice delegato di adottare eventuali provvedimenti di esecuzione, il trasferimento dei beni del fallimento nel patrimonio dell'assuntore trova il suo titolo, diretto ed immediato, esclusivamente nella sentenza di omologazione".* Per questo motivo, sentenzia la Corte, si deve ritenere che questa tipologia di concordato preventivo rientri nell'ambito applicativo della disposizione *ex* art. 8, lett. a), TU n. 131/1986, soluzione che verrà accolta anche da parte dell'Amministrazione Finanziaria: a tal proposito si cfr. la Risoluzione n. 27 del 27 maggio 2012.

www.osservatorio.org

effetto costitutivo, premesso che il provvedimento posto in essere dal Tribunale non si esaurisce in un mero momento di controllo: per effetto di detto provvedimento, infatti, si concretizza una situazione soggettiva attiva di natura patrimoniale, da cui ne consegue l'applicazione per il decreto di omologa dell'imposta di registro nella misura proporzionale del 3 %, a' sensi dell'art. 8, lett. b), Testo Unico dell'imposta di registro. In un secondo momento l'Agenzia delle Entrate si è allineata all'orientamento della Cassazione, mutando la sua prassi amministrativa, così come chiarito nella risoluzione del 27 marzo 2012, n. 27[494]. "*In tale sede si afferma che il decreto di omologa del concordato preventivo con cessione di beni non produce effetti traslativi, per cui non può, nella specie, trovare applicazione l'imposta proporzionale, posto che dopo l'omologazione e durante la fase di liquidazione fino al momento di alienazione i beni del debitore concordatario rimangono di sua proprietà, benché assoggettati ad un vincolo di destinazione al quale non possono essere sottratti*"[495]. Se si appoggiasse una soluzione contraria, si andrebbe in conflitto con la *ratio* sottesa all'imposta di registro nelle procedure concorsuali, in quanto renderebbe maggiormente gravosa sia l'apertura che l'esecuzione della procedura in sé. D'altronde l'art. 8 lett. g), TUR menzione esplicitamente gli atti di omologazione.

Passando all'imposta regionale sulle attività produttive (IRAP)[496], si dirà da subito che, mancando lo spossessamento del debitore concordatario, si deve ritenere tassabile il valore della produzione emergente nel corso della procedura ed inoltre, non essendovi disposizioni peculiari riferibili al concordato preventivo, si dovrà applicare la normativa ordinaria.

Si ritiene opportuno segnalare, inoltre, che a proposito delle plusvalenze derivanti dalla cessione dei beni e della sopravvenienza attive derivanti dalla riduzione dei debiti dell'impresa, l'Amministrazione Finanziaria nella risoluzione 1 marzo 2004, n. 29/E ha affermato che le suddette "*si possono configurare come proventi straordinari classificabili nella voce E.20 del conto economico e, pertanto, esclusi dal concorso alla formazione del valore della produzione imponibile ai fini Irap*"[497].

---

[494] Nella menzionata risoluzione, l'Amministrazione afferma espressamente che "*in tal senso, devono considerarsi superati i chiarimenti forniti dalla scrivente con la citata Ris. n. 28 del 2008".* Tuttavia, si deve precisare che l'Amministrazione in questa occasione non estende le innovative conclusioni tratte in riferimento al concordato preventivo con garanzia e con *cessio bonorum* al concordato con cessione di beni ad un terzo assuntore. Si legge, infatti, nella Ris.: "*Si ritiene, pertanto, che il decreto di omologa di un concordato con cessione di beni all'assuntore, quale atto traslativo della proprietà dei beni, deve essere ricondotto all'ambito applicativo della disposizione recata all'art. 8, lett. a), della Tariffa, parte prima, allegata al TU n. 131/1986, che prevede l'applicazione dell'imposta di registro con le stesse aliquote previste per i corrispondenti atti, per i provvedimenti giudiziari "recanti trasferimento o costituzione di diritti reali su beni immobili o su unità da diporto ovvero su altri beni e diritti".* Sul punto si veda inoltre G. TINELLI, *Il regime fiscale del concordato preventivo,* op. cit., pag. 885.

[495] Così G. TINELLI, *Il regime fiscale del concordato preventivo,* op. cit., pag. 887.

[496] Il presupposto per questa imposta regionale si basa sull'esercizio abituale di un'attività diretta alla produzione od allo scambio di beni/servizi e la disciplina di riferimento è contenuta nel d.lgs. 15 dicembre 1997, n. 446.

[497] N. A. BRUNO, *I profili fiscali nel concordato preventivo,* op. cit., pag. 500. In tal senso anche G. TINELLI, *Il regime fiscale del concordato preventivo,* op. cit., pag. 887. L'Amministrazione Finanziaria ha ritenuto includibili nella base imponibile riconducibile all'Irap, infatti, unicamente "*le plusvalenze derivanti dall'alienazione di beni strumentali a seguito della fisiologica*

www.osservatorio.oci.org

In ultima istanza si accennerà brevemente degli adempimenti fiscali gravanti in capo agli organi della procedura. A tal proposito la premessa necessaria è che "*l'ammissione dell'impresa alla procedura di concordato preventivo non modifica le regole di determinazione del reddito d'impresa né quelle in materia di imposta sul valore aggiunto* [come si ha avuto modo poc'anzi di vedere], *conseguentemente anche gli adempimenti formali previsti dalla disciplina applicativa restano a carico dell'imprenditore secondo le regole ordinarie*"[498]. Pertanto, non essendo previsti specifici adempimenti di natura tributaria in capo agli organi della procedura di concordato preventivo, ne deriva che, in tema di responsabilità fiscale in capo al commissario giudiziale ed al liquidatore non sia prevista alcuna disciplina: in particolare, si può ritenere non "*si possa configurare alcuna responsabilità fiscale a carico del commissario giudiziale, in quanto il debitore conserva la l'amministrazione dei suoi beni e la direzione dell'impresa, sia pure sotto la vigilanza del commissario giudiziale, per cui l'imprenditore ammesso alla procedura resta il titolare dei diritti e degli obblighi inerenti alla posizione di soggetto d'imposta",* rispondendo di conseguenza delle responsabilità sanzionatorie conseguenti alla violazione dei precetti normativi[499]. Gli adempimenti fiscali ricadranno sull'organo amministrativo della società e nel caso di un'impresa individuale sul titolare di quest'ultima, mentre il commissario vigilerà sul corretto assolvimento degli oneri di natura fiscale[500].

In merito alla figura del liquidatore, invece, la questione è leggermente più articolata. Tale figura entra in gioco nei casi di concordato preventivo con cessione di beni, ove possono essergli attribuiti specifici compiti, come, ad esempio, la gestione della liquidazione, la spartizione dell'attivo tra i creditori o la promozione/resistenza in alcune controversie giudiziali instaurate in riferimento alla procedura. Ciononostante, sia la giurisprudenza che la dottrina hanno escluso un profilo di responsabilità attribuibile in capo al liquidatore, rimanendo riferibili unicamente al debitore tutti gli obblighi necessari per realizzare la proposta di concordato; dunque anche le obbligazioni che sorgono in ragione di suddette attività rimangono stanziate nell'area riferibile

---

sostituzione dei cespiti, conseguente al deperimento economico-tecnico da essi subito nell'esercizio della normale attività produttiva dell'impresa, con esclusione, quindi, di quelle che presentano natura straordinaria".

[498] G. TINELLI, *Il regime fiscale del concordato preventivo,* op. cit., pag. 887. Sul punto si cfr. anche N. A. BRUNO, *I profili fiscali nel concordato preventivo,* op. cit., pag. 500. Situazione differente rispetto ai casi di fallimento e liquidazione coatta amministrativa, ove la legge prevede una disciplina peculiare e alternativa a quella ordinaria e, conseguentemente, prevede obblighi in capo agli organi della procedura, dai quali discendono specifiche responsabilità al fine di garantire la corretta osservanza dei precetti fiscali. "*Ciò consegue, d'altronde, alla diversità sostanziale del concordato preventivo rispetto alla procedura fallimentare*": mentre il fallimento è finalizzato a liquidare il complesso aziendale sotto la supervisione e la direzione del curatore fallimentare, viceversa il concordato preventivo mira a tutelare il valore aziendale, per questo motivo il debitore concordatario non viene spossessato della titolarità dei beni aziendali.

[499] G. TINELLI, *Il regime fiscale del concordato preventivo,* op. cit., pag. 890.

[500] L'attività di controllo espletata dal commissario giudiziale, infatti, non incide in alcun modo nella sfera giuridica personale del debitore, indi per cui, qualora il commissario si renda responsabile di inosservanze od omissioni connesse alla funzione che ricopre, "*incorrerà unicamente in conseguenze ai fini civilistici e penalistici, ma non tributari*". G. TINELLI, *Il regime fiscale del concordato preventivo,* op. cit., pag. 890.

www.osservatorio.org

all'imprenditore concordatario[501]. Il margine di incertezza si erge in ragione della posizione che assume l'Amministrazione Finanziaria in riferimento alla posizione del liquidatore giudiziale di fronte alle pretese fiscali sui beni oggetto di cessione.

"*Nonostante ciò, si ritiene, pacificamente, di dovere limitare il ruolo degli organi del concordato preventivo a meri supervisori della legittimità delle iniziative assunte nell'attuazione del piano concordatario, dovendosi escludere che si possano configurare, in capo agli stessi, ipotesi di responsabilità derivanti dall'applicazione di norme tributarie, le quali continuano a far capo, pur nella pendenza della procedura concorsuale, all'imprenditore*"[502].

3. Il difficile coordinamento tra le norme tributarie e le norme fallimentari

Come si è già avuto modo di osservare, la disciplina fallimentare è costellata di criticità appartenenti alla sfera del diritto tributario che non hanno ancora ricevuto un adeguato trattamento da parte del Legislatore; inoltre, ancora oggi si può dire che la necessità di individuare una composizione razionale ed un coordinamento sistematico tra norme fiscali e disciplina relativa alle procedure concorsuali, soffra il medesimo problema evidenziato anni fa dall'autore Micheli, il quale mise in evidenza che le difficoltà inerenti il tema "*Fallimento e Fisco"* dipendono proprio dalla natura eterogenea delle norme in sé, ove, tra l'altro, il diritto tributario si presenta sguarnito di qualsiasi struttura sistematica[503].

Certamente la crisi economico-finanziaria che ha imperversato nell'ultimo decennio ha costretto il Legislatore a continui interventi di riforma incentrati

[501] Tinelli rileva che in dottrina "*non è mancato chi ha evidenziato che il liquidatore giudiziale, soprattutto in conseguenza della riforma fallimentare che ha impresso al procedimento una natura prettamente privatistica, assume solo una posizione di mandatario e che la cessione non determina alcun effetto traslativo dei beni in capo ai creditori".* G. TINELLI, *Il regime fiscale del concordato preventivo,* op. cit., pag. 891.

[502] G. TINELLI, *Il regime fiscale del concordato preventivo,* op. cit., pag. 891. La rappresentanza, come la responsabilità, rimane confinata in capo all'imprenditore concordatario e, a tal proposito, si evidenzia un aspetto problematico circa la comunicazione tra Amministrazione Finanziaria e imprenditore, in quanto nella prassi accade molto spesso che gli Uffici dell'Agenzia delle Entrate inviino i loro atti o comunicazioni agli organi della procedura, dimenticando che, a differenza della procedura del fallimento, *ivi* la rappresentanza dell'impresa rimane in capo all'imprenditore.

[503] Lo si ripete: "*La difficoltà del tema 'Fallimento e Fisco' sta proprio qui: nel coordinare due 'corpi' di norme eterogenee dei quali l'uno (quello tributario) è privo di qualsiasi struttura sistematica*", G. A. MICHELI, *Recensione a Pajardi, Fallimento e Fisco,* in *Riv. Dir. Finanziario,* 1971, I, pag. 169. A tal proposito, è interessante ricordare che Calamandrei, in riferimento ai problemi fiscali inerenti l'ambito del processo civile, coniò l'espressione "*incubo fiscale*": P. CALAMANDREI, *Il processo civile sotto l'incubo fiscale, DF,* 1958, n. 1, pag. 83.
A ben vedere, le difficoltà nel tempo si sono acuite a causa degli interventi di riforma occasionali e asistematici apportati alle procedure di composizione della crisi d'impresa, al punto da non essere più sufficiente un semplice riordino della materia come suggeriva Micheli al tempo, ma essendo divenuta oramai inevitabile una rimeditazione della materia in generale.

www.osservatorio-oci.org

sulla Legge Fallimentare, nella generale propulsione a incentivare e potenziare gli strumenti giuridici di risoluzione della crisi d'impresa alternativi al fallimento; dal 2005 ad oggi, come si è visto, tutte le energie si sono investite sugli strumenti deflazionistici volti al mantenimento dell'organismo aziendale, piuttosto che alla sua liquidazione atomistica[504].

Apertis verbis, la problematica di fondo attiene al fatto che, dal punto di vista tributario, la normativa di riferimento non è andata di pari passo con l'evoluzione legislativa fallimentare: si può addirittura sostenere che non vi sia una disciplina organica di riferimento per quel che concerne gli aspetti fiscali delle procedure concorsuali. La lacuna legislativa fiscale è stata arginata con l'introduzione nel tempo di singole disposizioni incentrate su aspetti peculiari ben delineati, non addivenendo mai ad un'integrale sistemazione della materia in modo uniforme ed esaustivo. Se questa considerazione è veritiera in ambito fallimentare in generale, lo è ancor di più per quel che attiene le procedure volte a prevenire oppure a risolvere la crisi d'impresa, dove non è del tutto rinvenibile una disciplina di riferimento, come si è potuto osservare all'interno del paragrafo precedente, attinente i profili fiscali del concordato preventivo.

Guardando la disciplina fallimentare, così come volgendo lo sguardo alla disciplina tributaria, emerge chiaramente come manchi del tutto coordinamento fra le due: la confusione a livello normativo è lampante se si considera che le norme di riferimento non sono nemmeno rinvenibili in un'unica sede, ma sono disseminate qua e là, barcamenandosi un po' nella sfera del diritto tributario e un po' nella sfera del diritto fallimentare[505].

A tal proposito, l'autore Fantozzi evidenzia come "*la frammentarietà degli interventi normativi, l'esigenza di continui e ripetuti aggiustamenti, la collocazione delle varie disposizioni in modo sparso e confuso (oltre che in testi legislativi non di natura fiscale) e diverse irrazionalità - che attengono sia alla figura del debitore, che alla sfera giuridica del creditore - rendono assai difficile*

---

[504] In tal senso vedi anche F. AMETRANO, S. PAZZAGLIA e L. TACCHINO, *Risoluzione della crisi d'impresa: la prospettiva del sistema bancario italiano,* in *Amministrazione e Finanza,* n. 4, 2016, pag. 82. Le ragioni sono evidentemente collegate al contesto di crisi che da dieci anni a questa parte domina il settore imprenditoriale e non solo; il comparto aziendale ha subito gravi perdite, al punto da decretare la conservazione dell'attività dell'impresa, la salvaguardia del patrimonio produttivo ed il mantenimento dei livelli occupazionali, valori pacificamente non sacrificabili "*rispetto al principio del concorso alle spese pubbliche di cui all'art. 53 della Cost.*". Così F. PAPARELLA, *Il regime fiscale dell'amministrazione straordinaria: la necessità di distinguere le fattispecie sulla base della natura e della finalità della procedura,* in *Trattato delle procedure concorsuali,* volume V, a cura di GHIA, PICCININNI e SEVERINI, Torino, UTET giuridica, 2012. I livelli di emergenza e difficoltà raggiunti non solo in ambito imprenditoriale, ma anche in tutti i settori della vita conseguentemente collegati all'attività produttiva, hanno costretto il Legislatore a modificare il sistema di equilibrio sotteso tra interessi dei privati e interesse pubblico a discapito di quest'ultimo, per incentivare la tutela ed il recupero del valore produttivo dell'azienda, soprattutto in riferimento a quelle imprese che rappresentano, nonostante la crisi, una realtà economica e occupazionale importante per il Paese.

[505] È indubbio, però, che la sede naturale nel quale sarebbe dovuta confluire la disciplina inerente il trattamento fiscale delle procedure concorsuali è il diritto tributario; sotto questo profilo non si comprende, ad esempio, perché l'innovativa disciplina in merito alla transazione fiscale, *ex* art. 183 *ter* l. fall., sia confluita all'interno della Legge Fallimentare. Le continue incursioni legislative in ambito fallimentare e tributario da parte del Legislatore, poi, evidenziano la costante necessità di adattamento della materia, mettendo in luce l'assenza di un disegno normativo ben definito a priori.

www.osservatorio.oci.org

l'individuazione di una ratio unitaria e di una giustificazione sistematica convincente, probabilmente a causa dell'assenza di un progetto teorico chiaro e compiuto a monte"[506].

L'Autore, inoltre, individua all'interno della sua riflessione tre macro-tematiche intorno al quale indagare l'interazione della disciplina fiscale con la disciplina fallimentare: il primo profilo attiene al "*titolo di preferenza del credito fiscale rispetto agli altri creditori",* maturato prima dell'apertura della procedura, che necessita di una specifica giustificazione, talvolta divergente da tributo a tributo; la seconda tematica attiene "*alla procedura concorsuale quale soggetto passivo dei vari tributi nel corso del suo svolgimento, il che impone di chiarire se e fino a quale momento il presupposto si verifica secondo le regole ordinarie oppure se mutano i criteri di determinazione della base imponibile*"[507]; il terzo ed ultimo filone d'indagine, che ai fini del presente lavoro di ricerca ci interessa maggiormente, attiene invece ai profili fiscali delle procedure concorsuali volte a prevenire la crisi di tipo irreversibile e lo stato d'insolvenza, anche alla luce dei recenti sviluppi legislativi in merito. In questo specifico contesto, le difficoltà attengono alla regolamentazione degli interessi impositivi in riferimento alla prosecuzione temporanea dell'attività d'impresa, in un contesto di conclamata difficoltà finanziaria ed economica dell'impresa.
Il discrimine che separa i tre ambiti di ricerca così delineati, coincide con il provvedimento che segna l'avvio della procedura concorsuale, "*l'unico atto idoneo a determinare il regime giuridico della pretesa fiscale*"[508], ed a delineare il momento temporale in cui si perfeziona il debito tributario.

Non essendo questa la sede ideale per una trattazione esaustiva in merito a tutti gli ambiti d'indagine *ut supra* richiamati, per ragioni di completezza ci si limiterà comunque a brevi considerazioni sui primi due profili, concentrandosi maggiormente, invece, sul terzo filone delineato, ambito contestuale per l'obiettivo di ricerca del presente lavoro di tesi.

Orbene, in riferimento ai crediti tributari maturati prima dell'apertura della procedura concorsuale, è oramai pacifico in dottrina, così come nella giurisprudenza di legittimità, che a questi ultimi sia riconosciuto un titolo preferenziale, *ex* art. 2745 cod. civ., giustificato alla luce della causa sottesa al credito, ossia l'interesse fiscale al finanziamento delle spese pubbliche, principio costituzionalmente garantito[509].

---

[506] A. FANTOZZI, *Considerazioni generali sul rapporto tra norme tributarie e norme fallimentari e sul giudizio di valore tra par condicio creditorum, interesse fiscale ed altri interessi pubblici diffusi,* in *Trattato delle procedure concorsuali,* a cura di GHIA, PICCININNI e SEVERINI, Torino, UTET giuridica, 2012, pag. 419.

[507] Sotto questo aspetto, in particolare, "*l'apertura della procedura concorsuale è considerata una vicenda 'straordinaria' della vita dell'impresa, tale quindi da giustificare una modifica del regime ordinario, e di ciò vi è ampia conferma sia in dottrina, che nell'ambito della legislazione fiscale, dal momento che, nel sistema delle imposte sui redditi, il fallimento è stato storicamente disciplinato insieme ad altri istituti espressione di vicende di carattere straordinario (trasformazioni, fusioni, scissioni conferimenti e liquidazioni ordinarie) anche se non necessariamente volti all'estinzione dell'impresa";* A. FANTOZZI, *Considerazioni generali sul rapporto tra norme tributarie e norme fallimentari e sul giudizio di valore tra par condicio creditorum, interesse fiscale ed altri interessi pubblici diffusi,* op. cit., pag. 418.

[508] *Ibidem.*

[509] Ciò vale a dire nello specifico che, "*seppur in combinazione con i crediti di natura diversa ai quali è ugualmente riconosciuto il privilegio, agli interessi erariali è attribuito un rilievo*

www.osservatorio.unito.it

Per quanto attiene il secondo ambito di indagine, la pretesa fiscale in costanza di procedura concorsuale, vige un sistema differenziato a seconda del tributo preso in considerazione, per cui, per determinate imposte si continuerà ad applicare il regime ordinario (vedi IVA ed IRAP), "*al punto che il provvedimento che segna l'apertura della procedura, al più, opera sulla delimitazione dei due periodi compresi nell'unico esercizio d'imposta*"[510]; per quel che riguarda le imposte sul reddito, invece, l'art. di riferimento 183 TUIR dispone per la procedura di fallimento, liquidazione coatta amministrativa e le altre procedure ad esse assimilabili (come l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi), "*il criterio c.d. patrimoniale ai fini della determinazione della base imponibile, il quale, sul piano concreto, comporta che la presenza dei redditi fiscalmente rilevanti è un'ipotesi del tutto eccezionale, sostanzialmente limitata ai rari casi in cui l'impresa torna in bonis*"[511]. Questa disposizione mette in evidenza come l'apertura di una procedura considerata "straordinaria" all'interno della vita dell'impresa, in quanto attinente il suo profilo patologico, determini una minor tutela della pretesa erariale, frutto di un bilanciamento di interessi ed espressione, in particolare, di un *favor "che pone in secondo piano il credito per le imposte sui redditi a vantaggio di altri interessi privatistici ritenuti evidentemente meritevoli di maggiore tutela*"[512]. Impostazione del tutto in antitesi con il regime preferenziale attinente ai crediti erariali sorti precedentemente l'apertura della procedura concorsuale, poc'anzi delineata. Dunque, si può affermare che l'avvio della procedura concorsuale determini l'applicazione di un regime fiscale derogatorio della procedura ordinaria, "*pregiudizievole per l'erario e che trova applicazione per fattispecie differenziate, ampliando la difficoltà di individuare una ratio unitaria ed una giustificazione razionale*" sottesa al sistema così delineato.
L'unica valevole ragione che si può innalzare a fondamento dell'impostazione normativa così delineata, è rappresentata dall'interesse perseguito dal Legislatore di incentivare la risoluzione della crisi dell'impresa, ovvero di evitare in ogni caso la decozione della medesima, tutelando il valore produttivo e occupazionale intrinseco[513].

---

prevalente rispetto agli interessi degli altri creditori, frutto evidentemente di un preciso disegno sistematico ed espressione di un'altrettanta precisa gerarchia di valori". Si ricorda *ivi* che il dovere di concorrere alla spesa pubblica è sancito all'art. 53 della Costituzione, di cui si ha già avuto modo di parlare compiutamente all'interno del primo capitolo. A. FANTOZZI, *Considerazioni generali sul rapporto tra norme tributarie e norme fallimentari e sul giudizio di valore tra par condicio creditorum, interesse fiscale ed altri interessi pubblici diffusi,* op. cit., pag. 422.

[510] A. FANTOZZI, *ivi,* pag. 423.

[511] A. FANTOZZI, *ivi,* pag. 424.

[512] A. FANTOZZI, *ivi,* pag. 425. L'Autore, in particolare, mette in evidenza come ciò traspaia dai provvedimenti promulgati nell'ultimo periodo, ad esempio la L. 30 luglio 2010, n. 122, con la quale sono stati ampliati i crediti in prededuzione, *ex* art. 182 *quater* l. fall, "*dal momento che l'attivo patrimoniale è destinato a soddisfare prioritariamente altri crediti in posizione di vantaggio al punto da rendere sempre più teorica l'esistenza di redditi fiscalmente rilevanti*". Sotto questo profilo, però, non si comprende bene perché si alimenti questa asimmetricità, soprattutto se si considera che, in tema di Iva, vigono le medesime regole ordinarie, giustificabili alla luce della natura comunitaria del tributo, ma, per quanto concerne l'Irap, il dubbio rimane.

[513] La Corte Costituzionale, a tal proposito, nella sentenza 23 giugno 2010, n. 270, ha ribadito l'esigenza del "*bilanciamento di una molteplicità di interessi*", d'accostare alla ponderazione degli "*interessi generali costituzionalmente rilevanti*", di modo da porre in essere interventi

www.tesionline.com

Il terzo ed ultimo profilo d'indagine attiene, come si è visto, al contesto protagonista dell'obiettivo di ricerca del presente elaborato: la pretesa fiscale in merito alle procedure concorsuali che tendono ad evitare l'apertura della procedura fallimentare, con particolare attenzione soprattutto al concordato preventivo.

