

Le classificazioni di bilancio tra determinazione del reddito d'impresa e applicabilità delle norme antielusive

SOMMARIO: **1.** Premessa: la rilevanza attribuita alle classificazioni di bilancio dalla recente riforma tributaria. - **2.** Classificazioni di bilancio e principio di derivazione del reddito imponibile dalle risultanze di bilancio. - **3.** Principio di derivazione e potere dell'amministrazione finanziaria di contestare le risultanze di bilancio. - **4.** Principio di derivazione e potere dell'amministrazione finanziaria di sindacare le scelte di bilancio relative alla classificazione degli elementi patrimoniali. - **5.** L'inserimento delle classificazioni di bilancio nell'ambito della norma antielusiva di cui all'art. 37-bis del DPR n. 600. - **6.** Sulla concreta possibilità dell'Amministrazione finanziaria di sindacare, in chiave antielusiva, le classificazioni di bilancio delle partecipazioni. - **7.** Impatto delle disposizioni fiscali del decreto IAS sulla *participation exemption* e sull'applicazione della norma antielusiva.

1. Premessa: la rilevanza attribuita alle classificazioni di bilancio dalla recente riforma tributaria. - Il presente scritto riguarda un tema che è divenuto di particolare attualità con la recente riforma tributaria, attuata con il D.Lgs. 12 dicembre 2003, n. 344 (1), in considerazione della rilevanza che il legislatore ha assegnato alla classificazione delle partecipazioni nel bilancio ai fini della fruizione della cd. *participation exemption*.

Come è noto, infatti, onde beneficiare dell'esonero sulle plusvalenze da partecipazioni, l'art. 87 Tuir pretende che sussistano quattro requisiti, tra i quali quello che qui interessa maggiormente è l'iscrizione delle partecipazioni tra le immobilizzazioni nel primo bilancio chiuso durante il periodo di possesso.

A tale disposizione si deve aggiungere quella dettata dall'art. 4, comma 1, lett. g), del menzionato D.Lgs. n. 344/2003, a mente del quale, per le partecipazioni già possedute alla data di entrata in vigore della riforma, il suddetto requisito sussiste se le partecipazioni sono state clas-

(1) Attuativo della delega contenuta nella legge 7 aprile 2003, n. 80 ed ultimamente corretto con il D.Lgs. 19 novembre 2005, n. 247.

sificate tra le immobilizzazioni nel bilancio relativo al secondo periodo d'imposta precedente all'entrata in vigore delle riforma.

Dunque, con la riforma, all'operazione di classificazione degli *asset* all'interno dello schema di bilancio – più precisamente dello stato patrimoniale – è stata ricondotta una particolare rilevanza ai fini della quantificazione dell'imponibile, rilevanza che giunge fino all'attribuzione del diritto alla non tassazione delle plusvalenze (2) ovvero alla deducibilità delle minusvalenze (andando ben al di là del diritto alla rateazione della plusvalenza in passato previsto dall'art. 54 Tuir ed ora ribadito dall'art. 86, comma 4, del medesimo testo unico riformato).

Senonché, prima di concentrare l'attenzione sulle questioni che attingono alla classificazione delle partecipazioni, è utile inquadrare sistematicamente l'argomento, allargando la visuale all'intero sistema dell'imposizione reddituale.

Da questa prospettiva più ampia e generale risulta evidente come l'argomento delle classificazioni si inserisca in una tematica tra le più dibattute del diritto tributario, vale a dire quella del rapporto tra bilancio e dichiarazione, rapporto che ha molto attirato l'attenzione della dottrina per le reciproche interrelazioni e interferenze che il legislatore, adottando nel corso del tempo modelli diversi (3), ha inteso instaurare tra i due adempimenti.

(2) A seguito dell'entrata in vigore del DL 3 settembre 2005, n. 203, l'esenzione non è più totale: essa è stata dapprima limitata al 95 per cento dell'ammontare della plusvalenza e, per effetto della legge di conversione 2 dicembre 2005, n. 248, è stata ridotta al 91 per cento e diventerà dell'84 per cento, a decorrere dal 2007.

(3) Ricordo che, nel tempo, il legislatore ha adottato diversi modelli per regolare il delicato rapporto che intercorre tra bilancio d'esercizio e determinazione del reddito imponibile. La delicatezza di tale rapporto trae essenzialmente origine dalla circostanza che il bilancio d'esercizio ha assunto (oramai da lungo tempo) la duplice funzione di strumento informativo per i soci e per i terzi e di punto di partenza per la determinazione dell'imponibile.

Tralasciando la legislazione anteriore alla riforma tributaria di inizio degli anni settanta, già l'art. 3 della legge delega n. 825/1971 prevedeva che la determinazione dell'imponibile fosse "analitica" ed avvenisse "in base alle risultanze del bilancio o del rendiconto, tranne che per i redditi di terreni e fabbricati e per i redditi agrari", rendendo così il bilancio d'esercizio la "base" per la determinazione dei redditi da assoggettare a tassazione.

Senonché, i criteri di determinazione del risultato civilistico non sono mai stati considerati *tout court* adottabili anche ai fini fiscali, prevalentemente alla luce della loro flessibilità e prudenza. Si è perciò preferito adottare un sistema che prevedesse l'effettuazione di "variazioni in aumento ed in diminuzione", finalizzate a "trasformare" il risultato civilistico in base imponibile.

2. Classificazioni di bilancio e principio di derivazione del reddito imponibile dalle risultanze di bilancio. - Più in particolare, l'argomento si colloca nell'area delle interferenze del bilancio rispetto alla dichiara-

Nel testo unico n. 597/1973 è stato infatti previsto, all'art. 52, che «il reddito d'impresa è costituito dagli utili netti conseguiti nel periodo d'imposta, determinati in base alle risultanze del conto dei profitti e delle perdite con le variazioni derivanti dai criteri stabiliti nelle successive disposizioni di questo titolo» (nello stesso senso l'art. 5 del DPR n. 598/1973). Analogamente, nel Tuir del 1986 – anteriormente alle modifiche apportate con la riforma del 2003 – veniva previsto, all'art. 52, che il reddito d'impresa venisse determinato “apportando al risultato netto del conto dei profitti e delle perdite, relativo all'esercizio chiuso nel periodo d'imposta, le variazioni in aumento o in diminuzione conseguenti all'applicazione dei criteri stabiliti nelle successive disposizioni del presente capo”. Per poi arrivare alla formulazione vigente dell'art. 83 – sostanzialmente immutata – in base al quale “il reddito complessivo è determinato apportando all'utile o alla perdita risultante dal conto economico, relativo all'esercizio chiuso nel periodo d'imposta aumentato o diminuito dei componenti che per effetto dei principi contabili internazionali sono imputati direttamente a patrimonio, le variazioni in aumento o in diminuzione conseguenti all'applicazione dei criteri stabiliti nelle successive disposizioni della presente sezione”.

Il modello di determinazione del reddito d'impresa così configurato è stato definito di “dipendenza parziale” in quanto l'utile di bilancio funge da “mera base di partenza per il calcolo del reddito d'impresa, designando la normativa tributaria una trama di regole talvolta obbligatorie, talaltra soltanto facoltizzanti, ad operare in sede di confezione della dichiarazione degli aggiustamenti e delle rettifiche di segno positivo o di segno negativo al dato civilistico” (G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario, Parte speciale*, Padova, 2005, 231). Metodo che si contrappone, da un lato, a quello di “dipendenza assoluta”, in cui v'è coincidenza tra imponibile e reddito indicato in bilancio e, dall'altro lato, a quello del “doppio binario”, in cui il computo del reddito imponibile dovrebbe essere indipendente dalla (ed ininfluenza sulla) determinazione del risultato civilistico.

In merito ai rapporti tra determinazione dell'imponibile e bilancio d'esercizio, tra i molti lavori pubblicati e senza pretesa di esaustività, vd. G. FALSITTA, *Il bilancio di esercizio delle imprese*, Milano, 1985; G. FALSITTA, *Il problema dei rapporti tra bilancio civile e bilancio fiscale nel progetto di riforma della imposta sulle società (Ires)*, in questa Rivista, 2004, I, 921; F. TESAURO, *Esegesi delle regole generali sul calcolo del reddito d'impresa*, in AA.VV., *Commentario al Testo Unico delle imposte sui redditi e altri scritti*, Roma-Milano, 1990, 217; R. LUPI, *La determinazione del reddito e del patrimonio delle società di capitali tra principi civilistici e norme tributarie*, in *Rass. trib.*, 1990, I, 699; E. POTITO, *I rapporti tra bilancio civile e dichiarazione nella normativa del testo unico delle imposte sui redditi*, in *Riv. dir. fin.*, 1989, I, 28; N. D'AMATI, *Inquinamento e disinquinamento: le origini della questione e i criteri stabiliti dal Tuir 2003*, in *Rass. trib.*, 2005, 1795; A. GIOVANNINI, *Bilancio civile e variazioni fiscali*, in *Riv. dir. fin.*, 1993, I, 588; S. LA ROSA, *Prime osservazioni sui rapporti tra bilancio e dichiarazione negli artt. 75 e 76 del nuovo testo unico*, in *Dir. prat. trib.*, 1987, I, 937; E. NUZZO, *Esegesi delle norme in tema di documentazione delle componenti negative del reddito d'impresa*, in *Rass. trib.*, 1995, 18.

zione, ossia dell'effetto delle scelte civilistiche e contabili sulla determinazione della base imponibile delle imposte sui redditi (4).

Nel contempo, tuttavia, con la prevalente finalità di assicurare certezza ed obiettività alla determinazione dell'imponibile, vigeva la regola di previa imputazione a conto economico, in base alla quale "i costi e gli oneri non sono ammessi in deduzione se non risultano imputati al conto dei profitti e delle perdite allegato alla dichiarazione" (così l'art. 74 del DPR n. 597/1973; nello stesso senso, poi, si vedano gli artt. 75, prima della riforma del 2003, e 109, successivamente, del Tuir, fermo restando quanto si dirà nel prosieguo in merito al cd. prospetto di raccordo).

Ciò ha portato ad adottare la definizione di modello di "dipendenza rovesciata", alla luce del "ribaltamento" dell'ordinario rapporto di dipendenza del reddito d'impresa dal risultato del conto economico" (G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario, Parte speciale*, cit., 236) che, contrapponendosi decisamente al regime del "doppio binario", è caratterizzato dall'idoneità alla generazione delle cd. interferenze fiscali sul bilancio (su cui vd. la nota successiva).

Da ultimo, con la riforma del diritto societario e del sistema fiscale, il legislatore, a decorrere dal 2004, ha adottato un modello alternativo, incentrato proprio sull'eliminazione di dette interferenze fiscali e sulla possibilità di dedurre taluni costi non previamente imputati a conto economico attraverso la loro separata indicazione in dichiarazione dei redditi, con un conseguente potenziale allontanamento dell'ammontare del reddito imponibile da quello dell'utile civilistico ante imposte (sul punto G. Zizzo, *I principi contabili internazionali nei rapporti tra determinazione del risultato di esercizio e determinazione del reddito imponibile*, in questa Rivista, 2005, I, 1166, rileva un "allentamento del legame tra reddito imponibile e risultato di esercizio").

(4) Il che non esclude, anzi, che le classificazioni di bilancio siano a loro volta influenzate dalla possibilità di beneficiare di determinati regimi fiscali, sicché la tematica delle classificazioni finisce con lo sconfinare nell'area del cd. inquinamento del bilancio da parte delle scelte fiscali.

Si tratta di una problematica che ha la sua manifestazione più rilevante – ma non unica – nell'inquinamento del conto economico (eppertanto, in via mediata, dello stato patrimoniale) per effetto della regola menzionata della previa imputazione di cui all'art. 109, comma 4, del Tuir (già art. 75, comma 4) e della indeducibilità fiscale dei costi non imputabili a conto economico secondo le regole civilistiche.

Ora, l'inquinamento fiscale del bilancio si sostanziava nell'iscrizione in conto economico di costi maggiori rispetto a quelli iscrivibili in base alle regole civilistiche-contabili, finalizzata alla possibilità di ottenerne la deduzione ai fini fiscali, deduzione che, per l'appunto, era subordinata alla "previa imputazione a conto economico".

La "legittimazione" civilistica dell'inquinamento del bilancio derivava *in primis* dall'ultimo comma dell'art. 2426 c.c., che consentiva l'inquinamento del conto economico e dello stato patrimoniale (*rectius* l'effettuazione di rettifiche di valore ed accantonamenti esclusivamente in applicazione di norme tributarie) a condizione che gli effetti di tale inquinamento fossero descritti in nota integrativa.

A tale legittima forma di inquinamento, si sommava poi il comportamento tenuto nella prassi da molti contribuenti, consistente nell'adozione di scelte di bilancio esclusivamente ispirate da esigenze di natura fiscale e non illustrate in nota integrativa.

Come si è detto, al problema il legislatore tributario ha da tempo dato una risposta in termini di “derivazione” della dichiarazione rispetto al bilancio, con la regola della cd. “tassazione in base a bilancio” sancita dall’art. 3, n. 2) e 6), della legge delega di riforma tributaria n. 825/1971,

Per una rassegna in ordine alle discipline che si sono succedute nel tempo in relazione al tema del disinquinamento del bilancio vd., tra i tanti, G. FALSITTA, *Il problema dei rapporti tra bilancio civile e bilancio fiscale nel progetto di riforma della imposta sulle società (Ires)*, cit., 921; F. GALLO, *Brevi note sulla necessità di eliminare le interferenze della normativa fiscale nella redazione del bilancio di esercizio*, in questa Rivista, 2000, I, 11; G. TABET, *I lavori della commissione Gallo con particolare riferimento al tema del disinquinamento del bilancio*, in Fisco, 2003, 6063; N. D’AMATI, *Inquinamento e disinquinamento: le origini della questione e i criteri stabiliti dal Tuir 2003*, cit., 1795; G. ZIZZO, *Riflessioni in tema di disinquinamento del bilancio di esercizio e cancellazione della regola della previa imputazione a conto economico dei componenti negativi del reddito d’impresa*, in questa Rivista, 2000, I, 497; T. DI TANNO, *Brevi note a favore del doppio binario nella determinazione del reddito d’impresa*, in questa Rivista, 2000, I, 407.

Ebbene, il sistema anteriore alla riforma del Tuir, realizzata con il D.Lgs. n. 344/2003, non si è dimostrato idoneo a garantire le esigenze informative del bilancio, poiché (oltre a depotenziare il contenuto esplicativo del conto economico e dello stato patrimoniale, affidando alla nota integrativa il compito di “correggere” le imperfezioni di tali ultimi documenti) la prassi maggiormente seguita era quella di derogare ai criteri civilistici, adottare i criteri fiscali e non fornire le informazioni supplementari richieste in nota integrativa. Sul punto la dottrina aziendalistica ha rilevato che da un’analisi dei bilanci pubblicati dalle imprese nel periodo di vigenza del comma 2 dell’art. 2426 c.c., si poteva evincere che la nota integrativa rappresentava l’“anello debole” del bilancio in quanto la “genericità delle informazioni riguardanti le interferenze fiscali, in molti casi, impedisce di determinare, quantitativamente, l’impatto sul reddito d’esercizio, delle rettifiche e degli accantonamenti effettuati per motivi esclusivamente tributari” (così M.S. AVI, *Bilanci “irregolari” e Fisco*, in Fisco, 1999, 6708).

