

STEFANO MARCHESE

**A MARGINE DI UN CASO DI « ESTEROVESTIZIONE »,
FRA SOCIETÀ DI COMODO,
INTERPOSIZIONE NEL POSSESSO DI REDDITO E
DIVIETO DELLA DOPPIA IMPOSIZIONE**

Estratto da: **Diritto e Pratica Tributaria**

Volume LXVI - (1995) - n. 4



CEDAM

CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI

1995

to (o sia imputabile), ad un soggetto e l'altra sul presupposto che lo stesso reddito sia, invece, percepito o imputabile, ad altro soggetto.

Il quarto motivo, con l'enunciazione del vizio di duplicazione di imposta, dando seguito alla doglianza dai contribuenti svolta nei gradi di merito, costituisce il punto centrale della contestazione, rispetto al quale le doglianze svolte nei motivi secondo e terzo, costituiscono argomentazioni di supporto e di specificazione che, in quanto tali ed in questa prospettiva, sono ammissibili.

Opportuna è, pertanto, la trattazione unitaria di detti motivi.

Tanto premesso in ordine ai termini del contendere, è opportuno rilevare alcune situazioni, incontroverse in causa e rilevanti al fine del decidere, e cioè:

a) L'Ing. Paolo Peterlongo, avvalendosi della normativa di sanatoria valutaria dell'art. 2 *bis* della l. 30 aprile 1976, n. 159, convertito nell'art. 3 della l. 8 ottobre 1976, n. 159, si era reso cessionario dell'intero capitale sociale della S.A. Praesidium Holding, società di diritto svizzero, la quale era socia al 99% della s.a.s. Praesidium Italiana Hurlimann (società di diritto italiano);

b) l'Ing. Paolo Peterlongo non si avvale della possibilità offerta dall'art. 2 *ter* della legge di sanatoria valutaria citata, di evitare accertamenti versando il 15% della disponibilità di attività illecitamente possedute all'estero;

c) l'ufficio accertava, per l'anno 1974 (quindi per periodo anteriore all'anno della regolarizzazione a fini valutari), un reddito dell'Ing. Paolo Peterlongo, per la partecipazione, in ragione del 99%, della società di persone e di diritto italiano citato;

d) l'ufficio emetteva analogo accertamento, sempre per l'anno 1974, a carico della s.a. Praesidium Holding, e sempre per i redditi derivanti dalla partecipazione alla società di persone e di diritto italiano citata.

Tanto premesso, si rileva che il richiamo esistente nelle sentenze dei gradi di merito, fatto proprio dalla controricorrente, relativo al mancato uso della facoltà, da parte dell'Ing. Paolo Peterlongo, disciplinata dall'art. 2 *ter* della normativa di sanatoria valutaria richiamata, assume l'unico rilievo di conferire all'ufficio il potere di eseguire accertamenti anche per gli anni anteriori a quello della regolarizzazione valutaria, potere nella specie non contestato in sé, purché dell'accertamento effettuato esistano i presupposti e le condizioni.

Nella specie, il primo ed essenziale oggetto di controversia da accertare, attiene proprio alla sussistenza dei presupposti, ed in particolare del presupposto oggettivo dell'accertamento effettuato e dedotto in controversia.

Considerando, infatti, che la società di diritto italiano, produttrice del reddito in contestazione, era una società di persone in cui reddito viene imputato alla società stessa ai fini dell'ilor, mentre viene imputato direttamente ai soci, ai fini irpef o irpeg degli stessi: rilevato inoltre che per lo stesso reddito prodotto dalla società prodotto dalla società di diritto italiano nel 1974 vi è stata una duplice

partecipazione.

Applicare al caso, quindi, la legge tributaria nella sua puntualizzazione dell'art. 67 d.p.r. n. 600 del 1973, significa individuare chi sia il socio della società di persone che ha prodotto il reddito di impresa, per imputare allo stesso il reddito prodotto dalla società in proporzione alla sua partecipazione societaria; significa, inoltre, che una volta individuata la qualifica di socio, lo stesso reddito sociale, ai fini di imposta personale, non possa essere imputato a diverso soggetto che socio non sia (o che non lo sia per la stessa quota), se non violando il principio della duplicazione di imposta, secondo i criteri disposti dalla legge.

Sotto questo profilo, pertanto, erronea appare la motivazione della Commissione Tributaria Centrale nella parte in cui, richiamando la motivazione della Commissione tributaria di 2° grado, sostiene che nella specie non vi sarebbe duplicazione di imposta, perché le imposte imputate a due diversi soggetti erano diverse (l'irpeg e l'irpef), soggetti a differenti aliquote; perché inoltre le imposte colpivano il reddito in due momenti diversi, in due passaggi diversi, costituendo in tal modo due redditi diversi.