In merito a suddette procedure (nello specifico il concordato preventivo *in primis,* i piani attestati di risanamento, gli accordi di ristrutturazione e la transazione fiscale), oltre ai profili problematici e incerti rilevati precedentemente, si aggiunge prepotentemente una doverosa riflessione circa la collocazione sistematica della procedura di riferimento: come si è già anticipato brevemente, "*non si comprende* [infatti] *perché molte norme fiscali siano state previste all'interno della legge fallimentare dal momento che la sede naturale sarebbe dovuta essere il Testo Unico delle imposte sui redditi oppure altri testi legislativi riguardanti la materia fiscale*"[514]. L'inarrestabile produzione normativa, inoltre, unitamente ai constanti interventi di correzione adottati in seguito alla loro introduzione, mette in luce "*l'assenza di un disegno sistematico compiuto 'a monte*'"[515].

A ben vedere, quindi, le difficoltà di coordinamento, di cui si parlava all'inizio, tra norme fiscali e fallimentari si sono acuite nel tempo, soprattutto a causa dell'evoluzione repentina della disciplina fallimentare, tale da non permettere una sedimentazione delle nuove norme e prassi legislative, indirizzata più a risolvere problemi contingenti, ma non inserita in un disegno unitario e lungimirante[516]. Conseguentemente, si può affermare come, ad oggi, sia divenuto ancor più impellente e non rinviabile un generale ripensamento della materia *in toto,* non essendo più sufficiente un semplice riordino normativo[517]; ciò anche in ragione del fatto che le continue incursioni legislative,

---

normativi volti a "*garantire la continuità ed a permettere la conservazione del rilevante valore dell'azienda* […] *al fine di scongiurare, in tal modo, anche una grave crisi occupazionale*".

[514] A. FANTOZZI, *Considerazioni generali sul rapporto tra norme tributarie e norme fallimentari e sul giudizio di valore tra par condicio creditorum, interesse fiscale ed altri interessi pubblici diffusi,* op. cit., pag. 428.

[515] A. FANTOZZI, *ivi*, pag. 427. "*Allo stato, quindi, è ragionevole concludere che nel sistema delle imposte sui redditi non si dispone di una procedura organica estesa a tutte le procedure concorsuali per cui la lacunosità e la frammentarietà del quadro legislativo preclude ulteriormente il tentativo di individuare una ratio chiara e un disegno sistematico compiuto*".

[516] Tramite i continui interventi di riforma, il centro d'interesse del concordato preventivo - qui ci si ripete - è stato spostato nel tempo dal principio della *par condicio creditorum* alla tutela dell'organismo aziendale, per favorirne il recupero; "*tuttavia, la storia del nostro impianto giuridico concorsuale ha 'mal digerito' il tentativo di spostamento del baricentro protezionistico della normativa,* [(…) al punto da esigere] *continui aggiustamenti, come quelli recentemente introdotti dal D.L. n. 83/2015, della legge fallimentare adottati anche sulla base dei problemi che sono stati evidenziati nella prassi, quali, tra gli altri, l'abuso del sistema protettivo del pre-concordato ex art. 161, comma 6, L.F. e del concordato liquidatorio con percentuali di soddisfazione offerte ai creditori chirografari prossime allo 'zero'",* F. AMETRANO, S. PAZZAGLIA e L. TACCHINO, *Risoluzione della crisi d'impresa: la prospettiva del sistema bancario italiano,* op. cit., pag. 82.

[517] In tal senso si veda A. FANTOZZI, *Considerazioni generali sul rapporto tra norme tributarie e norme fallimentari e sul giudizio di valore tra par condicio creditorum, interesse fiscale ed altri interessi pubblici diffusi,* op. cit., pag. 442: "*Il problema, quindi, non è solo dovuto alle pur evidenti lacune oppure alla collocazione frammentaria delle disposizioni fiscali in più testi legislativi in quanto sarebbe necessaria una rimeditazione complessiva della materia che non può limitarsi al mero coordinamento sistematico di norme fiscali e sostanziali* […], *ma deve*

www.osservatorio.oci.org

"*apparentemente indirizzate alla soluzione di problemi contingenti,* […] *in realtà determinano effetti significativi sulla ponderazione*" degli interessi in gioco in questo contesto, ove subentra una particolare gerarchia di valori talvolta anche opposti tra loro: privatistici, tra creditori e debitore, e pubblicistici, con il particolar interesse di natura erariale[518].

Questa considerazione preliminare sull'interazione tra le norme fiscali e le norme fallimentari, introduce la vera questione centrale, fulcro della riflessione che ci si accinge a svolgere nel proseguo della trattazione in merito agli aspetti fiscali, in particolar modo elusivi, all'interno del concordato preventivo; si rileva, inoltre, che la questione in sé è riferibile a tutti gli strumenti di composizione della crisi d'impresa che tendono a prevenire o risolvere la crisi stessa - ad oggi anche lo stato di insolvenza, *ex* art. 160, comma 3 l. fall., il quale equipara quest'ultimo alla crisi d'impresa -, ma per questioni di convenienza si è deciso di concentrare l'indagine intorno alla procedura di concordato preventivo, rappresentando quest'ultima lo strumento giuridico più congeniale per intraprendere operazioni fiscali con l'unico intento di ottenere risparmi d'imposta di natura indebiti, anche in vista del proseguo dell'attività commerciale, ed essendo le altre procedure concorsuali o plasmate per determinate tipologie di impresa, o improntate alla definitiva chiusura dell'impresa ormai decotta, o ancora meri mezzi extraprocedurali riferibili alla stessa procedura di concordato preventivo (quali gli articoli 182 *bis* e 67, 3 comma, lett. d) l. fall.).

Dunque, la questione prodromica d'affrontare al quale segue l'oggetto di ricerca di tesi, consiste nel rischio subito dalla pretesa fiscale di subire una falcidia in seno alla procedura concordataria dovuta all'applicazione delle regole attinenti al voto del ceto creditorio e ciò "*in quanto sembrano posti sullo stesso piano i diritti patrimoniali dei privati rispetto al debito tributario, ovvero alla prestazione imposta che è diretta espressione delle regole di riparto del concorso alle spese pubbliche ex art. 53 Cost.*"[519].

Questa prospettiva apre scenari delicati per l'Amministrazione Finanziaria, la quale ha il compito di vigilare ed accertare che la falcidia dei crediti tributari avvenga legittimamente, supportata da valevoli ragioni economiche sottese e collegate alla necessità di fuoriuscire dal contesto di crisi per mezzo degli strumenti che il Legislatore si è preoccupato di incentivare sempre più negli ultimi anni, al punto di subordinare per quanto possibile la pretesa erariale alla buona riuscita della procedura.

Sotto il medesimo aspetto, l'autore Fantozzi afferma: "*Mi rendo conto che possono sussistere casi in cui l'adesione al concordato o alla transazione fiscale può essere razionalmente giustificata da oggettivi motivi di convenienza per l'amministrazione finanziaria, ma resta comunque il fatto che gli istituti volti a prevenire o risolvere la crisi hanno introdotto un principio legislativo sconosciuto alla tradizione del diritto tributario, che si risolve nella possibilità,*

---

essere espressione di una selezione e ponderazione di valori in funzione degli obiettivi e delle finalità che si intendono perseguire ed una precisa gerarchia tra interessi privatistici dei creditori, interesse fiscale ed interessi pubblici di altra natura".

[518] A. FANTOZZI, *Considerazioni generali sul rapporto tra norme tributarie e norme fallimentari e sul giudizio di valore tra par condicio creditorum, interesse fiscale ed altri interessi pubblici diffusi,* op. cit., pag. 443.

[519] A. FANTOZZI, *ivi,* pag. 429.

www.ssrmvarese.org

seppur in particolari situazioni, di transigere o 'disporre' del debito d'imposta, analogamente alle prerogative spettanti ad un qualsiasi creditore privato"[520].
L'impostazione così delineata, anche senza toccare il complesso e problematico tema dell'indisponibilità dell'obbligazione tributaria[521], introduce importanti "*valutazioni di convenienza sul lato dell'Ufficio che mal si prestano, ad esempio, ad essere collocate in un sistema di principi idonei a garantire una equilibrata composizione tra interessi dei privati ed interesse pubblico*"[522].

---

[520] A. FANTOZZI, *Considerazioni generali sul rapporto tra norme tributarie e norme fallimentari e sul giudizio di valore tra par condicio creditorum, interesse fiscale ed altri interessi pubblici diffusi,* op. cit., pag. 429.

[521] Per quel che concerne il tema dell'indisponibilità dell'obbligazione tributaria, sono tre le principali correnti in proposito formatesi. La prima corrente di pensiero ritiene principio immanente nel sistema tributario l'indisponibilità dell'obbligazione tributaria; in dottrina si vedano R. LUPI, *Insolvenza, fallimento e disposizione del credito tributario,* in *Dialoghi diritto tributario,* 2006, pag. 457 e VERSIGLIONI, *Prime riflessioni sul prefigurato "concordato triennale preventivo"*, in *Rivista diritto tributario,* 2002, pag. 374. Il secondo filone ribadisce l'indisponibilità dell'obbligazione tributaria, ma non fa assurgere l'assioma a rango di principio inderogabile, anche in ragione del fatto che il Legislatore può derogarvi e disporne tramite una norma *ad hoc* ogni qualvolta lo ritenga opportuno; a tal proposito La Rosa evidenzia che "*nulla vieta in via di principio che il soddisfacimento dell'interesse pubblico all'acquisizione dei tributi possa essere conseguito anche attraverso intese di tipo negoziale*", LA ROSA, *Accordi e transazioni nella fase di riscossione dei tributi,* in *Rivista di diritto tributario,* 2008, n. 1, pag. 313 od ancora RUSSO, *Indisponibilità del tributo e definizioni consensuali delle controversie,* in *Profili autoritativi e consensuali delle controversie,* a cura di LA ROSA, Milano, 2008, il quale critica la copertura costituzionale del principio *de quo*, sostenendo il rifiuto dell'indisponibilità ontologica del credito tributario. Suddetta tesi venne avvallata dall'orientamento giurisprudenziale della Cassazione, espresso nella sentenza del 6 ottobre 2001, n. 12314: la tesi, nello specifico, scinde il potere impositivo nella dimensione normativa dal singolo credito impositivo sorto nel concreto rapporto d'imposta obbligatorio. Infine, il terzo ed ultimo filone fonda il principio di indisponibilità dell'obbligazione tributaria su diverse norme costituzionali, secondo le quali l'obbligazione tributaria altro non sarebbe che la ripartizione dei carichi fiscali fra i consociati, da cui deriverebbe il diritto di questi ultimi di pretendere che ognuno paghi inderogabilmente la sua parte, in caso contrario la sua quota verrebbe a gravare sugli altri, violando le norme costituzionali che sanciscono i criteri di riparto dei tributi. In tal senso si cfr. G. FALSITTA, *Funzione vincolata di riscossione dell'imposta e intransigibilità del tributo,* in *La riscossione dei tributi,* a cura di COMELLI e GLENDI, Padova, 2010.
Osservato quanto precede, è doveroso accennare brevemente al nuovo orientamento sul tema dell'indisponibilità dell'obbligazione tributaria: tenendo in considerazione il contenuto del comma 8, art. 17 *bis*, d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 546, sembra infatti si possa ad oggi propendere per la possibilità di disporne. A ben vedere l'articolo in questione, che tratta l'istituto del reclamo e della mediazione, al comma succitato dispone che "*l'organo destinatario, se non intende accogliere il reclamo volto all'annullamento totale o parziale dell'atto, né l'eventuale proposta di mediazione, formula d'ufficio una proposta di mediazione avuto riguardo dell'eventuale incertezza delle questioni controverse, al grado di sostenibilità della pretesa e al principio di economicità dell'azione amministrativa*". La proposta formulata d'ufficio, dunque, deve tenere in considerazione aspetti che sia aprono alla possibilità di disporre, secondo coscienza, dell'obbligazione tributaria, abbandonando l'orientamento rigido che escludeva categoricamente suddetta facoltà.

[522] A. FANTOZZI, *Considerazioni generali sul rapporto tra norme tributarie e norme fallimentari e sul giudizio di valore tra par condicio creditorum, interesse fiscale ed altri interessi pubblici diffusi,* op. cit., pag. 429.Si tratta di valutazioni da porre in essere con specifico riguardo a casi concreti, variabili infatti da ipotesi ad ipotesi e che inoltre attengono a fattispecie poste in essere durante l'espletamento dell'attività d'impresa, connaturate, delle volte, da comportamenti preordinati a pregiudicare il Fisco; a tal proposito, si prenda in considerazione la modifica apportata dall'art. 29, 4 comma, d.l. 31 maggio 20010, n. 78, all'art. 11, comma 2, d.lgs. 10

Le preoccupazioni dell'Amministrazione Finanziaria non sono mancate: la circolare ministeriale del 18 maggio 2011, n. 21/E, ad esempio, metteva in evidenza "*la delicatezza e la complessità dell'istruttoria da svolgere per valutare quale sia la scelta che non arrechi pregiudizi alle ragioni erariali, o ne arrechi nella misura minore possibili* […] *in merito alle iniziative da intraprendere in presenza di procedure concorsuali*"; o ancora, nella circolare 16 aprile 2010, n. 20/E si legge: "*La particolare delicatezza della tematica, impone, peraltro, che la trattazione delle istanze di transazione venga affidata a personale con competenze professionali idonee a garantire che l'istituto trovi concreta attuazione, secondo le finalità per le quali è stato introdotto nell'ordinamento (contemperare l'interesse pubblico alla riscossione dei tributi con l'egualmente rilevante interesse alla conservazione di imprese in grado di rappresentare realtà ancora produttive, salvaguardando nel contempo i livelli occupazionali)*".

Si può concludere la riflessione sul difficile bilanciamento tra l'interesse erariale, l'interesse dei creditori e quello personale dell'imprenditore insolvente di fuoriuscire dallo stato di crisi, appellandosi ancora alla personale riflessione dell'illustre autore Fantozzi, che riassume molto bene le criticità intrinseche ai due mondi eterogenei e difficilmente conciliabili del diritto tributario e del diritto fallimentare, tenendo in considerazione, nello specifico, le recenti e repentine evoluzioni fiscali subite dagli istituti volti a prevenire oppure a risolvere la crisi d'impresa.

"*In definitiva, a me sembra che i recenti istituti volti a prevenire o risolvere la crisi d'impresa costituiscano una categoria in cui, dal punto di vista teorico, sembra maggiormente prevalere il principio della par condicio creditorum rispetto alle ragioni ed agli interessi erariali. In particolare, la prevalenza della par condicio sembra esprimersi nella concreta possibilità che la volontà di una pluralità di creditori prevalga rispetto ai creditori dissenzienti e favorisca, quindi, il perfezionamento di istituti che determinano una riduzione generalizzata del passivo in nome della chiusura anticipata della procedura oppure della prosecuzione dell'esercizio dell'impresa. In questa prospettiva, il quesito di fondo attiene alla possibilità di giustificare razionalmente l'applicazione dei criteri di votazione e di formazione della volontà del ceto creditorio rispetto alla possibile decurtazione che subiscono i crediti assistiti da titoli 'particolari' in quanto espressione di interessi diffusi e costituzionalmente rilevanti*"[523].

---

marzo 2000, n. 74, il quale delinea il reato di sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte mediante l'utilizzo proprio della transazione fiscale: "*È punito con la reclusione da sei mesi a quattro anni chiunque, al fine di ottenere per sé o per altri un pagamento parziale dei tributi e relativi accessori, indica nella documentazione presentata ai fini della procedura di transazione fiscale elementi attivi per un ammontare inferiore a quello effettivo od elementi passivi fittizi per un ammontare complessivo superiore ad euro cinquantamila. Se l'ammontare di cui al periodo precedente è superiore ad euro duecentomila si applica la reclusione da un anno a sei anni".*

[523] Sul punto si vedano anche le riflessioni dell'Autore M. MAURO, *'Favor' legislativo per la soluzione della crisi d'impresa che precede il fallimento,* in *Corriere Tributario,* n. 33, 2010, pag. 2700. *Ivi,* si mette in evidenza come gli interventi normativi introdotti dal d.l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla L. 30 luglio 2010, n. 122, siano stati interamente rivolti ad agevolare la soluzione della crisi d'impresa che precede il fallimento. Questi "*interventi normativi, ancorché di apparente portata limitata, sembrano tutelare eccessivamente, in certi casi, l'imprenditore in crisi rispetto ai suoi creditori, tra cui l'Erario, e, oltre a provocare disparità di trattamento (verosimilmente illegittime dal punto di vista costituzionale) tra crediti aventi*

www.osservatorio.org

Orbene, nell'attuale sistema legislativo delle procedure concorsuali, la sorte dei crediti erariali è rimessa nelle mani del ceto creditorio, il quale manifesta la sua volontà in sede di adunanza, attraverso la votazione favorevole o contraria della proposta che ha presentato il debitore in prima persona; da ciò se ne deduce che "*a detta volontà si riconnette una sorta di potere di disposizione - seppur in senso lato - dei crediti tributari che non ho mai* [l'autore Fantozzi] *ravvisato nemmeno in capo all'amministrazione finanziaria*"[524].

4. Il rapporto tra concordato preventivo e disciplina antiabuso del diritto tributario

Ferme restando le considerazioni sopra svolte in riferimento alla difficile interazione tra norme fiscali e norme fallimentari, si andrà ora a sviluppare il tema centrale della ricerca, e indossando i c.d. "occhiali del tributarista", si volgerà lo sguardo al concordato preventivo, per comprendere, nello specifico, se è possibile applicare al suo interno la normativa ordinaria in tema di elusività fiscale.

La necessaria premessa dal quale si deve partire è la constatazione che nell'ultimo decennio, come si ha avuto modo di ribadire più volte, le riforme incentrate sulla Legge Fallimentare in materia di concordato preventivo hanno incrementato le potenzialità applicative delle operazioni di riorganizzazione societaria, al fine di raggiungere maggiori livelli di soddisfazione per il ceto creditorio e promuovere la fuoriuscita anticipata dell'impresa dallo stato di malessere[525].

Le operazioni di riorganizzazione della società[526] sono funzionali e strumentali alla composizione concordata della crisi d'impresa, ma, se da un lato consentono un miglior soddisfacimento dei creditori, unitamente alla possibilità di eliminare o contrastare i fattori che hanno causato la crisi d'impresa, dall'altro lato presentano "*problematiche tributarie di varia natura, non ultime quelle*

---

natura estremamente similare, potrebbero mettere a rischio o ritardare in maniera ingiustificata anche la riscossione dei crediti tributari costituzionalmente garantita".

[524] A. FANTOZZI, *Considerazioni generali sul rapporto tra norme tributarie e norme fallimentari e sul giudizio di valore tra par condicio creditorum, interesse fiscale ed altri interessi pubblici diffusi,* in *Trattato delle procedure concorsuali,* op. cit., pag. 430.

[525] In tal senso anche P. PURI, *Riorganizzazione societaria nell'ambito della crisi d'impresa ed elusione tributaria,* in *Il diritto tributario delle procedure concorsuali e delle imprese in crisi,* a cura di F. PAPARELLA, Milano, Giuffrè Editore, 2013, pag. 985: "*D'altra parte è indubbio che la fusione, la scissione, la segregazione patrimoniale o l'operazione su crediti possano consentire una più profonda ed efficiente liquidazione delle attività sociali al fine di soddisfare i creditori, ma anche, solo, eliminare o contrastare i fattori che hanno condotto l'impresa allo squilibrio economico-finanziario*".

[526] Le operazioni di riorganizzazione della società sono nello specifico tutte le operazioni c.d. straordinarie, quali fusioni, scissioni, liquidazioni, trasformazioni, ma anche segregazioni patrimoniali od operazioni su crediti ad esempio.

www.osservatorio-oci.org

relative all'applicabilità della disciplina anti elusiva o di contestazioni in termini di abusività"[527].

Il progetto di ricerca del presente lavoro di tesi nasce proprio da suddette problematiche, convergendo, nello specifico, sulla perplessità se sia o meno possibile applicare la normativa antielusiva in ambito di concordato preventivo: le operazioni straordinarie poste in essere al fine di riorganizzare l'impresa in crisi, infatti, presentano un'elevata carica di pericolosità in tema di elusività fiscale, in quanto operazioni complesse che presumono la stipula di molteplici negozi giuridici, all'interno del quale si può annidare il germe dell'abuso del diritto tributario. Non a caso suddette operazioni componevano l'elenco tassativo di cui al terzo comma, *ex* art. 37 *bis* D.P.R. 600/1973, che individuava le operazioni in riferimento alle quali si poteva applicare la disciplina antielusiva generale del diritto tributario[528]. Ci si chiede, pertanto, se la composizione concordataria della crisi d'impresa possa essere ordita e preordinata al fine di ottenere vantaggi fiscali di natura indebita.

Di primo acchito sembrerebbe doversi concludere per un'applicazione ordinaria della disciplina antielusiva anche per le operazioni di riorganizzazione societaria, a nulla valendo le necessità sottese di crescita aziendale e risanamento ricollegabili al malessere aziendale; nel peculiare contesto concordatario, però, che presume a monte uno *status* di crisi, s'impone di prendere in considerazione aspetti e valori in gioco che giustificano un'applicazione derogatoria della normativa antiabuso del diritto tributario.

Si deve tenere in considerazione, infatti, "*che fiscalmente la questione si inserisce in un contesto dove è proprio la prospettiva e l'obiettivo di risanamento a indurre a non trascurare altri principi costituzionali, oltre a quello che disciplina il concorso alle pubbliche spese*"[529].

Basti pensare alla conclusione alla quale si è giunti nel precedente paragrafo, messa in luce anche attraverso l'illustrazione delle norme fiscali in ambito di concordato preventivo: in un contesto delicato come quello della crisi economico-finanziaria nel quale può incappare un'impresa, è possibile falcidiare i crediti fiscali, ciò anche alla luce dell'istituto della transazione fiscale, *ex* art. 182 *ter*. Per i crediti tributari sorti in costanza di concordato preventivo, le regole sul voto applicabili in sede di adunanza dei creditori impongono che le pretese, da una parte private e dall'altra erariali, debbano essere necessariamente poste sul medesimo piano: anzi, si può addirittura sostenere che in ragione del

[527] P. PURI, *Riorganizzazione societaria nell'ambito della crisi d'impresa ed elusione tributaria,* op. cit., pag. 986.

[528] Anche nel dispositivo di cui all'art. 10, L. 408/1990, che storicamente si può considerare l'antenato della specifica disciplina antielusiva, le operazioni straordinarie come fusioni, trasformazioni o scissioni costituivano il presupposto per poter contestare e disconoscere la validità intrinseca dell'operazione posta in essere, al fine di rendere inopponibili all'Amministrazione finanziaria i vantaggi fiscali così ottenuti. Tale elenco tassativo delle operazioni, però, non è stato riportato all'interno della nuova disciplina antiabuso del diritto tributario, *ex* art. 10 *bis*, Statuto dei diritti del Contribuente, in quanto rappresenta un limite all'applicazione della disciplina in sé, ora riferita in termini generali e descrittivi a quei fatti, atti o negozi giuridici, anche collegati tra loro, che peccano sia di coerenza tra qualificazione delle singole operazioni e fondamento giuridico loro sotteso, sia nella conformità di utilizzo dello strumento giuridico alle logiche di mercato.

[529] P. PURI, *Riorganizzazione societaria nell'ambito della crisi d'impresa ed elusione tributaria,* op. cit., pag. 987.

www.fisconline.com

principio della *par condicio creditorum*, prevalgano le ragioni della maggioranza a scapito dei creditori dissenzienti, tenendo a mente che l'Erario fa parte del ceto creditorio, ma deve in ogni caso sottostare alla volontà del gruppo per quel che riguarda i crediti maturati in sede di procedura concordataria[530].

A questo punto emerge uno dei lati paradossali dell'istituto di concordato preventivo: tale procedura, infatti, da un lato consente di contrastare e rimuovere i fattori economici che hanno prodotto la crisi dell'impresa, rendendo possibile anche un ritorno *in bonis* dell'azienda, ma dall'altro lato rappresenta il rischio per i creditori ed il Fisco di recuperare difficilmente il credito pregresso, in ragione sia della riduzione patrimoniale della società debitrice, sia dell'entità futura del gettito fiscale[531]; tale rischio, in ogni caso, dipende da un lato dalla situazione di dissesto finanziario in cui versa la società in procinto di dar inizio alla procedura concordataria, dall'altro dipende proprio dall'esecuzione materiale della medesima procedura.

Orbene, ciò che bisogna comprendere è se è possibile attribuire una valenza "speciale" al contesto di crisi che rende plausibile l'instaurazione dell'*iter* concordatario, tale da giustificare un'applicazione derogatoria della disciplina antiabuso fiscale in questa sede; ovvero "*se non si riconosce nessuna 'specialità' alla situazione dell'impresa in crisi, è evidente che non sussisterebbero ragioni particolari per ritenere le operazioni di ristrutturazione in tale situazione diversamente disciplinate. In altre parole, per esse varrebbero i criteri di giudizio in termini di elusività ed abusività che si applicano nella fisiologia della vita aziendale*"[532].

Lo snodo della questione oscilla per un verso tra il principio dell'indisponibilità dell'obbligazione tributaria e l'esigenza di applicare in via ordinaria la disciplina antielusiva alle operazioni straordinarie in ballo - che per antonomasia costituiscono lo strumento principe nelle mani dei contribuenti per aggirare l'imposizione tributaria - e dall'altro verso si scontra con la peculiarità propria del contesto di crisi in cui può incappare un'impresa nel corso della sua vita, *locus* ove entrano in gioco diversi interessi di rango fondamentale, da cui deriverebbe la legittimazione ad un regolamentazione 'speciale' e derogatoria della pretesa impositiva[533].