Con le recenti riforme del diritto societario e dell’imposizione sul reddito delle società il problema è stato affrontato attraverso l’abrogazione del comma 2 dell’art. 2426 c.c. e la contestuale introduzione della regola, contenuta nel novellato art. 109, che consente di dedurre taluni componenti negativi di reddito non previamente imputati a conto economico attraverso la loro indicazione in un apposito quadro della dichiarazione dei redditi (il quadro EC).

Si tratta di una soluzione che rischia di essere solamente parziale, poiché, secondo quanto sostenuto dalla stessa amministrazione finanziaria, la tecnica della deduzione in dichiarazione dei redditi (eppertanto fuori bilancio) non si renderebbe applicabile a tutti i componenti negativi: la Circolare n. 27 /E del 31 maggio 2005, infatti, ha segnalato che, ad esempio, sarebbe esclusa dall’ambito applicativo della disposizione in argomento la deduzione delle spese a carattere pluriennale (spese relative a studi e ricerche, spese di pubblicità e altre spese ad utilità pluriennale) disciplinate dall’art. 108 Tuir.

Per di più, il sistema della deduzione fuori bilancio (con necessità di computare la fiscalità differita, di compilare il quadro EC e di rispettare le condizioni previste dal com-

sul presupposto che l'adozione delle risultanze contabili consenta di approssimarsi alla effettiva capacità contributiva dell'imprenditore (5).

La regola è stata peraltro ripresa dal Tuir e confermata dalla recente riforma del 2004 che ha codificato nell'attuale art. 83 Tuir il principio secondo cui il reddito d'impresa viene determinato apportando variazioni in aumento e in diminuzione alle risultanze del conto economico.

Da ultimo, in occasione dell'introduzione dei principi contabili internazionali (cd. IAS), il legislatore ha modificato tale articolo, specificando che il risultato di bilancio deve essere altresì aumentato o diminuito dei componenti che per effetto dei principi contabili internazionali sono imputati direttamente a patrimonio, anziché essere fatti transitare per il conto economico (6). Tuttavia, la novella non mi sembra sottenda una volontà di rinnegare il principio di "derivazione" sopra enunciato, anzi mi pare che si muova proprio nella logica di quel principio, dettando un criterio di raccordo tra bilancio e dichiarazione che tende a neutralizzare sul piano fiscale la scelta in ordine ai principi contabili da seguire nella redazione del bilancio. Di talché, sia che si seguano i principi nazionali, sia che si adottino i cd. IAS, la scelta dovrebbe risultare in-

ma 4 dell'art. 109 del Tuir in caso di distribuzione di utili e riserve) non garantisce l'effettivo disinquinamento del bilancio, poiché è assai difficile sradicare la prassi – molto seguita, in particolare nelle realtà di medie e piccole dimensioni – di sistematica (o quantomeno prevalente) adozione dei criteri di valutazione dettati dal legislatore tributario, anche ai fini civilistici.

Per un primo commento sul sistema disciplinato dal novellato art. 109 del Tuir si segnalano G. ZIZZO, *La deduzione dei componenti negativi forfetariamente determinati*, in *TributImpresa*, 2005, 17; A. CONTRINO, *La deduzione fiscale dei componenti negativi "forfetari" (e delle eccedenze dei canoni di leasing finanziario) non imputate a conto economico*, in questa Rivista, 2005, 1023; G. FERRANTI, *Il disinquinamento dei bilanci delle società di capitali*, in *Corr. trib.*, 2004, 1379; F. ROSSI RAGAZZI, *L'eliminazione delle interferenze fiscali nella redazione del bilancio d'esercizio*, in *Fisco*, 2003, 17564.

(5) In tal senso L. TOSI, *Le predeterminazioni normative nell'imposizione reddituale*, Milano, 1999, 3; G. FALSITTA, *Il bilancio di esercizio delle imprese*, cit., 5; G. FALSITTA, *Lezioni sulla riforma tributaria*, Padova, 1972, 311. In argomento vd. altresì A. FANTOZZI e M. ALDERIGHI, *Il bilancio e la normativa tributaria*, in *Rass. trib.*, 1984, I, 117; L. PERRONE, *Evoluzione e prospettive dell'accertamento tributario*, in *Riv. dir. fin.*, 1982, I, 105; E. NUZZO, *Modalità di documentazione delle divergenze esistenti tra utile di bilancio e reddito tassabile*, in *Riv. dir. fin.*, 1982, I, 608; L. POTITO, *I rapporti tra bilancio civile e dichiarazione nella normativa del testo unico delle imposte sui redditi*, in *Riv. dir. fin.*, 1989, I, 31; F. TESAURO, *Esegesi delle regole generali sul calcolo del reddito d'impresa*, cit., 218; M. MICCINESI, *I tributi diretti erariali*, in Russo P., *Manuale di diritto tributario*, Milano, 1994, 534.

(6) Cfr. art. 11, comma 1, del D.Lgs. 28 febbraio 2005, n. 38.

differente ai fini della quantificazione dell'imponibile fiscale, atteso che anche quei componenti che – in forza dei principi internazionali – non vengono fatti transitare per il conto economico, ma affluiscono direttamente al patrimonio netto, vanno considerati nella determinazione del reddito, al pari di quanto sono tenuti a fare i contribuenti che contabilizzano gli stessi componenti nel conto economico in virtù dei principi contabili nazionali (7).

Ora, dal principio di derivazione testè illustrato mi pare si possa trarre il corollario secondo il quale, tutte le volte in cui non vi sono prescrizioni nella legge tributaria (“nelle successive disposizioni”, recita l'art. 83), le scelte civilistiche – che possono attenersi sia allo stato patrimoniale, sia al conto economico – tendono ad influenzare direttamente la quantificazione del reddito. Penso, ad esempio, alla rilevanza di componenti positivi e negativi “atipici”, ossia risultanti dal bilancio, ancorché non nominati dal Tuir, piuttosto che alla regola generale secondo cui costi e ricavi rilevano alla stregua dei corrispettivi – ossia dei dati civilisticamente rilevanti – delle transazioni (salvo casi particolari espressamente nominati), piuttosto che alla rilevanza dei criteri civilistici di valutazione delle rimanenze e delle opere ultrannuali (anche se, per queste ultime, l'adozione del criterio del costo a fini fiscali è subordinata ad un'autorizzazione dell'Agenzia delle entrate), nonché delle scelte operate dai redattori dei bilanci in ordine alla capitalizzazione delle spese pluriennali, alla capitalizzazione delle spese di manutenzione, alla commisurazione dell'ammortamento delle spese su beni di terzi, all'iscrizione di somme a titolo di avviamento, all'adozione del metodo del patrimonio netto ai fini della valutazione delle partecipazioni, ecc.

In questi casi, mi sembra che la scelta di recepire le decisioni assunte in ambito civilistico (che per l'appunto trovano evidenza nelle risultanze del bilancio) disveli la volontà del legislatore di fare, per così dire, affidamento sul sistema dei principi, delle garanzie e dei limiti sanciti in sede civilistica (8), considerandoli sufficienti ad assicurare la pro-

(7) Semmai, uno scostamento rispetto a quel principio di derivazione si può ravvisare nella previsione introdotta nell'art. 102, comma 7, a proposito del *leasing*, giacché la novella prevede che anche coloro che adottano gli IAS deducano a fini fiscali i canoni di locazione, ancorché gli stessi non contabilizzino in bilancio tra i costi i canoni di locazione, bensì le quote di ammortamento dei beni in *leasing* e i relativi oneri finanziari.

(8) Ancorché tali garanzie assicurate dalle disposizioni civilistiche risultino affievolite per quanto riguarda le imprese individuali e le società di persone che, come noto, non sono obbligate alla redazione ed alla presentazione del bilancio secondo le previsio-

tezione del (diverso) bene giuridico tutelato dalla norma fiscale, il quale si focalizza sulla veridicità del reddito dichiarato, intesa quale tendenziale corrispondenza dell'imponibile dichiarato rispetto alla effettiva capacità contributiva del singolo contribuente.

3. Principio di derivazione e potere dell'amministrazione finanziaria di contestare le risultanze di bilancio. - Senonché, questo corollario non si risolve, sul versante dell'accertamento, in un principio di insindacabilità assoluta delle scelte civilistiche da parte dell'amministrazione finanziaria, e ciò proprio in considerazione dell'esigenza di effettiva tutela dell'interesse protetto dal legislatore tributario. Può accadere – come accade, infatti – che:

- a) il dato di bilancio non rispecchi la realtà delle operazioni;
- b) il dato di bilancio, pur rispecchiando la realtà delle operazioni, si presti a “nascondere” manovre di erosione dell'imponibile fiscale;
- c) il dato di bilancio non sia valorizzato o classificato o, più in generale, “appostato”, in ottemperanza alle disposizioni civilistiche che lo regolano (e che il legislatore tributario ha assunto come garanzia di effettiva tutela del bene giuridico dallo stesso considerato).

Sicché, in questi casi non sarebbe ragionevole, in una prospettiva sistematica, sostenere che il principio di derivazione della dichiarazione rispetto al bilancio – e dunque del reddito imponibile rispetto alle risultanze di bilancio – postuli la completa impossibilità dell'amministrazione finanziaria di sindacare le scelte assunte in ambito civilistico.

In particolare, possiamo tranquillamente affermare che, nel caso sub a) (che si verifica, ad esempio, nel caso di vendite o acquisti “in nero”), il dato civilistico è superabile *de plano* in sede di accertamento, senza la necessità di contestare formalmente le risultanze di bilancio, in forza sia delle specifiche disposizioni tributarie che regolano i singoli componenti che scaturiscono dalle transazioni, sia delle norme dettate in tema di accertamento che attribuiscono all'amministrazione il potere di accertare il reddito effettivo dei contribuenti, superando – a prescindere da una formale contestazione rispetto ai parametri civilistici – le risultanze contabili.

Nel caso sub b), poi, il dato di bilancio può essere disatteso – sempre senza la necessità di contestare formalmente il bilancio – ma in virtù

ni di cui agli artt. 2423 ss. c.c. Resta tuttavia fermo che, anche per queste categorie di contribuenti, l'art. 2217 c.c. stabilisce che nelle valutazioni di bilancio l'imprenditore deve attenersi ai criteri stabiliti per i bilanci delle società per azioni, in quanto applicabili.

di norme apposite (9), che consentano all'amministrazione di riquantificare l'imponibile "come se" certi atti non fossero stati compiuti e certe appostazioni contabili non esistessero.

È chiaro che in questo secondo caso ci si muove in una prospettiva diversa dalla precedente, atteso che, nella prima, la rettifica dell'imponibile presuppone un giudizio di non veridicità delle risultanze di bilancio (ancorché tale giudizio, per avere rilevanza sul piano fiscale, non presupponga una formale contestazione del bilancio, neppure in sede civilistica); mentre nella seconda, la rettifica non necessariamente sottende la negazione della veridicità e/o della correttezza delle risultanze contabili.

Si pensi, ad esempio:

- ai casi di *transfer pricing*, di cui si occupano sia il Tuir sia la normativa convenzionale, imponendo, pur in assenza di occultamento di corrispettivi, la sostituzione – ai soli fini fiscali – del valore normale alle risultanze civilistiche;

- agli acquisti dai cd. paradisi fiscali, che sono contrastati dal legislatore con l'ineducibilità del componente negativo ai soli fini della determinazione del reddito imponibile;

- alla classificazione delle spese tra quelle di pubblicità e di rappresentanza, che l'amministrazione può sindacare in sede di accertamento, in ragione della diversa deducibilità delle stesse;

- alle svalutazioni di partecipazioni in società residenti in Stati con i quali non siano in vigore accordi che consentono lo scambio di informazioni, svalutazioni che – in forza del previgente art. 61, comma 3-bis, del Tuir, non più riproposto dopo la recente riforma – l'amministrazione poteva disconoscere, senza la necessità di sindacare la sussistenza dei presupposti di carattere civilistico;

- alle cessioni di beni tra le società incluse per perimetro del consolidamento, sia quelle in regime di neutralità (di cui si occupa l'art. 123, comma 2, Tuir), sia quelle che si collocano al di fuori di detto regime (di cui si occupa la nuova lett. f-bis dell'art. 37-bis DPR n. 600, che l'art. 18, comma 2, del D.Lgs. n. 247/2005 ha peraltro esteso anche alle prestazioni di servizi): operazioni che il legislatore avversa, in ragione del-

(9) E – secondo una certa impostazione – ricorrendo anche alle previsioni civilistiche sull'illiceità o sull'assenza di causa di un determinato contratto: in tal senso vd. C. Cass. 21 ottobre 2005, n. 20398, in *Fisco*, 2005, 16873 (il cui commento esula dall'economia del presente lavoro; per una prima disamina critica vd. comunque D. STEVANATO, *Le "ragioni economiche" del dividend washing e l'indagine sulla "causa concreta" del negozio: spunti per un approfondimento*, in *Rass. trib.*, 2006, 309 ss).

la loro attitudine a consentire manovre sulle perdite pregresse non consentite dalle nuove disposizioni sulla tassazione consolidata, rispettivamente, negando *tout court* l'utilizzo di dette perdite per compensare le plusvalenze realizzate dal cessionario con una successiva cessione, ovvero consentendo l'applicazione della clausola antielusiva, ma in ogni caso mai richiedendo la contestazione – ed anzi presupponendo la veridicità – del dato esposto in bilancio;

- più in generale, a tutti i casi in cui vengono coinvolte operazioni di cui all'art. 37-bis del DPR n. 600, il quale sancisce espressamente la regola della inopponibilità all'amministrazione degli atti, fatti e negozi – e delle corrispondenti rappresentazioni contabili – posti in essere con l'unico scopo di aggirare obblighi o divieti e di ottenere indebiti risparmi d'imposta (10).

Ebbene, in questi casi, il dato di bilancio forma oggetto di sindacato da parte dell'amministrazione non già sotto il profilo della sua veridicità, ossia della sua idoneità a rappresentare in modo fedele le operazioni poste in essere, quanto piuttosto per la sua capacità di celare – pur nella rappresentazione esatta della realtà – manovre che consentano al contribuente di ottenere vantaggi d'imposta disapprovati dal sistema ovvero di rappresentare il risultato dell'utilizzo di strumenti giudicati fiscalmente pericolosi che si prestano alla realizzazione di illeciti difficilmente contrastabili con gli ordinari poteri di accertamento (come avviene per i rapporti con i Paesi a fiscalità privilegiata).