Essendo certo che, nella specie, l'accertamento colpiva il reddito prodotto nell'ambito della società di persone di diritto italiano in quanto imputato (indipendentemente dalla distribuzione, o no), al socio, unico era il presupposto di imposta (la produzione del reddito nella società) ed unica era la condizione per l'individuazione del soggetto, cui detto reddito andava imputato ai fini della sua personale imposta sul reddito; l'essere, o no, un soggetto socio di quella società. Sostenere la non violazione del divieto di doppia imposizione perché un soggetto (la società di diritto svizzero) era sottoposto ad irpeg, mentre la persona fisica era soggetto ad irpef, non è coerente né concludente, in quanto si tratta di entrambi i casi di imposte personali su reddito originate dall'unico presupposto e, tra di loro, in necessaria alternativa, volta che la diversa denominazione, ed anche le diverse aliquote, riflettono solo la diversa configurazione giuridica del soggetto cui l'imposta viene imputata, non già il presupposto obiettivo dell'imposizione ed i criteri di individuazione della persona assoggettata ad imposta che sono, nella disciplina normativa concreta, i criteri cui fare riferimento per individuare i fenomeni di doppia imposizione illegittimi, ancorché coinvolgano soggetti diversi.

Né è fondata la seconda argomentazione secondo cui, sul presupposto della fittizia partecipazione alla società italiana da parte di quella di diritto svizzero, e della effettività della posizione di socio del sig. Peterlongo, l'imposizione colpirebbe il reddito in due diverse manifestazioni, e quindi, due redditi diversi. In effetti i due accertamenti individuano nell'unica imputazione al socio del reddito della società di persone di diritto italiano, il presupposto di imposta. Si tratta, quindi, di un'unica manifestazione di reddito soggetta ad un'unica imposizione nell'alternativa della individuazione del socio effettivo, nell'anno 1974, o nella società anonima di diritto svizzero, o nel sig. Paolo Peterlongo.

L'ufficio, eseguendo l'accertamento nei confronti del socio apparente (la società di diritto svizzero), ha dimostrato di considerare detto soggetto di diritto straniero il socio effettivo della società di diritto italiano, il soggetto cui il reddito prodotto nella società in accomandita doveva essere imputato in quanto socio al 99%; a questo punto non vi era più margine per imputare lo stesso reddito, prodotto nella accomandita semplice e per la stessa partecipazione sociale ad altro soggetto, se non violando il principio della duplice imposizione, unico essendo il presupposto dedotto negli accertamenti per l'imputazione del reddito sociale ed unico il soggetto cui poteva essere imputato ai fini dell'imposta personale sul reddito.

Il ricorso deve pertanto essere accolto e la controversia rimessa alla Commissione tributaria Centrale per la nuova valutazione coerente ai principi espressi. (*Omissis*).

(*) 1. - *Introduzione.*

La sentenza della Suprema Corte che si annota, opportunamente sfrondata da alcune peculiarità del fatto esaminato e dagli ormai anacronistici profili valutari, può essere ricondotta al caso di una persona fisica italiana che, anziché sottoscrivere in proprio una partecipazione, la fa acquisire da una società anonima svizzera costituita a tale scopo.

Un siffatto modo di operare può essere ulteriormente generalizzato nel comportamento di chi, anziché acquistare in proprio un cespite produttivo di reddito (un immobile, una partecipazione sociale, un bene immateriale), decide di costituire una società - italiana o estera - e attraverso questa procedere all'acquisto del cespite.

Il problema delle conseguenze fiscali dell'operazione sopra descritta, essendo indubbiamente stimolante, invita ad alcune riflessioni e considerazioni in chiave essenzialmente problematica e critica (1).

(1) Il comportamento di un residente in Italia che costituisce una società in Svizzera (o in un altro paese «ameno») intestando alla stessa beni ivi posseduti e celando in vario modo - al fisco, ai creditori, alla moglie (o al marito), e così via - la propria titolarità del pacchetto di controllo della società è stato esaminato negli anni sotto molteplici profili: sociologico, economico, di costume, etico, psicologico, politico, e via dicendo.

In non poche di queste analisi è facile incontrare atteggiamenti di «criminalizzazione a priori» di siffatto modo di operare, quasi cioè che quest'ultimo fosse idoneo a determinare, di per sé stesso, una presunzione di colpevolezza e che legittimasse atteggiamenti punitivi nei confronti dell'autore dell'operazione, salvo poi che questo non dimostrasse, con prove inconfutabili, che non aveva connesso alcun «illecito».

Quando tuttavia tale comportamento debba essere osservato dal punto di vista del diritto, sia esso societario o fallimentare, di famiglia o penale, o - per quanto qui interessa - tributario, è del tutto evidente che qualunque analisi che, sia pure al livello più inconscio, muova da un siffatto pregiudizio, non può che essere inficiata, sul piano del metodo scientifico prima ancora che dello studio giuridico, da un errore di prospettiva.

