

**STUDIO LEGALE E TRIBUTARIO**  
**Avv. ANGELA MONTI**

Milano 20123 • Piazza Virgilio 4  
Tel. +39.02.48024371-2-3 R.A.  
Fax +39.02.48024374

Lugano 6900 • Via Cattori 5/A  
Tel. +41.91.9605270  
Fax +41.91.9605279

Roma 00195 • Circonvallazione Clodia 169  
Tel. +39.06.32090385

[www.studiotributariomonti.it](http://www.studiotributariomonti.it)  
[info@studiotributariomonti.it](mailto:info@studiotributariomonti.it)

**CONSIDERAZIONI IN TEMA DI RILEVANZA PENALE  
DELL'ABUSO DI DIRITTO: LA SENTENZA "DOLCE E  
GABBANA"(\*)**

ANGELA MONTI

La recente sentenza della Cassazione penale n. 77397/2012 (caso "Dolce e Gabbana") che, come vedremo, si è espressa in ordine alla rilevanza penale delle condotte elusive, disattendendo il precedente orientamento della stessa Suprema Corte, ripropone il tema della stessa fattibilità di operazioni di *tax planning* da parte degli operatori italiani e l'altrettanto rilevante problema della responsabilità per concorso del consulente – italiano o straniero – che sia intervenuto nella architettura dell'operazione.

La rilevanza del tema è poi evidente non appena si consideri l'abbassamento delle soglie di punibilità dei reati di infedele e fraudolenta dichiarazione a far data dal 17 settembre 2011.

Rammento che da questa data la soglia di punibilità del reato di fraudolenta dichiarazione ( art. 3 d.lgs 74/2000) è stata ridotta a un'evasione d'imposta di euro trentamila ovvero a un ammontare complessivo degli elementi attivi sottratti all'imposizione, anche mediante indicazione di elementi passivi fittizi, superiore

**(\*) Relazione all'INTERNATIONAL FISCAL FORUM, Lugano, 22 maggio 2012**

al cinque per cento dell'ammontare complessivo degli elementi attivi indicati in dichiarazione, o, comunque, a euro un milione. Per il reato di dichiarazione infedele (art. 4), invece, basta un'evasione di imposta di euro cinquantamila ovvero un ammontare complessivo degli elementi attivi sottratti all'imposizione superiore al dieci per cento dell'ammontare complessivo degli elementi attivi indicati in dichiarazione, o, comunque, a euro duemilioni.

**Brevi cenni sull'evoluzione più recente della giurisprudenza della Corte di Cassazione e dei giudici di merito in tema di "abuso di diritto"**

L'evoluzione dell'orientamento giurisprudenziale in tema di "abuso di diritto" si rivela non poco tormentata e vale la pena ricordarla brevemente in quanto rilevante ai fini dell'esame del conseguente aspetto degli effetti sanzionatori penali.

Come noto, in una prima fase, la Corte di Cassazione riteneva che potessero qualificarsi elusivi solo i comportamenti che erano definiti come tali da una norma espressa.

Successivamente, già con la sentenza n. 7457/2003, la Corte aveva iniziato ad enfatizzare l'esigenza della interpretazione dei contratti ai fini fiscali in ragione della loro causa.

Di poi, con la sentenza n. 20398/2005, il Supremo Collegio era giunto ad affermare la nullità di un contratto (trattavasi di *dividend washing*) nonostante l'Amministrazione non avesse dedotto espressamente la nullità dello stesso per mancanza di causa ma si fosse limitata a richiamare l'art. 37, comma 3, D.P.R. n. 600/1973. Già in questa pronuncia, la Corte aveva affermato il "potere del giudice di conoscere determinate questioni (quali la nullità del negozio giuridico, ai sensi dell'art. 1421 cod. civ.) indipendentemente da una espressa domanda di parte" a dispetto della natura impugnatoria del procedimento avanti le Commissioni tributarie (nello stesso senso vedasi anche Cass. n. 22932/2005).