Invece, quando ci si muove al di fuori di queste ipotesi (e delle altre, qui non elencate, che si ispirano alla stessa logica), la risultanza civilistica che rispecchia la realtà delle operazioni poste in essere non sembra superabile, attesa la mancanza di una disposizione *ad hoc* ovvero di

(10) In proposito G. FALSITTA, *Riforma del sistema fiscale e certezza del diritto: dalla nascita prematura e a scalini dell'Ires al mancato varo del codice*, in questa Rivista, 2005, I, 1119, ritiene che “la clausola antielusiva (o l'interpretazione antielusiva) è una forma di interpretazione analogica” e che tale circostanza “è evidente sol che si consideri che nel contesto dell'art. 37 bis, comma 1, la legge impone all'amministrazione l'integrazione analogica, ossia la estensione per via analogica di risultati economici (*eadem legis ratio*), del regime fiscale previsto dalla legge per una sequenza “nominata”, ad altra sequenza, questa innominata ... se la sequenza innominata e atipica realizza – effettuando un percorso di aggiramento – gli stessi effetti economici della sequenza tipica, ma con minor tassazione, la minor tassazione va rimossa e deve ripristinarsi la parità (*ibi eadem legis dispositio*)”. Il chiaro Autore conclude affermando che “la clausola antielusiva rimuove il disallineamento e ripristina la parità”.

argomenti giuridici che permettano di derogare alla regola della derivazione del reddito imponibile rispetto alle risultanze di bilancio (11).

(11) Non mi sembra quindi condivisibile quel filone giurisprudenziale formatosi in relazione ai compensi erogati agli amministratori ed alla loro deducibilità ai fini Ilor. Mi riferisco, per esempio, alla sentenza Cass., 30 ottobre 2001, n. 13478, in questa Rivista, 2001, II, p. 958, secondo cui rientrerebbe nei poteri dell'amministrazione finanziaria la valutazione della congruità dei costi e dei ricavi esposti nel bilancio e nelle dichiarazioni, ancorché non ricorrano irregolarità nella tenuta delle scritture contabili o vizi degli atti giuridici compiuti nell'esercizio d'impresa; sicché, conseguentemente, gli uffici erariali avrebbero il potere di negare la deducibilità di parte di quei costi giudicati sproporzionati rispetto ai ricavi o all'oggetto dell'impresa (nello stesso senso vd. Cass., 27 settembre 2000, n. 12813, in Dir. prat. trib., 2001, II, p. 487; in senso sostanzialmente contrario, però, vd. Cass., 9 maggio 2002, n. 6599, in questa Rivista, 2002, II, 559; Cass. 31 ottobre 2005, n. 21155, in Corr. trib., 2006, 373).

Mentre mi pare che quanto sostenuto nel testo non contrasti con il diverso orientamento giurisprudenziale (Cass., 9 febbraio 2001, n. 1821, in questa Rivista, 2001, II, 504; Cass., 3 maggio 2002, n. 6337, in Corr. trib., 2002, 3737) secondo cui l'amministrazione finanziaria, di fronte ad una scelta manifestamente antieconomica, non avrebbe la possibilità di negare *tout court* la validità del dato civilistico, ma potrebbe valorizzare il fatto noto della abnorme antieconomicità per costruire una presunzione circa la non inerenza di un costo, piuttosto che l'esistenza di una finalità elusiva o l'inesistenza dell'operazione conclusa dal contribuente o la ricorrenza di un'ipotesi di sottofatturazione.

A favore – seppur con sfumature diverse – della interpretazione qui prospettata vd. F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario*, II, parte speciale, Torino, 2005, 112; A. FANTOZZI, *Sindacabilità delle scelte imprenditoriali e funzione nomofilattica della Cassazione*, in questa Rivista, 2003, II, 556; E. DE MITA, in *Il sole* 24 ore, 13 dicembre 1991, 25; R. LUPI, *Valore normale, interposizione e dintorni: in che limiti gli uffici possono sindacare le scelte d'impresa*, in *Rass. trib.*, 1997, 1661; G. MARONGIU, *Il sindacato sulla congruità dei compensi agli amministratori*, in *Corr. trib.*, 2002, 3560; G. TINELLI, *Il principio di inerenza nella determinazione del reddito d'impresa*, in questa Rivista, 2002, I, 462; M. BEGHIN, *Atti di gestione "anomali" o "antieconomici" e prova dell'afferenza del costo all'impresa*, in questa Rivista, 1996, I, 413; S. CIPOLLINA, *"Misura per misura": i compensi agli amministratori di società tra autonomia privata e sindacato del fisco*, in *Giur. comm.*, 2002, II, 658; A. VIGNOLI, *La deduzione dei compensi agli amministratori, tra valori normali, corrispettivi contrattuali e spiragli di riqualificazione contrattuale*, in *Rass. trib.*, 2002, 563; I. CARACCIOLI, E. MASTROGIACOMO, *Comportamento "contrario ai canoni dell'economia" ed accertamento induttivo*, in *Fisco*, 2001, 13711; G. ZOPPINI, *Sul difetto di inerenza per "antieconomicità" manifesta*, in questa Rivista, 1992, II, 935; F. MENTI, *Ancora sulla deducibilità dei compensi agli amministratori di società ritenuti sproporzionati*, in *Dir. prat. trib.*, 2002, II, 480; A. VOGLINO, *Ancora sulla insindacabilità, da parte dell'amministrazione finanziaria, della convenienza economica delle operazioni poste in essere dai contribuenti (Nota a Comm. centr., 5 maggio 1992, n. 3286 e Comm. trib. centrale, 13 maggio 1993, n. 1860)*, in *Boll. trib.*, 1993, 1641.

Non a caso, del resto, la Commissione dei Trenta, in relazione alla bozza di quello che poi sarebbe diventato il Tuir, ha sostenuto che la possibilità di sindacare l'adegua-

Del resto, se così non fosse, e se l'amministrazione potesse in qualsiasi caso rettificare il reddito prescindendo dal dato civilistico, non si capirebbe la funzione di molte delle disposizioni sopra riportate.

4. Principio di derivazione e potere dell'amministrazione finanziaria di sindacare le scelte di bilancio relative alla classificazione degli elementi patrimoniali. - Ma la casistica più delicata, sotto il profilo dei rapporti tra bilancio e dichiarazione, è quella che sopra è stata sintetizzata al punto c), che si realizza allorché il dato di bilancio non è "appostato" in conformità alle disposizioni civilistiche che lo regolano.

Invero, la problematicità della situazione deriva anzitutto dal fatto che vi sono diverse circostanze in cui la valutazione o l'allocatione di una posta di bilancio finiscono con l'essere rimesse al prudente apprezzamento degli amministratori, senza il vincolo di criteri legislativi stringenti e puntuali (12). Si pensi, ad esempio, alla stessa classificazione del-

tezza dei corrispettivi si tradurrebbe in un "incontrollabile potere discrezionale", potenzialmente in grado di sovvertire il sistema stesso di tassazione del reddito d'impresa, dato che l'amministrazione potrebbe sostituirsi alle scelte imprenditoriali, costringendo, di fatto, ad un'omologazione di tutte le operazioni agli *standard* di mercato ed in ultima analisi ad un'imposizione su basi astratte.

D'altro canto, sul piano delle norme che regolano l'accertamento, non sono rinvenibili disposizioni che attribuiscono all'amministrazione il potere di contestare la congruità dei corrispettivi, quando questi siano effettivamente pagati e incassati e si riferiscano ad operazioni realmente effettuate. Né per giungere a diverse conclusioni è possibile ricorrere all'art. 110, comma 7, del Tuir (norma in materia di *transfer pricing*), poiché essa è inequivocabilmente diretta a disciplinare i rapporti che si instaurano tra soggetti residenti fiscalmente in due Stati diversi ed appartenenti al medesimo gruppo (a favore dell'applicabilità dell'istituto del *transfer pricing* con esclusivo riferimento alle fattispecie espressamente previste dalla norma vd. Comm. trib. prov. Milano, sent. 18 marzo 1998, n. 577, in Dir. prat. trib., 1999, II, 999).

In conclusione, allora, se la regola è che la tassazione avviene sulla base dei corrispettivi effettivi e se questa regola sopporta solo alcune ben circoscritte eccezioni stabilite dal legislatore non mi sembra ragionevole pensare che l'amministrazione finanziaria abbia sistematicamente la facoltà di discostarsi dai corrispettivi pattuiti.

(12) Come noto, infatti, le disposizioni in materia di bilancio d'esercizio, in particolare se raffrontate a quelle in materia di determinazione del reddito d'impresa, sono sovente tutt'altro che rigide e puntuali, dovendo garantire ai redattori i margini di discrezionalità necessari al fine di rappresentare in modo chiaro, veritiero e corretto la specifica situazione patrimoniale, finanziaria ed economica dell'impresa.

Né si può ritenere che le questioni concernenti le classificazioni e le valutazioni di bilancio possano e debbano essere risolte esclusivamente in base alle indicazioni fornite dai principi contabili nazionali: essi, infatti, hanno natura non normativa, bensì di mero supporto nell'interpretazione e nell'applicazione dei criteri civilistici, tant'è che stati de-

le partecipazioni all'interno dell'attivo circolante piuttosto che tra le immobilizzazioni finanziarie, scelta che è guidata dal legislatore e dalla prassi contabile con criteri che, per quanto chiari, alla fine si risolvono in un apprezzamento degli amministratori circa la funzione da attribuire ad una operazione nel contesto della più ampia e generale strategia societaria (13). Similmente, si pensi alle decisioni che attengono alla classificazione di un costo tra quelli di diretta imputazione, alla individuazione della durata dell'utilità dell'avviamento piuttosto che dei costi di impianto, ampliamento, ecc., piuttosto che dei costi per studi e ricerche. Ed ancora, alla decisione in ordine al criterio di valutazione (del costo o del patrimonio netto) delle partecipazioni in società controllate o collegate.

Ebbene, in queste circostanze in cui è più netta la scelta legislativa di rimettere la decisione civilistica alla prudenza dell'apprezzamento degli amministratori, mi sembra che diventi molto più sfuggente il confine

finiti "regole tecniche aventi anche funzione integrativa delle norme di legge ma sempre subordinate alle norme di legge" [G.E. COLOMBO, *Bilancio di esercizio*, in Colombo G.E., Portale G.B. (diretto da), *Trattato delle società per azioni*, Torino, 1994, VII, 210].

Ben diversa, come noto, è la situazione per quanto riguarda i principi contabili internazionali, che, invece, sono introdotti nell'ordinamento con veri e propri atti normativi. I principi contabili internazionali IAS/IFRS, infatti, seppur predisposti da un organismo indipendente (l'International Accounting Standards Board – IASB), vengono oggi adottati mediante Regolamenti comunitari, attraverso una particolare procedura di omologazione, detta *endorsement mechanism*, disciplinata dal Regolamento n. 1606 del 2002 (la prima omologazione è avvenuta con il Regolamento 29 settembre 2003, n. 1725) e finalizzata a verificare che essi non siano contrari ai principi di rappresentazione veritiera e corretta (o, meglio, "*true and fair view*"), contribuiscano all'interesse pubblico europeo e rispondano ai criteri di comprensibilità, pertinenza, affidabilità e comparabilità richiesti dall'informazione finanziaria necessaria per adottare le decisioni economiche e valutare l'idoneità della gestione.

(13) Ai fini dell'individuazione dei criteri che regolano la classificazione dei titoli azionari in bilancio è necessario fare riferimento all'art. 2424-bis c.c., in forza del quale "gli elementi destinati ad essere utilizzati durevolmente devono essere iscritti tra le immobilizzazioni". La medesima disposizione prosegue, al comma 2, puntualizzando che "le partecipazioni in altre imprese in misura non inferiore a quelle stabilite dal comma 3 dell'art. 2359 si presumono immobilizzazioni". Senonché, come precisato dalla relazione ministeriale al D.Lgs. n. 127/1991, il comma 2 dell'art. 2424-bis c.c. reca una presunzione *iuris tantum*. Ciò significa che, in ogni caso, debbono essere iscritte nell'attivo circolante le partecipazioni in società controllate e collegate qualora esse siano destinate alla cessione o siano state acquistate per scopi meramente speculativi. Analogamente, indipendentemente dalla quota di capitale detenuta, qualora una partecipazione rappresenti un investimento durevole per la società partecipante, essa dovrà essere iscritta tra le immobilizzazioni finanziarie.

tra l'illiceità della decisione e la sua semplice inopportunità o la sua incoerenza: nel senso che, tanto più è marcata la componente soggettiva, tanto più diventa difficile attrarre una scelta *lato sensu* errata all'area dell'illecito; ed ancor più se si tiene conto che la decisione deve essere valutata "*ex ante*" rispetto alla sua attuazione, ossia ponendosi nella medesima prospettiva in cui si trovavano gli amministratori allorquando l'hanno assunta.

Il che si traduce, ovviamente, in un obiettivo ostacolo – che in certi casi mi sembra diventi insuperabile – alla facoltà dell'amministrazione di sindacare quelle scelte per le ripercussioni che possono avere sul terreno fiscale, anche ragionando nella prospettiva – come vedremo, non del tutto pacifica – che riconosce all'amministrazione il potere di contestare le decisioni civilisticamente non corrette.

Ed in effetti, è concreto il rischio che siffatto potere sconfini nell'area delle decisioni arbitrarie proprio perché la mancanza di parametri legislativi univoci e stringenti priva di supporto normativo anche le valutazioni e le decisioni della stessa amministrazione, con evidenti pericoli di violazioni del principio dell'imparzialità dell'azione amministrativa e, in ultima analisi, dello stesso principio di legalità dell'imposizione.

È chiaro che un simile pericolo nemmeno si prospetta se si accede alla tesi dell'assoluta insindacabilità delle scelte di bilancio da parte dell'amministrazione finanziaria, tesi che muove dalla constatazione che il legislatore del testo unico ha, da un lato, disciplinato con regole *ad hoc* non tutte le componenti reddituali, e, dall'altro lato, in alcune circostanze ha rinviato più o meno espressamente alle scelte operate in sede civilistica, senza mai attribuire espressamente all'amministrazione il potere di sindacare le decisioni altrove assunte. Tant'è che – si potrebbe aggiungere – quando il legislatore ha inteso consentire all'amministrazione di discostarsi dalle scelte di bilancio, lo ha detto apertamente, come è accaduto in ambito Irap per effetto dell'art. 11, comma 4, del D.Lgs. n. 446/1997, laddove si stabilisce che "independentemente dalla collocazione nel conto economico, i componenti positivi e negativi sono accertati in ragione della loro corretta classificazione". A contrario, si potrebbe allora sostenere che, ogniqualvolta un simile potere non sia riconosciuto, l'amministrazione non sarebbe legittimata a contestare le scelte di bilancio operate dagli amministratori e che, pertanto, la base imponibile non potrebbe essere rettificata e resterebbe definitivamente quantificata in ragione della rilevanza sul piano reddituale di quelle decisioni. Senza contare che, sul versante processuale, questa tesi potrebbe trovare supporto

in quell'indirizzo giurisprudenziale che ha negato all'amministrazione la legittimazione a contestare, in sede extra tributaria, la veridicità dei bilanci (14): come a dire che l'amministrazione non rientrerebbe tra i soggetti danneggiati da un bilancio falso (in quanto viziato da scelte contrarie alle prescrizioni civilistiche), ancorché tale falsità si sia tradotta in un'indebita riduzione dell'imponibile e dell'imposta pagata all'erario.