---

[530] "*D'altro parte proprio la possibilità di una falcidia della pretesa fiscale - come dimostrano la disciplina del concordato e della transazione fiscale - testimonia che sono posti sullo stesso piano i diritti patrimoniali dei privati rispetto al credito tributario che è diretta espressione delle regole di riparto del concorso alle spese pubbliche ex art. 53 Cost.*"; così P. PURI, *Riorganizzazione societaria nell'ambito della crisi d'impresa ed elusione tributaria,* op. cit., pag. 987. Non solo la previsione di istituti che prevengono la crisi d'impresa o ne "combattono" le cause scatenanti, come la transazione fiscale, i piani di ristrutturazione o lo stesso concordato preventivo, testimoniano la lecita possibilità di addivenire ad un pagamento parziale dei debiti fiscali, ma anche la recente apertura della giurisprudenza comunitaria alla possibilità di soddisfare parzialmente il credito IVA in sede di concordato ne avvalla l'ipotesi. Per un approfondimento in tal senso, si rimanda al paragrafo precedente riguardante gli aspetti fiscali del concordato preventivo. Si cfr. inoltre la pronunzia della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, causa C-546/1, sentenza 7 aprile 2016.

[531] In tal senso anche P. PURI, *Riorganizzazione societaria nell'ambito della crisi d'impresa ed elusione tributaria,* op. cit., pag. 988.

[532] *Ibidem.*

[533] L'autore Puri, in particolare, afferma a proposito dell'affollato contesto di interessi in gioco all'interno della crisi d'impresa: "*A me sembra, infatti, che la questione della legittimità tributaria*

www.osservatorio.oci.org

Per quel che concerne il bilanciamento degli interessi, il primo giudizio che ci si trova a dover fare, consta dello scontro tra l'art. 53 Cost., che impone l'obbligo di partecipazione alla spesa pubblica, con l'art. 41 Cost., che invece dispone che "*l'iniziativa economica privata è libera*". Come è stato osservato da alcuni autori, nell'art. 41 Cost. rientra anche la tutela della sopravvenienza dello *status* di crisi dell'impresa, "*inquadrabile nel più ampio principio della libertà economica*": a tal proposito, è stato messo in evidenza come "*le posizioni assunte dalla Corte Costituzionale in ordine ai rapporti fra principi costituzionali direttamente riferibili al fenomeno tributario - riconducibili all'art. 53 Cost. - e le garanzie dell'iniziativa economica - desumibili dall'art. 41 Cost. - siano leggibili in una prospettiva equiordinata ovvero nel senso che l'acquisizione di risorse tributarie ed il relativo riparto tra i consociati non prevale sul principio che in attuazione del principio di libertà economica mira alla salvaguardia dell'impresa in crisi*"[534].

Sotto questo aspetto, la società commerciale, al pari di ogni altro imprenditore, ha il diritto di poter scegliere la forma di conduzione degli affari che preferisce, anche in ragione del risparmio d'imposta che ne deriva. La sentenza della Corte di Cassazione, 21 gennaio 2011, n. 1372 ha evidenziato, in particolar modo, come nel contesto "*di ristrutturazione societaria il divieto di abuso del diritto non possa spingersi ad imporre al contribuente una misura di riorganizzazione diversa tra quelle giuridicamente possibili soltanto perché tale differente misura avrebbe comportato un maggior carico fiscale*"[535]. La Suprema Corte, nello specifico, ha affermato: "*L'esercizio di libertà e di diritti fondamentali, riconosciuti dalla Corte Costituzionale e dal Trattato sull'Unione Europea, non può essere limitato per ragioni fiscali*"[536]. L'applicazione concreta del divieto di

---

di tali operazioni debba prendere le mosse dal riconoscimento che nel caso di specie si trovano a convivere diversi principi di rango costituzionale, poiché accanto a quello di capacità contributiva si rinvengono quelli che tradizionalmente sono fatti discendere dal principio della libertà di iniziativa economica (art. 41 Cost.), della protezione del lavoro (artt. 35 e 36 Cost.) e della tutela del risparmio (art. 47 Cost.)". In tal senso anche L. BOGGIO, *Gli accordi di salvataggio delle imprese in crisi. Ricostruzione di una disciplina*, Milano, Giuffrè Editore, 2007.

[534] Così FEDELE, *Dovere tributario e garanzie dell'iniziativa economica e della proprietà nella Costituzione italiana,* in *Rivista diritto tributario,* 1999, n. 1, pag. 971, ove vengono ricostruiti gli interventi della Corte Costituzionale in merito ai rapporti tra art. 53 e 41 della Costituzione, in particolare in riferimento alle sentenze del 12 dicembre 1957, n. 129; sentenza 8 aprile 1965, n. 30; sentenza 14 luglio 1972, n. 149; sentenza 1 giugno 1970, n. 78; sentenza 15 luglio 1976, n. 209 e da ultimo la sentenza 1 luglio 2013, n. 170. Si cfr. anche P. PURI, *Riorganizzazione societaria nell'ambito della crisi d'impresa ed elusione tributaria,* in *Il diritto tributario delle procedure concorsuali e delle imprese in crisi,* a cura di F. PAPARELLA, Milano, Giuffrè Editore, 2013, pag. 985 e ss.

[535] L. CAPO, *Elusione fiscale e libertà economica: la ristrutturazione societaria,* in *Obbligazioni e Contratti,* n. 2, 2012, pag. 100.

[536] La sentenza citata aveva al centro della riflessione un'operazione di fusione diretta alla riorganizzazione societaria; la massima della sentenza è così riassumibile: "*Un'operazione societaria è fiscalmente elusiva, in base al principio del divieto di abuso del diritto traente origine dall'art. 53 Cost., se il suo scopo determinante sia stato il conseguimento di un risparmio fiscale. Tuttavia, in caso di ristrutturazioni societarie, il sindacato dell'amministrazione finanziaria non può spingersi ad imporre una misura di ristrutturazione diversa tra quelle giuridicamente possibili soltanto perché tale misura avrebbe comportato un maggiore carico fiscale*", così L. CAPO, *Elusione fiscale e libertà economica: la ristrutturazione societaria,* op. cit., pag. 100. Tuttavia non si può non tenere in debita considerazione la costatazione espressa dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Halifax*, di cui si è parlato compiutamente all'interno del primo capitolo:

abuso del diritto fiscale, pertanto, non impone alcuna scelta obbligata dal punto di vista imprenditoriale, ma si limita a rendere inopponibili all'Amministrazione Finanziaria gli atti ritenuti abusivi del diritto tributario: "*Nell'ambito del diritto civile questi atti non sono per niente scalfiti e continuano a produrre tutti gli effetti propri*"[537].

In base al contenuto dell'art. 41 Cost., l'intervento pubblico deve essere, dunque, rivolto a salvaguardare l'iniziativa economica privata, immedesimata dall'attività imprenditoriale che per tal motivo deve ricevere tutela anche in quella che rappresenta la fase patologica della sua vita, vale a dire la fase di crisi, anzi a maggior ragione in suddetta fase così delicata[538]. "*Il rafforzamento della possibilità di perseguire e continuare iniziative economiche è coerente con il principio di tutela dell'iniziativa economica privata. L'intervento pubblico deve essere rivolto a salvaguardare l'impresa da riflessi dannosi anche nella fase di crisi, rappresentando questa parte integrante del processo produttivo pur in un momento patologico e terminale della vita dell'impresa*"[539].

Oltre alle tutele prescritte all'art. 41 Cost., non si possono non tenere in contemporanea considerazione gli interessi parimenti tutelati all'interno della Costituzione in tema di lavoro, nella lettura coordinata degli articoli 35 e 36 Cost.; in questo caso entra in gioco il tema lavorativo, in tutte le sue forme, e, a ben vedere, la crisi che negli ultimi anni ha imperversato nel settore produttivo ha costretto il Legislatore a correre ai ripari, prevedendo una serie di disposizioni al fine di salvaguardare i livelli occupazionali. Senza entrare troppo nel merito della questione, si ritiene sufficiente prendere in considerazione le riforme susseguitesi nel tempo in ambito fallimentare, volte a favorire la

---

l'imprenditore, infatti, avrebbe sì il diritto di scegliere la forma di conduzione degli affari che gli consente un risparmio d'imposta, ma nell'operare tale scelta deve essere limitato dai divieti di frode, evasione e abuso del diritto fiscale; "*certamente* [afferma la corte di Giustizia nella causa C-212/97, *Centros*] *risulta dalla giurisprudenza della Corte che uno Stato membro ha il diritto di adottare misure volte ad impedire che, grazie alle possibilità offerte dal Trattato, taluni dei suoi cittadini tentino di sottrarsi all'impero delle leggi nazionali, e che gli interessati non possono avvalersi abusivamente o fraudolentemente del diritto comunitario*".

[537] L. CAPO, *Elusione fiscale e libertà economica: la ristrutturazione societaria,* op. cit., pag. 108.

[538] In tal senso anche P. PURI, *Riorganizzazione societaria nell'ambito della crisi d'impresa ed elusione tributaria,* op. cit., pag. 990. L'ultimo inciso dell'art. 41 della Cost. stabilisca che "*la legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali*": sotto quest'aspetto, l'attività d'impresa ha una grandissima ricaduta a livello sociale, basti pensare alla stagione di riforme legislative della Legge Fallimentare, inaugurata a causa della crisi economica radicatasi nel Paese e in generale all'interno dei Paesi membri dell'Unione Europea. Il Legislatore ha adottato delle politiche il più possibile favorevoli all'incentivazione della prosecuzione dell'attività imprenditoriale, la tutela del valore produttivo dell'azienda, insieme alla rapida emersione del contesto di crisi ed alla possibilità di prevenirla evitando il fallimento. Tutto ciò in ragione dei risvolti negativi dipendenti dalla crisi economica, quali la crisi occupazionale, la crisi immobiliare, il generale *status* di emergenza sociale e la crisi del bene tutelato *ex* art. 47 Cost., il risparmio.

[539] P. PURI, *Riorganizzazione societaria nell'ambito della crisi d'impresa ed elusione tributaria,* in *Il diritto tributario delle procedure concorsuali e delle imprese in crisi,* op. cit., pag. 990. L'autore evidenzia come le esigenze di tutela si acuiscano nel caso delle procedure di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi, come rilevato anche da VIVALDI, *Insolvenza e grandi imprese,* in *Fallimento,* 2000, pag. 122 e da A. FANTOZZI, *Considerazioni generali sul rapporto tra norme tributarie e norme fallimentari e sul giudizio di valore tra par condicio creditorum, interesse fiscale ed altri interessi pubblici diffusi,* op. cit., pag. 428.

www.osservatorio.org

prosecuzione dell'attività produttiva dell'impresa in crisi, affinché fosse assicurato il mantenimento del posto di lavoro[540]. Certamente l'incremento del numero di imprese fallite negli ultimi anni ha inciso in maniera non superficiale sul livello di occupazione lavorativa del Paese, costringendo l'adozione di politiche sul lavoro di tamponamento.

Valore collegato al diritto al lavoro è la tutela che lo Stato assicura al risparmio, in tutte le sue forme, individuato all'art. 47 Cost., il quale garantisce tutela "*tanto ai terzi che investono in imprese creditrici dell'impresa in crisi, quanto gli investimenti provenienti dal settore bancario affluiti a beneficio dell'impresa in difficoltà*"[541].

A questo punto, tenuta in considerazione la pari dignità dei valori tutelati a livello costituzionale e l'autonomia attribuita alle singole disposizioni, in combinato disposto con il "*sostanziale giudizio di preferenza del sistema per la salvaguardia, a determinate condizioni, dei complessi produttivi rispetto alla mera liquidazione concorsuale, si può ritenere in via generale che gli effetti delle operazioni poste in essere dall'imprenditore in crisi al fine di accedere ad un accordo di ristrutturazione del debito non potranno essere disconosciute ai sensi dell'art. 37 bis del D.P.R. del 28 settembre 1973, n. 600* [abrogato dall'introduzione dell'art. 10 *bis, L. 212/2000*]*, ogniqualvolta rispondano realmente all'intento di salvataggio. Anzi l'ovvio interesse privato (dell'imprenditore) al salvataggio diviene in questo caso anche interesse generale in modo da andare ben oltre la valide ragioni economiche richieste dalla norma anti-elusiva*"[542].

Il problematico bilanciamento di interessi che si impone all'interno della soluzione concordataria della crisi d'impresa, trova la sua soluzione nella volontà del Legislatore di far prevalere l'uno o l'altro schieramento d'interessi,

---

[540] A tal proposito si veda L. D'ALESSANDRO, *La crisi delle procedure concorsuali e le linee di riforma: profili generali,* in *AA. VV.*, *Crisi dell'impresa e riforme delle procedure concorsuali,* Milano, 2006, pag. 22, ove si legge "*il (presunto) interesse pubblico alla convenienza dell'impresa, concepita come indiretto ammortizzatore occupazionale, andrebbe dunque semmai perseguito utilizzando risorse finanziarie ugualmente pubbliche".* Si tenga inoltre in debita considerazione l'introduzione dell'ipotesi di concordato con continuità aziendale, prevista all'art. 186 *bis* e introdotta dall'art. 33, 1 co., lett. h) del d.l. 22 giugno 2012, n. 83, convertito dalla L. 7 agosto 2012, n. 134.

[541] "*Non è infine mancato chi ha individuato un legame fra la disciplina dell'impresa in crisi e l'art. 42 Cost., ritenendo che quest'ultima disposizione tuteli qualsiasi situazione di tipo patrimoniale*", in tal senso L. D'ALESSANDRO, *L'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi: due anni di esperienza,* in *Giur. Comm.,* n. 1, 1981, pag. 846. Fonte: P. PURI, *Riorganizzazione societaria nell'ambito della crisi d'impresa ed elusione tributaria,* in *Il diritto tributario delle procedure concorsuali e delle imprese in crisi,* op. cit., pag. 990.

[542] P. PURI, *Riorganizzazione societaria nell'ambito della crisi d'impresa ed elusione tributaria,* op. cit., pag. 991. Che il sistema delle procedure concorsuali sia propenso alla risoluzione concordataria della crisi dell'impresa, anziché alla sua mera liquidazione dovuta alla decozione dell'azienda, lo si riscontra agilmente dal numero crescente di disposizioni susseguitesi nel tempo (delle quali si è parlato compiutamente all'interno del secondo capitolo) che hanno favorito sempre più la proposizione delle procedure alternative al fallimento; non da ultimo, l'estensione del concordato preventivo oltra che allo stato di crisi non grave, allo stato d'insolvenza - prima requisito oggettivo per la sola procedura di fallimento, *ex* art. 5 l. fall. - grazie alla precisazione contenuta comma 3, art. 160 l. fall., allargando in questo modo notevolmente le ipotesi per così dire "sottratte" alla sola possibilità di subire la dichiarazione di fallimento.

www.osservatorio.org

entrambi rientranti nei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico e tutelati dallo schermo protettivo della Costituzione; così se da un lato dovesse prevalere l'interesse del Legislatore a preservare l'indisponibilità della pretesa tributaria, dall'altro lato dovrebbe di conseguenza cedere terreno l'interesse privatistico alla conservazione dell'operatività dell'impresa; viceversa, se nel giudizio legislativo risultasse più meritevole di tutela l'integrità del potere produttivo dell'azienda, dovrebbero cedere il passo gli interessi erariali del Fisco.
Proprio quest'ultima soluzione appare senza alcun'ombra di dubbio la vincitrice del gioco di equilibri costituzionali: basti pensare come premessa alla natura e funzione ricoperta dalle operazioni di riorganizzazione societaria, esse, infatti, hanno il compito di rendere possibile la ristrutturazione del debito imprenditoriale, scongiurando il fallimento e incentivando la fuoriuscita dell'impresa dallo *status* di crisi. In seconda istanza, si considerino i numerosi interventi di riforma subiti dalla Legge Fallimentare, susseguitesi a breve distanza di tempo e in ragione di problemi contingenti, tutti però dipendenti dalla medesima grave crisi economica in corso; sotto tale aspetto, le modifiche apportate al diritto fallimentare hanno mirato - come si è ribadito più volte - a rendere più agevole l'accesso degli imprenditori in difficoltà a quegli istituti messi a disposizione, e migliorati nel tempo, che prevengono o combattono la crisi d'impresa.
Di conseguenza, inevitabilmente "*il giudizio sull'applicabilità delle disposizioni antielusive dovrebbe essere letto come il riflesso in campo tributario della scelta del Legislatore fallimentare di privilegiare l'operatività dell'impresa. L'effetto essenzialmente abdicativo che ne scaturisce avrebbe il pregio di contemperare la tutela degli interessi del Fisco con quella degli altri interessi coinvolti nella gestione della crisi quali, ad esempio, la tutela dell'occupazione e la continuità dell'attività produttiva*"[543].

Come si ha avuto modo di constatare durante l'esame delle normative in tema di fiscalità del concordato preventivo, così come è trapelato ripercorrendo l'evoluzione subita dal medesimo istituto sotto i colpi delle riforme contrarie alla crisi economica, "*la degradazione dell'interesse fiscale a favore di altri interessi*" risulta essere la giusta chiave di lettura d'adottare nel giudizio sull'applicabilità della normativa antiabuso del diritto tributario[544]; le disposizioni fiscali previste per il concordato preventivo, infatti, provano un generale *favor* per gli interessi privatistici, arrecando nocumento all'imposizione fiscale, "*disposizioni che si spiegano solo con l'intendo di agevolare la soluzione della crisi d'impresa anche a scapito delle regole sistematiche*" di natura fiscale[545].

---

[543] P. PURI, *Riorganizzazione societaria nell'ambito della crisi d'impresa ed elusione tributaria,* op. cit., pag. 991.
[544] *Ibidem.*
[545] *Ibidem.* A tal proposito si richiamano gli artt. 86, comma 5 e 88, comma 4 TUIR, i quali prevedono un regime fiscale agevolativo per i debiti d'imposta sorti in *itinere* con la procedura concordataria; le disposizioni, come si è detto, "*esprimono una logica di sostegno di qualificati interessi generali, rispetto alla quale può riconoscersi che operi quel favor delle norme tributarie per le soluzioni della crisi d'impresa volte a favorire la conservazione del complesso aziendale e a considerare la disgregazione liquidatoria dello stesso quale ipotesi estrema",* F. DAMI*, Irrilevanza delle sopravvenienze attive per accordi di ristrutturazione del debito e piani di*

Si è giunti alla medesima conclusione alla fine del paragrafo precedente, in merito al difficile rapporto tra norme fallimentari e norme tributarie, ove, supportati da autorevole dottrina, si è potuto evidenziare che in un contesto di crisi imprenditoriale, l'opera di bilanciamento dei principi in gioco va risolvo a favore degli interessi del ceto creditorio e dell'interesse del debitore concordatario di fuoriuscire dallo stato di dissesto, anche a detrimento della pretesa impositiva, la quale si deve piegare alla volontà espressa dal Legislatore di favorire la risoluzione della crisi d'impresa e salvaguardare il bene produttivo dell'azienda.

L'autore Puri suggerisce, a questo punto, di leggere la situazione da due prospettive opposte: "*All'ipotesi per la quale nulla distingue le operazioni di ristrutturazione realizzate nell'ambito della crisi d'impresa da quelle effettuate al di fuori di essa, se ne affaccia un'altra, per certi versi opposta ed estrema, che legittimerebbe, nel senso di escludere da qualsiasi dubbio di elusività/abusività, le operazioni di riorganizzazione societaria (o su crediti) realizzate nell'ambito d'impresa per la sola circostanza di essere in tale ambito*"[546].
Lo *status* di crisi, dunque, e il suo intrinseco bilanciamento di interessi forniscono l'alibi a quella che, altrimenti, risulterebbe essere l'ennesima deroga al principio di indisponibilità dell'obbligazione tributaria; risposta quest'ultima non dissimile da quella fornita in giustificazione all'istituto della transazione fiscale, quale soluzione che garantisce migliori margini di soddisfacimento e maggior efficienza nella gestione della crisi d'impresa[547].

---

attestati, in *Corriere Tributario,* 2012, pag. 3168. Per un'analisi approfondita si rimanda al paragrafo dei profili fiscali del concordato preventivo del presente capitolo di tesi.

[546] P. PURI, *Riorganizzazione societaria nell'ambito della crisi d'impresa ed elusione tributaria,* op. cit., pag. 993. L'autore spiega anche perché in un contesto siffatto non è necessario introdurre le considerazioni in merito all'indisponibilità dell'obbligazione tributaria, del quale si è già parlato all'interno dell'elaborato: in prima istanza, nel caso di specie non si discute in merito alla rinuncia di un tributo, quanto piuttosto in ordina alla supposta elusività dell'operazione posta in essere, sicché la c.d. funzione di salvataggio che si mira a raggiungere con l'operazione di ristrutturazione, "*varrebbe solo come causa di giustificazione*". In altre parole, l'operazione "*certificherebbe l'esistenza in re ipsa di altre (e forse assorbenti) ragioni rispetto a quelle di risparmio fiscale".* In seconda istanza, dal punto di vista procedurale, sarebbe altrimenti imposto all'Amministrazione Finanziaria di incentivare il risanamento dell'impresa, "*conformando l'attività accertativa alla possibilità di un futuro recupero di gettito fiscale*".

[547] Una riflessione importante eseguita dall'autore Moscatelli in riferimento alla transazione fiscale, trasportabile anche sul piano concordatario, rivela che "*la decurtazione del debito tributario diventa effetto dell'inserimento dell'istituto nella disciplina concorsuale, a sua volta conseguenza dell'impossibilità di una piena soddisfazione di tutti i creditori per lo stato di crisi in cui versa l'imprenditore-contribuente. L'amministrazione finanziaria non rinuncia alla propria pretesa ma, preso atto di una situazione di incapienza del patrimonio del debitore al pagamento integrale di tutti i creditori, può acconsentire a forme di soddisfazione parziale che, diversamente, sarebbero comunque conseguenza dell'applicazione di procedure concorsuali ben più gravose per la vita dell'impresa e forse anche meno remunerative per i creditori. Ci sembra questo inevitabile corollario della considerazione secondo cui l'obbligazione tributaria, come ogni altra obbligazione, vive nell'ordinamento del quale non può non seguire le regole. Così nel caso della transazione fiscale, il pagamento falcidiato del credito tributario è conseguenza del necessario compromesso tra fiscalità e principi concorsuali, analogamente a quanto accade in altri istituti fallimentari. Infatti nulla si obietta al fatto che il pagamento parziale dei debiti tributari sia conseguenza del fallimento dell'imprenditore, anche se conclusosi con il concordato fallimentare*". M. T. MOSCATELLI, *Crisi dell'impresa e debito tributario: riflessioni sulla transazione fiscale,* in *Rassegna tributaria,* n. I, 2008, pag. 1328.

Si rammenta, inoltre, che la sentenza della Corte di Cassazione n. 1372 del 2011, ha sottolineato con fermezza per l'imprenditore il diritto a modificare il proprio assetto aziendale, scegliendo la forma di conduzione degli affari che gli è più congeniale anche in ragione del risparmio fiscale prefigurato, a maggior ragione, in un contesto caratterizzato dalla crisi[548]. Le ragioni fiscali tutelate dall'Agenzia delle Entrate non devono imporsi quali limiti a questa libertà fondamentale, garantita anche dal Trattato dell'Unione europea[549].

Ipso facto, dipenderebbe l'impossibilità di applicare la disciplina in materia di abuso del diritto fiscale nell'ambito delle operazioni di ristrutturazione societaria, poste in essere in sede di procedura concorsuale[550].

Nel testo di Paparella dedicato al diritto tributario delle procedure concorsuali e delle imprese in crisi, si legge: "*Può invece affermarsi che l'interesse aziendale a modificare il proprio assetto deve potersi perseguire anche in condizioni di crisi e contro lo stesso interesse dell'Amministrazione finanziaria. Ad analoga conclusione si può giungere rispetto ad un'eventuale contestazione in termini di abuso del diritto. Se infatti si ricorda che il fondamento di questi è direttamente nell'art. 53 Cost. non si può non evidenziare che nel contesto di una crisi d'impresa la declinazione di tale principio non deve essere in contrasto con altri principi di rango costituzionale, come quello del favore per l'iniziativa economica privata e dello stesso buon andamento della pubblica amministrazione. L'apprezzamento dell'eventuale pregiudizio in termini di elusività e/o abusività conseguente alle operazioni di riorganizzazione non può allora fare perno sulla mera violazione del principio di concorso alle spese pubbliche così come elaborato dall'evoluzione giurisprudenziale in tema di abuso del diritto, ma deve essere contemperato alla luce dei diversi principi costituzionali sopra elencati e della specialità della vicenda della crisi d'impresa*"[551].