Intervenuta la sentenza Halifax, la Corte aveva avuto gioco facile nella sentenza n. 25374/2008 ad affermare l'esistenza nel nostro ordinamento di un principio di matrice comunitaria concernente l'abuso di diritto applicabile a tutte le fattispecie di entrate tributarie con *“l'obbligo per il giudice nazionale di applicazione di ufficio anche al di fuori di specifica deduzione ed allegazione di parte”*.

A seguito delle contestazioni della dottrina in merito alla non applicabilità dei principi comunitari in tema di imposizione sul reddito, le successive sentenze del 23 dicembre 2008 n. 30055, 30056, 30057, hanno affermato, come noto, in tema *“dividend washing”* e *“dividend stripping”*, che per *“costante giurisprudenza di questa Corte, sono rilevabili d'ufficio le eccezioni poste a vantaggio dell'amministrazione in una materia, come è quella tributaria, da essa non disponibile”*. Da ciò è stata fatta conseguire la rilevanza d'ufficio della inopponibilità del negozio abusivo all'erario *“con la conseguenza che non può non ritenersi insito nell'ordinamento, come diretta derivazione delle norme costituzionali, il principio secondo cui il contribuente non può trarre indebiti vantaggi fiscali dall'utilizzo distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un risparmio fiscale, in difetto di ragioni economicamente apprezzabili che giustifichino l'operazione, diverse dalla mera aspettativa di quel risparmio fiscale”*.

Ancor più preoccupanti rispetto alla teoria dell'abuso del diritto si palesavano poi le affermazioni della Corte in tema di *“antieconomicità”* delle operazioni societarie contenute nella sentenza n.951/2009 in cui veniva affermato il principio in base al quale *“i giudici d'appello, chiamati a stabilire l'antieconomicità dell'acquisizione di una partecipazione azionaria a prezzo superiore a quello d'acquisto della stessa, non avrebbero potuto limitarsi a constatare la regolarità della documentazione cartacea, ma avrebbero dovuto rivalutare i fatti sulla base di tutti i dati in loro possesso e delle deduzioni del contribuente al riguardo”*. *“L'esclusione della rilevanza dei movimenti finanziari ritenuti antieconomici non può basarsi sulla apparente regolarità delle annotazioni contabili, perchè proprio una tale condotta è di regola alla base di*

*documenti emessi per operazioni inesistenti o di valore di gran lunga eccedente quello effettivo.”*

Con questo orientamento la Corte ha sostanzialmente ritenuto che, anche nei casi nei quali la difesa dell'Amministrazione fosse stata assolutamente monca e l'atto amministrativo fosse stato del tutto privo di motivazione, il richiamo ai principi comunitari e/o ai principi costituzionali di fatto avrebbe potuto consentire di giungere alla tassazione delle operazioni contestate *“pur se per motivi diversi da quelli prospettati dall'Amministrazione”*.

Riteniamo al riguardo vada enfatizzato che le fattispecie che avevano occasionato le pronunce giurisprudenziali più drasticamente a favore dell'Amministrazione finanziaria del dicembre 2008 attenevano le ipotesi *di dividend washing e dividend stripping* in fattispecie nelle quali la contestualità dei pagamenti, la pressoché totale identità tra ammontare del prezzo di trasferimento dei titoli e l'importo del dividendo, i collegamenti societari esistenti tra i soggetti coinvolti nell'operazione avrebbero a nostro avviso correttamente consentito il richiamo all'art. 37, comma 3, D.P.R. 600 il quale non attiene l'interposizione (o la simulazione soggettiva) in senso civilistico ma l'interposizione nella percezione e nel possesso del reddito. Una simile ricostruzione sicuramente più garantista avrebbe anche consentito di affermare l'applicabilità delle sanzioni amministrative o penali alla condizione, tuttavia, che rispettivamente l'Amministrazione finanziaria o il Pubblico Ministero fossero in grado di fornire la prova dell'intenzionalità (o, per le sole sanzioni amministrative, della semplice negligente consapevolezza) dell'agire del contribuente.