Ebbene, è evidente che in questa prospettiva non sussiste il rischio che l'accertamento dell'amministrazione si traduca in un potere di sindacare, arbitrariamente, le scelte imprenditoriali, appunto perché il potere di accertamento si dovrebbe arrestare di fronte alle scelte civilistiche, come del resto è stato riconosciuto dalla stessa amministrazione finanziaria che in alcune occasioni si è schierata – sia pure con qualche distinguo – a favore della non contestabilità delle scelte di bilancio (15).

(14) Con riferimento alla normativa penale previgente alla riforma degli artt. 2621 ss. c.c., attuata con il D.Lgs. 11 aprile 2002, n. 61, va rilevato che l'orientamento giurisprudenziale e dottrinale maggioritario escludeva che il reato di cui all'art. 2621 c.c. fosse configurabile nell'ipotesi in cui il falso in bilancio venisse posto in essere con l'unica finalità di frodare il fisco, poiché detta norma sarebbe diretta a garantire gli interessi della società, dei soci e dei creditori (Cass. 27 agosto 2001, n. 31953, in *Giur. imp.*, 2001, p. 1140; Cass. 31 marzo 2000, n. 4128, in *Fisco*, 2000, 9326; in dottrina vd. I. CARACCIOLI, A. GIARDA, A. LANZI, *Diritto e procedura penale tributaria*, Padova, 1989, 235; L. IMPERATO, *Ravvedimento operoso, frode fiscale e falso in bilancio*, in *Fisco*, 1993, 9998; E. MUSCO, *Diritto penale societario*, Milano, 1999, 137; A. TRAVERSI, *I reati tributari in materia di imposte dirette e Iva*, Milano, 1986, 529; V. D'AMBRA, *Il rapporto tra falso in bilancio e gli artt. 3 e 4 del D.Lgs. n. 74/2000*, in *Fisco*, 2000, 9322). Di qui la considerazione che il Fisco non potesse essere ricompreso tra i soggetti terzi tutelati dalle disposizioni in materia di false comunicazioni sociali (Trib. Venezia, 28 novembre 1986, n. 948 in *Rass. trib.*, 1987, II, 139, con nota di E. Fortuna; L. TOSI, *Frode fiscale e falso in bilancio: prime considerazioni dopo la riforma del diritto penale tributario*, in *Fisco*, 2000, 11329).

Quanto alla disciplina vigente, invece, la relazione accompagnatoria al D.Lgs. 11 aprile 2002, n. 61, in sede di commento alla formula utilizzata dal legislatore “con l'intenzione di ingannare i soci o il pubblico”, ha specificato come “appaia all'evidenza indiscutibile che nel concetto espresso dal termine pubblico non possa essere ricompreso il fisco”. A questo proposito è rilevante che la Suprema Corte, con la sentenza 27 settembre 2002, in banca dati Foro Italiano, abbia riconosciuto che “in tema di false comunicazioni sociali, le condotte decettive tenute al solo scopo di ingannare il fisco non sono punibili ai sensi degli artt. 2621 e 2622 c.c., come modificati dall'art. 1 D.Lgs. 11 aprile 2002 n. 61, ferma restando l'eventuale loro rilevanza come frodi fiscali”.

(15) In tal senso si veda la Circolare n. 73/E del 27 maggio 1994, con cui il Ministero delle finanze ha precisato che “l'amministrazione finanziaria deve attenersi ai dati di bilancio, salvo che questi risultino poi invalidati a seguito di pronuncia dell'autorità giudiziaria” e che “l'impugnativa della delibera di approvazione del bilancio non dovrebbe riguardare, l'amministrazione finanziaria”. In un successivo passo della stessa

Non così, invece, se si aderisce alla tesi che riconosce, in linea di principio, all'amministrazione il potere di contestare le scelte di bilancio. Si tratta di una tesi che fa leva sul paradosso cui conduce l'opposta conclusione, consistente nel non consentire all'amministrazione finanziaria di agire per tutelare il bene giuridico protetto dal legislatore tributario tutte le volte in cui la lesione di questo bene discenda dalla violazione di quegli stessi principi civilistici cui il legislatore tributario ha fatto rinvio proprio per assicurare la correttezza dell'imponibile dichiarato. In altri termini, non avrebbe senso che il legislatore tributario, da un lato, abbia individuato nelle regole civilistiche i principi idonei ad assicurare la corrispondenza dell'imponibile alla effettiva capacità contributiva manifestata dal contribuente e, dall'altro lato, non abbia riconosciuto all'amministrazione il potere di verificare il rispetto di quei principi e, soprattutto, il potere di agire per contrastare eventuali violazioni di quei principi che si traducano nella dichiarazione di un imponibile non in linea con la effettiva capacità contributiva.

E la configurabilità di un simile potere – che potrebbe essere considerato implicito al potere di accertamento del reddito effettivamente prodotto dal contribuente – potrebbe non trovare ostacoli sul versante processuale se si considera che, con l'entrata in vigore del D.Lgs. n. 546/1992, la preventiva impugnazione del bilancio non appare più necessaria ai fini del giudizio sulla legittimità dell'accertamento basato sulla contestazione della regolarità del bilancio medesimo. Ciò in conside-

Circolare, poi, è stato affermato che, in via di principio, l'amministrazione “non è legittimata ad entrare nel merito delle valutazioni operate in sede civilistica e dovrà pertanto attenersi alle risultanze di bilancio. Tuttavia, se, successivamente all'approvazione, il bilancio viene riconosciuto falso in sede giudiziaria e dalla declaratoria del giudice emerge materia imponibile non si può escludere un'azione accertatrice di detto maggior reddito”.

In argomento si veda altresì la Risoluzione 15 dicembre 2004, n. 154, con cui è stata affrontata una questione concernente la deducibilità del costo per avviamento sostenuto da una società in occasione di un'operazione di acquisto di ramo d'azienda. In tale occasione, invero, l'Agenzia delle entrate ha riconosciuto che l'art. 103, comma 3, del Tuir, laddove prevede che “le quote di ammortamento del valore di avviamento iscritto nell'attivo del bilancio sono deducibili in misura non superiore a un decimo del valore stesso”, facendo riferimento al “valore iscritto nell'attivo del bilancio”, non si preoccuperebbe “di individuare il valore da ammortizzare, rimettendo tale compito alle valutazioni degli amministratori, effettuate in sede di redazione di bilancio”. Per poi concludere che “il valore dell'avviamento, iscritto in bilancio secondo corretti principi contabili, debba essere assunto a base dell'ammortamento fiscalmente ammesso, da determinarsi in conformità al disposto del citato art. 103 del Tuir”.

razione del fatto che il giudice tributario è oggi dotato del potere di conoscere in via incidentale ogni questione da cui dipenda la decisione della controversia rientrante nella propria giurisdizione (16), e dunque anche delle questioni che attengono al rispetto delle regole civilistiche che sovrintendono alla formazione del bilancio, quando si prospetti che la violazione di dette regole abbia avuto ripercussioni sull'entità dell'imponibile dichiarato.

Tuttavia è chiaro che se si propende per questa soluzione ci si devono porre i problemi sopra menzionati di individuazione dei limiti del potere di accertamento, specie in presenza di scelte che il legislatore civilistico ha rimesso alla discrezionalità degli amministratori (17) o comunque ha disciplinato avvalendosi di criteri piuttosto ampi, la cui violazione non è facile da configurare, soprattutto se la valutazione deve essere compiuta ponendosi in una prospettiva *ex ante* rispetto al momento in cui la decisione è stata assunta.

Ebbene, a me pare che, se si vuole ragionare in questa prospettiva, non si possa che pretendere la massima rigorosità nelle valutazioni dell'amministrazione in relazione ai principi dettati dal legislatore civilistico, che si traduce, da un lato, nella sostanziale impossibilità di contestare le scelte rimesse *tout court* all'apprezzamento degli amministratori e, dall'altro lato, nell'esercizio del potere di contestare le scelte disciplinate da criteri ampi e generici solo in presenza di violazioni palesi di quelle regole, ossia le scelte che si collocano sicuramente al di fuori dei confini tracciati dal legislatore. Ciò al fine di evitare intromissioni dell'attività accertativa nell'area delle scelte discrezionali dell'imprenditore, con il rischio che si verifichino i menzionati contrasti con i principi di imparzialità e di legalità dell'imposizione, che possono anche sfociare in indebite interferenze con la sfera delle libertà economiche garantite dalla Costituzione.

Il che peraltro si deve accompagnare al puntuale rispetto dell'obbligo di motivazione degli atti di accertamento, nei quali l'amministrazione deve dar conto in modo esaustivo delle ragioni che l'hanno indotta a ravvisare una violazione della norma civilistica. In altri termini, non è sufficiente che l'amministrazione si limiti a contestare la dichiarazione alla luce di una asserita e genericamente postulata violazione delle regole ci-

(16) Vd. art. 2, comma 3, del D.Lgs. n. 546/1992.

(17) Penso soprattutto alle decisioni concernenti la capitalizzazione di certe spese o l'iscrizione dell'avviamento, che non a caso richiedono il consenso del Collegio Sindacale.

vilistiche in materia di bilancio, ma è necessario che essa dia conto analiticamente delle ragioni di fatto e di diritto in forza delle quali ritiene non siano stati rispettati i principi sanciti dal legislatore civilistico.

5. L'inserimento delle classificazioni di bilancio nell'ambito della norma antielusiva di cui all'art. 37-bis del DPR n. 600. - Vediamo allora come si colloca in questo quadro la norma sulle classificazioni introdotta dal legislatore delegato nella lett. f) dell'art. 37-bis del DPR n. 600.

Anzitutto notiamo che la novella si riferisce sì alle classificazioni di bilancio, ma riguarda solo i beni e i rapporti di cui all'art. 81 [ora art. 67), lett. c) – c quinquies)], del Tuir: essa, dunque, non ha una portata oggettiva illimitata o omnicomprensiva, bensì circoscritta sul piano degli elementi patrimoniali oggetto di appostazione ai soli titoli azionari, alle quote di partecipazione in società ed ai rapporti di carattere finanziario idonei a generare redditi diversi se posseduti da persone fisiche.

Il che probabilmente è un riflesso del fatto che, come ho anticipato, la norma è stata emanata in concomitanza con l'introduzione del nuovo regime della cd. *participation exemption* in funzione della rilevanza attribuita, in seno al nuovo art. 87 Tuir, alla classificazione nel primo bilancio delle partecipazioni e degli strumenti finanziari assimilati, onde beneficiare dell'esenzione.

A questo proposito mi pare si possa convenire sul fatto che il requisito della classificazione in bilancio – che va considerato unitamente a quello della durata del periodo di possesso – sottenda la volontà di non comprendere nell'area dell'esenzione le partecipazioni acquistate in un'ottica, diciamo così, speculativa (o di *trading*), e di limitare l'ambito oggettivo di applicazione del nuovo regime di esenzione alle partecipazioni acquistate in una prospettiva di investimento stabile. Il che mi sembra coerente con la logica che ha condotto all'introduzione del regime dell'esenzione delle plusvalenze, la quale si deve ricollegare al principio di esclusione dell'imposizione sui dividendi su cui si è imperniata buona parte della recente riforma tributaria (18). In effetti, da un punto di vista

(18) Invero, l'impostazione di fondo della riforma ha inteso concentrare la tassazione sul soggetto Ires che produce il reddito, talché, una volta prodotto e tassato in capo ad una società, il reddito è libero di circolare all'interno di quello che possiamo chiamare circuito societario (Ires) (sia endogruppo che extragruppo), senza subire ulteriori tassazioni. Si realizza così un radicale cambiamento rispetto al sistema previgente, nel quale l'eliminazione della doppia imposizione era delegata ai soppressi meccanismi dell'imputazione e del credito d'imposta.

economico, la non tassazione delle plusvalenze su partecipazioni si configura come un corollario della scelta di evitare la doppia imposizione ricorrendo al meccanismo della non tassazione del dividendo, ove si accetti il postulato secondo cui il valore delle partecipazioni riflette il valore attuale del flusso di dividendi futuri (19). Se così è, dunque, pare ragionevole che dall'ambito di applicazione della *participation exemption* rimangano escluse quelle partecipazioni il cui acquisto non rientra in una prospettiva di investimento stabile, finalizzato alla percezione di dividendi, bensì risponde ad una logica speculativa, in cui l'eventuale plusvalore tende ad essere sganciato, anche sul piano prettamente economico, dal flusso dei dividendi futuri e dipende da altre variabili e da fattori contingenti (20).

Ma non è tutto, perché il legislatore attribuisce rilevanza unicamente alla classificazione operata nel primo bilancio chiuso durante il periodo di possesso (21), quasi a voler limitare l'applicazione dell'esenzione ai casi in cui sia lo stesso contribuente a considerare stabile l'investimento sin dal momento in cui lo compie, anche al fine di evitare strumentalizzazioni nella classificazione (22) che avrebbero finito per svuotare di significato il requisito in questione (23).

(19) Talché, se i dividendi non sono tassati al momento della distribuzione, è ragionevole che non lo siano nemmeno quando sono incorporati nelle plusvalenze realizzate con la vendita delle partecipazioni.

(20) Sicché, posto che il valore delle partecipazioni non dipende dal flusso dei dividendi, viene a mancare l'esigenza sistematica che pare essere alla base dell'esenzione, legata, come detto, al riconoscimento della non tassazione dei dividendi.

(21) Al punto che la relazione di accompagnamento alla seconda bozza di D.Lgs. precisa espressamente che dalla prima classificazione discende che "le eventuali riclassificazioni successive non influiscono e che sin dalla prima iscrizione in bilancio la partecipazione è "etichettata"", cosicché "si determina una plusvalenza esente soltanto nel caso in cui tale iscrizione è effettuata tra le immobilizzazioni finanziarie".

(22) Strumentalizzazioni agevolmente realizzabili ove fosse stata attribuita rilevanza alla classificazione effettuata in prossimità della cessione delle partecipazioni.