E la sentenza sopra pubblicata appare emblematica al riguardo.

Prima di formulare le osservazioni, è opportuno individuare le linee direttrici lungo le quali si muove l'analisi.

E, infatti, appare subito evidente che l'analisi si muove in due istanze, nella ricerca dei limiti (fisici e giuridici) e cioè nella problematica delle c.d. «frontiere».

Tale filone d'indagine non può essere considerato connesso ma logicamente distinto dal problema della doppia imposizione.

Una volta valutate le interrelazioni, occorrerà conciliare le eventuali esigenze con la doppia imposizione.

Al fine di sgombrare il campo, è opportuno al luogo riassumere brevemente la fattualità che ha dato luogo alla sentenza della Corte e richiamare, con la necessaria chiarezza, la questione e di interposizione.

2. - *Il «caso».*

2.1. - Il sig. Paolo Peterlongo, precisamente:

- nella «S.I.E.I. s.a.s. di Padova»;

- nella «Praesidium Holding» del 100%.

La società anonima svizzera, denominata «Hurlimann s.a.s.».

La partecipazione del sig. Peterlongo è stata palesata al fisco italiano (2).

In seguito, il sig. Peterlongo ha chiesto l'iscrizione ai fini valutari - a norma dell'art. 159 - rendendosi cessionario della partecipazione nella società anonima svizzera.

L'Amministrazione finanziaria ha emesso un provvedimento in capo alla società estera s.a.s. e, avuta notizia della regola-

(2) Verosimilmente ciò deve essere considerato in relazione alla titolarità delle azioni in capo ad un soggetto estero.

Si ricorda, comunque, che le azioni sono considerate ai sensi dell'art. 638 del codice delle obbligazioni.

(3) Per comodità del Lettore si richiama l'art. 1766 del codice di commercio del 1976: «I residenti che, tramite l'interposizione di società o in enti od organizzazioni estere, di qualsiasi genere costituite anteriormente al 1° gennaio 1977, rendersene cessionari sono considerati ai fini dell'imposta sul reddito di cui al precedente articolo 2 dello stesso codice».

Negli atti di cessione le parti devono indicare ai sensi e per gli effetti del presente articolo le banche agenti all'ufficio italiano di cui si tratta.

Agli effetti fiscali le cessioni di azioni sono considerate a titolo oneroso».

Prima di formulare le osservazioni che ci siamo proposti, occorre individuare le linee direttrici lungo le quali svolgere il ragionamento.

E, infatti, appare subito evidente che «il caso» si risolve, in ultima istanza, nella ricerca dei limiti (fiscali) all'utilizzo dello strumento societario, e cioè nella problematica delle c.d. «società di comodo».

Tale filone d'indagine non può prescindere, tuttavia, dal problema — connesso ma logicamente distinto — dell'interposizione nel possesso di reddito.

Una volta valutate le interrelazioni fra i due temi oggetto di riflessione, occorrerà conciliare le eventuali soluzioni individuate con il divieto della doppia imposizione.

Al fine di sgombrare il campo da possibili equivoci, conviene in primo luogo riassumere brevemente la fattispecie sottoposta al vaglio della Suprema Corte e richiamare, con la necessaria sintesi, i concetti di esterovestizione e di interposizione.

2. — Il «caso».

2.1. — Il sig. Paolo Peterlongo nel 1974 partecipava in due società, e precisamente:

- nella «S.I.E.I. s.a.s. di Paolo Peterlongo & C.» per il 5,59375%;
- nella «Praesidium Holding S.A.», di diritto svizzero, nella misura del 100%.

La società anonima svizzera, poi, era socia per il 99% della «Praesidium Italiana Hurlimann s.a.s.».

La partecipazione del sig. Peterlongo nella società svizzera non era stata palesata al fisco italiano (2).

In seguito, il sig. Peterlongo procedette alla regolarizzazione dell'operazione ai fini valutari — a norma dell'art. 2 bis della l. 30 aprile 1976, n. 159 — rendendosi cessionario senza corrispettivo della partecipazione totalitaria nella società anonima svizzera (3).

L'Amministrazione finanziaria in un primo tempo emise avviso di accertamento in capo alla società estera per il reddito di partecipazione nella s.a.s. e, avuta notizia della regolarizzazione valutaria effettuata, accertò nuo-

(2) Verosimilmente ciò deve essere avvenuto attraverso una intestazione fiduciaria delle azioni in capo ad un soggetto straniero.

Si ricorda, comunque, che le azioni in Svizzera possono essere al portatore ai sensi dell'art. 638 del codice delle obbligazioni elvetico.