Portando a conclusione il discorso, risulta agevole comprendere che a questo punto ci si trova davanti ad un bivio e le strade percorribili sono diametralmente opposte, opposte ma caratterizzate entrambe da criticità e vantaggi considerevoli: non resta che regolare l'ago della bilancia, decidendo da che parte far cadere la scelta nel bilanciamento degli interessi coinvolti.

Le due strade in questione figurano per un verso la possibilità da parte dell'Amministrazione Finanziaria di intervenire tramite la sua azione accertativa nel contesto di crisi, al fine di valutare la legittimità delle operazioni straordinarie poste in essere con l'intento di ristrutturare il debito societario; dall'altra parte, viceversa, emergerebbe parimenti la possibilità per il Fisco di rinunciare a

[548] A tal proposito, si richiama la giurisprudenza non solo nazionale, ma soprattutto comunitaria, evidenziata all'interno del primo capitolo del presente lavoro di tesi che nel tempo ha cementificato il diritto del contribuente di scegliere la forma giuridica, e di conseguenza l'assetto fiscale, che desidera anche alla luce del solo risparmio impositivo che ne può ricavare lecitamente. Perseguire leciti risparmi d'imposta è consentito e riconosciuto in quanto diritto del contribuente dall'ordinamento giuridico.

[549] "*Può invece affermarsi che l'interesse aziendale a modificare il proprio asseto deve potersi perseguire anche in condizioni di crisi e contro lo stesso interesse dell'Amministrazione Finanziaria*"; così P. PURI, *Riorganizzazione societaria nell'ambito della crisi d'impresa ed elusione tributaria,* op. cit., pag. 995.

[550] In tal senso si veda L. CAPO, *Elusione fiscale e libertà economica: la ristrutturazione societaria,* op. cit., pag. 100 e P. Puri, op. sub. cit.

[551] P. PURI, *Riorganizzazione societaria nell'ambito della crisi d'impresa ed elusione tributaria,* op. cit., pag. 996.

suddetta attività accertativa indirizzata a contestare l'eventuale elusione all'interno della procedura concordataria, in ragione del principio costituzionale del buon andamento della pubblica amministrazione, *ex* art. 97 Cost. Quest'ultima opzione è supportata, in particolare, dalla considerazione *in primis* che l'accertamento fiscale andrebbe esperito in un contesto estremamente delicato quale il dissesto finanziario sofferto dall'impresa, correndo di conseguenza il rischio di risultare del tutto infruttuosa, per via dell'ovvia incidenza negativa che ricadrebbe sulla possibilità per l'azienda, già in crisi, di sopravvivere una volta subita l'azione accertativa. *In secundis*, i valori costituzionalmente garantiti in gioco, analizzati precedentemente, consentono di risolvere la questione in favore della salvaguardia dell'impresa e del suo potere produttivo, anche a scapito della pretesa erariale, la quale è destinata a soccombere difronte alla tutela garantita dall'ordinamento all'attività economica privata, al valore primario rappresentato dal lavoro, dal risparmio e dal benessere sociale dipendente da questi ultimi. *Dulcis in fundo*, proprio lo *status* di crisi che ha colpito l'imprenditore e la sua azienda legittima il ricorso a operazioni straordinarie che consentono di combattere ed eliminare gli ostacoli che hanno condotto al dissesto e che, al medesimo tempo, possono generare anche un risparmio fiscale, funzionale alla stessa sopravvivenza dell'impresa[552].

Pertanto, "*l'Erario si potrebbe avvalere* [a detta dell'autore Puri] *di una maggiore 'elasticità' in fase accertativa in un'ottica di efficacia ed efficienza di una politica fiscale orientata a procacciare maggiori risorse da redistribuire in funzione anticiclica a livello macroeconomico e l'imprenditore potrebbe far uso dell'opzione fiscale per favorire il governo della crisi a livello micro dell'impresa*"[553]. Lo stato di malessere sofferto dall'impresa giustificherebbe il ricorso ad operazioni ad elevata carica elusiva, come le operazioni straordinarie, le quali consentirebbero allo medesimo tempo di combattere la crisi e di ottenere un vantaggio fiscale - o meglio di combattere la crisi perseguendo anche un vantaggio fiscale - congeniale all'obiettivo di contrastare l'avanzata dello *status* di disequilibrio, valida ragione economica extrafiscale quest'ultima che giustifica l'operazione accusata di elusività.

Ferme restando le considerazioni finora svolte, "*non può escludersi che il piano di risanamento venga utilizzato per mimetizzare atti mossi unicamente da finalità fiscali o che le operazioni di riorganizzazione vengano scorrettamente presentate come idonee a risanare l'azienda. Né si può ritenere che l'attestazione del piano ex art. 67 legge fall. rappresenti sempre e comunque*

---

[552] "*È proprio il rapporto fra art. 53 Cost. e le altre norme costituzionali che giustificano la 'specialità' della disciplina della crisi d'impresa ad apparire decisivo*", P. PURI, *Riorganizzazione societaria nell'ambito della crisi d'impresa ed elusione tributaria,* op. cit., pag. 997.

[553] P. PURI, *ivi,* op. cit., pag. 996. Per raffigurare il contesto delineato dall'Autore, è come se Fisco ed imprenditore si stringessero la mano, promettendo di agevolarsi reciprocamente in ragione della salvaguardia di un bene comune quale la tutela dell'impresa dalla decozione, in modo da permettere, da una parte, all'imprenditore di non privarsi di quella liquidità che gli consente di dirigere meglio le operazioni di ristrutturazione del debito aziendale e, dall'altra parte, al Fisco di non dover ricevere una plausibile minor soddisfazione del credito fiscale a causa del fallimento dell'impresa, con la conseguente perdita dell'entrata fiscale futura rappresentata dalla impresa fallita.

un'efficace tutela"[554]. Il Legislatore fallimentare si è preoccupato non solo di rendere più agevole l'accesso alle procedure che prevengono la crisi d'impresa, ma al contempo ha sganciato le forme delle medesime dai limiti procedurali che prima ne rendevano più difficoltosa e articolata l'esecuzione: basti pensare che per il debitore la cui impresa versi in stato di crisi, od anche insolvenza, vi è la facoltà di ricorrere alla procedura di concordato preventivo, evitando così la decozione, e proprio tale procedura garantisca un elevato grado di libertà circa le forme adottabili per il piano da presentare ai creditori, ed *in primis* al Tribunale. La disciplina di riferimento, infatti, come si è potuto constatare all'interno del secondo capitolo dell'elaborato, non prescrive limiti alle forme adottabili per la proposta di concordato, lasciando ampio margine di manovra all'imprenditore.
Considerato ciò, non si può escludere che questo grado di libertà non sia sempre usato in modo conforme; a ben vedere, infatti, proprio l'estrema libertà concessa al debitore in sede di concordato può costituire il pretesto per camuffare operazioni abusive del diritto tributario, come operazioni necessarie al salvataggio dell'impresa. Il bilanciamento d'interessi di cui si è discusso, risolto in favore di un'applicazione derogatoria delle normative fiscali in tema di elusione, o abuso del diritto, non deve far passare, però, l'idea che all'imprenditore sia tutto concesso e dovuto in ragione della sua situazione di crisi economica[555].

Le operazioni poste in essere in sede di concordato devono in ogni caso essere supportate da valevoli ragioni economiche: proprio il contesto delicato della crisi, *ictu oculi*, rende per certi versi "*più stringente e proceduralizzata di quanto non lo sia per la fase ordinaria della vita dell'impresa*" la giustificazione all'ombra del discriminante delle valide ragioni economiche, indice investigativo in sede di accertamento dell'elusione dell'operazione, rappresentando una maggiore garanzia anche per il Fisco. "*L'esecuzione delle operazioni di riorganizzazione in situazioni di squilibrio economico-finanziario impone una motivazione più stringente ed approfondita. Il rischio di perdita della continuità*

[554] P. PURI, *Riorganizzazione societaria nell'ambito della crisi d'impresa ed elusione tributaria,* op. cit., op. cit., pag. 994.

[555] Le riforme che hanno interessato via, via la Legge Fallimentare, hanno subito a loro volta interventi di correzione, dovuti principalmente all'emersione nell'attuazione e nella pratica delle nuove disposizioni dei difetti nascosti alla vista del Legislatore fallimentare; a tal proposito si consideri, per esempio, la recentissima modifica apportata dal d.l. 83/2015 all'art. 160 l. fall., nel quale si è inserita la previsione, di cui al quarto comma, della percentuale minima di soddisfacimento dei creditori chirografari, pari al 20% sull'intero ammontare. Questa previsione è stata formulata per arginare il radicarsi della cattiva prassi di presentare proposte di concordato con soglie di pagamento risibili o rasentanti lo zero, che rappresentavano un abuso del sistema protettivo offerto dalla procedura di concordato preventivo alle imprese in crisi. Il centro d'interesse del concordato preventivo, infatti, è stato spostato nel tempo dal principio della *par condicio creditorum,* alla tutela dell'organismo aziendale per favorirne il recupero, come si è potuto già constatare; tuttavia la previsione dell'obbligatorietà della soglia del 20% rappresenta da una parte il contrasto alla pratica abusiva dell'istituto del concordato preventivo, ma dall'altra rappresenta inoltre "la morte" dell'istituto medesimo, in ragione del limite summenzionato che certamente farà collassare il numero delle domande di accesso all'istituto, non potendo più rappresentare quest'ultimo la panacea a tutti i mali della crisi alla luce dell'elevato grado di libertà che assicurava per la sua pianificazione ed esecuzione all'imprenditore in difficoltà. Per approfondire l'argomento, si cfr. il secondo capitolo del presente elaborato, dove si è dato largo spazio alla trattazione dell'istituto del concordato preventivo.

www.tesionline.it

aziendale obbliga ad una giustificazione che non può ridursi a formule generiche"[556].

L'Amministrazione Finanziaria, d'altro canto, dispone di poteri e strumenti d'indagine più pervasivi di quelli dei creditori, che gli permettono di constatare l'eventuale mancanza di correttezza metodologica, fondatezza e coerenza con i dati contabili inerenti al piano presentato. Nel frattempo, gli amministratori, o i soci dell'impresa che vuole accedere alla procedura concorsuale, hanno l'obbligo di spiegare come intendono recuperare l'equilibrio economico-finanziario dell'impresa e in che modo le operazioni che si prefiggono di porre in essere potranno contribuire a salvare le sorti dell'impresa in crisi: "*Si tratta di un vero e proprio solvecy test che mi sembra* [secondo la personale opinione dell'autore Puri] *integri e addirittura aggravi il c.d. business purpose test richiesto invece dalla disciplina fiscale. La verifica non si esaurisce dunque nell'esistenza delle valide ragioni economiche, ma in un esame di coerenza con l'obiettivo di risanare l'impresa e di incrementare la consistenza patrimoniale*"[557]. Secondo Puri, la disciplina di riferimento antielusiva "*torna ad operare quando si accerti l'inesistenza (o il mancato superamento) - eventualmente fraudolento - del solvecy test*"[558].

Gli effetti della crisi si ripercuotono sia sul versante dell'imprenditoria, che rischia di perdere definitivamente un'unità produttiva e tutto ciò che conseguentemente si accompagna sul piano sociale, sia sul piano erariale, ove il Fisco, al pari degli altri creditori, rischia di veder dissolversi la possibilità di recuperare, quantomeno parzialmente, il credito di cui è titolare: ciononostante, "*poiché lo squilibrio economico finanziario mette a rischio le sorti di tutti i creditori e dunque anche dello stesso ente impositore, non si può sostenere che la crisi implichi l'accettazione di qualsivoglia operazione di riorganizzazione né che il Fisco abbia un potere di veto diverso da quello degli alti creditori*"[559].

La problematica di fondo attiene alla difficile interazione tra norme fallimentari e norme tributarie, che comporta la necessità di trovare il giusto criterio di coordinamento tra, nello specifico, la disciplina antielusiva e il regolamento della crisi d'impresa, considerando che pressoché quasi sempre

---

[556] P. PURI, *Riorganizzazione societaria nell'ambito della crisi d'impresa ed elusione tributaria,* op. cit., pag. 994.

[557] *Ibidem.* L'Autore per *solvecy test* intende le spiegazioni che il debitore deve fornire al giudice fallimentare, al commissario ed ai creditori in supporto alla proposta di concordato presentata in Tribunale; per *business purpose test*, invece, lo stesso intende l'individuazione da parte del contribuente delle apprezzabili ragioni economiche che giustificano l'operazione posta in essere ed escludono il pericolo di elusività fiscale dalla condotta tenuta.

[558] *Ibidem.*

[559] *Ibidem.* Ricordando l'opinione illustrata nel paragrafo precedente dell'autore Fantozzi, in seno al contesto di squilibrio finanziario, il *favor* concesso al principio della *par condicio creditorum* comporta che la volontà della maggioranza del ceto creditorio prevalga sulle volontà minoritarie e dissenzienti, ammettendo "*una riduzione generalizzata del passivo in nome della chiusura anticipata della procedura oppure della prosecuzione dell'esercizio dell'impresa*". In altre parole, le sorti dei crediti erariali sono rimesse nelle mani dei creditori, che esprimono la loro volontà applicando le regole sulla votazione in sede di adunanza, concretizzando, *lato sensu*, un potere di disposizione dei crediti tributari al di fuori persino delle possibilità dell'Amministrazione finanziaria. A. FANTOZZI, *Considerazioni generali sul rapporto tra norme tributarie e norme fallimentari e sul giudizio di valore tra par condicio creditorum, interesse fiscale ed altri interessi pubblici diffusi,* in *Trattato delle procedure concorsuali,* op. cit., pag. 430

www.osservatorio.oci.org

"*le soluzioni alternative al fallimento passano spesso per alcuni degli atti e delle operazioni che il legislatore tributario è solito sospettare di elusività*"[560]. Atti normalmente 'neutri' dai quali possono derivare riduzioni d'imposta, funzionali in questo caso allo stesso obiettivo di salvataggio dell'impresa, o per meglio dire che si sommano alle stesse ragioni economicamente apprezzabili di fuoriuscita dallo *status* di crisi. A ben vedere, infatti, le c.d. ragioni fiscali[561] rappresentano un'ulteriore valevole ragione economica perseguibile, che si va a sommare al fondamentale scopo di salvare l'impresa dalla decozione finale. "*D'altra parte è intuitivo che laddove necessitino risorse finanziarie anche i risparmi (o i rimborsi) d'imposta possano costituire un elemento del piano di salvataggio, secondo una logica che è quella propria di una parte della stessa giurisprudenza di legittima per la quale un'operazione economica, oltre allo scopo di ottenere vantaggi fiscali, può perseguire diversi obiettivi, di natura commerciale, finanziaria, contabile e che il divieto di comportamenti abusivi non vale più ove quelle operazioni possono spiegarsi altrimenti che con il mero conseguimento di risparmi d'imposta. Si può, anzi, addirittura affermare che il risparmio d'imposta è in questo tipo di operazioni lecito se ed in quanto rappresenti il contributo del Fisco al salvataggio dell'impresa così da non necessitare neppure di quel giudizio circa la pari dignità dell'operazione che invece sussiste nella fisiologia d'impresa, poiché la possibilità di strategie alternative idonee a conseguire un effetto analogo è esclusa dall'accettazione formale dell'ordinamento al piano di salvataggio*"[562].

Concludendo, si riporta la riflessione finale dell'Autore, il quale sostanzialmente nega la possibilità che all'interno di una ristrutturazione societaria dovuta allo stato di crisi possano configurarsi operazioni abusive, od elusive, del diritto tributario; la composizione concordata della crisi d'impresa, insomma, giustificherebbe gli eventuali risparmi d'imposta ricavati tramite le operazioni di ristrutturazione della società, alla luce della ragione extrafiscale scriminante di salvataggio dell'impresa, la quale ha "*un effetto per così dire 'purgativo'*" dell'interesse impositivo[563].

Quindi, lo stesso *incipit* della procedura concorsuale comporterebbe l'attenuazione dell'esigenza di protezione per la pretesa erariale, che deve piegarsi a favorire ed incentivare a suo discapito la buona riuscita del piano di ristrutturazione societaria; da ciò, ne conseguirà, inoltre, l'attenuazione dell'esigenza di accertare l'abusività fiscale delle operazioni poste in essere, in ragione dell'obiettivo di salvataggio quale scriminante sotteso alla complessità

[560] P. PURI, *Riorganizzazione societaria nell'ambito della crisi d'impresa ed elusione tributaria,* op. cit., pag. 1000. Si pensi alle già richiamate operazioni straordinarie, come fusioni, scissioni o trasformazioni, ma anche alle operazioni che ristrutturano il debito societario tramite la rinuncia ai crediti, cessioni o ancora conversione degli stessi in capitale.

[561] Ci si sta riferendo nello specifico al lecito risparmio d'imposta od al rimborso d'imposta.

[562] P. PURI, *Riorganizzazione societaria nell'ambito della crisi d'impresa ed elusione tributaria,* op. cit., pag. 1001.

[563] "*Credo dunque che si possa giungere a conclusioni in termini di non elusività proprio per l'esistenza di una procedura di salvataggio che da un lato legittima più che altrove, il risparmio d'imposta e, dall'altro, attesta l'esistenza di ragioni economicamente apprezzabili tali da giustificare la non abusività e non elusività delle operazioni poste in essere*", P. PURI, *ivi,* pag. 1002.

apparentemente anomala delle operazioni realizzate dal contribuente/imprenditore in sede di concordato preventivo.
"*Tale finalità* [di salvataggio dell'impresa in crisi] *appare infatti sufficiente ad escludere l'esistenza di una modalità anomala o scorretta dell'esercizio del diritto poiché il diritto al salvataggio è sancito dall'ordinamento attraverso i passaggi formali delle diverse procedure. Parimenti da escludersi che essa rappresenti la violazione del criterio del bilanciamento degli interessi o di una sproporzione inammissibile degli interessi perseguiti rispetto agli interessi sacrificati. È infatti semmai vero il contrario. Se l'abuso del diritto in campo tributario trova il suo fondamento nell'art. 53 Cost., non può dimenticarsi che il principio del dovere di concorrere alle spese pubbliche deve conciliarsi con gli altri principi costituzionali tutelati dalle norme sui salvataggi delle imprese in crisi e dunque nessun abuso laddove la costituzione dell'operazione non è artificiosa ma attendibilmente finalizzata al salvataggio. In definitiva a me sembra che l'intera evoluzione della normativa in tema di procedure concorsuali e di ristrutturazione del debito in quanto volte parimenti a prevenire o a risolvere la crisi dell'impresa, rappresentino la dimostrazione per cui l'interesse alla salvaguardia della crisi d'impresa - più ancora del principio della par condicio creditorum - sia posta almeno sullo stesso piano delle ragioni e degli interessi erariali.* […] *le operazioni di riorganizzazione societaria finalizzate al salvataggio dell'impresa in crisi possono dirsi al di fuori della disciplina antielusiva e in genere non soggette a contestazione in termini di abusività tutte le volte che la situazione di crisi non sia stata artatamente precostituita e le operazioni siano realizzate nel reale ed effettivo intento di salvataggio. È infatti quest'ultimo* […] *a rappresentare la 'valida ragione economica' dell'operazione anche in presenza di un comportamento ancorché non configurante un fine esclusivo di risparmio d'imposta*"[564].

4.1 *Analisi di un'operazione di riorganizzazione societaria nell'ambito di una situazione di crisi d'impresa*

Per meglio comprendere le considerazioni sopra svolte, si analizzerà di seguito una fattispecie concreta di riorganizzazione societaria, eseguita all'interno di un contesto di crisi d'impresa, passando al vaglio la conclusione raggiunta.

Si pensi ad una procedura di concordato preventivo in continuità, in cui il piano preveda, tra l'altro, che una parte dei debiti di una società fiscalmente residente in Italia, controllante un'altra società parimenti residente in Italia, avvenga mediante lo stralcio delle rispettive posizioni di dare/avere.
Quanto all'esecuzione dell'accordo preventivato, il pagamento nello specifico non avverrebbe tramite il diretto pagamento da parte delle società in questione, bensì per mezzo dell'intervento dei soci: da una parte, per la controllante, un

[564] P. PURI, *Riorganizzazione societaria nell'ambito della crisi d'impresa ed elusione tributaria,* op. cit., pag. 1006.

www.osservatorio.oic.org

soggetto terzo acquista i crediti vantati dal sistema bancario per poi utilizzarli per la ricapitolazione della società, acquisendone conseguentemente il controllo; per la controllata lo schema si replica, per cui la controllante non le fornisce direttamente la provvista per consentirgli di stralciare i propri debiti, ma provvede ad acquisire i crediti vantati nei confronti della controllata, per poi rinunziarvi. Gli importi trasformati grazie a questo *iter* in capitale, sono poi utilizzati a copertura delle perdite pregresse.
Delineate in questi termini le modalità esecutive della proposta di concordato presentata, si tratta di comprendere, nel proseguo, se la fattispecie in questione è suscettibile di futura contestazione in merito all'elusività delle operazioni da parte dell'Amministrazione Finanziaria e in che termini[565].

Nel caso di specie, *ut supra* delineato, il vantaggio fiscale conseguito deriva dall'applicazione della disciplina in materia di rinuncia dei crediti vantati dai soci, in luogo di quella prevista in caso di riduzione dei debiti per la procedura di concordato, e, stando alla formulazione dell'art. 88 TUIR, la rinuncia dei crediti vantati dal socio, anche qualora siano acquisiti da un terzo, dà luogo a irrilevanza per intero della relativa sopravvenienza attiva. La disciplina di riferimento per la riduzione dei debiti, invece, comporta la consumazione delle perdite correnti e pregresse e la conseguente detassazione dell'unica parte che eccede tali perdite.
Dunque, il vantaggio attinente il caso analizzato, deriva dalla sistemazione delle rispettive posizioni debitorie della società, senza subire tuttavia la consumazione delle perdite.

Venendo ora all'analisi dell'operazione dal punto di vista della disciplina fiscale antiabuso, il primo interrogativo da porsi e se siano integrati i presupposti che palesano un'operazione come elusiva del diritto tributario.
Stando al primo requisito, l'artificiosità e non conformità dello schema negoziale al risultato da raggiungere, si potrebbe in effetti osservare che, una volta concluso l'accordo tra debitore e creditore, il pagamento del debito poteva avvenire in maniera più lineare, pagando direttamente l'importo di cui è titolare il creditore con somme proprie, ovvero con somme messe a disposizione dei soci. L'Amministrazione potrebbe contestare che l'acquisto del credito da parte del socio, per poi rinunziarvi in favore della società partecipata e debitrice, costituisca un *quid pluris* superfluo e anomalo rispetto l'obiettivo di dare esecuzione al piano di concordato omologato; in particolare, l'acquisto del credito non era necessario per dare attuazione all'accordo e il socio avrebbe potuto limitarsi a fornire al debitore la somma necessaria per soddisfare il

[565] La disciplina di riferimento per il divieto di abuso del diritto tributario, qui lo si ricorda, è inserita nell'art. 10 *bis* dello Statuto dei diritti del Contribuente, L. 212/2000, e prevede che l'Amministrazione possa disconoscere i vantaggi fiscali conseguiti dal contribuente alla contemporanea presenza di tre presupposti, che *ivi* si andranno a richiamare: l'operazione posta in essere deve essere sguarnita di sostanza economica, perché oltre al vantaggio impositivo non comporta effetti economici di rilevante significato, o comunque deve essere artificiosa, nel senso che lo schema negoziale seguito non è conforme all'assetto degli interessi che si voleva realizzare; il risultato conseguito tramite l'esecuzione dell'operazione si riassume nel beneficio fiscale, in mancanza di ragioni extrafiscali sottese; da ultimo, ma non in ordine d'importanza, i vantaggi conseguiti hanno natura indebita, essendo contrari alla *ratio* delle norme impositive applicate.

www.osservatorio.oci.org

debito, ovvero avrebbe potuto effettuare egli stesso il pagamento necessario in nome e per conto della società debitrice.

Quanto al secondo requisito, la natura essenziale dal vantaggio fiscale ottenuto in mancanza di valevoli ragioni extrafiscali, risulta evidente che il risultato del complesso di operazioni così strutturate sia riconducibile in prima istanza al vantaggio impositivo ottenuto (dovendosi applicare la normativa in riferimento alla rinuncia dei crediti da parte dei soci, in luogo di quella prevista per la riduzione dei debiti); occorrerebbe, a questo punto, che i soci giustificassero il loro intervento adducendo valevoli ragioni extrafiscali in supporto.

Per quel che concerne il terzo requisito, vale a dire la rispondenza dello schema negoziale allo spirito delle norme fiscali applicate, si osserva che il meccanismo di consumazione automatica delle perdite, fino a concorrenza delle sopravvenienze e della conseguente detassazione della sola parte eccedente, è stato previsto ed introdotto nel TUIR dal d.l. 83/2012; dunque, non può rappresentare un vantaggio fiscale di natura indebita la consumazione delle perdite fiscali da parte di un'impresa ricorrente ad una procedura concorsuale per regolare la propria posizione debitoria. Tuttavia, la disciplina rappresenta un regime fiscale eccezionale e derogatorio rispetto il trattamento fiscale previsto per le altre forme di esdebitazione che ricorrono in caso di procedura concorsuale, dal momento che rimane ferma la detassazione integrale delle sopravvenienze derivanti dalla riduzione dei debiti a seguito di procedure di concordato, sia fallimentare che preventivo. Parimenti, sempre il d.l. 83/2012, a suo tempo, non aveva modificato la possibilità per il socio di accordarsi con i creditori circa la propria partecipata e a rilevare la rispettiva posizione creditoria per poi trasformarla in *equity,* senza dar luogo ad alcuna conseguenza impositiva per la medesima partecipata, ciò a prescindere dall'instaurazione di una procedura concorsuale.