(23) Ad una logica analoga mi pare ispirata la disposizione transitoria di cui all'art. 4, lett. g), del D.Lgs. n. 344/2003, laddove viene stabilito che per le partecipazioni, gli strumenti finanziari ed i contratti di cui all'art. 87, commi 1 e 3, del Tuir, già posseduti o in essere all'inizio del primo periodo d'imposta cui si applicano le disposizioni del nuovo Tuir, il requisito previsto dallo stesso art. 87, comma 1, lett. b), sussiste "se le partecipazioni, gli strumenti finanziari e gli apporti dei contratti risultano classificati nella categoria delle immobilizzazioni finanziarie nel bilancio relativo al secondo periodo d'imposta precedente a quello cui si applicano per la prima volta le disposizioni del citato testo unico; per quelli acquisiti nel periodo d'imposta anteriore a quello di entrata in vigore delle disposizioni del testo unico, come modificate dal presente decreto, il medesimo

Dunque, è in questo contesto, nel quale alla classificazione delle partecipazioni in bilancio il legislatore attribuisce rilevanza primaria al fine dell'applicabilità dell'istituto dell'esenzione, che viene avvertita la necessità di intervenire sulla norma antielusiva, specificando che la stessa opera anche con riferimento alla mera operazione di classificazione in bilancio.

Ad ogni buon conto, giova segnalare che, avendo ad oggetto partecipazioni e strumenti finanziari, la norma è applicabile direttamente anche alla rateazione delle plusvalenze su partecipazioni (che, ovviamente, non fruiscono dell'esenzione di cui all'art. 87), i cui benefici sono subordinati dall'art. 86, comma 4, Tuir, alla classificazione delle partecipazioni tra le immobilizzazioni finanziarie negli ultimi tre bilanci anteriori al realizzo.

Ma la portata della novella non si esaurisce qui, dal momento che, afferendo all'istituto della *participation exemption*, la norma intercetta, se vogliamo indirettamente, anche tutte quelle disposizioni che fanno da corollario all'esenzione delle plusvalenze: mi riferisco, ad esempio, all'art. 84, in tema di riporto perdite, all'art. 96, in tema di deducibilità degli interessi passivi, all'art. 97, in tema di pro-rata patrimoniale di indeducibilità degli interessi passivi, ed in generale a quelle disposizioni che ricollegano conseguenze sul piano fiscale – diverse dall'esenzione delle plusvalenze – alla sussistenza dei requisiti di cui all'art. 87.

Il che significa che la classificazione in bilancio si presta ad essere sindacata, tramite la norma antielusiva di cui all'art. 37-bis, anche quando il vantaggio fiscale non si sostanzia nella non tassazione della plusvalenza o nella deduzione della minusvalenza, bensì, ad esempio, nell'entità degli interessi deducibili (24), piuttosto che della perdita riportabile.

● requisito sussiste se ne è effettuata la classificazione nella medesima categoria nel bilancio relativo al predetto periodo d'imposta". Tale norma sembra avere una portata essenzialmente semplificativa, diretta a tenere conto delle situazioni in cui le partecipazioni sono possedute da molto tempo, anche da prima dell'introduzione dell'attuale schema di bilancio. Invero, in simili circostanze sarebbe stato difficile stabilire se nel primo esercizio di possesso le partecipazioni erano state classificate tra le immobilizzazioni finanziarie o meno.

(24) Similmente, potrebbe essere sindacata in chiave antielusiva – in forza dell'espresso richiamo alle valutazioni, operato dalla lett. f) dell'art. 37-bis – la scelta di adottare come criterio di valutazione delle partecipazioni in società controllate o collegate il metodo del patrimonio netto (sulla circostanza che l'adozione del metodo del costo piuttosto che dell'*equity method* porti ad una diversa quantificazione degli interessi indeducibili ai sensi dell'art. 97 del Tuir, vd. P. BRACCO, *Dipendenza dell'imponibile dall'utile civilistico e pro rata patrimoniale: una distorsione del principio*, in questa Rivista, 2005, 1134).

E ciò, si badi, conferisce rilievo, nel contesto della norma antielusiva, all'operazione di classificazione in sé e per sé considerata, ossia per i benefici che da essa possono derivare indipendentemente dal suo inquadramento all'interno di un più ampio disegno che normalmente culmina con la compravendita delle partecipazioni (25).

Senonché, mi pare che la scelta di annoverare solo le classificazioni di bilancio relative a partecipazioni e altri strumenti finanziari consenta di escludere dall'ambito di operatività della specifica norma antielusiva dettata dall'art. 37-bis le operazioni aventi ad oggetto altri elementi patrimoniali o, più in generale, poste di bilancio.

Penso, ad esempio,

- alla classificazione dei componenti positivi tra i ricavi e i proventi della gestione caratteristica, e dei componenti negativi tra le spese per prestazioni di lavoro subordinato, ai fini della verifica della sussistenza delle condizioni per il riporto delle perdite ex art. 84, comma 3, Tuir;

- alla classificazione delle spese come oneri accessori di diretta imputazione, ai fini della determinazione del costo fiscalmente riconosciuto ex art. 110, comma 1, lett. b), Tuir;

- alla classificazione dei debiti tra quelli di natura commerciale, ai fini della quantificazione del pro-rata patrimoniale di cui all'art. 97 Tuir;

- alla classificazione come avviamento del maggior valore corrisposto in sede di acquisto di un'azienda, ai fini della deducibilità degli ammortamenti ex art. 103, comma 3, Tuir;

- alla classificazione come spese pluriennali dei costi sostenuti per studi e ricerche, ai fini della deducibilità secondo le due opzioni consentite dall'art. 108, comma 1, Tuir.

Come si può notare, si tratta di decisioni che sottendono un percorso logico di classificazione ma che, ciò nondimeno, non possono essere sindacate attraverso il meccanismo previsto dalla citata norma antielusiva, non essendo annoverabili nell'elenco delle operazioni contenuto nell'art. 37-bis (26).

(25) Mi pare che forse sia proprio questo l'aspetto veramente innovativo della disposizione in commento, dal momento che la situazione prospettata non sarebbe stata in precedenza aggredibile con la norma antielusiva, non rientrando essa – in mancanza di un riferimento espresso alle classificazioni – nell'elenco delle operazioni, per così dire, sensibili contenuto nell'art. 37-bis, comma 3, del DPR n. 600.

(26) A questo proposito mi sembra che – pur potendosi convenire con l'osservazione che coglie una tendenza alla generalizzazione della portata della disposizione antielusiva in questione (vd. G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario, Parte generale*, Padova, 2005, 202) – le recenti evoluzioni normative, che hanno inserito (e continuano ad

Tali operazioni, dunque, potranno essere contestate tutt'al più accedendo alla seconda delle impostazioni sopra riportate (27) e dimostrando l'illiceità del comportamento realizzato, mercé la violazione delle regole civilistiche dettate in tema di redazione bilancio.

Sicché, volendo cercare di pervenire ad un inquadramento sistematico della novella qui considerata, mi sembra si possa ragionevolmente sostenere che la precisazione inserita nel corpo della lett. f) – secondo cui tra le operazioni ivi considerate sono “incluse le valutazioni e le classificazioni di bilancio, aventi ad oggetto ...” – consenta di superare eventuali dubbi in ordine alla sindacabilità – sempre in chiave antielusiva – delle scelte di bilancio concernenti le partecipazioni e gli strumenti finanziari.

Il che potrebbe significare che tali operazioni si prestano ad essere contestate in punto di antielusività prescindendo dalla dimostrazione della illiceità della scelta, nel senso che l'appostazione in bilancio di certi elementi potrebbe essere anche lecita, alla stregua delle regole civilistiche, ma ciò nonostante potrebbe essere censurata dall'amministrazione attraverso il mero disconoscimento dei benefici fiscali dalla stessa derivanti (ovviamente in presenza degli altri requisiti previsti dall'art. 37-bis).

Del resto, mi pare che, nel contesto dell'art. 37-bis, la liceità del comportamento non sia assunta dal legislatore come un fattore discriminante, talché la norma può trovare applicazione anche in presenza di operazioni lecite o anche quando si realizzi una mera deviazione rispetto alla causa tipica del contratto (28).

inserire) nuove fattispecie nell'elenco (mi riferisco non solo a quella qui considerata, ma anche alle operazioni contemplate nella nuova lett. f-bis), a sua volta ulteriormente integrata dall'art. 18 del D.Lgs. n. 247/2005), confermino l'impressione che, per quanto ampio, l'art. 37-bis non abbia ancora una portata omnicomprensiva. In argomento vd. da ultimo l'accurata analisi di G. CHINELLATO, *Codificazione tributaria e abuso del diritto*, Viterbo, 2004 (ed. provv.), part. 350 ss.

(27) Quella, per intendersi, che riconosce all'amministrazione il potere di contestare le scelte di bilancio.

(28) Deviazione che, secondo una parte della dottrina, non sarebbe tale da condurre alla illiceità del contratto, sul presupposto che i negozi diretti unicamente ad ottenere vantaggi fiscali indebiti non rientrino tra quelli posti in essere in frode alla legge di cui art. 1344 c.c., in quanto le norme tributarie non sarebbero annoverabili tra quelle “imperative” cui si riferisce la disposizione civilistica. Afferma in proposito F. MOSCHETTI, *La capacità contributiva*, Padova, 1993, 15, che “nel caso di elusione di norme impositive, tra la fonte normativa costituzionale (ex art. 53 Cost.) e la fonte normativa contrattuale si deve porre (ex art. 23 Cost.) la legge. Se questa lascia spazi non tassati (e il problema

Si immagini, ad esempio, l'acquisto di una partecipazione minusvalente da parte di una società di capitali, la sua classificazione nell'attivo circolante e la successiva vendita (decorso il termine di diciotto mesi di

non possa essere risolto sul piano interpretativo), manca la norma di legge "imperativa" (ex art. 1344 c.c.) che "imponga una prestazione patrimoniale" (ex art. 23 Cost.); ergo l'autonomia privata non è intaccata e può liberamente esplicarsi senza che sussistano i presupposti di applicazione dell'art. 1344 c.c."

Sul punto si sofferma altresì F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario, Parte generale*, Torino, 2005, 249, il quale conferma l'inapplicabilità dell'art. 1344 ai contratti posti in essere con l'intento di eludere il fisco, stante la natura non imperativa delle norme fiscali, sicché "dalla elusione di una norma fiscale non consegue la nullità del contratto, ai sensi dell'art. 1344 c.c., ma conseguenze soltanto fiscali. Il contratto resta valido ed efficace sul piano civilistico, come confermato dall'art. 10 dello Statuto dei diritti del contribuente, ove si esclude che le violazioni di norme tributarie possano causare la nullità dei contratti".

In senso conforme si è pronunciata in passato la Corte di Cassazione con le sentenze 19 giugno 1981, n. 4024; 5 maggio 1989, n. 2127; 5 novembre 1999, n. 12327; 3 aprile 2000, n. 3979, in *Rass. trib.*, 2000, 917; 3 settembre 2001, n. 11351, in *Giur. it.*, 2002, 1102. Quest'ultima pronuncia ha precisato che "né, per altro verso, varrebbe richiamarsi agli artt. 1344 e 1418 c.c. che sanciscono la nullità dei contratti che costituiscono "il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa". Non è sufficiente, infatti, che una norma sia inderogabile perché possa essere sia 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 (Cass. 5 novembre 1999, n. 12327; 8 novembre 1995, n. 11598; 19 giugno 1981, n. 4024). Del resto, le disposizioni del codice civile considerano l'illiceità quale causa di nullità e non di conversione del contratto in frode alla legge in quello che costituisce presupposto per l'applicazione della norma che le parti intendevano eludere: resta così confermato, anche sotto tale ulteriore profilo, che neppure tali norme offrono argomenti per giustificare l'attribuzione all'amministrazione finanziaria del potere di riqualificare i contratti posti in essere dalle parti al fine di beneficiare di un trattamento fiscale più vantaggioso".

In senso contrario, invece, vd. F. GALLO, *Elusione, risparmio d'imposta e frode alla legge*, in *Giur. comm.*, 1989, I, 384 – il quale, richiamando G.A. MICHELI, *Corso di diritto tributario*, 1984, 43 a proposito della "indiscussa natura di norma imperativa della legge tributaria", ritiene che l'art. 1344 c.c. sia "in astratto applicabile anche con riguardo alla materia fiscale" – P. PACITTO, *Attività negoziale. Evasione ed elusione tributaria: spunti problematici*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1987, I, 748, nonché la Risoluzione 2 gennaio 1981, prot. 1004 e le sentenze della Corte di Cassazione 21 ottobre 2005, n. 20398, in *Giur. trib.*, 2006, 19, e 26 ottobre 2005, n. 20816.

Sul tema, infine, si vedano S. CIPOLLINA, *Elusione fiscale*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1988, I, 127, ove sono rinvenibili altresì numerosi riferimenti giurisprudenziali, e G. CHINELLATO, *Codificazione tributaria e abuso del diritto*, cit., 177-184.

cui all'art. 87, lett. a), con realizzo della minusvalenza (o meglio, di un differenziale negativo tra costo e ricavo): in questo caso, la classificazione nell'attivo circolante potrebbe non essere giudicata illecita rispetto alle norme civilistiche, tuttavia i suoi effetti giuridici potrebbero essere vanificati – attraverso lo strumento giuridico della inopponibilità del comportamento previsto dall'art. 37-bis, comma 2 – laddove l'amministrazione riuscisse a dimostrare che quella classificazione, ancorché non illecita, è comunque parte di un disegno elusivo, nel senso che ne condivide gli obiettivi. In altri termini, ragionando in questa prospettiva, l'amministrazione può (e deve) dimostrare che quella classificazione è un tassello della concatenazione di “atti”, “fatti” e “negozi” che la norma richiede siano “diretti” – ossia “concepiti per” – aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario.

In sostanza, la norma in questione determina uno spostamento del giudizio concernente la scelta di bilancio dal terreno della liceità/illiceità a quello della funzionalità/non funzionalità rispetto all'aggiramento di obblighi e divieti tributari e all'ottenimento di vantaggi fiscali altrimenti indebiti. Vengono così a mutare i parametri e i criteri cui deve attenersi il giudizio, in quanto quelli propri della norma antielusiva non coincidono con quelli che consentono di valutare la liceità di una scelta rispetto alle prescrizioni civilistiche in materia di bilancio. È noto, infatti, che, nel contesto dell'art. 37-bis, ai fini del disconoscimento dei vantaggi fiscali, le valutazioni dell'ufficio debbono attestarsi sull'esistenza di aggiramenti di obblighi o divieti (29), sulla funzionalizzazione del compor-

(29) Con tutti i connessi problemi relativi all'inquadramento del concetto di “aggiramento di obblighi e divieti” e alla distinzione dello stesso rispetto a quello di “legittima pianificazione fiscale”.

In merito R. LUPI, *Elusione e legittimo risparmio d'imposta nella nuova normativa*, in Rass. trib., 1997, 1099, distingue giustamente l'elusivo risparmio d'imposta “patologico” dal risparmio d'imposta fisiologico. Mentre quest'ultimo comportamento sarebbe caratterizzato da un lecito utilizzo delle norme finalizzato alla limitazione del carico fiscale, l'elusivo risparmio d'imposta patologico si concretizzerebbe nell'abuso delle norme finalizzato ad ottenere risultati (risparmi d'imposta) formalmente legittimi ma disapprovati dal sistema nel suo complesso. Al fine di valutare l'elusività di un comportamento l'Autore propone due metodologie d'indagine: appurare se la normativa applicata dal contribuente al fine di attuare il proprio progetto elusivo sia collocata su un piano di pari dignità rispetto alle altre norme che conducono ai medesimi risultati; verificare se i vantaggi fiscali ottenuti siano disapprovati dall'ordinamento tributario valutato nel suo insieme nonostante la loro formale legittimità, cioè “valutati negativamente, alla luce di norme dettate per fattispecie congiunte”.

tamento posto in essere (attraverso atti, fatti e negozi, anche collegati tra loro) rispetto a tale obiettivo e sulla mancanza di ragioni economiche (ovviamente diverse da quelle legate al risparmio d'imposta) che possano giustificare ragionevolmente l'adozione di quel comportamento.

