

Cass., SS.UU. civ., n. 30055 del 23 dicembre 2008

Elusione fiscale e capacità contributiva

di Arnaldo Amatucci

La sentenza emessa dalla Corte di Cassazione a Sezioni Unite in data 2 dicembre 2008, con motivazione del tutto nuova, fonda l'illegittimità del *dividend washing* ante riforma sul contrasto con l'art. 53 della Costituzione. È una pronuncia definitiva o siamo semplicemente ad un'altra tappa di questa vicenda giudiziaria?

1. Premessa

La storia del *dividend washing* parte da lontano e, con la sentenza della Corte di Cassazione pronunciata a Sezioni Unite il 2 dicembre 2008¹, ha percorso una nuova tappa, forse non ultima perché, come cercheremo di dimostrare in seguito, anche questa sentenza non pare appagante.

Il *dividend washing* sul quale la Corte si è pronunciata, nell'anno in cui si è verificato, non era in contrasto con alcuna norma di natura tributaria.

Non a caso, la sentenza della Commissione tributaria di primo grado di Arezzo, come altre emesse nel quadro nazionale, aveva accolto i ricorsi del contribuente, respingendo le controdeduzioni dell'ufficio sulla constatazione che, non esistendo una disciplina generale antielusiva e non essendovi alcuna disposizione contraria, quella operazione non poteva essere contestata. In campo comunitario si erano affacciate a quel

momento le prime pronunce sull'**abuso di diritto**, però senza riflessi sulla materia specifica: il contribuente che aveva promosso quella operazione versava, dunque, in una situazione di certezza sulla sua legittimità, senza poter ragionevolmente sospettare il contrario.

Il legislatore aveva successivamente confermato quella legittimità poiché, affrontando il tema dell'elusione fiscale con il D.L. 9 settembre 1992, n. 372, convertito, con modificazioni, dalla L. 5 novembre 1992, n. 429, pur escludendo il credito di imposta per gli acquisti relativi ad azioni presso fondi comuni di investimento e Sicav, non aveva riformato radicalmente il *dividend washing*.

D'altra parte, l'art. 37-*bis* del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, introducendo il principio dell'**elusione fiscale**, non aveva ricompreso questa fattispecie nell'**elenco**, peraltro **tassativo**, delle operazioni ritenute tali.

Il problema si è posto solo in anni recenti, sullo sviluppo della giurisprudenza comunitaria, sempre più insistente nel rilievo dell'abuso di diritto. Tuttavia, la Corte di Cassazione, pur richiamandosi a questo principio, si è pronunciata **negativamente** contro il *dividend washing* su altra considerazione, avendo ritenuto civilisticamente contestabile il suo impianto.

È noto il pensiero della Corte in queste prime decisioni, basato sull'affermazione che, stante la congiunzione delle due operazioni di vendita che costituiscono il *dividend washing* e la mancanza, in detto impianto, dell'elemento fondamentale della causa, il Giudice, anche di Cassazione, può accedere alla pronuncia di **nullità** e, quindi, alla dichiarazione di invalidità degli **ef-**

¹ In banca dati "fiscoonline".

fetti che si producono sul piano civilistico e tributario.

All'abuso di diritto, questa prima interpretazione ha attribuito semplicemente significato tendenziale e, quindi, solo una funzione provocatrice, ritenendolo nozione non pienamente identificata e, quindi, precisamente configurabile.

A decorrere dalla sentenza Halifax², la Corte di Cassazione ha mutato orientamento, censurando il *dividend washing* sulla base del ricordato principio comunitario, ritenuto condizionante e, quindi, vincolante anche nei confronti della giurisprudenza domestica.

Le diverse sentenze che si sono ripetute in tal senso avevano fatto ritenere che la linea adottata dalla Corte di Cassazione fosse definitiva, tant'è che la **dottrina** si era impegnata in apporti **critici** soprattutto escludendo l'applicabilità del principio *de quo* alle imposte non armonizzate e, in particolare, a quelle **dirette**.