A ben vedere, dunque, l'art. 88 TUIR fornisce diverse soluzioni ugualmente percorribili, senza che una di esse si possa considerare preminente rispetto l'altra.

Alla luce delle considerazioni svolte fin qui, si può ritenere che l'operazione così delineata non possa qualificarsi come operazione elusiva del diritto tributario e, nello specifico, che i vantaggi fiscali ottenuti non siano indebiti. La regola eccezionale in tema di consumazione delle perdite, infatti, è stata applicata correttamente, anche se tramite un *modus operandi* più articolato non contemplato dalla disciplina di riferimento.

Tuttavia, non si può escludere, però, che proprio in riferimento all'esecuzione della proposta di concordato mediante modalità inutilmente articolate e inusuali, l'Amministrazione Finanziaria possa sollevare contestazioni in tema di elusività/abusività del diritto tributario. Nello specifico, si potrebbe contestare che la natura indebita del vantaggio dipenderebbe dall'aggiramento della norma prevista *ad hoc*: la società, infatti, nel caso trattato propone, e poi ottiene, l'approvazione per l'accordo *de quo*, ma vi dà esecuzione tramite modalità attuative di per sé non richieste dalla disciplina di riferimento. Da questo punto di vista, parrebbe potersi fondare un'accusa di elusività in capo alla società, che però potrebbe giustificarsi all'ombra della dimostrazione che, nel caso di specie, l'intervento dei soci si è reso necessario

www.osservatorio.org

per valide ragioni extrafiscali. Per di più, l'eventuale vantaggio suscettibile di essere disconosciuto dovrebbe in ogni caso limitarsi alla mancata consumazione delle perdite imputabile all'intervento dei soci, sicché l'ipotesi di contestazione dovrebbe essere circoscritta alle sole perdite pregresse e correnti di cui il debitore avrebbe perso la disponibilità in caso di esecuzione della procedura secondo le modalità ordinarie previste.

Detto ciò, si precisa che le osservazioni fino ad ora svolte non sono valevoli per casi similari posti in essere a partire dal 2016, in ragione delle modifiche apportate dall'art. 13, d.l. 14 settembre 2015, n. 147. Il Decreto Legislativo summenzionato ha introdotto, infatti, il principio di consumazione delle perdite correnti e pregresse per tutte le riduzioni dei debiti derivanti da procedure concorsuali di carattere non liquidatorio, compresa la procedura di concordato preventivo; ha inoltre stabilito che tale meccanismo trovi applicazione anche nei casi in cui vi sia l'intervento dei soci nell'ambito di tali procedure.

Andando nello specifico, in base all'art. 88, comma 4 *bis* TUIR, la rinuncia al credito da parte del socio dà luogo a sopravvenienza attiva imponibile per la parte che eccede il valore fiscale dei crediti, indi per cui, in caso di acquisto e successiva rinunzia - come nel caso di specie analizzato - il differenziale tra il valore nominale del credito e il corrispettivo pagato dal socio, va assoggettato a tassazione presso il debitore, anche in caso d'ingresso di nuovi soci mediante la conversione di propri crediti in capitale della società debitrice.

L'art. 88, comma 3 *ter* TUIR, invece, dispone che, qualora il socio intervenga, in pendenza di procedura concorsuale di tipo non liquidatorio, in favore della partecipata acquistando il credito per poi rinunziarvi, il regime ordinario di imponibilità per le sopravvenienze attive sia sostituito dalla regola della consumazione delle perdite pregresse e correnti e di detassazione delle sopravvenienze per la parte eventualmente eccedente.

In questo modo, la regola della consumazione delle perdite e di detassazione delle sole sopravvenienze attive eccedenti ha acquisito lo *status* di regola generale per tutte le soluzioni concorsuali della crisi d'impresa in continuità aziendale, perdendo il carattere di regime imponibile eccezione.

5. Una possibile soluzione al paradosso del concordato preventivo

In base alle considerazioni fin qui raccolte, sembrerebbe si possa concludere, *lato sensu*, con l'ammissione che nega la possibilità di contestare in termini di elusività le operazioni di ristrutturazione eseguite all'interno del contesto di crisi, in ragione del fatto che il vantaggio fiscale che ne scaturisce è funzionale all'obiettivo primario di salvare l'impresa da una crisi irreversibile, che la farebbe sprofondare verso la decozione.

Si può sinteticamente riassumere suddetta posizione evidenziando che i tre presupposti che integrano la fattispecie elusiva sono forniti di una giustificazione appropriata: prima di tutto, la presenza di operazioni articolate è

www.osservatorio.oci.org

dettata dal fatto di essere al cospetto di un contesto del tutto straordinario e peculiare, ossia lo *status* di crisi, fase patologia ed eccezionale nella vita di un'impresa, che necessita di operazioni di una certa caratura per poter evitare l'instaurazione della procedura fallimentare. È difficile immaginare, inoltre, che un imprenditore si metta spontaneamente in condizione di rischiare la chiusura della propria impresa per poter ottenere vantaggi fiscali indebiti, camuffati dietro operazioni artificiose e non rispondenti all'assetto di interessi realmente perseguiti; in tal senso, il secondo requisito delle valide ragioni extrafiscali, sarebbe abbondantemente soddisfatto dall'esigenza prioritaria di salvaguardare il valore produttivo dell'impresa, scongiurando il suo fallimento e ciò che ne consegue, interesse primario protetto dall'assetto dei valori costituzionalmente garantiti, in grado di sottomettere persino l'esigenza di supremazia della pretesa fiscale. Da ultimo, la natura indebita del vantaggio fiscale ottenuto sarebbe sconfessata dalla stessa natura derogatoria e speciale delle norme fiscali previste in ambito di procedure di prevenzione del fallimento, le quali, come si è potuto constatare, mirano a favorire il più possibile la fuoriuscita dell'impresa dallo stato di malessere, assicurandole un regime impositivo agevolato: il vantaggio fiscale ottenuto, pertanto, è funzionale e strumentale al perseguimento dell'obiettivo di salvataggio imprenditoriale.

Detto ciò, si può concludere agilmente rifiutando l'idea che una situazione di crisi possa essere stata artatamente precostituita al fine primario di ottenere un vantaggio impositivo: l'obiettivo di recupero del bene produttivo imprenditoriale va a soddisfare pienamente la necessità di reperire valide ragioni economiche sottese alle operazioni poste in essere, di modo che queste ultime si possano considerare fuori dalla disciplina antielusiva e in generale non soggette a contestazioni di tipo abusivo.

Dunque, alla domanda "*è possibile applicare la disciplina antiabuso del diritto tributario alle operazioni di ristrutturazione poste in essere in un contesto di composizione concordata della crisi di impresa*", si deve dare una risposta sostanzialmente negativa.

Orbene, è doveroso domandarsi, a questo punto, se la risposta formulata in questi termini sia considerabile una soluzione giuridica valevole per tutte le fattispecie concrete: ossia, innanzi ad un caso concreto sussumibile nell'ipotesi astratta descritta, la preclusione della disciplina fiscale dallo *status* di crisi può considerarsi una regola applicabile in via generale?

A parer della scrivente no: non si può limitare l'applicazione della disciplina antielusiva al contesto di ristrutturazione societaria in ragione della presenza di uno *status* di crisi che compromette la sopravvivenza dell'impresa. Le valutazioni sono strettamente correlate al caso concreto e non si può decretare in termini generali un'assoluta esclusione della disciplina antiabuso per le operazioni eseguite in un contesto di composizione concordataria della crisi d'impresa.

In caso contrario, ci troveremmo nuovamente davanti ad un paradosso: da una parte, come si è visto, vi è l'esigenza di consentire e favorire un ritorno *in bonis* dell'impresa sottoposta a procedura concorsuale, dall'altra parte, però, vi è il rischio corso dal ceto creditorio, tra cui spicca il Fisco, di non recuperare facilmente il credito di cui si è titolari, proprio in ragione della *ratio* sottesa agli istituti di prevenzione della crisi, che mirano a favorire in tutto e per tutto il

www.osservatorio.org

recupero economico-finanziario dell'azienda, anche in danno all'interesse erariale.
A quest'assetto *borderline,* si aggiunge un secondo tratto paradossale, che vede, da un lato, la concomitanza di strumenti e contesti che favorirebbero l'insinuarsi di operazioni elusive, e, dall'altra parte, la difficoltà, se non impossibilità, di rilevare la presenza di quest'ultima. Come si è sostenuto all'interno dell'analisi svolta nei precedenti paragrafi, le operazioni utilizzate al fine di fornire una seconda *chance* all'impresa in declino, sono caratterizzate da una spiccata carica elusiva; unitamente a ciò, si somma il pretesto di salvare la propria impresa dal fallimento, grazie al quale l'imprenditore insolvente può agilmente mascherare i suoi intenti elusivi dal punto di vista fiscale.

A ben vedere l'aspetto abusivo parrebbe addirittura avere un duplice profilo, contemplando sia l'abuso dello strumento concordatario, che consente di accedere a regimi giuridici agevolativi in favore del recupero aziendale - per non dimenticare, poi, il grado di libertà formale assicurato all'imprenditore dalla normativa di riferimento -, sia l'abuso delle norme fiscali previste in tema di concordato preventivo e in generale per le operazioni che prevengono, o combattono, la crisi irreversibile per l'impresa; i due lati abusivi sono strettamente connessi, ovviamente, e vanno di pari passo[566]. L'imprenditore, quindi, potrebbe artificiosamente mettersi in condizione di accedere all'istituto del concordato preventivo per usufruire del regime fiscale agevolativo previsto, architettando operazioni macchinose col pretesto di salvare l'impresa in *deficit*, ma mascherando, in realtà, la finalità principale di ottenere un vantaggio impositivo preponderante, che, a questo punto, avrebbe natura sì indebita, in quanto contrario allo spirito delle norme tributarie applicate[567].

Richiamando alla mente le riflessioni svolte all'interno del capitolo, le valide ragioni extrafiscali che consentono di estromettere dal perimetro della disciplina elusiva le operazioni straordinarie poste in essere in sede di ristrutturazione societaria, coincidono con l'obiettivo di salvare l'impresa dal fallimento, contemplando a tal fine una "sottomissione" dell'interesse impositivo; il vantaggio fiscale ottenuto, quindi, non fa altro che rinvigorire e agevolare il

[566] Un'altra prospettiva interessante è l'ipotesi che contempla, tramite l'abuso dell'istituto del concordato preventivo, il pagamento nettamente minorato del credito erariale, in ragione del soddisfacimento preponderante assicurato al resto del ceto creditorio; in breve, pagando meno l'Erario, l'imprenditore usufruirebbe di maggiore liquidità a copertura del restante debito, incentivando la sua fuoriuscita dallo stato di crisi. Alla luce del generale *favor* assicurato alla buona riuscita della procedura, la pretesa impositiva si dovrebbe, dunque, piegare ad un pagamento decurtato in favore degli altri interessi privatistici, nonostante così facendo si arrechi un danno agli interessi fiscali dello Stato. Abusando dell'istituto che consente il recupero dell'impresa, si giustificherebbe il vantaggio impositivo così ottenuto in ragione della migliore riuscita del piano concordatario, nonostante vi siano regole ben precise in merito al trattamento da riservare alle diverse tipologie di crediti.

[567] Si tenga presente, in merito, che la disciplina dell'istituto di concordato prevede sì una soglia minima di soddisfacimento per i creditori - ad oggi 20% - ma non una soglia massima: quest'aspetto è da tenere in debita considerazione, posto che l'imprenditore potrebbe prospettare un piano di concordato con soglie di soddisfacimento del 70% unicamente per accedere al concordato preventivo e poter applicare la normativa fiscale agevolativa; d'altra parte la proposta presentata al Tribunale e fatta votare ai creditori, con soglie di questa entità, non potrebbe non ricevere l'approvazione, ma è giusto chiedersi se proprio le soglie *ut supra* non rappresentino un campanello d'allarme indice dell'abuso del diritto tributario.

www.OsservatorioDiritto.org

proposito di scampare alla decozione finale, collimando con il bilanciamento di interessi a cui è preordinato l'ordinamento giuridico.
Come si può essere sicuri, però, che il salvataggio dell'impresa in crisi sia in ogni caso la ragione extrafiscale prioritaria sottesa alle operazioni poste in essere? Si deve escludere totalmente la possibilità che l'imprenditore persegua, *in primis,* l'ottenimento di un vantaggio fiscale simulando uno stato di malessere della sua impresa, in realtà "preconfezionato" per accedere alle procedure vantaggiose di prevenzione del fallimento? Insomma, è possibile sfruttare la composizione concordata della crisi d'impresa per abusare del diritto tributario?
Come si è anticipato, a parer della scrivente, sì: non mancano casi concreti da portare in esempio e dal quale iniziare le dovute riflessioni: la stessa fattispecie concreta analizzata nel paragrafo precedente lascia aperto uno spiraglio per l'Amministrazione Finanziaria dal quale contestare l'elusività/abusività delle operazioni realizzate[568].

Sotto il medesimo aspetto, anche la Corte di Cassazione non è venuta meno alla rilevanza di operazioni abusive in costanza di concordato preventivo. Un esempio in tal senso è la sentenza del 24 luglio 2013, n. 17956[569]; il caso di specie contempla un certificato caso di abuso del diritto tributario riscontrato dalla Suprema Corte in costanza di concordato preventivo di natura liquidatorio e le norme eluse, nello specifico, sono gli articoli 51 e 52 del Testo Unico dell'imposta di Registro. Stando allo svolgimento del processo, l'Agenzia delle Entrate ha proposto ricorso alla Corte di Cassazione avverso la sentenza della Commissione Tributaria Regionale della Lombardia, che accolse il ricorso proposto dall'impresa contribuente in liquidazione avverso, a sua volta, la decisione della Commissione Tributaria Provinciale di Milano.
La vicenda trae le sue origini dalla notifica - avvenuta nel 2008 - di un avviso di rettifica dei valori dichiarati e liquidazione dell'imposta di registro in riferimento ad un atto di cessione di azienda. Nello specifico, "*l'Agenzia delle Entrate di Milano aveva rettificato il valore imponibile dichiarato liquidando una maggiore imposta di registro più sanzioni ed interessi, in quanto le rimanenze delle merci non erano state incluse nel valore complessivo della cessione ma, a seguito di perizia disposta dall'autorità giudiziaria nell'ambito della procedura di concordato preventivo, erano state stimate e cedute con atto separato, senza valide ragioni economiche, ponendo così in essere, secondo l'Agenzia delle Entrate, un'evidente elusione fiscale diretta ad ottenere un risparmio fiscale di*

[568] In merito, si ricorda che per evitare le contestazioni fiscali, i soci o gli amministratori della società avrebbero avuto l'onere di addurre in giustificazione del loro intervento valevoli ragioni extrafiscali, in quanto risultava integrato il presupposto dell'inutile macchinosità delle operazioni poste in essere, rispetto ad itinerari ugualmente perseguibili più agevoli e della preponderanza del vantaggio impositivo ottenuto rispetto ad altri effetti giuridici conseguiti con il medesimo schema negoziale pianificato. Nonostante, dunque, l'operazione eseguita sia formalmente legittima e contemplata dalle norme fiscali osservate, l'Amministrazione potrebbe contestare, dunque, che il carattere articolato conferito alle operazioni sia indice di un intento abusivo, consentendo infatti l'applicazione di regimi fiscali vantaggiosi in luogo di altri meno vantaggiosi fiscalmente. Il *modus operandi* con il quale si è deciso di intraprendere l'operazione di ristrutturazione contrasterebbe con lo spirito delle norme fiscali applicate, non perseguendo il medesimo assetto di interessi, ma essendo invece dirottato ad ottenere un preponderante vantaggio di natura impositiva.
[569] Gli estremi della sentenza: Cass. Civ., sez. tributaria, 24 luglio 2013, n. 17956, *Pluris - Wolters Kluwer italia.*

una certa entità in violazione dei principi generali in materia di abuso del diritto in materia fiscale". La società interessata, in liquidazione e concordato preventivo, proponeva così ricorso in appello, accolto dalla Commissione Tributaria Regionale, la quale, come si legge nelle sentenza, "*ha annullato l'avviso di rettifica e liquidazione, ritenendo inesistente un intento elusivo da parte del contribuente in relazione alla pluralità di atti succedutisi, intesa ad escludere la rimanenza merci della cessione, in quanto avvenuta nell'ambito di una procedura di concordato e sotto la vigilanza dell'autorità giudiziaria".*
L'Agenzia delle Entrate, a questo punto, proponeva a sua volta ricorso per cassazione per due ordini di motivi: in prima istanza, l'Amministrazione Finanziaria ha lamentato una carenza di motivazione in merito ad un fatto decisivo per la soluzione della controversia, "*in quanto la Commissione Tributaria Regionale di Milano non avrebbe esplicitato le ragioni economiche, non marginali, diverse dal vantaggio fiscale, poste alla base della scissione delle cessioni, limitandosi a dichiarare che la vicenda si era svolta sotto la sorveglianza dell'autorità giudiziaria e che gli atti non presentavano di per sé nulla di anomalo*". In seconda istanza, l'Amministrazione ha lamentato la violazione e falsa applicazione degli articoli 51 e 52, D.P.R. 131/1986, 2727 e 2729 cod. civ., "*in quanto la CTR* [Commissione Tributaria Regionale] *ha ritenuto inesistente l'abuso del diritto in materia fiscale solo perché la vicenda si è svolta sotto il controllo dell'autorità giudiziaria e l'atto sia stato compiuto nell'ambito di una procedura di concordato preventivo*"*.*
La Suprema Corte, in ordine al lamentato abuso del diritto in materia fiscale e alla ricorrenza di una fattispecie elusiva diretta ad un risparmio fiscale, ha evidenziato che nel medesimo giorno il contribuente ha stipulato due distinti contratti, uno di cessione di azienda con effetti sospesi e l'altro di cessione di rimanenze di magazzino in favore del medesimo cessionario, connotando di frammentarietà l'operazione. A tal proposito, la Corte rimostra nei confronti della CTR la mancanze di precisazione delle valide ragioni economiche non marginali, differenti dal risparmio d'imposta, che giustificherebbero la scissione delle cessioni, "*non potendosi ritenere significativo al tal fine il fatto che la vicenda si sia svolta sotto la sorveglianza dell'Autorità giudiziaria nell'ambito di una procedura di concordato preventivo, e pertanto appare evidente che la scissione degli atti è nella specie palesemente preordinata ad ottenere un risparmio fiscale, mentre appare irrilevante la circostanza che sia stata realizzata nell'ambito di una procedura di concordato preventivo sotto la vigilanza dell'A.G.".* In base a quanto rilevato, i giudici della Corte di Cassazione hanno ritenuto applicabile al caso di specie la normativa antielusiva all'epoca in vigore, *ex* art. 37 *bis*, D.P.R. 600/1973, "r*isultando evidente che l'atto sia esclusivamente finalizzato ad aggirare obblighi od eludere divieti e conseguire vantaggi fiscali ottenuti mediante l'uso distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un'agevolazione o un risparmio d'imposta, in difetto di ragioni economicamente apprezzabili che giustifichino l'operazione, diverse dalla mera aspettativa di quei benefici*"[570].

[570] La Suprema Corte nomofilattica non manca di menzionare sue precedenti pronunzie in linea con l'orientamento appena descritto, in supporto alle motivazioni della decisione, richiamando nello specifico la sentenza 20 ottobre 2011, n. 21782; sentenza 20 maggio 2011, n. 11236;

Per questi motivi, nella decisione del caso *de quo*, la Corte di Cassazione accoglie il ricorso dell'Agenzia delle Entrate su entrambi i punti sollevati da quest'ultima, rilevando da ultimo che, in base ad un orientamento costante della giurisprudenza, si può escludere "*il carattere abusivo di un'operazione solo quando 'sia individuabile una compresenza, non marginale, di ragioni extrafiscali, che non si identificano necessariamente in una redditività immediata dell'operazione medesima ma possono rispondere ad esigenze di natura organizzativa e consistere in un miglioramento strutturale e funzionale dell'azienda' (Cass. nr. 1372 del 21/01/2011) mentre incombe sul contribuente la prova della esistenza di ragioni economiche alternative o concorrenti di carattere non meramente marginale o teorico che siano idonee ad escludere l'abusività. (Cass. sez. 5^ 10257 del 2008)*".

Un altro esempio da riportare all'attenzione è rappresentato dalla sentenza del 21 gennaio 2011, n.1372, nel quale la Suprema Corte ha espresso la seguente *ratio decidendi*: "*un'operazione societaria è fiscalmente elusiva, in base al principio del divieto di abuso del diritto traente origine dall'art. 53 Cost., se il suo scopo determinante sia stato il conseguimento di un risparmio fiscale. Tuttavia, in caso di ristrutturazione societaria, il sindacato dell'amministrazione finanziaria non può spingersi ad imporre una misura di ristrutturazione diversa tra quelle giuridicamente possibili soltanto perché tale misura avrebbe comportato un maggiore carico fiscale*"[571].

Orbene, oltre all'orientamento costante della giurisprudenza, anche le conclusioni riportate dell'autore Puri nel paragrafo pregresso, a ben vedere, evidenziano che "*l'attuazione delle operazioni di riorganizzazione societaria finalizzate al salvataggio dell'impresa in crisi possono dirsi al di fuori della disciplina antielusiva e in genere non soggette a contestazione in termini di abusività tutte le volte che la situazione di crisi non sia stata artatamente precostituita e le operazioni siano realizzate nel reale ed effettivo intento di salvataggio. È infatti quest'ultimo* […] *a rappresentare la 'valida ragione*

---

sentenza 21 gennaio 2011, n. 211372; la sentenza a Sezioni Unite del 23 dicembre 2008, n. 30055 e, infine, la sentenza 21 novembre 2008, n. 27646. Vengono menzionate esplicitamente, inoltre, le parole pronunciate nella sentenza 22 settembre 2010, n. 20029, ove nella *ratio decidendi* si evidenzia che "*in materia tributaria, integra gli estremi del comportamento abusivo quell'operazione economica che, tenuto conto sia della volontà delle parti implicate, che del contesto fattuale e giuridico, ponga quale elemento predominante ed assorbente della transazione lo scopo di ottenere vantaggi fiscali, con la conseguenza che il divieto di comportamenti abusivi non vale ove quelle operazioni possano spiegarsi altrimenti che con il mero conseguimento di risparmi di imposta. La prova sia del disegno elusivo sia delle modalità di manipolazione e di alterazione degli schemi negoziali classici, considerati come irragionevoli in una normale logica di mercato e perseguiti solo per pervenire a quel risultato fiscale, incombe sull'Amministrazione finanziaria, mentre grava sul contribuente l'onere di allegare la esistenza di ragioni economiche alternative o concorrenti che giustifichino operazioni in quel modo strutturate*"

[571] Altri casi di contestazione del fenomeno elusivo all'interno della procedura di concordato preventivo sono la sentenza della Cassazione, 21 giugno 2013, n. 15743, nel quale la Corte ha stabilito che la stipula di un contratto, formalmente valido, ma con la finalità reale di ottenere un indebito risparmio d'imposta, può legittimamente subire la contestazione da parte del Fisco di elusione fiscale: la società, nel caso specifico, sottoposta a procedura di concordato preventivo, aveva provveduto ad alienare in modo frazionato l'azienda, riservando ad ogni alienazione un trattamento ingiustificatamente differenziato.

www.osservatorio-oci.org

economica' dell'operazione anche in presenza di un comportamento ancorché non configurante un fine esclusivo di risparmio d'imposta"[572].
Dunque, *ictu oculi,* sia in dottrina che in giurisprudenza è contemplabile che l'imprenditore possa artificiosamente mettersi in una situazione di dissesto finanziario reversibile, o semplicemente sfruttare la situazione di disequilibrio *de quo*, unicamente per poter accedere all'istituto del concordato preventivo e, tramite quest'ultimo, usufruire dei regimi fiscali agevolativi previsti, ponendo in essere schemi negoziali finalizzati a conseguire un vantaggio fiscale indebito.