Si tratta, come si vede, di un giudizio radicalmente differente rispetto a quello che deve essere condotto allorché si deve dimostrare l'esistenza di una violazione di una prescrizione civilistica in ordine alla redazione del bilancio, il quale può certo richiedere anche valutazioni di carattere psicologico, che attengono alle intenzioni dei redattori del bilancio, ma deve pur sempre rimanere ancorato ai criteri dettati dal legislatore per il trattamento contabile delle singole poste (30).

Resta fermo che – come rilevato tra gli altri da S. CIPOLLINA, *Elusione fiscale*, in Dig. disc. priv., sez. comm., Torino, 1990, V, 222 – il confine tra i due fenomeni, oltre ad essere difficilmente individuabile, non è fisso e determinato, ma è mutabile in funzione dell'impostazione accolta dall'interprete e del grado di evoluzione raggiunto dall'ordinamento giuridico.

La stessa relazione al D.Lgs. n. 358/1997 (che ha introdotto nel DPR n. 600/1973 l'art. 37-bis) ha riconosciuto che è possibile fornire 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".

Dunque, mi sembra condivisibile la tesi secondo cui l'aggiramento di obblighi e divieti si risolve nell'attuazione di comportamenti contrari rispetto alla logica del sistema, tesi che al fine di verificare l'avvenuto "aggiramento" ritiene necessario operare un confronto tra la fattispecie posta in essere dal contribuente ed il "modello" maggiormente lineare, diretto ed efficiente per ottenere i medesimi effetti prodotti dalla fattispecie posta in essere. In tal senso vd. anche G. ZIZZO, *Clausola antielusiva, Comitato consultivo e certezza del diritto*, in Corr. trib., 2006, 175. Si deve cioè verificare se il contribuente abbia seguito un "percorso di aggiramento" della sequenza tipica finalizzata ad ottenere i risultati ottenuti con l'operazione effettivamente posta in essere, realizzando però un risparmio d'imposta (in questi termini G. FALSITTA, *Riforma del sistema fiscale e certezza del diritto: dalla nascita prematura e a scalini dell'Ires al mancato varo del codice*, cit., 1119).

(30) Ne deriva che, al limite, potrebbe configurarsi un illecito nella classificazione di una posta di bilancio, ancorché la deviazione rispetto ai criteri civilistici sia stata ispirata anche da ragioni economiche valide, diverse dall'intento di fornire una rappresentazione non veritiera e corretta dei fatti aziendali.

6. *Sulla concreta possibilità dell'amministrazione finanziaria di sindacare, in chiave antielusiva, le classificazioni di bilancio delle partecipazioni.* - Ora, è chiaro che la differenza metodologica testé evidenziata si riverbera sul piano probatorio, dal momento che, come detto, ai fini dell'applicazione della norma antielusiva, l'amministrazione è tenuta a dimostrare l'esistenza di un intento esclusivo di ottenere vantaggi fiscali altrimenti indebiti, attraverso l'aggiramento di obblighi e divieti, ma non ha l'onere di provare che un tale comportamento non è lecito rispetto ai criteri dettati dal legislatore per la redazione del bilancio.

Ed è altresì pacifico che, in questa operazione, l'amministrazione può avvalersi di tutto il corredo dei mezzi di prova apprestati dal legislatore, ivi incluse le argomentazioni di carattere presuntivo, le quali, muovendo da circostanze di fatto note, possono consentire di risalire alle reali intenzioni che hanno indotto i redattori del bilancio ad assumere determinate scelte in ordine alla classificazione delle partecipazioni nello stato patrimoniale.

Per questo ritengo che possa essere rischioso, nell'ottica del contribuente, trincerarsi dietro considerazioni che tendono a svalutare la portata applicativa della disposizione in commento [quella della lett. f) dell'art. 37-bis del DPR n. 600/1973], sulla scorta dell'aprioristica affermazione della impossibilità, per l'amministrazione, di sindacare le scelte degli amministratori, in considerazione dell'asserita imperscrutabilità delle loro intenzioni (31). Certo, come ho detto, difficoltà esistono allorché si devono effettuare valutazioni che attengono alla sfera psicologica (specie in assenza del mezzo di prova più efficace, quale è la testimonianza), tuttavia, mi pare che se tali difficoltà possono anche divenire insormontabili rispetto ai criteri civilistici di redazione del bilancio, non è detto che impediscano la contestazione del comportamento posto in essere, rispetto ai criteri ed ai principi che regolano la disposizione antielusiva.

(31) In tal senso R. LI CAUSI, *Le classificazioni in bilancio come nuova fattispecie elusiva nell'art. 37-bis*, in *Dialoghi*, 2004, 895, sostiene che dovrebbe ritenersi "precluso agli uffici finanziari il potere di sindacare nel merito le scelte e le valutazioni di bilancio effettuate dai contribuenti in rigorosa attuazione dei loro obblighi civilistici", e si chiede "quali controlli deve (o può) effettuare il Fisco per verificare che la classificazione integra una fattispecie elusiva", non essendo possibile "accertare la intenzione (cioè la destinazione economica) degli amministratori che applicano, lo ribadiamo, regole civilistiche e contabili che comunque possono essere da loro stessi derogate in qualunque momento della vita aziendale".

Semmai, si tratterà di discutere in merito alle fattispecie cui applicare la norma antielusiva, tenendo in considerazione l'orientamento di parte della dottrina che – se ho ben compreso – tende a restringere l'ambito di operatività della novella di cui alla lett. f) dell'art. 37-bis alle classificazioni delle partecipazioni nell'attivo circolante, escludendo dall'area della potenziale elusività le classificazioni tra le immobilizzazioni (32).

Ma, una volta appurato che la classificazione considerata nel caso specifico rientra nel novero di quelle sindacabili, non mi pare vi siano elementi che – in linea di principio – impediscano all'amministrazione di applicare la disposizione antielusiva, contestando anche la classificazione (33).

(32) R. LUPI, *L'elusione è (casomai) solo nella deduzione di minusvalenze*, in *Dialoghi*, 2004, 901. La tesi mi sembra eccessivamente radicale. Ritengo pacificamente condivisibile il punto di partenza, ossia che la *participation exemption* non rappresenta un'agevolazione, bensì una norma strutturale (in dottrina, *ex plurimis*, F. TESAURO, *La participation exemption ed i suoi corollari*, in *TributImpresa*, 2003, 11; il punto, peraltro, è riconosciuto dalla stessa amministrazione finanziaria nella Circolare 4 agosto 2004, n. 36/E, secondo cui la *participation exemption* va intesa “non come regime agevolativo, ma come logica conseguenza dell'abolizione del credito d'imposta sui dividendi. In senso contrario vd. A. FANTOZZI, *La nuova disciplina Ires: i rapporti di gruppo*, in questa Rivista, 2004, I, 499). Condivido altresì la necessità di distinguere tra l'aggiramento di obblighi e divieti (condizione necessaria affinché possa scattare la norma antielusiva di cui all'art. 37-bis del DPR n. 600/1973) e le scelte di legittima pianificazione fiscale (sul punto vd. *retro* nota 29).

Senonché, non mi sembra facilmente trascurabile il fatto che il legislatore, sin nella delega, ha sempre inteso escludere dal regime di cui all'art. 87 del Tuir le partecipazioni detenute con finalità di *trading* ed a questo fine ha valorizzato i requisiti dell'iscrizione in bilancio e del periodo di detenzione. Credo perciò che anche la classificazione tra le immobilizzazioni possa essere sindacata quando è funzionale a “nascondere” la volontà di detenere titoli partecipativi ai fini di *trading*.

(33) Altra cosa, comunque, è dire che ciò sia sufficiente per giungere alla dimostrazione della elusività dell'operazione. Tant'è vero che, ad esempio, il legislatore ha avvertito la necessità di intervenire con una disposizione specifica al fine di contrastare le operazioni consistenti nell'acquisto e nello svuotamento delle cd. *cash box* (vale a dire le società con rilevanti utili distribuibili), con creazione di minusvalenze deducibili generate dalla riduzione patrimoniale della società partecipata conseguente alla distribuzione dei dividendi da parte della stessa [su tali operazioni si è soffermato, con riferimento al regime previgente alla riforma del Tuir, L. BARBONE, *Le operazioni straordinarie tra lecito risparmio di imposta ed elusione. Spunti di riflessione offerti dalla casistica*, in R. Lupi e D. Stevanato (a cura di), *La fiscalità delle operazioni straordinarie d'impresa*, Milano, 2002, 789 s.; sulla inadeguatezza della disposizione di cui all'art. 37-bis, lett. f), del DPR n. 600/1973 a contrastare simili operazioni vd. F. CIANI, *Norma antielusiva analitica (dividend washing) nella cessione delle partecipazioni “utili compresi”*, in *Fisco*, 2005, 17782].

Ed in quest'ottica, mi sembra che la scorrettezza (rispetto ai parametri civilistici) e l'incoerenza (rispetto ai comportamenti ed agli atti nel complesso posti in essere dagli amministratori) siano elementi che possono essere dotati di una certa significatività sul piano indiziario.

Intendo dire non già che la scorrettezza e l'incoerenza delle scelte siano, di per sé, fattori che consentono, *de plano*, la contestazione delle classificazioni e l'applicazione della norma antielusiva (34). Piuttosto,

Sicché, prevede ora l'art. 109, comma 3-bis, che “le minusvalenze realizzate ai sensi dell'art. 101 sulle azioni, quote e strumenti finanziari simili alle azioni che non possiedono i requisiti di cui all'art. 87 non rilevano fino a concorrenza dell'importo non imponibile dei dividendi, ovvero dei loro acconti, percepiti nei trentasei mesi precedenti il realizzo. Tale disposizione si applica anche alle differenze negative tra i ricavi dei beni di cui all'art. 85, comma 1, lett. c) e d), e i relativi costi”. Dette previsioni trovano applicazione, come specificato dal successivo comma 3-ter in relazione “alle azioni, quote e strumenti finanziari simili alle azioni acquisite nei trentasei mesi precedenti il realizzo, sempre che soddisfino i requisiti per l'esenzione di cui alle lett. c) e d) del comma 1 dell'art. 87”. Infine, il comma 3-quater ha aggiunto che “resta ferma l'applicazione dell'art. 37-bis del DPR 29 settembre 1973, n. 600, anche con riferimento ai differenziali negativi di natura finanziaria derivanti da operazioni iniziate nel periodo d'imposta o in quello precedente sulle azioni, quote e strumenti finanziari simili alle azioni di cui al comma 3-bis”.

Mi limito qui a segnalare che la disposizione rischia di colpire tutte le operazioni in cui vi sia stata la distribuzione di dividendi ed il realizzo di una minusvalenza, anche nelle fattispecie (certamente possibili) che nulla hanno di elusivo. Sicché, essa meriterebbe di essere impiegata valutando attentamente le peculiarità dei singoli casi.

È chiaro, tuttavia, che il novero delle operazioni attraverso cui è possibile ottenere vantaggi d'imposta (se indebiti, è da vedere) non si esaurisce qui: ad esempio, benefici si possono ottenere dall'allungamento della catena di controllo, attraverso l'interposizione di una *sub-holding* e con la classificazione delle partecipazioni in una categoria, in capo alla *sub-holding*, e nell'altra categoria, in capo alla *holding* (in modo tale da poter decidere, a seconda delle convenienze, se cedere le partecipazioni detenute dalla *sub-holding* ovvero quelle detenute dalla *holding*). Analogamente, benefici possono derivare dalla classificazione delle partecipazioni nella stessa società in parte tra le immobilizzazioni finanziarie e in parte nell'attivo circolante (specie ora che il legislatore – con le correzioni apportate dall'art. 6, comma 2, del D.Lgs. n. 247/2005 – ha espressamente stabilito che “le cessioni delle azioni o quote appartenenti alla categoria delle immobilizzazioni finanziarie e di quelle appartenenti alla categoria dell'attivo circolante vanno considerate separatamente con riferimento a ciascuna categoria”, discostandosi dalla posizione precedentemente assunta dall'Agenzia delle entrate nella Circolare n. 36/E del 2004).

(34) Come, invece, mi pare sostenga D. STEVANATO, *Le “classificazioni di bilancio” nella nuova norma antielusiva: regola astrusa o strumento insufficiente?*, in Dialoghi, 2004, 899, secondo cui l'art. 37-bis avrebbe una valenza sostanziale e legittimerebbe l'amministrazione finanziaria a sindacare le classificazioni di bilancio quando esse “appaiano incongrue rispetto alle scelte degli amministratori e finalizzate al raggiungi-

credo che siano elementi che l'amministrazione può utilizzare nella costruzione del ragionamento presuntivo che, secondo il criterio dell'*id quod plerumque accidit*, può consentire di risalire, con un grado di verosimiglianza da valutare caso per caso, all'esistenza di un esclusivo intento elusivo alla base della classificazione effettuata dal contribuente.

In questa prospettiva, pertanto, ritengo che la mera incoerenza della classificazione, rispetto ai comportamenti in seguito tenuti dagli amministratori e alle decisioni in seguito assunte, potrebbe non essere sufficiente allo scopo, in quanto, nel contesto di un ragionamento presuntivo, non si potrebbe prescindere dall'eventualità che l'incoerenza dipenda dall'intervenuto cambiamento delle strategie imprenditoriali, rispetto a quelle che avevano ispirato la classificazione in bilancio (35).

Tanto più quando la specifica classificazione, ancorché possa apparire distonica rispetto ad altri comportamenti, si riveli coerente dal punto di vista dell'elemento temporale, nel senso che l'inquadramento tra le immobilizzazioni si accompagna con una detenzione prolungata ovvero l'inquadramento nel circolante si accompagna con una detenzione limitata (36).

In tal senso mi pare si possa convenire sul fatto che la coerenza tra scelta di bilancio e durata del possesso (37) sia un elemento che, a po-

mento di vantaggi tributari "altrimenti indebiti". L'amministrazione, secondo l'Autore testé citato, avrebbe cioè il potere di "disconoscere il "vantaggio" fiscale conseguito ... quando la classificazione di bilancio che lo ha reso possibile doveva reputarsi scorretta sul piano civilistico-contabile, alla luce delle intenzioni manifestate dagli organi societari o desumibili da comportamenti concludenti, con riferimento a quel determinato *asset*".