(3) Per comodità del Lettore si riporta il testo dell'art. 2 bis della l. n. 159 del 1976: «I residenti che, tramite l'interposizione di non residenti o la partecipazione in società o in enti od organizzazioni estere di qualsiasi tipo, possiedono in Italia attività di qualsiasi genere costituite anteriormente al 6 marzo 1976 possono, entro il 9 maggio 1977, rendersene cessionari senza corrispettivo, previo adempimento degli obblighi di cui al precedente articolo 2 dei quali ricorrano i presupposti.

Negli atti di cessione le parti devono dichiarare che gli atti stessi sono stipulati ai sensi e per gli effetti del presente articolo. La cessione deve essere comunicata tramite le banche agenti all'ufficio italiano dei cambi, con le modalità stabilite dall'ufficio stesso.

Agli effetti fiscali le cessioni di cui al presente articolo si considerano effettuate a titolo oneroso».

vamente lo stesso reddito in capo al sig. Peterlongo, affermando sostanzialmente quanto segue:

a) premesso che la intestazione della partecipazione nella «Praesidium Italiana Hurlimann s.a.s.» in capo alla società svizzera realizzava una *esterovestizione*;

b) che quindi la partecipazione nella s.a.s. era posseduta dal sig. Peterlongo tramite l'*interposizione fittizia* della società estera;

c) doveva concludersi nel senso che il reddito di partecipazione era imputabile allo stesso Sig. Peterlongo in quanto «effettivo possessore» per interposta persona.

Siamo quindi di fronte ad una reiterazione di atti di accertamento nei confronti di soggetti diversi e per imposte diverse ma concernenti il medesimo reddito.

2.2. - La difesa del contribuente si articola nelle seguenti argomentazioni:

a) si contesta che l'intestazione della partecipazione in capo alla società svizzera, ancorché realizzasse una *esterovestizione*, desse luogo ad una interposizione fittizia, distinguendosi al riguardo fra l'ipotesi di *esterovestizione* realizzata mediante costituzione di una società estera da parte del residente con l'intestazione (reale) a questa di beni - comportamento adottato nel caso in esame - da quella in cui il residente si limita ad intestare fittiziamente beni siti in Italia ad un non residente;

b) si fa rilevare l'apoditticità dell'affermazione secondo cui si sarebbe stati in presenza di una interposizione fittizia, ovvero l'illegittimità di un eventuale superamento della personalità giuridica della società svizzera;

c) si eccepisce la violazione del divieto della doppia imposizione di cui all'art. 67 del d.p.r. n. 600 del 1973 in quanto il reddito di partecipazione - una prima volta assoggettato ad irpeg in capo alla società estera - sarebbe tassato una seconda volta con l'irpeg in capo alla persona fisica.

2.3. - Mentre la commissione di 1° grado annullò l'accertamento «per duplicazione», la Commissione centrale (4), confermando la decisione di 2° grado, ritenne legittimo l'accertamento sulla base delle seguenti considerazioni:

a) non si realizza una doppia imposizione in quanto lo stesso reddito non è stato assoggettato due volte alla stessa imposta, ma ad imposte diverse, l'irpeg e l'irpef, la cui coesistenza è prevista dall'ordinamento tributario con aliquote diverse e nei confronti di soggetti diversi;

b) «se la parte contribuente avesse provveduto, ai sensi dell'art. 2 ter della citata legge n. 159 del 1976 a versare il 15% del valore della partecipazione regolarizzata, avrebbe precluso l'accertamento come disposto dalla norma medesima» (5).

2.4. - Sul punto controverso, la Cassazione, accogliendo il ricorso del contribuente e disponendo il rinvio alla Commissione centrale, afferma i seguenti principi:

(4) Cfr. Comm. centr., sez. I, 13 febbraio 1988, n. 1323, *retro*, 1991, II, 3, con nota di Lanteri, *Partecipazione esterovestita in società italiana, interposizione fittizia e doppia imposizione*; e in *Fisco*, 1988, 2255.

(5) L'art. 2 ter della l. n. 159 del 1976 prevedeva la possibilità, per coloro che intendevano procedere alla regolarizzazione valutaria ex art. 2 bis, di versare il 15% «dell'ammontare delle disponibilità o del valore delle attività indicati nella dichiarazione di cui al 1° comma del predetto art. 22» con la conseguenza che «il versamento

a) la sostanziale unitarietà del divieto della doppia imposizione;

b) l'operatività procedimentale intenso come divieto di reiterazione.

Tuttavia la Suprema Corte avrebbe potuto assumere - quale prospettiva di analisi del problema, che su quelli procedurali del rispetto all'interpretazione ed applicazione:

i) se l'*esterovestizione* reale interposizione (fittizia o reale), tal in capo al soggetto interponente;

ii) se, in caso negativo, e interposizione, l'*esterovestizione* zione nel possesso di redditi;

iii) se, ricorrendo l'ipotesi mento e/o disconoscimento, ai società estera;

iv) se il divieto della doppia specie come applicazione del principio potere accertativo, ogni qualvolta ché erroneamente - venga men

preclude ogni accertamento dipender disponibilità o attività, ai fini delle in corso alla data in cui è stato effettuat

Per una panoramica su tale di *dei capitali in Italia, retro*, 1976, I, 111

In giurisprudenza si vedano in *retro*, 1979, II, 338 e ss., con nota *condono in materia valutaria*; nonché *retro*, 1982, II, 828 e ss., con nota di *condono in materia valutaria secondo le* rimenti.