Giunti a questo punto di svolta della riflessione, emerge un problema di non facile risoluzione: se da una parte, infatti, come si è visto, risulta estremamente difficile si possa verificare la circostanza per cui un imprenditore decida di abusare della composizione concordata della crisi per eludere le norme fiscali e conseguire un risparmio d'imposta illecito, dall'altra parte, però, non è neanche impossibile e sarebbe paradossale non ammettere la possibile per l'Amministrazione Finanziaria di contestare la presunta abusività delle operazioni poste in essere in ragione unicamente del fatto di essere in costanza di procedura concorsuale *in fieri*; come evidenziato dalla pronuncia della Cassazione sopra richiamata, non è sufficiente addurre a propria giustificazione la presenza di un controllo esperito da parte degli organi giudiziali della procedura fallimentare, alla luce anche del fatto che questi ultimi - come rilevato all'interno del secondo capitolo - sono obbligati ad attenersi all'analisi in merito alla fattualità giuridica del piano presentato dal debitore al Tribunale, non potendo "scandagliare" il merito del contenuto dello stesso, lasciato al vaglio del ceto creditorio.
Il duplice profilo problematico che ci si propone di risolvere in questa sede, deve conciliare il peculiare *status* di crisi imprenditoriale, che costituisce la ragione extrafiscale non marginale e rispondente a esigenze di natura organizzativa tendenti al miglioramento strutturale e funzionale dell'impresa, con l'esigenza pubblicista di disconoscere i vantaggi impositivi ottenuti abusando delle norme fiscali, sprovvisti di valevoli ragioni economiche sottese.
Secondo l'opinione della scrivente, non si deve far passare l'idea che per mezzo dell'istituto del concordato preventivo, e più in generale degli strumenti di prevenzione del fallimento, l'imprenditore insolvente possa compiere qualsiasi atto, negozio od operazione plausibile per perseguire finalità in contrasto con lo spirito delle norme e degli istituti giuridici di cui usufruisce, con l'alibi di trovarsi in un momento di crisi imprenditoriale (che come si è potuto constatare all'interno dell'elaborato, ha costretto il Legislatore fallimentare a dispiegare ingenti energie e mezzi per favorire la ripresa economica ed il salvataggio dell'azienda).

Posti in risalto i passaggi incerti in merito all'interazione della normativa fiscale antielusiva nell'alveo della disciplina fallimentare di prevenzione della crisi d'impresa, non resta che calarsi nel problema, rilevandone gli aspetti critici.
Ebbene, si pensi al caso in cui l'operazione, o meglio l'insieme delle operazioni collegate fra loro, adoperate dall'imprenditore in sede di concordato al fine di ristrutturare la propria posizione debitoria, siano in odore di elusività per via della struttura eccessivamente articolata ed il vantaggio economico

[572] P. PURI, *Riorganizzazione societaria nell'ambito della crisi d'impresa ed elusione tributaria,* op. cit., pag. 1006.

www.osservatorio.org

preponderante: quando è meglio che l'Amministrazione rilevi l'abusività dell'operazione/i dal punto di vista fiscale? Come può l'imprenditore tutelarsi e prevenire possibili contestazioni da parte dell'Ufficio? Qual è l'organo demandato ad emettere un giudizio in merito all'elusività o meno del modello negoziale eseguito?
I quesiti appena menzionati, mettono in luce quali siano i punti incerti attinenti alla contestazione abusiva in sede di concordato preventivo, o più in generale al cospetto delle procedure volte a prevenire o evitare il fallimento.

Stando al primo profilo, secondo l'opinione della scrivente, bisogna domandarsi se vi sia o meno un momento più indicato per rilevare l'elusività dell'operazione; non bisogna, infatti, sottovalutare le tempistiche tipiche di una procedura articolata e complessa come quella del concordato preventivo, che tra l'altro, se prevede *in itinere* la continuità dell'attività aziendale, non potrà certamente concludersi in breve tempo. Non ha senso, quindi, attendere il consenso dei creditori e l'omologa da parte del Tribunale per poi, anche a distanza di anni, vedersi contestare la validità dei risultati raggiunti attraverso le operazioni di ristrutturazione da parte dell'Agenzia delle Entrate: sappiamo bene che le operazioni sul piano della valenza civilistica rimangono immuni alla contestazione, ma sul piano fiscale, viceversa, l'Amministrazione renderebbe inopponibili i vantaggi impositivi conseguiti, pretendendo il pagamento della somma ritenuta elusa dall'imprenditore. Conseguentemente, quest'ultimo si vedrebbe costretto a reperire le risorse economiche necessaria a far fronte alla pretesa fiscale degli Uffici accertatori in un contesto, *medio tempore,* caratterizzato dalla scarsità, se non assenza, di liquidità; si ricordi, infatti, di operare nel contesto di crisi economico-finanziaria che ha costretto il debitore a ricorrere alla procedura concordataria per scongiurare la decozione della sua impresa e tentare un recupero dell'equilibrio della medesima.
Tout court, risulta evidente la concatenazione causa-effetto che si rischi di innescare: l'imprenditore, alla luce del momento di difficoltà che ha colpito la sua impresa, già inadempiente nei confronti del ceto creditorio che ha votato la sua proposta di salvataggio dell'azienda, e nell'impossibilità pratica di reperire le risorse necessarie per ottemperare alla contestazione elusiva da parte dell'Amministrazione Finanziaria, si renderebbe nuovamente inadempiente nei confronti dei partecipanti alla procedura di concordato preventivo non rispettando il piano omologato dal Tribunale; a sua volta, l'Agenzia delle Entrate rischierebbe di porre in essere un'attività accertativa dai risvolti infruttuosi, perché insinuata in un contesto di palese squilibrio economico, nel quale, fra l'altro, il bilanciamento degli interessi in ballo obbliga la pretesa tributaria a piegarsi in favore della buona riuscita della procedura.
Dunque, *lato sensu,* è una contraddizione permettere all'Amministrazione di dichiarare inopponibili i vantaggi conseguiti dal debitore eseguendo il suo piano concordatario se il medesimo vantaggio impositivo, come si è visto, è funzionale e strumentale alla stessa fuoriuscita dell'impresa dalla crisi; a ben vedere il confine è molto labile, indi per cui, il nodo centrale è comprendere quanto preponderante sia l'obbiettivo di ottenere un vantaggio impositivo rispetto l'obbiettivo di scampare al fallimento. Se il vantaggio impositivo è fine a se stesso, risulta incontrovertibile che le operazioni che lo hanno generato sono sguarnite del discriminante delle valevoli ragioni extrafiscali non marginali,

www.osservatorio.org

ricordando, tuttavia, che nulla vieta all'imprenditore di scegliere l'assetto d'affari che ritiene opportuno anche in ragione del lecito risparmio d'imposta che gli consente[573]; se, invece, il vantaggio fiscale ottenuto dalle operazioni configurate in costanza di procedura concorsuale risulta congeniale per incentivare il ritorno *in bonis* dell'impresa, allora l'Amministrazione Finanziaria si deve guardare dall'accertare la natura abusiva delle operazioni in oggetto.
Lasciando un attimo da parte il dubbio in merito all'esperire o non esperire l'accertamento *de quo*, la prima criticità da sciogliere è il momento in cui far partire la verifica in questione: come si è anticipato, attendere la fine della procedura concorsuale, così come *medio tempore*, non risulta un'azione strategica ed economicamente sostenibile, perché si rischia di arrecare un danno ingente sia sul versante degli interessi pubblicistici tutelati dall'Agenzia delle Entrate, sia sul versante degli interessi privatistici dell'imprenditore e dei suoi creditori partecipanti al concordato preventivo. L'accertamento, infatti, rischierebbe di essere infruttuoso, così come la procedura concordataria rischierebbe di concludersi anticipatamente in modo infruttuoso e altrettanto insoddisfacente.

Il secondo interrogativo in merito alla complessità della situazione che si sta analizzando, comporta la necessità di reperire un meccanismo di difesa per l'imprenditore dalla dannosità che l'opera di accertamento esperita dagli Uffici fiscali può arrecare al suo interesse preponderante di fuoriuscire dallo *status* di crisi. Così come l'Amministrazione ha il dovere di perseguitare le operazioni che, abusando della normativa fiscale, provocano un danno all'interesse erariale, allo stesso modo l'imprenditore deve sentirsi libero di progettare un modello negoziale congeniale alla ripresa della sua impresa, o quantomeno allo stralcio dei suo debiti pregressi, senza che incomba sulla sua attività l'ombra di una possibile contestazione fiscale che pregiudichi la buona riuscita del piano.

In terza ed ultima istanza, sorge il problema in riferimento all'organo al quale demandare il compito di emettere il giudizio in merito all'elusività o meno delle operazioni contestate. Si ricordi, infatti, che, da una parte, le operazioni che rischiano l'inopponibilità all'Amministrazione dei vantaggi impositivi conseguiti hanno contenuto tributario, ma, dall'altra parte, sono poste in essere in seno ad una procedura di natura fallimentare, che prevede, tra le altre cose, il vaglio formale da parte del Tribunale, con la supervisione del commissario giudiziale. A ben vedere, sembrerebbe prospettarsi, *lato sensu*, un conflitto fra disciplina fiscale e disciplina fallimentare, per cui il contenuto dell'avviso di accertamento tributario si scontra con il decreto di omologa del Tribunale fallimentare.
In realtà la questione di per sé si pone su un piano leggermente diverso, dovendo evidenziarsi che in materia tributaria vige il principio di riserva di giurisdizione, per cui appartengono al sindacato delle Commissioni tributarie "*tutte le controversie aventi ad oggetto i tributi di ogni genere e specie comunque denominati*"[574]; la giurisdizione riservata ai giudici delle Commissioni

[573] Per comprendere a pieno la differenza tra vantaggio fiscale indebito e lecito risparmio d'imposta, si rimanda al primo capitolo del presente lavoro di ricerca, ove ci si è dilungati sulla trattazione del distinguo.
[574] L'inciso appartiene all'art. 2 del d.lgs. 546/1992, che integralmente recita: "*Appartengono alla giurisdizione tributaria tutte le controversie aventi ad oggetto i tributi di ogni genere e specie*

www.osservatorio.oci.org

tributarie ha natura esclusiva e generale, vale a dire che non è circoscritta a dirimere solamente alcuni aspetti della controversia, ma è estesa ad ogni questione inerente i tributi, sia per quel che concerne l'*an*, che il *quantum.* Pertanto il giudice fallimentare, al cospetto del piano di concordato preventivo proposto dall'imprenditore, si trova nell'impossibilità di giudicarne il contenuto sia dal punto di vista del merito della proposta, sia dal punto di vista della natura fiscale e del contenuto impositivo delle operazioni prospettate.
Il Tribunale fallimentare, infatti, non è l'organo deputato a vagliare l'abusività fiscale dei negozi giuridici eseguiti dall'imprenditore contribuente, la verifica compete, senza ombra di dubbio, unicamente all'Agenzia delle Entrate, così come il giudizio finale agli organi demandati a risolvere le controversie di natura tributaria.

Durante la riflessione condotta all'interno dell'elaborato, dal primo capitolo sino al presente e conclusivo capitolo, si è cercato di carpire gli estremi che caratterizzano l'istituto dell'elusione fiscale, tentando nello specifico di individuare la possibilità o meno di contestare la natura elusiva delle operazioni all'interno del peculiare e delicato contesto concordatario: alla luce delle rimostranze riportate, infine, non si può esclude a priori che vengano poste in essere pretestuosamente operazioni di ristrutturazione del debito concorsuale col preponderante intento di ottenere uno sgravio fiscale indebito, ossia contrario allo spirito delle norme tributarie poste in essere.
Sulla base di suddetta conclusione e degli aspetti problematici evidenziati poc'anzi che ne circondano il perimetro, l'autrice della presente tesi di ricerca si è proposta di non lasciare irrisolto il problema, individuando una possibile soluzione alla questione di fondo, che verrà illustrata nel proseguo della trattazione.

Gli estremi della questione dal quale partire, qui ci si ripete, si risolvono nel problema per l'Amministrazione Finanziaria di accertare la natura elusiva delle operazioni eseguite in sede di procedura concorsuale, mentre per l'imprenditore

---

comunque denominati, compresi quelli regionali, provinciali e comunali e il contributo per il Servizio sanitario nazionale, nonché le sovrimposte e le addizionali, le sanzioni amministrative, comunque irrogate da uffici finanziari, gli interessi e ogni altro accessorio. Restano escluse dalla giurisdizione tributaria soltanto le controversie riguardanti gli atti della esecuzione forzata tributaria successivi alla notifica della cartella di pagamento e, ove previsto, dell'avviso di cui all'articolo 50 del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602, per le quali continuano ad applicarsi le disposizioni del medesimo decreto del Presidente della Repubblica.
Appartengono altresì alla giurisdizione tributaria le controversie promosse dai singoli possessori concernenti l'intestazione, la delimitazione, la figura, l'estensione, il classamento dei terreni e la ripartizione dell'estimo fra i compossessori a titolo di promiscuità di una stessa particella, nonché le controversie concernenti la consistenza, il classamento delle singole unità immobiliari urbane e l'attribuzione della rendita catastale. (Appartengono alla giurisdizione tributaria anche le controversie relative alla debenza del canone per l'occupazione di spazi ed aree pubbliche previsto dall'articolo 63 del decreto legislativo 15 dicembre 1997, n. 446, e successive modificazioni), e del canone per lo scarico e la depurazione delle acque reflue e per lo smaltimento dei rifiuti urbani, nonché le controversie attinenti l'imposta o il canone comunale sulla pubblicità e il diritto sulle pubbliche affissioni.
Il giudice tributario risolve in via incidentale ogni questione da cui dipende la decisione delle controversie rientranti nella propria giurisdizione, fatta eccezione per le questioni in materia di querela di falso e sullo stato o la capacità delle persone, diversa dalla capacità di stare in giudizio".

www.osservatorio.oci.org

contribuente di difendersi proprio da suddetta attività accertativa, assicurando che le operazioni prospettate al Tribunale fallimentare ed al ceto creditorio non siano successivamente ostacolate dall'autorità tributaria. Pertanto, se da un lato vi è l'esigenza pubblicista di attestare che non vengano poste in essere operazioni abusive in danno all'Erario, dall'altra parte vi è l'interesse dell'imprenditore di poter impostare liberamente il proprio piano di ristrutturazione societaria, così come assicurato dagli articoli 160 e 161 l. fall.: la soluzione da prospettare necessita di soddisfare contemporaneamente queste due evidenze antitetiche, collocate in due contesti eterogenei e appartenenti a due branche del diritto estremamente diverse fra loro.
Una strada risolutiva plausibile implicherebbe di escludere del tutto il rischio di subire un accertamento fiscale per l'imprenditore, di modo da evitare l'inconveniente della chiusura anticipata della procedura di concordato preventivo a causa del mancato adempimento della proposta votata in sede di adunanza dai creditori, così come evitare, dall'altra parte, che, a causa dello *status* di crisi, l'Amministrazione non trovi le risorse economiche necessarie per soddisfare la pretesa scaturita dall'accertamento antielusivo.
Si ricordi che le politiche sottese agli interventi legislativi degli ultimi dieci anni hanno perseguito l'intento di incentivare l'emersione anticipata del malessere sofferto dalle imprese del Paese, al fine di risolvere nel minor tempo possibile le criticità che minacciano l'azienda, evitando la decozione per l'impresa ed auspicando al contempo un suo ritorno *in bonis*. Gli istituti giuridici che prevengono il fallimento sono stati rinforzati e migliorati, per garantire agl'imprenditori i giusti mezzi per combattere la crisi d'impresa. Tuttavia, proprio l'Agenzia delle Entrate rappresenta l'interesse pubblico che gode di natura privilegiata e che molto spesso si pone d'ostacolo al possibile recupero dell'azienda[575].
Dunque, come si è detto, una soluzione vincente che collimi con entrambe le esigenze rappresentate dai due poli opposti, Amministrazione Finanziaria e imprenditore contribuente, deve soddisfare al medesimo tempo, d'un lato, il bisogno di verificare la natura legittima del vantaggio fiscale ottenuto, mentre, dall'altro lato, il bisogno di portare a compimento nel migliore dei modi il piano di ristrutturazione prospettato in sede di ristrutturazione del debito societario.

La personale soluzione elaborata dalla scrivente trae la sua origine dalla constatazione che il primo comma dell'art. 162 l. fall., disciplina il potere del Tribunale di concedere al debitore "*un termine non superiore a quindici giorni per apportare integrazioni al piano e produrre nuovi documenti*"; il termine in questione ha natura ordinatoria, essendo diretto a regolare l'attività processuale in ragione del normale andamento del processo[576]. Orbene, proprio il potere del

[575] A tal proposito si pensi, ad esempio, che solo di recente c'è stata un'apertura da parte della giurisprudenza comunitaria e poi nostrana alla possibilità di falcidiare il credito IVA in sede di procedura concorsuale, permettendo in questo modo all'imprenditore di poter ridistribuire le scarse risorse in suo possesso al fine di ottenere un miglior soddisfacimento dei restanti debiti societari. Il debito fiscale certamente rappresenta un'importante voce negativa nell'ambito delle crisi d'impresa, al punto da poter ammettere che sovente è lo stesso debito fiscale a provocare un declino irreversibile per l'impresa.
[576] La natura ordinatoria del termine implica che il suo mancato rispetto non comporti alcuna decadenza o estinzione, se non a seguito di una valutazione dell'organo giudiziale di natura

www.osservatorio.oci.org

Tribunale di concedete un termine integrativo per l'imprenditore in sede di accertamento dell'ammissibilità della sua proposta, fornisce la chiave di volta attorno al quale costruire la soluzione. Il Tribunale fallimentare non è competente a giudicare se il piano presentato dall'imprenditore contenga operazioni abusive delle norme fiscali, né tantomeno può sindacarne il merito; può, tuttavia, subordinare la prosecuzione della procedura all'integrazione della documentazione necessaria per accedere alla procedura di concordato preventivo con un atto che certifichi, dal punto di vista fiscale, che il complesso delle operazioni che si ritengono necessarie ai fini della ristrutturare del debito societario, non contemplino alcuna fattispecie abusiva del diritto tributario. L'atto in questione dovrebbe, ovviamente, promanare dagli Uffici dell'Amministrazione Finanziaria, per assicurare la pertinenza e conformità del giudizio reso.
A questo punto ci si potrebbe chiedere come faccia il Tribunale a comprendere quando sia necessario, e quando non lo sia, che l'imprenditore integri la propria documentazione con un atto dovuto simile, innalzato a requisito essenziale per accedere alla procedura concordataria: come si è detto, l'organo giudiziario non può entrare nel merito della proposta, da entrambi i punti di vista in gioco, fallimentare e tributario, ma, nonostante non abbia le opportune competenze per giudicare la valenza del contenuto fiscale, è in ogni caso in grado di comprendere quando un'operazione formalmente corretta, sia caratterizzata da modalità esecutive che la spingano al limite della legittimità consentita. Formalmente il Tribunale non emetterebbe alcun giudizio, se non una valutazione limitata alla fattualità giuridica del piano, considerando requisito imprescindibile della domanda di accesso alla procedura di concordato il parere dell'Amministrazione Finanziaria circa la natura non elusiva dei negozi giuridici prospettati.
La fase di accertamento formale da parte dell'organo giudiziario, inoltre, coincide con la fase iniziale della procedura concorsuale, risolvendo in questi termini la problematica inerente l'individuazione del momento propizio entro il quale dare il via all'attività accertativa tributaria.

Per quel che concerne il parere richiesto all'imprenditore circa la bontà fiscale delle sue operazioni, quésti, avrebbe la possibilità di rivolgersi all'Agenzia delle Entrate entro il lasso di tempo concessogli dal Tribunale per l'integrazione documentale: lo strumento congeniale a fornire la risposta in merito al contenuto abusivo delle operazioni che si intendono porre in essere è rappresentato dall'istituto dell'interpello antiabuso, appena riformato ad opera della legge 11 marzo 2014, n. 23, rubricata "*Delega al Governo recante disposizioni per un sistema fiscale più equo, trasparente e orientato alla crescita*"[577]. La lettera c), primo comma dell'art. 11 dello Statuto dei diritti del

discrezionale, ma conseguenze svantaggiose correlate alla situazione processuale creatasi nel frattempo con il decorso del termine.

[577] L'art. 6 della legge delega succitata, dedicato alla gestione del rischio fiscale, *governance* aziendale e sistema di tutoraggio, detta le linee guida per la revisione dell'istituto dell'interpello, disponendo, in particolare, che venga assicurata una maggiore omogeneità e chiarezza in merito alla disciplina d'applicare; che siano ridotti i tempi necessari per la redazione del parere, al fine di fornire una risposta il più tempestiva possibile; infine di riformare lo strumento dell'interpello operando una generale razionalizzazione dell'istituto. Le modifiche richieste, sono state attuate dal per mezzo del d.lgs. 24 settembre 2015, n. 156, rubricato "*Revisione della disciplina degli interpelli, in attuazione delle indicazioni di principio contenute nella legge*

www.osservatorio.org

Contribuente, ponendosi in continuità con la previsione del comma 5 dell'art. 10 *bis*, L. 212/2000, ha introdotto la possibilità per il contribuente di esperire istanza di interpello antiabuso, in sostituzione del vecchio interpello antielusivo previsto all'art. 21, co. 9, L. 413/1991[578]. Questo istituto permette al contribuente di ottenere un parere da parte dell'Amministrazione circa l'applicazione della nuova disciplina antiabuso in riferimento ad una fattispecie concreta e personale riferita all'istante; va precisato che, essendo ora la disciplina antielusiva applicabile in via generale a tutti i settori impositivi, ne consegue che l'istanza formulata dal contribuente dovrà indicare espressamente, in modo preciso e puntuale, quale settore/i impositivi si intendono coinvolti rispetto il caso concreto profilato.
Ripercorrendo sinteticamente l'univoca disciplina prevista in riferimento a tutte le forme di interpello, i legittimati a proporre l'istanza sono, *in primis,* i contribuenti[579]; l'autorità amministrativa, invece, al quale va indirizzata la domanda è la Direzione regionale dell'Agenzia delle Entrate (eccetto i casi in cui sia prevista espressamente la competenza della Direzione centrale), la quale deve fornire la risposta entro il termine di 120 giorni. Qualora la risposta non pervenga entro il termine indicato, vale la regola amministrativa del "*silenzio assenso*", vale a dire che "*quando la risposta non è comunicata al contribuente entro il temine previsto, il silenzio equivale a condivisione, da parte dell'amministrazione, della soluzione prospettata dal contribuente*". L'istanza deve ovviamente contenere i dati identificativi dell'istante e, eventualmente, del suo legale rappresentante, l'esplicito riferimento alla normativa che disciplina il diritto di interpello, la descrizione accurata della fattispecie concreta, l'esposizione in maniera chiara ed univoca della soluzione prospettata, l'indicazione del domicilio presso il quale deve essere comunicata la soluzione

---

delega". Gli interventi hanno interessato, in partcolar modo, l'art. 11 dello Statuto dei diritti del Contribuente, L. 212/2000, in modo da modificarne la formulazione ed eliminare qualsiasi riferimento all'istituto dell'interpello ordinario, introducendo una disciplina univoca valevole per tutte le forme di interpello comunque declinate. A tal proposito, si cfr. la circolare dell'Agenzia delle Entrate n.9/E, 1 aprile 2016.

[578] *Ad colorandum*, si evidenzia che l'art. 7, co. 6 del d.lgs. n. 156/2015 ha espressamente abrogato l'obsoleta fattispecie dell'interpello antielusivo, sostituita dal neo introdotto interpello antiabuso, il quale, in ragione della portata generale dell'istituto dell'abuso del diritto tributario, *ex* art. 10 *bis*, L. 212/2000 (ora infatti riferibile a qualsivoglia operazione e in relazione a qualsiasi profilo impositivo), richiede che le istanze di interpello non siano più esperite con carattere generale, ma dovranno declinare nel dettaglio: "*gli elementi qualificanti l'operazione o le operazioni; il settore impositivo rispetto al quale l'operazione pone il dubbio applicativo; le puntuali norme di riferimento, comprese quelle passibili di una contestazione in termini di abuso del diritto con riferimento all'operazione rappresentata; le 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".* In questo senso: circolare n.9/E, 1 aprile 2016, Agenzia delle Entrate, <www.agenziaentrate.gov.it>.

[579] Contribuenti anche non residenti, direttamente o tramite un proprio rappresentante/incaricato presso il quale hanno eletto il proprio domicilio fiscale, nonché "*coloro che in base alla legge sono obbligati a porre in essere gli adempimenti tributari per conto dei contribuenti", ex* art. 2, d.lgs. 156/2015, e coloro che rivestono il ruolo di sostituti e responsabili d'imposta. Per quel che concerne le diverse tipologie di interpello, ora riunite sotto un'unica disciplina normativa, le istanze possono riguardare l'interpello ordinario, l'interpello probatorio, l'interpello antiabuso e l'interpello disapplicativo.

www.riservaroma.org

ed infine la sottoscrizione del contribuente istante ed eventualmente del suo rappresentante.