Lo sconcerto di fronte alle affermazioni contenute nella sentenza *“Dolce e Gabbana”* in tema di rilevanza penale dell'elusione nascono dalla considerazione che sino ad oggi la stessa Cassazione aveva sostenuto l'opposto. Costante era infatti in giurisprudenza la considerazione per la quale *“In quanto semplice elusione fiscale, le operazioni di cui trattasi non rientrano in alcuna delle disposizioni di legge previste negli artt. 2,3,4 D. Lgs 74/2000, tutte caratterizzate dal fine di evadere le imposte sui redditi o sul valore aggiunto e quindi connotate*

*STUDIO LEGALE TRIBUTARIO*  
*AVV. ANGELA MONTI*

*dal fatto di essere delitti a dolo specifico” (ex plurimis Cass. 15.03.2006, Chiarolla; Cass. 12.02.2001 Muntoni. (...)) e l’elusione, quale lecito strumento di pianificazioni fiscali, era stata affermata dallo stesso legislatore nella relazione governativa al D. Lgs. N. 74/2000 nella quale leggesi testualmente che “nelle ipotesi di mancata sottoposizione del caso al parere del comitato, resta comunque pienamente salva la possibilità che la condotta del contribuente, intesa allo sfruttamento delle opzioni consentite dalla legge civile al fine di realizzare risparmi d’imposta, vada ricondotta al paradigma di quella che è tradizionalmente qualificata come semplice “elusione di imposta”, quale categoria concettualmente contrapposta all’evasione, rimanendo dunque priva d’ogni riflesso penale”.*

D’altra parte nella stessa sentenza Halifax della Corte di Giustizia, dalla quale ha tratto originariamente spunto l’orientamento giurisprudenziale sull’abuso di diritto, trovasi affermato che *“la constatazione dell’esistenza di un comportamento abusivo non deve condurre a una sanzione, per la quale sarebbe necessario un fondamento normativo chiaro ed univoco(...)”*.

Inoltre la recente sentenza nel caso “Dolce e Gabbana” non tiene conto che sia la Corte di Cassazione sia i giudici di merito in sede tributaria hanno iniziato da tempo un processo di mitigazione di quei principi dianzi richiamati specie nei casi in cui la disparità delle parti nel processo risulti più eclatante.

Già nella sentenza n. 1465/2009 lo stesso Supremo Collegio, ad esempio, afferma che anche in materia di abuso di diritto, *“in merito alla ripartizione dell’onere della prova nel processo tributario, compete all’Amministrazione finanziaria allegare i fatti e gli elementi costitutivi della pretesa tributaria e, nella specie, le circostanze a dimostrazione dell’oggettiva natura elusiva delle operazioni poste in essere dal contribuente; parimenti, quest’ultimo è chiamato ad assolvere l’onere di illustrare e giustificare le motivazioni di carattere economico - concrete, effettive ed essenziali - poste a fondamento delle scelte operate nell’esercizio dell’attività d’impresa”*.

La stessa Cassazione ha poi più di recente iniziato un percorso di ripensamento dell'originaria impostazione nata con le sentenze del dicembre 2008 rilevando non solo la necessità di un'estrema "cautela" nell'utilizzo da parte dell'Amministrazione finanziaria della nozione di abuso ma anche operando un distinguo tra "operazioni finanziarie" e "ristrutturazioni societarie, soprattutto quando le stesse avvengono nell'ambito di grandi gruppi d'impresa" (cfr. la sentenza n. 1372/ 2011).

Nella stessa sentenza trovasi affermato che l'applicazione del principio giurisprudenziale dell'abuso del diritto, inteso come non ammissibilità per l'ordinamento tributario dell'utilizzo distorto dell'autonomia contrattuale e della libera iniziativa privata con finalità esclusivamente rivolte al risparmio d'imposta, comporta per l'Amministrazione finanziaria l'onere di provare le anomalie o le inadeguatezze delle operazioni intraprese dal contribuente al quale compete allegare le finalità perseguite - diverse dal mero vantaggio consistente nella diminuzione del carico tributario.