(35) Si pensi, ad esempio, ad un pacchetto di partecipazioni acquistato con scopo di investimento duraturo, poi ceduto dopo breve tempo per far fronte ad un'improvvisa ed eccezionale necessità di liquidità o a seguito del cambio dei piani strategici societari, dettati dal cambio di *management* o dall'avvenuto perfezionamento di operazioni di finanza straordinaria.

(36) Dobbiamo infatti sempre tener presente che il giudizio sulla elusività di un'operazione – ancorché sia un giudizio prognostico, ossia formulato sulla scorta delle intenzioni del contribuente – è pur sempre un giudizio che viene formulato a posteriori: ragion per cui può essere di fatto influenzato – in positivo o in negativo – dagli eventi successivi alla prima classificazione, i quali eventi possono essere valorizzati, sul piano del ragionamento presuntivo, per giungere ad una conclusione piuttosto che ad un'altra.

(37) Segnalo in proposito che lo IAS n. 1 stabilisce che un'attività deve essere classificata come "attività corrente" quando "(a) si suppone sia realizzata, oppure posseduta per la vendita o il consumo, nel normale svolgimento del ciclo operativo dell'impresa; o (b) è posseduta principalmente per essere negoziata o per breve termine e si suppone debba essere realizzata entro dodici mesi dalla data di riferimento del bilancio; o (c) è rappresentata da denaro o altra attività equivalente non vincolata per quanto riguarda il suo

steriori, possa rendere molto più difficile la dimostrazione della elusività della classificazione. E, specularmente, mi pare si possa considerare “sospetta”, in chiave elusiva, la scelta di classificare nel circolante una partecipazione detenuta per molto tempo (che potrebbe essere funzionale a dedurre una minusvalenza, restando al di fuori del regime della *participation exemption*), così come la scelta di classificare tra le immobilizzazioni una partecipazione detenuta per breve tempo (che potrebbe essere funzionale a fruire dell’esenzione di una plusvalenza, rientrando nel regime della *participation exemption*), per quanto, rispetto a questa seconda fattispecie, non si può trascurare che, per beneficiare del regime dell’esenzione, è la stessa legge che individua in diciotto mesi (in realtà poco più) il periodo minimo di possesso. Come a dire che, decorso tale termine con l’ininterrotto possesso delle partecipazioni, è lo stesso legislatore ad aver sancito il venir meno del rischio che la classificazione sia stata strumentalizzata allo scopo di beneficiare dell’esenzione. In altre parole, si può pensare che, con la fissazione di quel termine, il legislatore abbia presunto che una detenzione protratta oltre i diciotto mesi sia sufficiente ad escludere che la partecipazione sia stata acquisita con lo scopo di essere destinata al mero scambio e non all’investimento durevole.

Altro fattore di coerenza da considerare è poi rappresentato dal dato normativo racchiuso nell’art. 2424-bis, comma 2, c.c., il quale, come noto, reca la presunzione (relativa) che le partecipazioni almeno di collegamento siano da considerare immobilizzazioni: sicché, da questo punto di vista, potrebbe essere “sospetta” la scelta di classificare nel circolante partecipazioni di controllo o di collegamento, appunto perché non vi sarebbe coerenza rispetto al dato normativo, il quale comunque può essere disatteso, ma con una motivazione espressa nella nota integrativa. Mentre, sotto questo profilo, non dovrebbe essere “sospetta” la scelta di classificare tra le immobilizzazioni partecipazioni neppure di collegamento, visto che la presunzione normativa riguarda solo quelle almeno di collegamento, e nulla dice in merito alla classificazione delle altre: sicché non si può configurare un’incoerenza della scelta rispetto al dato normativo.

utilizzo” e che tutte le altre attività devono essere classificate come “attività non correnti”. Esso, poi, nell’ambito della distinzione tra attività corrente ed attività non corrente, aggiunge che “qualunque sia il metodo di rappresentazione adottato, una impresa deve evidenziare, per ogni voce dell’attivo e del passivo che include sia importi che si prevede debbano essere realizzati o regolati sia entro che oltre dodici mesi dalla data di riferimento del bilancio, l’importo che si prevede debba essere realizzato o regolato oltre dodici mesi”.

In definitiva, dunque, ritengo non si possa escludere che l'amministrazione finanziaria abbia la possibilità di sindacare in chiave antielusiva le scelte operate dagli amministratori in punto di classificazione in bilancio delle partecipazioni, anche facendo leva – ma senza alcun automatismo – sull'eventuale incoerenza di dette scelte rispetto al complesso delle decisioni assunte, da valutare nella loro dimensione temporale e rispetto ai parametri normativi dettati dal legislatore civilistico.

7. Impatto delle disposizioni fiscali del decreto IAS sulla participation exemption e sull'applicazione della norma antielusiva. - Da ultimo, resta da vedere come si intersecano con la disciplina antielusiva sopra descritta le novità di recente introdotte dal D.Lgs. n. 38/2005, concernente l'applicazione dei principi contabili internazionali (i cd. IAS).

In particolare, la disposizione che maggiormente interessa in questa sede è quella contenuta nell'art. 11, comma 2, a mente del quale, "ai fini dell'applicazione delle disposizioni del testo unico delle imposte sui redditi, per le società che adottano i principi contabili internazionali si considerano immobilizzazioni finanziarie le partecipazioni di controllo e di collegamento".

La novella reca, in sostanza, una sorta di presunzione di afferenza alla categoria delle immobilizzazioni finanziarie, per le partecipazioni di controllo e di collegamento, che sembra ricalcare quella contenuta nell'art. 2424-bis, comma 2, c.c.

Ciò nondimeno, si tratta, all'evidenza, di una previsione solo fiscale, nel senso che la novella non interferisce con le classificazioni di bilancio, dato che il trattamento fiscale delle partecipazioni non è influenzato dalle classificazioni medesime, bensì viene fatto dipendere da fattori che attengono alle caratteristiche del rapporto partecipativo o, più in generale, del rapporto economico che si instaura tra due società (38).

(38) Dal momento che, come noto, i vincoli di controllo e di collegamento possono prescindere dall'entità della partecipazione al capitale. L'art. 2359 c.c. – disposizione che reca quella che è riconosciuta come la definizione generale della nozione di controllo societario [cfr. G. FRE - G. SBISÀ, *Della società per azioni*, tomo I, in Galgano F. (a cura di), *Commentario del Codice civile Scialoja – Branca*, Bologna-Roma, 1997, p. 459, in cui viene riconosciuta la centralità della definizione di controllo di cui all'art. 2359 c.c. rispetto alle ulteriori definizioni settoriali, evidenziando che essa costituisce, da un lato, l'unica norma generale sul tema e, dall'altro, termine di confronto obbligatorio di qualsiasi altra configurazione dei rapporti di controllo] – prevede infatti che sono considerate società controllate non solo "le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria" e "le società in cui un'altra società

La norma interagisce certamente con la disposizione contenuta nell'art. 85, comma 3, del Tuir, la quale, ricorrendo ad una doppia locuzione negativa, aggancia proprio alla classificazione di bilancio delle partecipazioni il loro inquadramento a fini fiscali tra le immobilizzazioni finanziarie – che, come noto, generano plusvalenze o minusvalenze – o tra le attività che non costituiscono immobilizzazioni finanziarie (i cd. beni merce) – le quali, come pure è noto, concorrono alla formazione dell'imponibile secondo il criterio costi-ricavi-rimanenze.

Ora, come si vedrà, la rilevanza della disposizione rispetto alla tematica dell'elusività delle scelte di bilancio di cui ci stiamo occupando dipende in larga misura dalla portata che si vuole attribuire alla novella normativa.

Sotto questo profilo, non è chiaro se il menzionato art. 11, comma 2, contenga una definizione (o una sorta di presunzione assoluta) ovvero se ammetta una prova contraria da parte del contribuente, tanto in ordine alla non sussistenza della natura di immobilizzazioni finanziarie per partecipazioni di controllo o collegamento, quanto in ordine alla sussistenza della natura di immobilizzazioni finanziarie per partecipazioni che non raggiungono nemmeno la soglia del collegamento.

In favore della prima conclusione depone il testo della relazione di accompagnamento al decreto, laddove, invero assai laconicamente, si afferma che “al fine di tenere conto delle diverse categorie di strumenti finanziari previste dai principi contabili internazionali ... si è provveduto a modificare la nozione di immobilizzazione finanziaria rilevante ai fini delle imposte sui redditi (art. 11, comma 2, del presente decreto legislativo)”.

Se così fosse, però, ci troveremmo di fronte ad una disparità di trattamento – difficile da giustificare sul piano del principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost. – tra contribuenti che adottano i principi contabili nazionali e contribuenti che sono obbligati ad adottare gli IAS: per i primi, infatti, la qualificazione a fini fiscali delle partecipazioni come immobilizzazioni continua a dipendere dalla classificazione delle stesse in bilancio, per gli altri, invece, la stessa qualificazione dipenderebbe – per legge – dalla entità della partecipazione o dalle caratteristiche del rapporto instauratosi tra le società, a prescindere dagli obiettivi e dalle

dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria”, ma altresì le società che, indipendentemente dalla presenza di un vincolo partecipativo, “sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa”.

strategie degli amministratori in ordine all'acquisto delle partecipazioni (e dalle connesse scelte di classificazione in bilancio).

Verrebbe così tradito lo spirito che ha guidato all'introduzione delle disposizioni fiscali del decreto IAS, consistente nella volontà di rendere tendenzialmente indifferente, sul piano degli effetti tributari, la scelta – che è in certi casi obbligata – circa i criteri contabili da adottare nella redazione del bilancio (39).

Peraltro, la frizione col principio di ragionevolezza diventerebbe ancora più evidente nel momento in cui si valutano le conseguenze della novella sulla disposizione che consente la frazionabilità in cinque periodi d'imposta della plusvalenza e su quella che ne sancisce l'esenzione.

Come si è detto, entrambe le disposizioni subordinano i loro benefici al requisito formale dell'iscrizione delle partecipazioni tra le immobilizzazioni finanziarie, richiedendo, inoltre, una certa qualificazione di tale requisito, nel senso che l'iscrizione deve sussistere negli ultimi tre bilanci, al fine di godere della rateazione della plusvalenza, ovvero nel primo bilancio chiuso nel corso del periodo di possesso, per fruire dell'esenzione.

Ma si tratta, per l'appunto di qualificazioni ulteriori rispetto al requisito base, che consiste nella iscrizione delle partecipazioni tra le immobilizzazioni finanziarie, requisito senza il quale non può nemmeno prospettarsi l'esistenza di una plusvalenza, in quanto le partecipazioni sarebbero attratte alla categoria del beni-merce in virtù dell'art. 85 del Tuir.

Ebbene, questa coerenza sul piano dei requisiti rischia di essere compromessa se non si accede ad una lettura sufficientemente elastica della novella introdotta dall'art. 11, comma 2, del decreto IAS.

In altri termini, se si ritiene che quella recata dalla nuova disposizione sia una definizione che delimita in modo esaustivo e non modificabile l'area delle immobilizzazioni finanziarie ai fini dell'applicazione

(39) La relazione al D.Lgs. 28 febbraio 2005, n. 38, dà atto che “la considerazione della circostanza che alcuni contribuenti Ires applicheranno (obbligatoriamente o in via facoltativa) i principi contabili internazionali ed altri, invece, continueranno ad applicare (obbligatoriamente o in via facoltativa) i principi contabili nazionali ha indotto a mantenere immutati i meccanismi di determinazione della base imponibile, fondati sul principio di derivazione dal risultato del conto economico, apportando alla normativa solo quelle modifiche strettamente indispensabili a consentirne l'applicazione ai soggetti che utilizzeranno i principi contabili internazionali, salvaguardando, nei limiti del possibile, la neutralità dell'imposizione rispetto ai diversi criteri di redazione del bilancio di esercizio”.

delle disposizioni del testo unico, si creano le premesse per delle gravi distonie nell'applicazione degli artt. 86 e 87 del medesimo Tuir, per i soggetti che adottano i criteri IAS, in considerazione del fatto che nessun adeguamento è stato previsto dal legislatore del decreto IAS al requisito della iscrizione in bilancio tra le immobilizzazioni finanziarie.

Per rendersi conto di ciò è utile chiedersi se, ai fini degli artt. 86 e 87 (oltre che 101) del Tuir:

- a) le partecipazioni almeno di collegamento si debbano considerare *de plano* anche iscritte in bilancio come immobilizzazioni finanziarie;
- b) le partecipazioni nemmeno di collegamento possano beneficiare della rateazione o dell'esenzione, se iscritte in bilancio tra le immobilizzazioni finanziarie.

Ora, la risposta affermativa alla prima domanda – certamente ispirata da esigenze di coerenza tra le disposizioni dello stesso testo unico e di semplificazione (40) – finisce col determinare delle disparità di tratta-

A tal proposito, non può condividersi la posizione assunta dall'Agenzia delle entrate nella Circolare 16 marzo 2005, n. 10/E, secondo cui in caso di acquisto di titoli azionari attraverso la stipula di un contratto di *leasing*, il requisito del cd. *holding period* ai fini dell'applicazione del regime di *participation exemption* decorrerebbe:

- nel caso di adozione del metodo patrimoniale (il cui impiego è richiesto dalle regole civilistiche), dal momento del riscatto;
- mentre, in caso di adozione del metodo finanziario (cioè del metodo prescritto dai principi contabili internazionali), dal momento di stipula del contratto.

In merito alla non perfetta neutralità dei sistemi contabili adottati rispetto all'imposizione sui redditi vd. G. ZIZZO, *I principi contabili internazionali nei rapporti tra determinazione del risultato di esercizio e determinazione del reddito imponibile*, cit., 1172, che condivisibilmente osserva che tale neutralità è a rischio tutte le volte in cui la normativa tributaria rinvia a specifiche voci di bilancio (come accade, per esempio, ogniqualvolta in cui il legislatore richiama l'ammontare del patrimonio netto).

(40) Secondo un modello già da tempo sperimentato da altri Paesi comunitari, i quali subordinano la spettanza della *participation exemption* al superamento di determinate soglie quantitative commisurate all'entità delle partecipazioni. Giova comunque segnalare che, rispetto all'obiettivo della semplificazione, in mancanza di ulteriori specificazioni, il mero riferimento al controllo e al collegamento può essere comunque fonte di incertezze tutte le volte in cui non si ricade nella fattispecie dell'art. 2359, comma 1, n. 1 (e, al limite, anche n. 2) o almeno non si supera il limite della presunzione di influenza notevole dettata dall'art. 2359 comma 2, del c.c. Ciò in quanto, al di fuori di queste ipotesi in cui il controllo e il collegamento dipendono da parametri oggettivi, legati all'entità delle partecipazioni, nelle altre fattispecie descritte dall'art. 2359, l'influenza dominante e l'influenza notevole dipendono da valutazioni, che attengono alle caratteristiche dei rapporti che si instaurano tra le società e che spesso risultano difficili da effettuare in modo univoco.

mento a danno dei soggetti che adottano gli IAS nella misura in cui impedisce loro la deduzione di eventuali minusvalenze su partecipazioni di controllo o di collegamento (per effetto della automatica applicazione del regime della *participation exemption*, ovviamente al verificarsi degli altri requisiti previsti dall'art. 87 del Tuir). Senza contare che tale conclusione crea non poche difficoltà applicative tutte le volte in cui le partecipazioni vengono acquistate in più *tranches* e in più esercizi, la prima delle quali non raggiunge la soglia del collegamento: in tali casi, infatti, si dovrebbe stabilire come possa essere realizzato il requisito della iscrizione tra le immobilizzazioni finanziarie “nel primo bilancio chiuso durante il periodo di possesso”, una volta che tale requisito dell'iscrizione sia assorbito dalle caratteristiche del rapporto partecipativo (41).