2. La sentenza delle Sezioni Unite

Questo lo stato della giurisprudenza e della dottrina prima che il problema si ponesse alla valutazione delle Sezioni Unite nell'udienza del 2 dicembre 2008.

In quest'ultimo ambito, come si legge nel testo della sentenza, le varianti sulla legittimità del *dividend washing* precedente la sua riforma si sono accresciute, poiché l'Avvocatura di Stato, dopo aver dichiarato di voler abbandonare la tesi dell'abuso di diritto e quella della nullità della causa, ha introdotto una nuova argomentazione: l'operatore del *dividend washing* si è procurato la minusvalenza, della quale si è avvalso nella formazione del bilancio fiscale, attraverso un'operazione concertata con terzi. Detta minusvalenza, pertanto, in quanto non espressione di situazione reale ma frutto di un marchingegno contrattuale, non merita di essere utilizzata nella formazione del bilancio fiscale e, quindi, può essere legittimamente **contestata**.

La sentenza delle Sezioni Unite fa ora *tabula rasa* di tutte le precedenti tesi, comprese quelle delle proprie Sezioni, introducendo una **diversa spiegazione** a favore dell'Amministrazione finanziaria.

Rispetto a quella fondata sull'abuso di diritto, la sentenza si pronuncia, almeno apparentemente, in modo equivoco, affermando che "il ricorso del

Ministero può essere condiviso più che sull'abuso di diritto" sulla **contrarietà all'art. 53 della Costituzione**.

Il "più che" non pare negare validità all'anzidetto principio, ma, tuttavia, non l'afferma, poiché in tal caso l'espressione sarebbe stata diversa: si sarebbe precisato che quel ricorso trova fondamento sia nella violazione della disciplina costituzionale, sia sul principio dell'abuso del diritto. Invece, la sentenza abbandona quest'ultimo criterio, tant'è che non lo utilizza e richiama nella sua stesura. È vero che quando costruisce la sua tesi, dà atto della natura abusiva delle operazioni del *dividend washing*, ma questa qualificazione non attinge alla giurisprudenza comunitaria, risultando dal contrasto con la norma costituzionale precedentemente richiamata.

La frase con cui la sentenza motiva il convincimento della contrarietà del *dividend washing* al dettato costituzionale è la seguente: "i principi di capacità contributiva (art. 53, primo comma, Cost.) e di progressività dell'imposizione (art. 53, secondo comma, Cost.) costituiscono il fondamento sia delle norme impositive in senso stretto, sia di quelle che attribuiscono al contribuente vantaggi o benefici di qualsiasi genere ... Con la conseguenza che 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 l'operazione, diverse dalla mera aspettativa di quel risparmio fiscale".

L'idea della Corte è quella di ritenere la figura del *dividend washing* **lesiva** del principio della **capacità contributiva** e, forse però secondariamente, di quello della progressività, in una rappresentazione che la pone a confronto diretto con la disciplina costituzionale, riconoscendosi che niente può, invece, essere ad essa contestato alla luce della disciplina tributaria in essere.

Sin qui si è fatto cenno alla storia del *dividend washing* e al nucleo della sentenza delle Sezioni Unite, senza intrattenersi nelle altre argomentazioni espresse in quest'ultima, essendo queste unicamente tendenti ad escludere altre impostazioni ed a rafforzare, sotto il profilo razionale, la tesi in esso enucleata.

² Cfr. sentenza della Corte di Giustizia CE del 21 febbraio 2006, causa C-255/02, in banca dati "fisconline".

3. Profili critici

È ora da domandarsi se la novità introdotta dalla sentenza in esame possa essere condivisa in termini tali da poter affermare che, finalmente, dopo tanti conati, l'illegittimità del *dividend washing ante* riforma ha una spiegazione assolutamente ineccepibile e, quindi, definitiva.