La stessa Cassazione con la sentenza n. 10383/2011 ha altresì ritenuto che l'utilizzo di benefici fiscali (nel caso specifico si trattava di un insediamento produttivo in zone svantaggiate) non può mai integrare abuso di diritto in quanto l'agevolazione costituisce una contropartita incentivante e non una finalità *contra ius*.

Ma anche le Commissioni di merito hanno cominciato ad esprimere nelle proprie decisioni il disagio già manifestato dalla dottrina quanto all'applicazione degli evanescenti criteri fissati dalla Corte di Cassazione in tema di "convenienza economica" e di sussistenza di "interessi fiscali" non necessariamente esclusivi ma anche solo "concorrenti" con gli interessi economici del contribuente elaborati nelle note sentenze in tema di "abuso di diritto". Così alcuni giudici di merito sono giunti ad affermare quanto la dottrina ha da sempre sostenuto, ossia "*non potersi immaginare in materia di norme speciali, quale è appunto l'art. 37 bis d.p.r. 600/73, interpretazioni estensive o analogiche*" (cfr. C.T.P. Milano

decisione n. 154/2011, CTP Napoli n. 792/11 ; CTP Verona n. 240/11; C.T.P. Milano n. 62/2012; C.T.P. Milano n. 63/2012; C.T.P. Milano n. 64/2012).

I giudici di merito sono andati oltre le affermazioni della Cassazione affermando che il vaglio di effettività dei rapporti contrattuali deve essere operato anche con riferimento ai contratti di investimento della tesoreria aziendale che abbiano, con valutazione *ex ante*, ossia al momento della sottoscrizione, una convenienza economica per le parti.

Analogamente, in attesa che il legislatore intervenga dando attuazione , come vedremo al d.d.l. per la riforma fiscale, la giurisprudenza di merito ha affermato l'estensione alle condotte "abusive" del principio della iscrivibilità in via di riscossione provvisoria di imposte, sanzioni e interessi solo dopo la sentenza di I grado favorevole all'Amministrazione in virtù di quanto previsto dal comma 6 dell'art 37 *bis* (CTP Genova Sez. I Sent. n. 2/1/11 del 24 gennaio 2011).

Queste decisioni evidenziano come le Commissioni di merito non siano tutte "appiattite" su di una applicazione superficiale dei principi desumibili dalle sentenze di Cassazione ma siano invece positivamente coinvolte in quel processo di progressivo indebolimento della fattispecie dell'abuso di diritto, così graniticamente affermata dalle note pronunce delle Sezioni Unite del dicembre 2008.

**Norme penali e "Abuso di diritto", art. 37 bis del D.P.R. 600 e norme antielusive espresse – la sentenza della Corte di Cassazione, sez. II penale, n. 7739 del 28.02.2012**

Ma passiamo a valutare nel dettaglio la recentissima sentenza della Corte di Cassazione, sez. II penale, n. 7739 del 28.02.2012 già in precedenza citata.

In detta pronuncia, infatti, il Supremo Collegio ha chiaramente statuito che "*deve affermarsi il principio che non qualunque condotta elusiva ai fini fiscali può assumere rilevanza penale, ma solo quella che corrisponde ad una specifica*

*ipotesi di elusione espressamente prevista dalla legge. In tal caso, infatti, si richiede al contribuente di tenere conto, nel momento in cui redige la dichiarazione, del complessivo sistema normativo tributario, che assume carattere precettivo nelle specifiche disposizioni antielusive. In altri termini, nel campo penale non può affermarsi l'esistenza di una regola generale antielusiva, che prescinderebbe da specifiche norme antielusive, così come, invece, ritenuto dalle citate Sezioni Unite civili della Corte Suprema di Cassazione, mentre può affermarsi la rilevanza penale di condotte che rientrino in una specifica disposizione fiscale antielusiva".*

La sentenza sembra ignorare la distinzione tra interposizione fittizia e elusione che invece le norme tributarie considerano dettando una disciplina assai diversa. Che la fattispecie esaminata dalla Corte fosse un'ipotesi di interposizione di soggetti è palese dall'esame della motivazione ove chiaramente l'operazione posta in essere viene descritta come un caso riconducibile al fenomeno dell'"esterovestizione" (intestazione di marchi a un soggetto lussemburghese di fatto privo di sostanza economica e il cui beneficiario economico si identificava nei due noti stilisti).