(6) La cassazione precisa infatti sul reddito originato dall'unico prest volta che la diversa denominazione, diversa configurazione giuridica del presupposto obiettivo dell'imposizione soggettata ad imposta che sono, nella riferimento per individuare i fenomeni coinvolgono soggetti diversi».

(7) Sempre secondo la Suprema confronti del socio apparente (la società detto soggetto il socio effettivo il reddito prodotto nella società in ac cio al 99%; a questo punto non vi prodotto nella accomandita semplice soggetto, se non violando il divieto d posto dedotto negli accertamenti pe soggetto cui poteva essere imputato ai

a) la sostanziale unitarietà dell'imposta personale sul reddito ai fini del divieto della doppia imposizione (6);

b) l'operatività procedimentale del divieto della doppia imposizione, intenso come divieto di reiterazione dell'atto impositivo (7).

Tuttavia la Suprema Corte lascia aperte le seguenti questioni, che avrebbero potuto assumere — qualora fosse stata seguita una diversa prospettiva di analisi del problema, incentrata sugli aspetti sostanziali piuttosto che su quelli procedurali dell'imposizione — carattere pregiudiziale rispetto all'interpretazione ed applicazione del divieto della doppia imposizione:

i) se l'esterovestizione realizzata dal contribuente realizzasse una interposizione (fittizia o reale), tale da autorizzare l'accertamento del reddito in capo al soggetto interponente;

ii) se, in caso negativo, e quindi al fuori delle ipotesi civilistiche di interposizione, l'esterovestizione si configurasse comunque come interposizione nel possesso di redditi;

iii) se, ricorrendo l'ipotesi *sub ii*), fosse quindi legittimo il superamento e/o disconoscimento, ai fini fiscali, della personalità giuridica della società estera;

iv) se il divieto della doppia imposizione — individuato nel caso di specie come applicazione del principio del *ne bis in idem* nell'esercizio del potere accertativo, ogni qualvolta tale potere sia già stato esercitato, ancorché erroneamente — venga meno qualora successivamente emerga che il

preclude ogni accertamento dipendente dalla sopravvenuta conoscenza delle suddette disponibilità o attività, ai fini delle imposte sul reddito relative al periodo d'imposta in corso alla data in cui è stato effettuato e a quelli precedenti».

Per una panoramica su tale disposizione cfr. Frattini, *Aspetti fiscali del rientro di capitali in Italia*, retro, 1976, I, 1161 e ss.

In giurisprudenza si vedano in particolare Cass. civ., 16 giugno 1978, n. 2989, retro, 1979, II, 338 e ss., con nota di C. Glendi, *Sull'interpretazione delle norme di condono in materia valutaria*; nonché Cass., sez. un., 28 giugno 1982, n. 4000, retro, 1982, II, 828 e ss., con nota di C. Glendi, *L'interpretazione delle norme di condono in materia valutaria secondo le sezioni unite della cassazione*, ove ulteriori riferimenti.

(6) La cassazione precisa infatti che l'irpef e l'irpeg sono «imposte personali sul reddito originate dall'unico presupposto e, tra di loro, in necessaria alternativa, volta che la diversa denominazione, ed anche le diverse aliquote, riflettono solo la diversa configurazione giuridica del soggetto cui l'imposta viene imputata, non già il presupposto obiettivo dell'imposizione ed i criteri di individuazione della persona assoggettata ad imposta che sono, nella disciplina normativa concreta, i criteri cui fare riferimento per individuare i fenomeni di doppia imposizione illegittimi, ancorché coinvolgono soggetti diversi».

(7) Sempre secondo la Suprema Corte, «l'ufficio, eseguendo l'accertamento nei confronti del socio apparente (la società di diritto svizzero), ha dimostrato di considerare detto soggetto il socio effettivo della società di diritto italiano, il soggetto cui il reddito prodotto nella società in accomandita doveva essere imputato in quanto socio al 99%; a questo punto non vi era più margine per imputare lo stesso reddito, prodotto nella accomandita semplice e per la stessa partecipazione sociale ad altro soggetto, se non violando il divieto della doppia imposizione, unico essendo il presupposto dedotto negli accertamenti per l'imputazione del reddito sociale ed unico il soggetto cui poteva essere imputato ai fini dell'imposta personale sul reddito».

primo destinatario dell'atto accertativo altri non sia che un interposto fittizio di altro soggetto, per il quale si possa provare che egli è l'effettivo possessore del reddito per interposta persona e, in caso affermativo, a quali condizioni;

v) quali rimedi disponga il soggetto che si assume interposto fittiziamente per recuperare l'imposta già versata con il sistema dell'autoliquidazione.