Sicché, per evitare simili distorsioni si dovrebbe ripiegare sulla risposta negativa, ossia ritenere che pur in presenza di partecipazioni almeno di collegamento, i benefici della rateazione e dell'esenzione delle plusvalenze (ovvero quello della deducibilità delle minusvalenze) rimangano agganciati al requisito dell'iscrizione in bilancio delle partecipazioni.

Del resto, almeno rispetto all'istituto dell'esenzione, non mi pare si possa sostenere che la funzione dell'iscrizione in bilancio tra le immobilizzazioni possa essere svolta dalle caratteristiche del rapporto partecipativo.

Invero, come si è evidenziato, nel contesto dell'art. 87, l'iscrizione nel primo bilancio chiuso durante il periodo di possesso sembra rivestire la funzione di rendere immediatamente manifesta l'intenzione degli amministratori in ordine all'investimento: vale a dire, se lo stesso sia stato effettuato in un'ottica speculativa (o di *trading*) ovvero di impiego stabile di risorse.

Ma se questa è la funzione che, nel contesto dell'art. 87, il legislatore ha attribuito al requisito dell'iscrizione in bilancio, è evidente che la stessa funzione non può essere assolta da un requisito legato all'entità della partecipazione (che, come noto, è l'elemento principale per integrare un rapporto di controllo o di collegamento), dal momento che l'intenzione di fare *trading* può ispirare l'acquisto di partecipazioni che superano le soglie del controllo o del collegamento, così come (ed ancor

(41) Invero, se l'iscrizione è sostituita dalle caratteristiche della partecipazione, bisogna stabilire se, ai fini della lett. b), dell'art. 87, comma 1, la partecipazione debba possedere i requisiti del controllo o del collegamento sin dal primo esercizio – o addirittura sin dal momento – in cui la stessa viene acquistata.

più) l'intenzione di realizzare un investimento stabile può ispirare l'acquisto di partecipazioni minoritarie che non raggiungono nemmeno la soglia del collegamento.

Il che dovrebbe, dunque, confermare l'opportunità di attestarsi su interpretazioni meno rigide della novella introdotta dall'art. 11, comma 2, del decreto IAS, che meglio di altre si coordinino con i requisiti previsti dagli artt. 86 e 87 Tuir.

Il problema si concentra, allora, sulla seconda domanda sopra formulata.

Qui, a ben vedere, la questione si complica in quanto, in forza dell'art. 11, comma 2, del D.Lgs. n. 38/2005, la caratteristica (di controllo o di collegamento) della partecipazione opera anzitutto sulla classificazione della stessa tra i beni-merce (che, come detto, generano ricavi) e i beni d'investimento (che, come detto, generano plusvalenze o minusvalenze), sicché, anche se si volesse sostenere che ai fini degli artt. 86 e 87 Tuir rileva pur sempre l'iscrizione in bilancio della partecipazione, ci si troverebbe comunque di fronte al fatto che una partecipazione nemmeno di collegamento non potrebbe beneficiare della rateazione o dell'esenzione perché, a monte, essa non rientrerebbe tra i beni d'investimento idonei a generare plusvalenze.

Il che vorrebbe dire, allora, che si ricadrebbe nella irragionevole disparità di trattamento di cui si è detto sopra, posto che l'assoggettamento ai regimi della rateazione ovvero dell'esenzione delle plusvalenze continuerebbe sì a dipendere dalla classificazione operata in sede di bilancio, al pari di quanto avviene per i soggetti che adottano i principi contabili nazionali, tuttavia, diversamente da questi ultimi, per i soggetti che adottano gli IAS (anche per obbligo) l'operatività di quei regimi sarebbe subordinata all'esistenza di una ulteriore condizione, rappresentata, per l'appunto, dalle caratteristiche del rapporto partecipativo. Di talché, i soggetti che adottano gli IAS – a differenza di quelli che adottano i principi contabili nazionali – non potrebbero mai beneficiare dell'esenzione per le partecipazioni che non superano la soglia del collegamento.

Per evitare alla radice queste distorsioni mi pare non vi sia altra strada che quella di attribuire ancora una volta alla novella dell'art. 11, comma 2, del D.Lgs. n. 38/2005 una portata piuttosto elastica, che non escluda la possibilità per il contribuente, che – per scelta o per obbligo – adotta gli IAS, di classificare in bilancio – agli effetti degli artt. 85, 86 e 87 Tuir – tra le immobilizzazioni finanziarie anche partecipazioni che non superano la soglia del collegamento e, viceversa, di classificare tra le attività non immobilizzate anche partecipazioni di collegamento o di controllo.

Si tratta di una conclusione che – pur con le innegabili differenze lessicali – ricalca lo schema dell'art. 2424-bis c.c., nel quale è pacifico che la presunzione di inquadramento tra le immobilizzazioni delle partecipazioni almeno di collegamento abbia carattere relativo.

E si tratta, altresì, di una conclusione che è coerente con la filosofia delle disposizioni fiscali del decreto IAS, tese a rendere neutra, sul piano dell'impatto fiscale, l'adozione dei principi contabili internazionali in sede di redazione del bilancio.

Ed ancora, si tratta di una conclusione che non collide con le norme che regolano lo schema di bilancio secondo i principi IAS, dal momento che tale schema non è rigido, bensì rappresenta un elenco di contenuti minimi obbligatori, da rendere maggiormente analitici in funzione della rilevanza delle informazioni da rappresentare e della scelta di fornire più o meno ragguagli nella nota integrativa (42).

Del resto, va detto che – se è vero che, come afferma la relazione di accompagnamento, la *ratio* della novella è di natura semplificativa – sarebbe veramente paradossale che una disposizione concepita per semplificare, possa risolversi in una penalizzazione (43) per i soggetti che si intendevano favorire.

Oltretutto, per quanto specificamente attiene ai profili di elusività delle operazioni riguardanti le partecipazioni, va detto che la tesi qui preferita ha il pregio di rendere neutra l'adozione dei principi contabili internazionali anche rispetto alle conclusioni cui sono sopra pervenuto. Nel senso che, affermando che quella introdotta dall'art. 11, comma 2, del D.Lgs. n. 38/2005 è una presunzione relativa, non si altera quanto in precedenza sostenuto in merito alla sindacabilità, in chiave antielusiva, delle classificazioni operate in bilancio con riferimento alle partecipazioni, ed in merito alla natura meramente indiziaria della incoerenza tra la classificazione di bilancio e la presunzione legale relativa – dettata dall'art. 2424-bis c.c. e ribadita dall'art. 11, comma 2, del decreto IAS – di inquadramento tra le immobilizzazioni finanziarie delle partecipazioni che superano la soglia del collegamento.

(42) Ed in ogni caso, nulla esclude che la classificazione tra le immobilizzazioni finanziarie o tra le attività correnti – o, meglio, la classificazione tra gli investimenti durevoli e le attività di *trading* – venga chiaramente esplicitata nella nota integrativa, la quale, come è noto, rappresenta uno dei documenti di cui si compone il bilancio d'esercizio.

(43) In termini di maggiore imposizione per l'impossibilità di beneficiare dell'esenzione ovvero della deduzione delle minusvalenze.

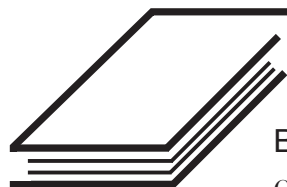
Non altrettanto si potrebbe dire, invece, seguendo la tesi che vede nella novella del menzionato art. 11, comma 2, una definizione che circoscrive ed esaurisce ai fini delle imposte sui redditi (44) la categoria delle immobilizzazioni finanziarie, per i soggetti che adottano i principi contabili internazionali. In questa prospettiva, infatti, verrebbero ridotte le possibilità di contestazione, nella misura in cui l'inquadramento nella categoria delle immobilizzazioni – e la connessa spettanza della rateazione o dell'esenzione delle plusvalenze – viene sottratto alla decisione degli amministratori e viene fatto dipendere da criteri oggettivi attinenti alle caratteristiche del rapporto partecipativo. Il che è, del resto, logico, posto che in tal modo verrebbero anche sensibilmente ridotte le possibilità di porre in essere manovre che – tramite la classificazione delle partecipazioni in una categoria piuttosto che nell'altra – potrebbero consentire di ridurre la tassazione.

Semmai, in questa prospettiva, la valutazione in chiave antielusiva potrebbe spostarsi, per così dire, “a monte” ed attestarsi sulla stessa decisione di adottare gli IAS, laddove, ovviamente, il contribuente non sia tenuto a farlo per espressa disposizione di legge. Si potrebbe, in sostanza, ipotizzare che un contribuente abbia scelto di adottare gli IAS proprio per beneficiare dell'esenzione – in presenza di partecipazioni almeno di collegamento – ovvero proprio per beneficiare della non esenzione – in presenza di partecipazioni nemmeno di collegamento – senza bisogno di ricorrere ad una classificazione di bilancio non in linea con quanto stabilito dai criteri civilistici (45). Ebbene, in questo caso non credo che l'operazione potrebbe essere sindacata in chiave antielusiva, nel senso che la scelta di adottare i principi contabili internazionali non mi sembra di per sé censurabile, non rientrando nell'elenco dell'art. 37-bis del DPR n. 600. Di talché, eventuali benefici che dovessero derivare direttamente da quella scelta non potrebbero essere disconosciuti attraverso l'applicazione della norma antielusiva: penso, ad esempio, alla deducibilità degli interessi passivi grazie alla non applicabilità del meccanismo del pro-rata patrimoniale in presenza di partecipazioni nemmeno di collegamento. Ma anche in sede di contestazione di un'operazione più articolata che comprenda una compravendita di partecipazioni (46), si dovrebbe tener

(44) E dunque anche ai fini degli artt. 86 e 87 del Tuir.

(45) Ma appunto, potendo sfruttare la presunzione – in questa prospettiva, assoluta – dettata dalla legge.

(46) Di per sé idonea a far scattare l'applicazione dell'art. 37-bis.



BALDASSARRE SANTAMARIA

Obiettivo primario della revisione dell'intera opera è stato quello della massima chiarezza e semplificazione unitamente a una rigorosa impostazione sistematica dei vari istituti e dei singoli tributi nel quadro dell'intero sistema normativo. Ne risulta una raccolta spiccatamente professionale, destinata a tutti gli operatori del diritto tributario.

DIRITTO TRIBUTARIO

Parte Generale

Quinta edizione

p. XIII - 402, € 25,00

NORME TRIBUTARIE ESSENZIALI

Seconda edizione

p. IX - 344, € 27,00

In preparazione:

DIRITTO TRIBUTARIO

Parte Speciale

Terza edizione

GIUFFRÈ EDITORE

Via Busto Arsizio, 40 - 20151 MILANO
Tel. 02/38.089.1 - Fax 02/38.009.532
<http://www.giuffre.it> - E-mail: vendite@giuffre.it



1726

Vol. XVI - Febbraio 2006

RIVISTA DI DIRITTO TRIBUTARIO

ISSN 1121-4074

RIVISTA MENSILE

2

Vol. XVI - Febbraio 2006

2

2006

DIRETTA DA

GASPARE FALSITTA - AUGUSTO FANTOZZI - SALVATORE LA ROSA
FRANCESCO MOSCHETTI - PASQUALE RUSSO

Si segnalano all'attenzione del lettore

Le classificazioni di bilancio tra determinazione del reddito d'impresa e applicabilità delle norme antielusive
di Antonio Viotto

Condono tributario e accertamento dell'inesistenza di crediti già chiesti a rimborso (nota a Corte cost. ord. n. 340/2005)
di Simone Francesco Cociani

Osservazioni sul diritto di interpello
di Lorenzo Massimino

Agevolazioni fiscali alle fondazioni bancarie e compatibilità con la normativa comunitaria in tema di aiuti di Stato (nota a Corte di giustizia Ce, sez. II, causa C-222/04/2006)
di Mario Tenore

RIVISTA DI DIRITTO TRIBUTARIO



DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE

© Giuffrè Editore -  a riservata all'autore

Poste Italiane s.p.a. - Spedizione in a.p. - D.L. 353/2003 (conv. in L. 27/02/2004 n° 46) art. 1, comma 1, DCB (VARESE)

INDICI

DOTTRINA

Massimo Antonini

Le novità apportate al Modello ed al Commentario Ocse in tema di imposte sul reddito e sul capitale IV, 25

Emanuele Artuso

L'applicazione "retroattiva" del redditometro: osservazioni sulle recenti linee ermeneutiche della Suprema Corte (nota a Cass., sez. trib., n. 19252/2005 e Cass., sez. trib., n. 328/2006) II, 149

Edoardo Belli Contarini

La (limitata) responsabilità tributaria del curatore (nota a Comm. trib. prov. di Milano, sez. XXXVI, n. 259/2006) II, 176

Simone Francesco Cociani

Condono tributario e accertamento dell'inesistenza di crediti già chiesti a rimborso (nota a Corte cost. ord. n. 340/2005) II, 101

Carlo De Simoni

La prova presuntiva, da "qualificata" a semplicemente "non illogica", in recenti pronunce della Corte Suprema (nota a Cass., sez. trib., n. 16048/2005 e Cass., sez. trib., n. 20078/2005) II, 129

Antonio Guidara

Telematica e ruoli "orfani" I, 147

Lorenzo Massimino

Osservazioni sul diritto di interpello I, 109

Mario Tenore

● Agevolazioni fiscali alle fondazioni bancarie e compatibilità con la normativa comunitaria in tema di aiuti di Stato (nota a Corte di giustizia Ce, sez. II, causa C-222/04/2006) III, 57

Antonio Viotto

Le classificazioni di bilancio tra determinazione del reddito d'impresa e applicabilità delle norme antielusive I, 69

Rubrica di diritto comunitario

a cura di **Piera Filippi** III, 35

Rubrica di diritto tributario internazionale e comparato

a cura di **Guglielmo Maisto** IV, 25

conto che nel giudizio di elusività dell'operazione verrebbe a mancare il tassello concernente la classificazione in bilancio delle partecipazioni, che – come si è detto – rappresenta il passaggio spesso maggiormente sintomatico dell'intento di aggirare norme o divieti perseguito dal contribuente.

ANTONIO VIOTTO