Orbene, l'interposizione ex art. 37, comma 3, D.P.R. 600/1972 è un'ipotesi di evasione diretta che si realizza interponendo soggetti, per lo più "fittizi", nella percezione del reddito.

L'elusione è evidentemente altra cosa. Come è senz'altro noto, l'art. 37 bis che contiene l'unica definizione normativa dell'"elusione" statuisce che "*sono inopponibili all'amministrazione finanziaria gli atti, i fatti e i negozi, anche collegati tra loro, privi di valide ragioni economiche, diretti ad aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario e ad ottenere riduzioni di imposte o rimborsi, altrimenti indebiti*" prevedendo altresì che "*l'amministrazione finanziaria disconosce i vantaggi tributari conseguiti mediante gli atti, i fatti e i negozi di cui al comma 1, applicando le imposte determinate in base alle*



*disposizioni eluse, al netto delle imposte dovute per effetto del comportamento inopponibile all'amministrazione”.*

Ai fini della identificazione del comportamento come elusivo/abusivo non è sufficiente la semplice mancanza di “valide ragioni economiche” ulteriori rispetto al semplice risparmio d’imposta ma è necessario l’aggiramento di obblighi e divieti previsti dall’ordinamento tributario con il fine di ottenere riduzione di imposte o rimborsi considerati dalla legge come indebiti, cioè non conformi alla finalità, ossia alla *ratio* cui si ispira la norma fiscale.

La citata sentenza della Suprema Corte sembra inoltre affermare il principio che ogni condotta elusiva, specificamente disciplinata, è di rilievo penale anche se il legislatore non lo dice.

A tutto concedere la Corte di Cassazione dimostra di dimenticarsi che esiste l’art. 19 d. lgs. n. 74/2000 alla cui stregua “*Quando uno stesso fatto è punito da una delle disposizioni del titolo II e da una disposizione che prevede una sanzione amministrativa, si applica la disposizione speciale*”.

L’esistenza di una specifica norma antielusiva (*lex specialis*) esclude l’applicazione della norma penale tributaria (*lex generalis*), salvo che il legislatore esprima una diversa volontà sanzionatoria.

L’esistenza di una costante legislazione che distingue nettamente l’evasione dall’elusione, e che non può non far pensare a fenomeni diversi, di diversa capacità lesiva per gli interessi erariali e, quindi, ragionevolmente destinatari di una diversa reazione dell’ordinamento.

Basti pensare al d. l. 4 luglio 2006 n. 223 convertito in legge 4 agosto 2006 n. 248, in tema di “contrasto all’evasione fiscale”, il cui art. 35 reca “misure di contrasto dell’evasione e dell’elusione fiscale”, dimostrando di non accomunare affatto i due fenomeni su cui pur vuole intervenire.

Questa normativa è rinvenibile anche un lustro dopo: il riferimento è al d. l. 6 luglio 2011 n. 98 convertito in l. 15 luglio 2011 n. 111, il cui art. 24 comma 29 continua a distinguere nettamente l'evasione dalla elusione fiscale.

In buona sostanza la sentenza si fonda sull'equivoco consistente nell' accomunare le condotte di evasione commesse tramite l'interposizione fittizia di soggetti all'elusione quale strumento di ottimizzazione fiscale.

Il pericolo che si insidia nella pronuncia è che la stessa possa – come in concreto sta già avvenendo – ingenerare capi di imputazione in ipotesi nelle quali fino ad oggi anche il consulente escludeva con serenità la rilevanza sanzionatoria delle operazioni.