3. - L'esteroestizione.

L'art. 33 del t.u. delle norme di legge in materia valutaria (8) prevede, fra i mezzi e i comportamenti mediante i quali si realizza il reato di illegale esportazione e costituzione all'estero di valuta, «l'attività del residente che, costituendo persone giuridiche o enti esteri, anche non riconosciuti dalla legge italiana, ovvero assumendo in essi partecipazioni, fa apparire beni siti o attività costituite in Italia come appartenenti a non residenti» (9).

Al riguardo è stato rilevato (10) che tale creazione di una «apparenza di appartenenza» «è una realtà assai difficoltosa da configurare in termini rigorosamente giuridici stante l'intenzione del legislatore di perseguire un fenomeno di fatto (l'apparente pertinenza estera di un bene in realtà appartenente a soggetto residente), osteggiato in quanto tale, indipendentemente dalle forme e dagli espedienti giuridici attraverso i quali è realizzato. L'effettiva appartenenza del bene a soggetto residente è perciò inequivocabilmente assunta dal legislatore come nozione *metagiuridica*, in un significato che include possesso, disponibilità, effettiva signoria *uti dominus* del bene».

Diversa è invece l'appartenenza apparente, che «non può verificarsi se non in termini di proprietà formale (intestazione). La fattispecie in esame si presenta dunque composta da una situazione di fatto (appartenenza ad un residente) dissimulata da una situazione giuridica (titolo giuridico che determina l'apparente appartenenza ad ente estero) ad esso collegata» (11).

4. - L'«interposizione societaria» e i suoi rapporti con quella fittizia e quella reale.

Secondo un linguaggio corrente, volutamente atecnico, non sarebbe scorretto affermare che la persona fisica che utilizza una struttura societaria per acquisire la proprietà di un bene pone fra sé e il bene, e quindi il

(8) Approvato con il d.p.r. n. 148 del 1988.

(9) L'illecito valutario è stato depenalizzato dalla legge 21 ottobre 1988, n. 544 e, inoltre, pur essendo formalmente in vigore, non è attualmente operante stante la liberalizzazione valutaria attuata con il d.m. 27 aprile 1990 emanato in attuazione dell'art. 6, 5° comma, del d.p.r. n. 148 del 1988.

Sul punto cfr. *amplius* Sforzi, voce «Cambi e valute (depenalizzazione)», in *Digesto*, disc. pen., App. IV, Torino, 1990, 485 e ss.

(10) Cfr. Nardo, *Diritto valutario*, Torino, 1988, 223 e ss.

(11) Cfr. altresì, per una prima indagine sull'argomento: Carboni, voce «Cambi e valute (reati in materia di)», in *Digesto*, disc. pen., II, Torino, 1988, 55 e ss.; Di Amato, *La disciplina penale delle infrazioni valutarie*, in *Giust. pen.*, 1977, I, 316; Frattini, *Del reato di esteroestizione nella nuova formulazione legislativa ed il contrasto giurisprudenziale*, *retro*, 1988, I, 604 e ss.; Nardo, *Problemi interpretativi della legge penale valutaria: la fittizia intestazione all'estero di beni o attività di pertinenza*

reddito che da esso scaturisce, società è «inter - posta».

Per comodità espositiva, chiarisco nel modo sopra descritto l'interposizione.

Occorre ora valutare se, in questa volta in senso tecnico, sono ravvisabile, da un punto di vista, questa volta in senso tecnico, sono

Tradizionalmente la dottrina ha considerato l'interposizione fittizia da quella reale.

La prima, che si sostanzia in un'interposizione fittizia, è caratterizzata dal fatto che l'interposto non è la propria ma appaia, all'esterno, come se fosse il vero e proprio venditore del bene, il quale, in realtà, è l'interposto ma effettivamente.

Nel caso che abbiamo chiarito, la dottrina ha escluso l'interposizione fittizia.

Tipicamente la persona fisica che interviene ma effettiva, sia in capo alla società, sia in capo alla società.

Così come è da escludersi che l'interposto retroceda il reddito derivante dal reddito, ma prevede che il reddito (il reddito) degli schemi tipici della struttura societaria, cato o nella forma caratteristica, aventi giustificazione economica (16).

italiana, in Banca, borsa e titoli di credito, Milano, 1982, 109; Visentini G., *La pertinenza a non residenti di beni siti in Italia*.

(12) Cfr. F. Ferrara sr. *Della pertinenza a non residenti di beni siti in Italia*, 1922, *passim*; Scardulla, voce «Cambi e valute», *retro*, 1972, 143 e ss.