La sentenza non pone in dubbio l'utilizzabilità degli strumenti apprestati in sede normativa volti a conseguire vantaggi fiscali, riconoscendo la loro correttezza e la loro idoneità a realizzare questo risultato. Anche il *dividend washing* è strumento in sé ineccepibile e altrettanto lo sono le operazioni di compravendita che lo caratterizzano.

Qui, la critica verso la tesi della nullità del contratto alla base del *dividend washing* è radicale; d'altra parte questa affermazione è forte in sé, poiché, sul piano oggettivo, attribuisce al *dividend washing* una base **incontestabile** sotto il profilo della legittimità: il suo operatore utilizza uno strumento legittimo e consegue un vantaggio altrettanto legittimo.

Però – e qui sta il punto chiave dell'argomento – nell'ambito di detto utilizzo non si possono conseguire vantaggi ingiusti, quali sono quelli che perseguono il solo utile fiscale, salva l'ipotesi in cui quest'ultimo sia, nella prospettiva dell'operatore (ed è da ritenere sullo stesso piano oggettivo), minoritario rispetto ad altre finalità (evidentemente economiche).

Ciò che turba lo schema precedente, e cioè l'utilizzo positivo di strumenti giuridici, volti a conseguire il vantaggio fiscale, è costituito dalle finalità e, quindi, dai risultati che si perseguono e si realizzano. La stessa **distorsione**, richiamata in sentenza, che, letteralmente, parrebbe investire gli strumenti utilizzati, è in realtà un riflesso di queste ultime finalità.

Questa, la sostanza della tesi introdotta dalle Sezioni Unite.

Ma, se così è, **come** e **quando** può realizzarsi il **contrasto** e quindi la violazione all'art. 53 della **Costituzione**?

La risposta è facile, essendo evidente come questo risultato presupponga innanzitutto la violazione del principio dell'imposizione secondo il criterio della capacità contributiva. È la stessa sentenza che, prevedendo la compatibilità dei vantaggi accordati in sede normativa, in quanto compatibili con il rispetto di quest'ultimo principio, introduce il concetto di vantaggi ingiusti per qualificare quelli che sono prettamente fiscali.

Tutta la questione si riduce allora al seguente tema: la minusvalenza che consegue all'applicazione del *dividend washing* è qualificabile come vantaggio tale da turbare l'equilibrio discendente dall'applicazione della norma costituzionale?

Siccome la sua **ingiustizia** è un corollario di questa qualificazione, è necessario indugiare su quest'ultima analisi, dalla quale dipende l'attesa risposta.

Se, dalle operazioni di *dividend washing*, consegue la minusvalenza, questa, in quanto effettiva, entra di diritto nel bilancio fiscale e quindi, indirettamente, nella correlativa dichiarazione del contribuente ai fini delle imposte dirette. Accertata questa conseguenza, è evidente come nessun pregiudizio può essere, attraverso essa, prodotto nei confronti dello schema costituzionale. Se la sua assunzione è corretta e, quindi, se la minusvalenza è parte legittima del bilancio fiscale, è logicamente impossibile attribuire alla stessa vizi di costituzionalità. Vizi che, invece, si riscontrerebbero nel caso contrario, poiché escludendola, si verrebbe a falsare quel bilancio, attribuendo all'Amministrazione finanziaria un vantaggio ingiusto.

Infine, il vizio della incostituzionalità può riferirsi ad un'operazione in quanto tale, se essa si iscrive correttamente in una norma positiva, oppure investe quest'ultima e, quindi, necessita della sua dichiarazione nel procedimento previsto specificamente in sede giudiziale?

A meno che l'affermazione dell'ingiustizia affondi su premesse **non giuridiche**, volendosi introdurre, nei confronti del *dividend washing*, penalizzazioni che attengono alla scelta del suo autore; ma, in questo caso, il ragionamento si allontanerebbe dalla stessa impostazione adottata nella sentenza in commento.