Tralasciando i profili di novità introdotti dal decreto legislativo di riferimento, inerenti aspetti procedurali dell'istituto, ciò che rileva sottolineare in questa sede sono gli effetti della risposta all'interpello sull'attività di accertamento; l'art. 11 dello Statuto dei diritti del Contribuente, a tal proposito, conferma la regola secondo la quale "*la risposta, scritta e motivata, vincola ogni organo dell'amministrazione con esclusivo riferimento alla questione oggetto dell'istanza e limitatamente al richiedente. Il vincolo si sostanzia nella previsione della nullità di eventuali atti a contenuto impositivo e/o sanzionatorio difformi dalla risposta (ivi compreso il 'silenzio') e si estende, salva la possibilità di rettifica, ai comportamenti successivi del contribuente purché riconducibili alla fattispecie oggetto di interpello, coma accade soprattutto con riferimento alle fattispecie suscettibili di ripetersi nel tempo*"[580]. In poche parole, l'Agenzia delle Entrate, così come la Guardia di Finanza, sono inibiti dalla possibilità di esperire attività accertative dal contenuto della risposta all'interpello, potendosi limitare a controllare la corrispondenza tra la fattispecie astrattamente descritta nella domanda di parere dal contribuente e quella concretamente riscontrata in sede di verifica. Sotto quest'aspetto, l'Agenzia delle Entrate per l'interpello antiabuso specifica nella circolare n.9/E, 1 aprile 2016, che la risposta ha il potere di inibire l'attività accertativa degli organi amministrativi "*solo nei limiti tracciati dalla richiesta della parte e dal tenore della risposta fornita".* Il chiarimento assume particolar importanza in riferimento al neo introdotto interpello antiabuso, nel quale *"sarà onere del contribuente individuare puntualmente, oltre che le norme di riferimento, più in generale anche il settore impositivo o i settori rispetto ai quali l'operazione pone dubbi. Risulta del tutto evidente* [prosegue l'Agenzia delle Entrate] *che la risposta dell'amministrazione, anche con riferimento alla rilevanza dell'esimente in presenza di operazioni che integrano i presupposti per l'abuso, produce effetto esclusivamente in relazione alle questioni sollevate dal contribuente con riferimento ad uno specifico comparto ed a determinate disposizioni di legge, con la conseguenza che non saranno precluse possibili contestazioni della medesima operazione a diversi fini impositivi*".

In ultima istanza, preme sottolineare l'effetto che ha il parere emesso dall'Amministrazione sul contenzioso tributario: l'art. 6, co. 1 del d.lgs. 156/2015, prevede esplicitamente che "*la risposta alle istanze di interpello di cui all'articolo 11*" dello Statuto dei diritti del Contribuente "*non sono impugnabili*". La regola appena enunciata è confermata nell'orientamento consolidato[581] della stessa Amministrazione Finanziaria, che sostanzialmente nega la tutela di tipo giurisdizionale - sia innanzi al giudice tributario, che amministrativo - "*avverso le risposte ad istanze di interpello, conformemente alla loro natura di 'pareri' (e quindi di atti privi dei caratteri necessari per la loro immediata ricorribilità in giudizio) ed alle regole di istruttoria che non attribuiscono mai all'amministrazione poteri in ordine alla verifica della completezza e veridicità*

[580] Circolare n.9/E, 1 aprile 2016, Agenzia delle Entrate, <www.agenziaentrate.gov.it>, [ultima cons. giugno 2016].
[581] A questo proposito, si cfr. da ultimo la Circolare n. 32/E del 2010, n. 7/e del 2009, n. 5/E del 2007 e n. 14/E del 2007.

delle informazioni fornite dall'istante"[582]. L'Amministrazione Finanziaria si limita ad esprimere il proprio parere in relazione ai documenti fornitigli dal contribuente attraverso la presentazione dell'istanza: l'attività consultiva resa, si qualifica come "*monitoraggio preventivo*" che non necessita di alcuna attività di natura accertativa circa la veridicità dei documenti prodotti, a differenza di quanto avviene in sede di accertamento. Nella circolare ministeriale riportata, si legge sotto il medesimo profilo: "*Il carattere non vincolante del parere reso in questa fase, direttamente desumibile dalla natura consultiva dell'attività svolta dall'Amministrazione, qualifica la risposta all'interpello come atto amministrativo non provvedimentale che, in quanto privo dei requisiti di esecutività (non produce automaticamente ed immediatamente effetti) ed esecutorietà (non impone coattivamente l'adempimento di alcun obbligo), risulta carente delle caratteristiche che potrebbero determinare una lesione dei diritti dell'istante, suscettibile di immediata tutela giurisdizionale*"[583].
Il ricorso sarebbe esperibile solo in un momento successivo, unitamente all'atto impositivo che costituisce il vero primo provvedimento lesivo degli interessi del contribuente e, per questo motivo, suscettibile di tutela giurisdizionale immediata e diretta: il contribuente ha la facoltà dunque di lamentare vizi della risposta all'interpello solo qualora quest'ultimo abbia influenzato la legittimità dell'atto impositivo successivo e l'impugnativa deve avvenire tramite ricorso esperito avverso il provvedimento impositivo unitamente al parere reso, non nei soli riguardi de quest'ultimo[584].

---

[582] La regola summenzionata, ha valore nonostante la risposta all'interpello non sia espressamente esclusa nel novero degli atti impugnabili, a' sensi dell'art. 19, d.lgs. 546/1992. Sotto questo aspetto, "*appare determinante rispetto al tema in esame che la risposta resa in sede di interpello non presenta i requisiti minimi per l'impugnabilità, dal momento che non è esercizio di un potere autoritativo con il quale si esercita una pretesa fiscale, ma ha natura meramente consultiva*".

[583] Sulla questione inerente l'autonoma impugnabilità delle risposte fornite in sede di interpello, la Corte Costituzionale si è espressa nella sentenza 14 giugno 2007, n. 191, e nonostante la riflessione si riferisse al precedente dettato dell'art. 11, le considerazioni sono valevoli per il novellato articolo 11 dello Statuto: "*deve rilevarsi che l'efficacia vincolante della risposta, prevista dal primo periodo del comma 2 ('con esclusivo riferimento alla questione oggetto dell'istanza di interpello, e limitatamente al richiedente'), riguarda solo l'amministrazione finanziaria, in quanto il terzo periodo dello stesso comma stabilisce che 'qualsiasi atto, anche a contenuto impositivo o sanzionatorio, emanato in difformità dalla risposta* [...] *è nullo' e in quanto il comma 2 dell'art. 10 della medesima legge n. 212 del 2000 dispone che 'non sono irrogate sanzioni né richiesti interessi moratori al contribuente, qualora egli si sia conformato a indicazioni contenute in atti dell'amministrazione finanziaria, ancorché successivamente modificate dall'amministrazione medesima'. Coerentemente con la natura consultiva dell'attività demandata all'Agenzia delle entrate nella procedura di interpello, l'art. 11 non prevede, invece, alcun obbligo per il contribuente di conformarsi alla risposta dell'amministrazione finanziaria, né statuisce l'autonoma impugnabilità di detta risposta davanti alle commissioni tributarie (oggetto di impugnazione può essere, eventualmente, solo l'atto con il quale l'amministrazione esercita la potestà impositiva in conformità all'interpretazione data dall'agenzia fiscale nella risposta all'interpello".* Dello stesso parere è, inoltre, il Consiglio di Stato: cfr. decisione 26 gennaio 2009, n. 414.

[584] L'Amministrazione nella circolare n.9/E, 1 aprile 2016, Agenzia delle Entrate, <www.agenziaentrate.gov.it>, [ultima cons. giugno 2016], afferma che "*il contribuente avrà interesse a far valere dinanzi al giudice doglianze riferite alla risposta all'interpello se detti vizi si sono trasformati in vizi dell'atto impositivo (ad esempio, qualora quest'ultimo sia motivato per relationem al primo), restando del tutto irrilevanti, anche ai fini della tutela giurisdizionale,*

A questo punto, chiarita la disciplina in vigore per l'istituto dell'interpello antielusivo, non resta che constatare che la soluzione prospettata risolve i profili di criticità evidenziati in merito alla possibilità di rilevare l'abusività fiscale delle operazioni poste in essere in costanza di concordato preventivo.
Quanto al profilo temporale, sfruttando il termine concesso per l'integrazione documentale, si coglie il momento opportuno per eliminare qualsiasi margine di dubbio in merito alla legittimità dei negozi giuridici prospettati, non intervenendo *in itinere* con la procedura concorsuale, od una volta dichiarata conclusa la stessa, ma nella fase prodromica, iniziale della procedura, quando ancora il Tribunale deve verificare l'ammissibilità della domanda di concordato preventivo, evitando in questo modo possibili ripercussioni negative sulla buona riuscita della procedura e un dispendio di energie inutile.
Quanto al secondo profilo problematico, vale a dire l'esigenza in capo all'imprenditore contribuente di potersi difendere dall'ipotetica futura attività accertativa dell'Amministrazione, il meccanismo dell'interpello antielusivo

---

percorsi argomentativi del parere dell'amministrazione che non siano poi confluiti nell'atto di accertamento. Per effetto dei chiarimenti contenuti nel decreto, resta a maggior ragione confermata la non impugnabilità delle risposte che, contestando vizi di inammissibilità dell'istanza di interpello, non contengono alcun chiarimento di merito in ordine alla fattispecie rappresentata dal contribuente". L'orientamento espresso dall'Amministrazione Finanziaria e dal Consiglio di Stato non è condiviso, però, dalla prevalente giurisprudenza di legittimità, la quale si è espressa favorevolmente in merito alla possibilità di impugnare il responso dell'Agenzia, ma, c'è un ma, in riferimento unicamente all'interpello disapplicativo, che rappresenta l'unica tipologia di istanza da esperire in forma obbligatoria ai fini della legittimità delle operazioni poste in essere. Per quel che riguarda questa tipologia di interpello, infatti, il diniego espresso dall'Amministrazione in risposta all'istanza, è paragonabile al diniego di agevolazione fiscale, rientrando di conseguenza nell'elenco degli atti legittimamente impugnabili previsto dall'art. 19, co. 1, lett. h) del d.lgs. 546/1992, tramite un'interpretazione estensiva della *ratio* dello stesso. È orientamento consolidato in giurisprudenza, infatti, che suddetto elenco sia suscettibile di interpretazione estensiva, rientrandovi in paticolar modo gli atti che, seppur non tipizzati, rendono edotto il contribuente di una determinata pretesa fiscale, di modo che quest'ultimo sia interessato a chiarire la propria posizione in merito. A ben vedere, secondo l'opinione della Corte di Cassazione, è questo il caso del diniego di disapplicazione "*che costituisce il primo atto con il quale l'amministrazione, a seguito di una fase istruttoria e di una valutazione tecnica, e con particolari garanzie procedimentali, porta a conoscenza del contribuente, in via preventiva, il proprio convincimento in ordine ad una specifica richiesta, relativa ad una determinato rapporto tributari, con l'immediato effetto di incidere, comunque, sulla condotta del soggetto istante in ordine alla dichiarazione dei redditi in relazione alla quale l'istanza è stata inoltrata*". Il giudice tributario adito per impugnare il parere, o diniego, sarà quindi chiamato di conseguenza a valutare la legittimità dell'atto, decidendo quindi in merito alla fondatezza della domanda di disapplicazione, ossia concedendo o meno l'agevolazione fiscale richiesta qualora ne ricorrano i presupposti. Secondo l'opinione della Suprema Corte il contribuente in via facoltativa ha il diritto di impugnare l'atto di diniego dell'Agenzia delle Entrate, nonostante quest'ultimo non rientri a pieno titolo nell'elenco *ex* art. 19, co. 1, lett. h) del d.lgs. 546/1992: *ex plurimis* Cass. Civ., sez. tributaria 28 maggio 2014, n. 11929, 5 ottobre 2012, n. 17010 e 5843/2012. Da questo orientamento si discostano leggermente le sentenze della Cassazione nn. 8663/2011 e 20394/2012, che interpretano la mancanza di impugnazione dell'atto di diniego nei termini di legge stabiliti come la conseguente cristallizzazione della pretesa tributaria, che a quel punto diverrebbe intangibile; in parole povere l'impugnativa sarebbe letta come un onere per il contribuente che voglia trovare tutela, e non come una facoltà. Tuttavia tale orientamento è stato sconfessato dalle più recenti sentenze della Suprema Corte, che sono tornate a leggere l'impugnativa del diniego di disapplicazione come una mera facoltà del contribuente, non facendo venire meno la sua possibilità di difendersi dall'eventuale atto impositivo successivamente emesso.

consente di evidenziare sin da subito la presenza di criticità attinenti il modello negoziale prescelto per ristrutturare il debito societario, così che lo stesso imprenditore contribuente possa ovviare a operazioni in contrasto con la *ratio* delle norme fiscali applicate, configurando proposte concordatarie in linea con l'assetto di interessi tutelati dall'Agenzia delle Entrate.
In merito all'ultimo profilo, ossia la riserva di giurisdizione esclusiva tributaria, il problema non rileva se il Tribunale fallimentare demanda al contribuente l'onere di interpellare l'autorità fiscale competente a giudicare l'abusività delle operazioni che si intendono porre in essere.

Dunque, alla luce delle considerazioni *ut supra* svolte, si ritiene di poter sostenere la tesi secondo la quale, rendere requisito essenziale, *conditio sine qua non,* esperire istanza di interpello antielusivo entro il termine di quindici giorni, concessi dal Tribunale per l'integrazione documentale della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo, fornisca una soluzione ideale per soddisfare al medesimo tempo le esigenze sia dell'Agenzia delle Entrate, sia dell'imprenditore, consentendo al Tribunale fallimentare di valutare compiutamente la fattibilità giuridica della proposta di concordato presentata.
Concludendo, rendendo obbligatorio l'interpello antiabuso in capo all'imprenditore nei casi in cui le operazioni prospettate presentino un elevato grado di complessità e siano riconducibili all'alveo delle operazioni connaturate da un'importante carica elusiva, si consente, *ipso facto,* al contribuente di accertare che il contenuto del piano depositato nella cancelleria del Tribunale fallimentare sia in linea con lo spirito delle norme tributarie coinvolte, ottenendo vantaggi impositivi leciti e allo stesso tempo funzionali alla fuoriuscita dell'impresa dalla *status* di crisi; unitamente si permette all'Amministrazione Finanziaria di accertare sin da subito che le operazioni di ristrutturazione che verranno eseguite non andranno a ledere l'interesse erariale, evitando iniziative accertative infruttuose e, inoltre, estendendo in modo capillare il controllo fiscale e la presa dell'Agenzia delle Entrate sulle manovre complesse degli imprenditori contribuenti.

www.osservatorio.oci.org

Conclusioni

Giunti all'epilogo del percorso intrapreso con il presente lavoro di ricerca, non rimane che evidenziare le conclusioni maturate.

In seno al primo capitolo si sono tratteggiati i confini del fenomeno in proposito del quale si è sviluppata l'intera ricerca, ossia l'elusione fiscale, che ad oggi, in seguito all'introduzione dell'art. 10 *bis* nello Statuto dei diritti del Contribuente, ad opera del d.lgs. 5 agosto 2015, n. 128, è assimilata alla categoria dell'abuso del diritto. Si è tracciato il perimetro dell'istituto ripercorrendo la sua genesi e l'*iter* giurisprudenziale di formazione, giungendo a comprendere cosa si debba intendere attualmente per elusione fiscale, fenomeno al quanto *sui generis* che come ricorda La Rosa è una "*nozione eminentemente sociologica, economico-finanziaria e per di più metagiuridica, poiché per un giurista non è possibile porre in essere comportamenti intermedi tra l'osservanza e l'inosservanza delle disposizioni legislative*"[585].

Compreso quali comportamenti integrino una fattispecie fiscalmente elusiva e quali no, si è passati a sondare il contesto giuridico all'interno del quale, conseguentemente, si sono ricercate le manifestazioni abusive del diritto tributario, vale a dire la procedura di concordato preventivo, che alla luce della *ratio* che ne ha ispirato creazione e le successive modifiche, nonché in ragione delle operazioni solitamente intraprese in sua costanza, fornisce il *locus* ideale al morbo del fenomeno elusivo ove attecchire; suddetta procedura, infatti, tendendo al recupero economico-finanziario dell'impresa al fine di scongiurarne la decozione, assicura all'imprenditore insolvente la possibilità di proseguire l'attività produttiva, a' sensi dell'art. 186 *bis* l. fall., prevedendo inoltre regimi impositivi agevolativi ispirati alla necessità di favorire la fuoriuscita dell'impresa dallo *status* di crisi. Si è posta particolar attenzione, nello specifico, al ruolo ricoperto all'interno della procedura dall'organo giudiziale, definendone posizione e poteri.

Successivamente si è tentato di comprendere quali siano i termini di interazione fra le eterogenee discipline del diritto tributario e del diritto fallimentare, evidenziando gli interessi e gli obiettivi perseguiti da una parte e dall'altra.

A questo punto si è sollevata la delicata questione fulcro dell'intero lavoro di ricerca, ossia se sia possibile, e in che termini, porre in essere operazioni fiscalmente elusive in costanza di procedura concordataria. Verificata l'indiscussa possibilità di eludere gli interessi del Fisco, anche in ragione del generale *favor* assicurato dalla procedura concorsuale all'imprenditore contribuente per scongiurare il fallimento e la perdita del valore produttivo della sua azienda, ci si è proposti allora di non lasciare la questione in sospeso, formulando una plausibile soluzione per ovviare al problema indagato.

A tal proposito, si coglie l'occasione per puntualizzare che, con la soluzione ideata e descritta all'interno del terzo capitolo, non si vuole peccare di alcuna presunzione, consci del fatto che la tematica in questione sia costellata da non poche difficoltà e manchi del tutto in dottrina un'adeguata trattazione dell'argomento; nonostante, quindi, la soluzione soffra inevitabilmente di alcune

[585] S. LA ROSA, *Abuso del diritto ed elusione fiscale: differenze ed interferenza*, in *Diritto e pratica tributaria*, n. 4, 2012, pag. 713.

www.osservatorio.oci.org

criticità, offre in ogni caso una valida prospettiva dal quale iniziare ad affrontare il problema.

Ferme restando le considerazioni sinora svolte, per onestà intellettuale non si possono non evidenziare le falle che inficiano la soluzione formulata.
In prima istanza urge fare un appunto in tema di compatibilità fra termini: il termine ordinatorio concesso dal Tribunale fallimentare all'imprenditore per integrare la proposta ed i documenti inerenti presentati è di 15 giorni, mentre il termine previsto dalla disciplina dell'interpello antiabuso entro il quale l'Amministrazione Finanziaria deve fornire il parere all'istanza rivoltale è di 120 giorni. Risulta evidente quindi che fra i due periodi vi sia eccessivo divario: una soluzione contemplabile in merito, sarebbe quella di creare una sorta di "corsia preferenziale" per l'interpello antielusivo esperito *medio tempore* la procedura di concordato preventivo, connotando l'istanza come urgente, anche in ragione della sua applicazione pressoché marginale, e abbreviando di conseguenza i termini per la risposta concessi agli Uffici erariali. L'Amministrazione Finanziaria, messa al corrente che la questione prospettatale riguarda il delicato contesto di dissesto finanziario di un'impresa che necessita di operazioni di ristrutturazione di una certa caratura e connotate da una certa pericolosità intrinseca, opererebbe a maggior ragione in modo solerte, dando una pronta e repentina risposta alla domanda. Prevedendo dunque, *ipso facto,* regole procedurali limitatamente eccezionali per la fattispecie di interpello antiabuso, si risolverebbe l'inconciliabilità dei termini previsti dalle due discipline, tenuto in debito conto che la natura dei termini *de quo* non è decadenziale, bensì ordinatoria.

Ciò detto, il vero lato problematico della soluzione prospettata consta dell'impossibilità di poter impugnare la risposta fornita dall'Agenzia delle Entrate. Come preventivamente evidenziato, difatti, con la riforma della disciplina dell'interpello ad opera del d.lgs. 24 settembre 2015, n. 156, si è definitivamente data una risposta alla *vexata quaestio* in merito all'autonoma impugnabilità dei pareri forniti alle istanze di interpello, negando la possibilità di impugnare il responso. L'attività consultiva offerta in questa sede non ha natura provvedimentale ad effetto vincolante per il contribuente, riassumendo la posizione dell'Amministrazione Finanziaria limitatamente ai termini della fattispecie concreta delineatale dall'istante e fungendo tuttalpiù d'attività di monitoraggio preventivo. Il parere emesso, essendo privo dei caratteri di esecutività ed esecutorietà, non determina una lesione degli interessi del contribuente che rimane libero di non ottemperare alla risposta fornitagli dall'Agenzia delle Entrate e di perseguire il modello negoziale che ritiene più opportuno. D'altra parte, gli uffici dell'Amministrazione sono inibiti dall'emettere atti che si scontrino con il contenuto della risposta fornita, potendo al limite verificare la corrispondenza tra fattispecie delineata in sede di istanza di interpello antiabuso e l'operazione successiva concretamente posta in essere. Si ricorda a tal proposito che l'imprenditore contribuente trova tutela giurisdizionale impugnando l'eventuale atto impositivo successivamente emesso, potendone lamentare i vizi anche in relazione alla risposta ottenuta in sede di interpello.
Orbene, il tema dell'impossibilità di impugnare il parere fornito costituisce la criticità maggiore sofferta della soluzione ideata all'interno dell'elaborato: cosa

accade nel caso in cui l'Amministrazione, fornendo parere negativo - perché in caso di parere concorde non sussiste a maggior ragione alcun problema -, dichiari abusive le operazioni descritte dall'imprenditore contribuente? Per un verso quest'ultimo rimane libero di porre in essere, in ogni caso, le operazioni di ristrutturazione delineate, ma dall'altra parte l'Amministrazione, messa così al corrente della situazione personale del contribuente e delle sue future intenzioni, ben potrebbe decidere di intervenire con l'attività di accertamento necessaria. A questo punto si verificherebbero tutti gli inconvenienti delineati in seno al terzo capitolo, che conducono inevitabilmente alla chiusura anticipata ed infruttuosa della procedura di concordato, rischiando il conseguente fallimento, e, in linea di massima, ad un accertamento altrettanto infruttuoso per l'Agenzia delle Entrate. L'impossibilità di impugnare il parere negativo rimane un limite invalicabile, a meno che non si estenda anche per l'istanza dell'interpello antiabuso l'orientamento favorevole della giurisprudenza di legittimità in riferimento all'interpello disapplicativo, che ammette pacificamente il ricorso avverso il diniego di disapplicazione[586].
In ogni caso, rimane legato al buon senso l'atteggiamento tenuto distintamente dal contribuente, da una parte, che al cospetto di una parere sfavorevole avrebbe la possibilità di mutuare la proposta di piano di concordato in base all'orientamento espresso dall'Agenzia delle Entrate; dall'altra parte, viceversa, l'Amministrazione, conscia del peculiare contesto di squilibrio sofferto da contribuente e società, potrebbe guardarsi dal fornire responsi eccessivamente rigidi e impostati alla disciplina normativa, promuovendo l'obiettivo di risanamento perseguito dal contribuente.
A tal proposito è giusto ricordare la posizione constatata di autorevole Dottrina, del tutto favorevole ad ammettere che la pretesa impositiva, al cospetto di una situazione di crisi imprenditoriale, debba cedere il passo alla risoluzione positiva di quest'ultima, incentivandola e favorendola il più possibile, al punto da ammettere, addirittura, un certo grado di disponibilità dell'obbligazione tributaria in capo al ceto creditorio, che deve manifestare la sua volontà in riferimento al piano presentato dall'imprenditore in sede di adunanza. Così come anche le politiche del Legislatore fallimentare degli ultimi dieci anni si sono mostrate propense ad incentivare gli istituti rivolti alla fuoriuscita dallo stato di malessere delle imprese, promuovendo per esse riforme all'insegna della massima elasticità e libertà.

Giunti a questo punto, preme sottolineare che l'Autorità che viene incaricata di fornire un parere in merito all'elusività o meno della/e operazione/i non è terza *inter partes*, bensì parte anch'essa della medesima procedura di concordato preventivo; l'Amministrazione Finanziaria ha infatti il compito di tutelare gli interessi di natura pubblica in sede di procedura fallimentare, quindi, nonostante sia anche, secondo la personale soluzione elaborata, l'organo competente dal punto di vista tecnico e procedurale a fornire il parere necessario al contribuente ai fini dell'accesso alla procedura concorsuale in merito alla natura elusiva delle operazioni, non va dimenticato che in capo ad

[586] Le tesi dell'Agenzia delle Entrate e del Consiglio di Stato in merito sono fortemente divergenti dall'orientamento costante della giurisprudenza di legittimità, del quale si è avuto modo di parlare all'interno del terzo capitolo; *ex multis* si cfr. le sentenze della Corte di Cassazione 28 maggio 2014, n. 11929 e 5 ottobre 2012, n. 17010.

www.osservatorio.oci.org

essa siano riconducibili interessi dimetricamente opposti a quelli dell'imprenditore che tenta di fuoriuscire dallo *status* di crisi. L'attività consultiva, infatti, nonostante sia esercitata in modo professionale e tecnico dai funzionari amministrativi, rappresenta, in ogni caso, unicamente gli interessi del Fisco, facendone le veci e tratteggiandone la posizione in merito alla fattispecie concreta delineata.