Sul problema qui esaminato cfr. *L'interposizione di persona*, Padova, 1991; Giuliani, *Interposizione, sulle orme di un caso giurisprudenziale*, ulteriori indicazioni bibliografiche.

(13) Cfr., i richiami del Nardo, *retro*, Cass., sez. II, 29 maggio 1993, n. 10000.

(14) La necessaria partecipazione dell'interposto nell'ipotesi di interposizione fittizia è una dottrina più recente.

Per i riferimenti, rimandiamo al Nardo.

(15) Sulla operazione di «riciclaggio» attraverso tecniche di «thin capitalization» e la thin capitalization, *retro*, 1994, 287 ss.

(16) Sul problema dei rapporti tra la dottrina fiscale cfr. di recente le considerazioni di Carboni, *retro*, 1994, 287 ss.; *pensieri all'amministratore*, in *Rass. trib. e riquadrificazione dei redditi*, 1994, 583; Di Geronimo, *Compensi e base ristretta*. È applicabile l'art. 37.

reddito che da esso scaturisce, una società. In tal senso può dirsi che la società è «inter - posta».

Per comodità espositiva, chiameremo l'utilizzo dello strumento societario nel modo sopra descritto «interposizione societaria».

Occorre ora valutare se, in presenza di una interposizione societaria, sia ravvisabile, da un punto di vista giuridico, uno di quei fenomeni che, questa volta in senso tecnico, sono definiti di interposizione.

Tradizionalmente la dottrina (12) e la giurisprudenza (13) distinguono l'interposizione fittizia da quella reale.

La prima, che si sostanzia in una simulazione relativa soggettiva, è caratterizzata dal fatto che l'interponente vuole che la titolarità del bene sia la propria ma appaia, all'esterno, in capo all'interposto; a tal fine tradizionalmente si ritiene necessario che all'accordo simulatorio partecipi anche il terzo venditore del bene, il quale deve sapere che sta vendendo fittiziamente all'interposto ma effettivamente all'interponente (14).

Nel caso che abbiamo chiamato di interposizione societaria, è dunque da escludersi l'interposizione fittizia.

Tipicamente la persona fisica vuole che la proprietà, non solo apparente ma effettiva, sia in capo alla società, e palesa tutto ciò al terzo.

Così come è da escludersi che la persona fisica voglia che la società gli retroceda il reddito derivante dal bene, come se fosse un interposto fittizio, ma prevede che il reddito (in senso economico) gli pervenga attraverso gli schemi tipici della struttura societaria, e quindi giuridicamente riqualificato o nella forma caratteristica (dividendi) o in forme «alternative» ma aventi giustificazione economica (interessi (15) o compensi ad amministratori (16)).

izazione, in Banca, borsa e titoli di credito, 1979, I, 216; Id., Corso di diritto valutario. Milano, 1982, 109; Visentini G., La legge penale valutaria e l'apparenza di appartenenza a non residenti di beni siti in Italia, in Bancaria, 1980, 598.

(12) Cfr. F. Ferrara sr. Della simulazione dei negozi giuridici, quarta ed., Roma, 1922, passim; Scardulla, voce «Interposizione di persona», in Enc. dir., XXII, Milano, 1972, 143 e ss.

Sul problema qui esaminato cfr. da ultimi l'interessante monografia del Nanni, L'interposizione di persona, Padova, 1990; AA. VV., Fiducia, trust, mandato ed agency, Milano, 1991; Giuliani, Interposizione, fiducia e dichiarazioni dell'altrui appartenenza, sulle orme di un caso giurisprudenziale, in Giur. comm., 1994, II, 8 ss.; ove ulteriori indicazioni bibliografiche.

(13) Cfr., i richiami del Nanni, Op. cit., 109, nota 62, cui adde, più di recente, Cass., sez. II, 29 maggio 1993, n. 6024, in Giur. comm., 1994, II, 5.

(14) La necessaria partecipazione del terzo all'accordo simulatorio perchè si versi nell'ipotesi di interposizione fittizia e non reale è stata posta in discussione dalla dottrina più recente.

Per i riferimenti, rimandiamo alla monografia del Nanni, Op. cit., passim.

(15) Sulla operazione di «riqualificazione» dei redditi societari in interessi attraverso tecniche di «thin capitalization» cfr. da ultimo Pistone, La tassazione degli utili distribuiti e la thin capitalization: profili internazionali e comparati, Padova, 1994, 287 ss.