Infatti è la stessa recente pronuncia della Cassazione che, evocando la giurisprudenza di legittimità intervenuta in materia, deve ammettere che la giurisprudenza penale della Corte di Cassazione, a partire dal 2006 e fino al 2010, è “contraria alla rilevanza penale dei comportamenti elusivi” e che solo nel 2010-2011 si registra un orientamento giurisprudenziale “favorevole alla configurabilità di un illecito penale” .

Di qui la conclusione della Suprema Corte, secondo cui *“sulla questione della rilevanza penale dell’elusione in materia fiscale non può dirsi che la giurisprudenza penale della Corte di Cassazione si sia espressa compiutamente”*.

La sentenza *de qua* riconosce pertanto che il cittadino non ha trovato nemmeno nella giurisprudenza un chiaro risultato interpretativo idoneo ad orientarne il comportamento nell'area della legalità e deve ammettere che il *dictum* della Suprema Corte era nel senso della sicura irrilevanza penale.

Quanto alla giurisprudenza delle Sezioni civili della Cassazione che ha teorizzato l'abuso del diritto come “esistenza di una regola generale antielusiva”, la sentenza della Suprema Corte è, come si è detto, netta nell'affermare che una

rilevanza penale dell'elusione non possa prescindere da specifiche norme antielusive, giungendo ad affermare il principio che “nel campo penale non può affermarsi l'esistenza di una regola generale antielusiva, che prescinda da specifiche norme antielusive, così come, invece ritenuto dalle citate Sezioni civili della Corte Suprema di Cassazione”, motivo per cui – ragionando *a contrario* – “può affermarsi la rilevanza penale di condotte che rientrino in una specifica disposizione fiscale antielusiva” (che sarà onere del PM indicare).

Sul piano della responsabilità del consulente che assiste il cliente nell'architettura dell'operazione le preoccupazioni sono assai diffuse specie se consideriamo l'orientamento che pacificamente estende a quest'ultimo l'applicabilità del “sequestro per equivalente” a partire dai fatti commessi dall'1.1.2008.

Sul punto ritengo che la sentenza possa costituire un elemento di maggiore tranquillità piuttosto che di preoccupazione. La Corte di Cassazione è stata infatti chiarissima nell'attribuire rilevanza penale a un fatto, come abbiamo visto, di esterovestizione agli effetti del reato di infedele dichiarazione. Trattasi di un reato proprio che vede coinvolti, in primis, i redattori della dichiarazione e, in concorso, chi ha assistito l'imprenditore nella redazione della dichiarazione ai fini delle imposte sui redditi e l'IVA.

Il concorso del consulente nel reato dichiarativo ascritto ai legali rappresentanti delle società che hanno sottoscritto le dichiarazioni comporterà in primo luogo almeno la dimostrazione che questi fosse a conoscenza delle diverse modalità seguite quanto al trattamento contabile alle stesse riservato in bilancio e, soprattutto, quanto alla rilevazione delle medesime nelle dichiarazioni fiscali.

Questa considerazione vale ad escludere la responsabilità penale del professionista che, pur avendo consigliato e “architettato” l'operazione, sia stato estraneo all'ultima fase della materiale redazione della dichiarazione che, come noto, avviene a distanza di molti mesi dalla realizzazione dell'operazione.

*STUDIO LEGALE TRIBUTARIO*  
*AVV. ANGELA MONTI*

Vi è poi da chiedersi se i molti procedimenti in corso nei quali inevitabilmente i Pubblici Ministeri insisteranno per l'applicazione estensiva dei principi contenuti nella sentenza n. 7739/2012 non siano tutti destinati ad abortire qualora entri rapidamente in vigore la riforma fiscale di cui al Disegno di legge delega 16 aprile 2012 contenente "*Disposizioni per la revisione del sistema fiscale*". L'art.6 prevede infatti l'esclusione della rilevanza penale dei comportamenti ascrivibili a fattispecie abusive, mentre l'art. 9, nel prevedere la "revisione del sistema sanzionatorio penale secondo criteri di predeterminazione e proporzionalità rispetto alla gravità dei comportamenti" espressamente esclude "la rilevanza penale per i comportamenti ascrivibili all'elusione fiscale".