Per impedire che l'Amministrazione, adempiendo alle sue funzioni, influenzi in modo negativo la procedura di concordato, condizionando le scelte dell'imprenditore e obbligandolo a intraprendere percorsi di ristrutturazione del debito più gravosi dal punto di vista fiscale - e quindi meno agevolativi per la ripresa della società in crisi -, è fondamentale che intervenga a garanzia dell'imparzialità della procedura l'organo giudiziario. Essenziale è che il Tribunale fallimentare sia l'unico incaricato a sindacare la fattibilità giuridica della proposta, assicurando in tal modo la neutralità della procedura.
L'organo giudiziario è sprovvisto delle competenze necessarie per valutare il contenuto impositivo delle operazioni prospettate, ma l'Amministrazione Finanziaria, a sua volta, non è in grado di assicurare un profilo di imparzialità nella gestione della procedura di concordato preventivo, rispecchiando e tutelando gli interessi erariali. Per evitare che il sindacato addebitato alla procedura di concordato preventivo si riduca, *ipso facto*, ad una questione meramente potestativa, l'unica figura che può legittimamente innalzarsi a tutela dell'imparzialità della medesima procedura è rappresentata proprio dal Tribunale fallimentare, impedendo in questo modo al medesimo tempo che l'Agenzia delle Entrate decreti "il bello ed il cattivo tempo" della procedura e che l'imprenditore riesca ad abusare delle norme di diritto tributario approfittando del contesto di crisi societaria.

Orbene, andando a concludere, in ragione di quanto *ut supra* affermato, sarebbe inevitabile permettere al giudice di entrare nel merito della questione valutando il piano di concordato alla luce del contenuto del responso dell'Agenzia delle Entrate; non verrebbe sindacato il profilo fiscale delle operazioni prescelte dal contribuente, in quanto demandato all'Amministrazione tramite istanza di interpello antiabuso, né tantomeno verrebbe valutata la fattibilità economica del piano proposto dall'imprenditore, demandata invece al ceto creditorio che si esprime tramite la votazione in sede di adunanza. Il giudice fallimentare si limiterebbe a risolvere il conflitto di interessi discordanti soppesando le due posizioni alla luce del contenuto degli atti presentatigli. Nello specifico, il problema derivante dal parere negativo dell'Amministrazione andrebbe risolto dal giudice tramite una valutazione discrezionale circa: gli interessi in ballo, l'intrinseca consistenza del piano stabilito dal contribuente, le perdite derivanti dal piano di concordato all'Erario e le perdite derivanti, viceversa, ai creditori dell'impresa dal fallimento della stessa. Il sindacato definitivamente emesso dal Tribunale fallimentare dovrebbe soppesare gli interessi pendenti da una parte e dall'altra e i relativi risvolti negativi minaccianti l'una e l'altra posizione, entrando, dunque, nel merito della questione; solo in questo modo si è sicuri di garantire alla procedura una valutazione che tenga debitamente in conto gli interessi meritevoli di tutela da una parte e dall'altra, scongiurando prese di posizioni non imparziali. D'altra parte, si tenga presente che prima delle riforme del 2012 che hanno interessato le procedure

www.osservatorio.org

concorsuali, l'ammissibilità del piano di concordato, sia dal punto di vista formale che nel merito, era subordinata al giudizio favorevole del Tribunale, così come, ad oggi, in caso di opposizioni in sede di adunanza dei creditori, *ex* art. 180, 4 comma l. fall., è demandato comunque al Tribunale il potere di valutare il merito della proposta, decidendo conseguentemente se omologare o meno il piano di concordato preventivo.

Concludendo, ai fini della risoluzione della problematica sollevata all'interno dell'elaborato, è inevitabile a parer della scrivente prospettare un meccanismo di intervento discrezionale da parte del Tribunale fallimentare: organo *inter* partes sia nell'obbligare l'imprenditore ad integrare formalmente la domanda di accesso alla procedura con il parere dell'Amministrazione circa l'elusività delle operazioni prospettate, sia in un secondo momento, in caso di esito negativo dell'interpello antiabuso medesimo, nel valutare la convenienza o meno di ammettere l'imprenditore e la sua impresa in crisi alla procedura di concordato preventivo. La valutazione sarebbe dunque modulata alla luce del contenuto dell'istanza di interpello offerto dall'Amministrazione Finanziaria, così come alla luce delle possibilità concrete per l'imprenditore di fuoriuscire dallo *status* di crisi e recuperare l'equilibrio economico-finanziario della sua azienda, assicurando la risoluzione del bilanciamento degli interessi in gioco in favore delle ragioni più meritevoli di tutela in quel determinato contesto: evitando in certi casi che l'Agenzia delle Entrate ostacoli il risanamento dell'impresa in declino ed in altri che il contribuente abusi della normativa fiscale in suo favore, senza escludere, tuttavia, la possibilità per le parti di agire conseguentemente in propria difesa tramite le ordinarie procedure previste dall'ordinamento giuridico.

www.osservatorio.org

www.osservatorio.oci.org

Indice Bibliografico

ABETE L., *La natura giuridica del concordato preventivo senza classi: prove minime di qualificazione,* in <*www.ipsoa.it*>, pubblicato il 11 aprile 2014.

ACCIARO G., *Il concordato preventivo con continuità aziendale dopo il Decreto 83/2015*, in *il Sole 24 ore,* febbraio 2016.

AMATORE R., *Concordato con continuità aziendale e requisiti di ammissibilità,* in <*www.ilfallimentarista.it*>, pubblicato il 6 settembre 2013.

AMATUCCI F., *Funzione antiabuso nell'interpretazione del diritto tributario*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, n. 5, 2012;
AMATUCCI F., *Principi e nozioni di diritto tributario*, Torino, Giappichelli, 2011.

AMETRANO F., PAZZAGLIA S. e TACCHINO L., *Risoluzione della crisi d'impresa: la prospettiva del sistema bancario italiano,* in *Amministrazione e Finanza,* n. 4, 2016.

ANTONACCHIO F., *Interposizione fittizia e reale nel delitto di frode fiscale*, in *il fisco*, n. 36, 2005. Atti del Convegno "*L'abuso del diritto tra "diritto" e "abuso*", Macerata, 29-30 giugno 2012.

BANA M., *Crisi e risanamento d'impresa: soluzioni stragiudiziali e concordatarie. Adempimenti e ruoli del professionista,* Torino, Eutekne, 2015.

BARTOLINI G., *Elusione e frode fiscale*, in *il fisco*, n. 27, 1998.

BASILAVECCHIA M., *L'interposizione soggettiva riguarda anche comportamenti elusivi?,* in *Corriere Tributario*, 2011.

BEGHIN M., *L'elusione fiscale e il principio del divieto di abuso del diritto*, S.l., CEDAM, 2013;
BEGHIN M., *Una strana idea di libertà economica e di vantaggio fiscale asistematico (su elusione fiscale e abuso del diritto),* in *Corriere Tributario*, n. 10, 2015.

BOCCAGNA S.*, Fallimento e concordato preventivo: -per le sezioni unite sovviene- la sopravvenienza c.d. qualitativa,* in *il Corriere giuridico*, n. 10, 2015.

BOLAFFIO L., *Il concordato preventivo secondo le sue tre leggi disciplinatrici,* Torino, Unione Tipografica-Editrice Torinese, 1932.

BRUNO N. A., *I profili fiscali nel concordato preventivo,* in *Trattato delle procedure concorsuali,* a cura di GHIA, PICCININNI e SEVERINI, Torino, UTET giuridica, 2012.

www.osservatorio.oci.org

BUCCI L., *La norma 'generale' antielusiva nell'interpretazione del Comitato consultivo: alcune considerazioni,* in *Rassegna Tributaria*, n. 2, 2002.

BUSCA C. e DE GIORGI D., *Le note di credito IVA nelle procedure concorsuali,* in *L'IVA,* n. 2, 2016.

CAPO L., *Elusione fiscale e libertà economica: la ristrutturazione societaria,* in *Obbligazioni e Contratti,* n. 2, 2012.

CHINELLATO G., *Codificazione tributaria e abuso del diritto*, Padova, CEDAM, 2007.

CONSOLO G., *I profili sanzionatori amministrativi e penali del nuovo abuso del diritto,* in *Corriere Tributario*, n. 39, del 2015.

CORASANITI G., *Contrasto all'elusione e all'abuso del diritto nell'ordina mento tributario,* in *Obbligazioni e contratti*, 2012.

CORSINI L., *Critica della norma di contrasto dell'elusione dell'imposta,* in *il fisco,* n. 2, 2005.

COSTANTINI P., *Il "dividend stripping" e la riqualificazione giuridica del contratto,* in *Finanza e Fisco,* n. 38, 1997.

DANOVI A. e PANIZZA A., *La diagnosi della crisi secondo i Principi di redazione e attestazione dei piani di risanamento*, in *Amministrazione e Finanza,* n. 2, 2016.

DEL FEDERICO L., *Elusione e illecito tributario,* in *Corriere Tributario*, n. 39, 2006.

DEOTTO D., *L'abuso non va confuso con l'evasione né con il legittimo risparmio d'imposta,* in *Corriere Tributario*, n. 12, 2013.

DE SANTIS F., *Sulla c.d. "degiurisdizionalizzazione" del concorso collettivo e sui limiti giudicati endofallimentari dopo le riforme,* in *Riv. Dir. Proc.,* n. 2, 2008.

DI MARZIO F., *Introduzione al concordato preventivo,* in GHIA L., PICCININNI L. e SEVERINI F., *Trattato delle procedure concorsuali. Il superamento della crisi e la chiusura delle procedure,* Milano, UTET Giuridica, 2011.

DOGLIO M., "*Abuso del diritto codificato nel sistema tributario,* in *La circolare di settimana fiscale*, Il Sole 24 ore, n. 30, 2015.

DONGIACOMO G., *concordato liquidatorio: la proposta deve comunque assicurare il pagamento del 20% dei crediti chirografari*, in *Pluris - Wolters Kluwer Italia,* pubblicato il 21 marzo 2016.

www.osservatorio.oci.org

DUS S., *Elusione fiscale e imbarazzi giurisprudenziali (caso del comodato di impianti a i contoterzisti),* in *Dialoghi tributari*, n. 3, 2009.

FABIANI M., *Concordato preventivo,* in SCIALOJA-BRANCA-GALGANO, *Commentario del codice civile e codici collegati,* Bologna, De Nova, 2014;
FABIANI M*., Riflessioni precoci sull'evoluzione della disciplina della regolazione concordata della crisi d'impresa,* in <*www.ilcaso.it*>, 2012.

FALSITTA G., *Manuale di diritto tributario. Parte generale*, Padova, Cedam, 2012.

FANTOZZI A., *Diritto tributario*, Torino, UTET, 2012;
FANTOZZI A., *Considerazioni generali sul rapporto tra norme tributarie e norme fallimentari sul giudizio di valore tra par condicio creditorum, interesse fiscale ed altri interessi pubblici diffusi,* in *Trattato delle procedure concorsuali,* a cura di GHIA, PICCININNI e SEVERINI, Torino, UTET giuridica, 2012.

FERRARA F. e BORGIOLI A., *Il fallimento*, Milano, Giuffrè Editore, 1995.

FERRO M., *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico,* Padova, 2011.

FILOCAMO F. S., *L'adunanza dei creditori,* in L. GHIA*,* L. PICCININNI e F. SEVERINI*, Trattato delle procedure concorsuali. Il superamento della crisi e la chiusura delle procedure,* Milano, UTET Giuridica, 2011.

FRANSONI G., *Abuso di diritto, elusione e simulazione: rapporti e distinzioni,* in *Corriere Tributario*, n. 1, 2011.

GABALLO M., *La riforma del diritto fallimentare, dalla legge 80/2005 al d.lgs. 5/2006. Il nuovo concordato preventivo, le novità della riforma e prime applicazioni giurisprudenziali*, Atti del convegno tenutosi il 7 giugno 2006, in <*www.ilcaso.it*>.

GAVIOLI F., *Crisi di impresa: le indicazioni dal Cndcec per valutare il rischio di default,* in *Pratica fiscale e professionale,* n. 45, 2015.

GHIA L.*,* PICCININNI L. e SEVERINI F.*, Trattato delle procedure concorsuali. Il superamento della crisi e la chiusura delle procedure,* IV vol., Milano, UTET Giuridica, 2011.

GIOVANNINI A., *L'abuso del diritto nella legge delega fiscale*, in *Riv. Dir. Trib*., n. 1, 2014;
GIOVANNINI A., *Note controcorrente sulla sanzionabilità dell'abuso del diritto,* in *Corriere Tributario,* n. 11, 2015.

LA ROSA S., *Abuso del diritto ed elusione fiscale: differenze ed interferenze,* in *Diritto e pratica tributaria*, n. 4, 2012.

www.osservatorio.oci.org

LIBERATORE G., *La falcidia dell'IVA nel concordato preventivo non lede il "principio di leale cooperazione",* in *L'IVA,* n. 6, 2016.

LO CASCIO G.*, Concordato preventivo: natura giuridica e fasi giurisprudenziali alterne,* in *il Fallimento,* 2013, n. 5;
LO CASCIO G., *Il concordato preventivo,* Milano, 2011;
LO CASCIO G., *Legge fallimentare vigente e prospettive future,* in *Il Fallimento,* n. 4, 2016.

LOVISOLO A., *Il principio di matrice comunitaria dell'«abuso» del diritto entra nell'ordinamento giuridico italiano: norma antielusiva di chiusura o clausola generale antielusiva? L'evoluzione della giurisprudenza della Suprema Corte,* in *Diritto e Pratica Tributaria*, n. 4, 2007.

LUPI R. e INGRAO G., *Il doppio regime di circolazioni delle partecipazioni ai fini "pex": regole ed eccezioni,* in *Dialoghi Tributari*, n. 2, 2012;
LUPI R., *L'elusione come strumentalizzazione delle regole fiscali,* in *Rass. Trib*., n. 1, 1994.

MASTROBERTI A., *Il cono d'ombra normativo tra tutela delle perdite e dell'indebito,* in *Diritto e Pratica Tributaria*, n. 2, 2013.

MAURO M., *'Favor' legislativo per la soluzione della crisi d'impresa che precede il fallimento,* in *Corriere Tributario,* n. 33, 2010.

MOSCATELLI M. T., *Crisi dell'impresa e debito tributario: riflessioni sulla transazione fiscale,* in *Rassegna tributaria,* n. I, 2008.

NIGRO A. e VATTERMOLI D., *Diritto della crisi delle imprese. Le procedure concorsuali*, Bologna, 2014.

NORELLI E., *Il giudizio di omologazione del concordato preventivo,* in L. GHIA*,* L. PICCININNI e F. SEVERINI*, Trattato delle procedure concorsuali. Il superamento della crisi e la chiusura delle procedure,* Milano, UTET Giuridica, 2011.

PACCHI S.*, Crisi di impresa e procedure concorsuali alternative,* in *Riv. dir. fallim*., 1998.

PALMIERI A., *Elusione e frode fiscale*, in <*www.altalex.com*>*,* 2009, aggiornato 2011.

PALUMBO G., *L'elusione fiscale. La pianificazione fiscale tra legittimo risparmio d'imposta, elusione ed evasione*, in <*www.sistemieditoriali.it*>, aggiornato 2006.

PANNELLA P., *La nuova frontiera dell'insolvenza,* in <*www.ilcaso.it*>*,* pubblicato il 25 dicembre 2013.

www.ossservatorio.oci.org

PAPALEO P. P., *Informativa e valutazione nella crisi d'impresa: le Linee Guida*, in *A&F,* n. 1, 2016.

PAPARELLA F., *Il diritto tributario delle procedure concorsuali e delle imprese in crisi*, Milano, Giuffrè Editore, 2013;

PAPARELLA F., *Il regime fiscale dell'amministrazione straordinaria: la necessità di distinguere le fattispecie sulla base della natura e della finalità della procedura,* in *Trattato delle procedure concorsuali,* volume V, a cura di GHIA, PICCININNI e SEVERINI, Torino, UTET giuridica, 2012.

PATERNÓ RADDUSA B., *Il commissario giudiziale,* in L. GHIA, L. PICCININNI e F. SEVERINI*, Trattato delle procedure concorsuali. Il superamento della crisi e la chiusura delle procedure,* Milano, UTET Giuridica, 2011.

PATTI A., *Il contratto di affitto d'azienda nel concordato preventivo con continuità,* in *Fallimento,* n. 2, 2014.

PAVESI S. e CANTISANI M., *Emissione di note di variazione in diminuzione in caso di mancato pagamento: incertezze applicative,* in *L'IVA,* n. 6, 2016.

PERINI A., *Operazioni soggettivamente inesistenti, interposizione fittizia e nuovo sistema penale tributario,* in *Diritto penale e processo*, n. 11, 2001.

PURI P., *Riorganizzazione societaria nell'ambito della crisi d'impresa ed elusione tributaria,* in *Il diritto tributario delle procedure concorsuali e delle imprese in crisi,* a cura di F. PAPARELLA, Milano, Giuffrè Editore, 2013.

RIVIEZZO C., *L'impresa in tempo di crisi. Riorganizzazione e strumenti di soluzione dell'insolvenza. Rapporti di lavoro, con banche e fisco,* Milano, Giuffrè Editore, 2010.

ROCCHI A. E SORIGNANI P. R., *Alcuni dubbi nell'applicazione della norma antielusione nella 'Tremonti-bis',* in *il fisco*, n. 43, 2001.

ROSSI G., *Crisi dell'impresa: soluzioni al confine tra diritto fallimentare e societario*, in *Il Fallimento*, n. 9, 1997.

SAMMARTINO S., *Sanzionabilità dell'elusione fiscale,* in *Rassegna Tributaria*, n. 2 del 2015. Atti del Convegno svoltosi presso l'Università di Bologna il 27 e 28 novembre 2014.

SEPE E. A., *Elusione fiscale ed abuso del diritto nella giurisprudenza di legittimità e comunitaria*, in <*www.giustizia-tributaria.it*>, aggiornato 2012.

STANGHELLINI L., *Il concordato con continuità aziendale,* in *Fallimento,* 2013, n. 2.

STEVANATO D., *Disapplicazione delle norme antielusive: vero la facoltativa*

www.osservatorio.oci.org

dell'istanza?, in *Dialoghi Tributari*, n. 3, 2014;
STEVANATO D., *Elusione fiscale ed abuso delle forme giuridiche, anatomia di un equivoco,* in *Diritto e pratica tributaria*, n. 5, 2015;
STEVANATO D., *Elusione tributaria, abuso dell'autonomia negoziale e natura del risparmio d'imposta,* in *Rivista di giurisprudenza tributaria*, n. 7, 2006;
STEVANATO D., *Questioni di diritto e sanzione penale,* in *Corriere Tributario*, n. 37, 2000;
STEVANATO D., *Uso e abuso della clausola antielusiva,* in *Corriere Tributario*, n. 24 del 2007.

TABELLINI P. M., *L'elusione della norma tributaria*, Milano, Giuffrè Editore, 2007.

TERRANOVA G., *Il concordato con continuità aziendale e i costi dell'intermediazione giuridica,* in *Diritto Fallimentare,* 2013, n. 1.

TESAURO F., *Compendio di diritto tributario*, Milano, UTET, 2010;
TESAURO F., *Elusione e abuso nel diritto tributario italiano,* in *Diritto e Pratica Tributaria*, n. 4, 2012.

TINELLI G., *Il regime fiscale del concordato preventivo,* in *Il diritto tributario delle procedure concorsuali e delle imprese in crisi,* a cura di F. PAPARELLA, Milano, Giuffrè Editore, 2013.

VACCA I., *L'abuso e la certezza del diritto,* in *Corriere Tributario*, 2014.

ZAINA C. A., *Frode fiscale: il rapporto fra norma penale e stabile organizzazione*, <www.altalex.com>, 2011.

ZITTO G., *L'abuso dell'abuso del diritto,* in *Riv. giur. tributaria,* 2008.

***

Relazione illustrativa al Decreto legislativo 5 agosto 2015, n. 128, in <www.camera.it>.

Relazione ministeriale allo schema di decreto legislativo di riforma delle disposizioni delle imposte sui redditi applicabili alle operazioni di cessione di aziende, conferimento di aziende, fusione, scissione e permuta di partecipazioni, 12 settembre 1997, (d.lgs. n. 358/1997), in *il fisco.*

Relazione allo schema di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali, in <*www.osservatorio-oci.org*>, pubblicato il 29 dicembre 2015.

www.osservatorio-oci.org

CNDCEC, "*Il contributo del CNDCEC alla riforma della crisi d'impresa. Profili tributari",* in <*www.ipsoa.it*>, emesso 11 dicembre 2015 e rivolto al Ministero della Giustizia, Commissione Procedure Concorsuali;
CNDCEC, *Linee guida. Informativa e valutazione della crisi d'impresa,* in <*www.ipsoa.it*>, pubblicato il 3 novembre 2015.

Consiglio Nazionale dei Dottori Commercialisti e Consiglio Nazionale dei Ragionieri, Commissione paritetica per i principi di revisione, Documento n. 570*, Continuità aziendale,* in <*www.commercialisti.it*>*,* pubblicato ottobre 2007.

Circolare del Ministero delle Finanze, n. 320 del 19 dicembre 1997, in <*www.gazzetta ufficiale.it*>.

Circolare n.9/E, 1 aprile 2016, Agenzia delle Entrate, in <*www.agenziaentrate.gov.it*>.

Commissione Rordorf, crisi d'impresa: nel disegno di legge le linee guida della riforma, in <*www.ipsoa.it*>*,* pubblicato il 12 febbraio 2016.

Commissione per elaborare proposte di interventi di riforma, riorganizzazione e riordino della disciplina delle procedure concorsuali, *Relazione allo schema di legge delega per la riforma delle procedure concorsuali,* in <*www.osservatorio-oci.org*>, pubblicato il 29 dicembre 2015.

Senato della Repubblica, <www.senato.it>, in commento alla legge delega 11 marzo 2014, n.23.

Delega al Governo per la riforma organica delle discipline della crisi di impresa e dell'insolvenza, elaborato dalla Commissione ministeriale istituita dal Ministro della Giustizia con Decreto 28 gennaio 2015 (e successive integrazioni), in <*www.ipsoa.it*>*,* pubblicato il 20 gennaio 2016.

Guida: le sanzioni tributarie e penali, in <*www.agenzieentrate.gov.it*>, aggiornato al 2015.

Indice della Giurisprudenza

Cass. Civ., sez. tributaria, 3 aprile 2000, n. 3979, *il fisco.*
Cass. Civ., sez. I, 27 febbraio 2001, n. 2830, *il fisco.*
Cass. Civ., sez. tributaria, 28 aprile 2001, n. 4455, *il fisco.*
Cass. Civ., sez. tributaria, 3 settembre 2001, n. 11351, *il fisco.*
Cass. Civ., sez. tributaria, 7 marzo 2002, n. 3345, *il fisco.*
Cass. Civ., sez. tributaria, 21 ottobre 2005, n. 20398, *il fisco.*
Cass. Civ., sez. tributaria, 26 ottobre 2005, n. 20816, *il fisco.*
Cass. Civ., sez. tributaria, 14 novembre 2005, n. 22932, *il fisco.*
Cass. Civ., sez. tributaria, 29 settembre 2006, n. 21221, *il fisco.*

www.osservatorio-oci.org

Cass. Civ., sez. tributaria, 4 aprile 2008, n. 8772, *il fisco*.
Cass. Civ., Sez. tributaria, 21 aprile 2008, n. 10257, *il fisco.*
Cass. SS. UU., 23 dicembre 2008, nn. 30055, 30056 e 30057, *il fisco.*
Cass. Civ., sez. tributaria, 21 gennaio 2009, n.1465, *il fisco.*
Cass. Civ., sez. tributaria, 8 aprile 2009, n. 8487, *il fisco.*
Cass. Civ., sez. tributaria, 21 gennaio 2011, n. 1372, *il fisco.*
Cass. Civ., sez. tributaria ,15 aprile 2011, n. 8671, *il fisco.*
Cass. Civ., sez. tributaria, 10 giugno 2011, n. 12788, *il fisco.*
Cass. Civ., SS. UU., 23 gennaio 2013, n. 1521, *Pluris - Wolters Kluwer italia.*
Cass. Civ., sez. tributaria, 21 giugno 2013, n. 15743, *il fisco.*
Cass. Civ., sez. tributaria, 24 luglio 2013, n. 17956, *il fisco.*
Cass. Civ., sez. tributaria, 5 dicembre 2014, n. 25758, *il fisco.*
Cass. Civ., sez. tributaria, 14 gennaio 2015, n. 438, *il fisco.*
Cass., SS. UU., 15 maggio 2015, n. 9935, *Pluris - Wolters Kluwer italia.*
Cass. Civ., sez. tributaria, 27 maggio 2015, n. 10952, *il fisco.*
Cass. Pen., sez. III, 31 marzo 2016, n. 12912, *Pluris - Wolters Kluwer italia.*

Corte di Giustizia, 9 marzo 1999, causa C-212/97, *Centros,* <www.eur-lex.europa.eu>.
Corte di Giustizia, 14 dicembre 2000, causa C-110/99, *Emsland-Starke,* <www.eur-lex.europa.eu>.
Corte di Giustizia, 21 febbraio 2006, causa C-255/02, *Halifax,* <www.eur-lex.europa.eu>.
Corte di Giustizia, 12 settembre 2006, causa C-194/04, *Cadbury-Schweppes,* <www.eur-lex.europa.eu>.
Corte di Giustizia, 21 febbraio 2008, causa C-425/06*, Part Service,* <www.eur-lex.europa.eu>.
Corte di Giustizia, 7 aprile 2016, causa C-546/15, *Degano Trasporti,* <www.eur-lex.europa.eu>.

www.osservatorio.oci.org