(16) Sul problema dei rapporti fra compensi ai soci-amministratori ed elusione fiscale cfr. di recente le considerazioni di Cappello, Un caso di ripresa fiscale di compensi all'amministratore, in Rass. trib., 1994, 587; Carpentieri, Compensi ai soci amministratori e riqualificazione dei dividendi: può ipotizzarsi il credito d'imposta?, ibidem, 583; Di Geronimo, Compenso a socio amministratore di società di capitali a base ristretta. È applicabile l'art. 37, 3° comma, d.p.r. n. 600 del 1973?, ibidem, 73;

Del pari non ha nulla a che vedere con il fenomeno dell'interposizione societaria l'ipotesi di simulazione assoluta, costituita dalla vendita meramente apparente, attraverso la quale l'effettivo titolare del bene lo trasferisce fittiziamente ad un prestanome.

Nel caso di interposizione reale, invece, la proprietà del bene viene acquistata dall'interposto ma per conto e nell'interesse dell'interponente, esistendo tra i due un accordo che può essere costituito da un mandato senza rappresentanza o da un negozio fiduciario.

In questa ipotesi il soggetto interposto (fiduciario o mandatario) trasmette all'interponente i redditi che gli derivano (a titolo originario) dal bene e, spesso, provvede ad esercitare il diritto di proprietà secondo le istruzioni di questo; l'accordo sovente comprende il patto obbligatorio a carico dell'interposto di trasferire, a semplice richiesta del fiduciante o mandante, la proprietà del bene a quest'ultimo o a persona da lui indicata.

Con particolare riferimento al negozio fiduciario, è stata proposta in dottrina (17) e in giurisprudenza (18) l'ulteriore distinzione fra interposizione c.d. «statica» e quella c.d. «dinamica» (19).

Nel caso dell'interposizione societaria, è normalmente da escludersi anche l'ipotesi di interposizione reale, sia statica, sia dinamica.

L'interposizione reale si caratterizza, come è evidente, da un rapporto (di fiducia o di mandato) fra interponente e interposto e quindi da un patto fra i due. L'interponente, quindi, esercita i diritti che gli derivano dal negozio fiduciario (o dal mandato) invocando i correlativi obblighi che gravano all'interposto reale.

La persona che realizza l'interposizione societaria, invece, non ha certo bisogno di ricorrere a patti di questo tipo per esercitare i suoi diritti.

Chi possiede la pressoché totalità del pacchetto azionario di una società eserciterà i propri diritti utilizzando i poteri che gli derivano dall'essere il *dominus* della società. Munito dei poteri di nomina e revoca degli ammi-

nistratori e di iniziativa di una azionaria, fornirà le sue istruzioni per la gestione della società in che misura incassare i redditi attribuiti, le liberazioni di distribuzione dei dividendi, e così via, fino allo scioglimento della società, e così via.

Se, dunque, nulla esclude che l'interposizione societaria possa essere come interposto fittizio (titolare apparente) (fiduciario, mandatario senza rappresentanza) o come interposto reale (titolare apparente, minata dell'interposizione societaria fittizia, sia quella reale (21)).

Occorre a questo punto vedere se, in qualche modo, realizzare l'ipotesi di interposizione societaria fittizia.

5. - L'interposizione nel possesso

L'art. 37, ultimo comma, del D.Lgs. n. 446 del 1997, che ha modificato l'art. 25 del D.Lgs. n. 58 del 1998, ha sede di rettifica o di accertamento dei redditi di cui appaiono titolari altri che il vero titolare, sulla base di presunzioni gravi, preo-ssessore per interposta persona.

Tale disposizione è stata introdotta dal D.Lgs. n. 69 convertito nella l. 27 aprile 1998, n. 84, nel testo dell'art. 25 del disegno di legge n. 1501 del 1988 (22).

Lupi, *Compensi abnormi agli amministratori: antielusione sì, doppia imposizione no*, *ibidem*, 81; Stevanato, *Compensi a soci amministratori e interpretazione di persona. Un'ipotesi da scartare*, *ibidem*, 77; Id., *Compensi abnormi agli amministratori-soci: spunta il conflitto di interessi?* *ibidem*, 591.

In giurisprudenza cfr. da ultima Comm. trib., 1° grado Torino, 4 agosto 1994, n. 721, in *Rass. trib.*, 1994, 1660.

(17) Cfr. Lipari, *Il negozio fiduciario*, Milano, 1964, 153; Nanni, *Op. cit.*, 173 ss; Giuliani, *Op. cit.*, 26, ove ulteriori riferimenti.

(18) Cfr. da ultimo Trib. Napoli, 18 novembre 1992, in *Foro it.*, 1993, I, 3403.

(19) La prima ha per oggetto un trasferimento di un bene a mezzo di un contratto tipico con contestuale assunzione da parte dell'acquirente dell'obbligo di usare il bene secondo modalità predeterminate ed eventualmente di ritrasferirlo al precedente proprietario; la seconda si concretizzerebbe nel mandato al alineare o ad acquistare. Sotto altra prospettiva, la prima si caratterizza dalla mancanza di qualità professionali o di un interesse proprio dell'interposto all'operazione, al contrario di quanto si verifica nell'interposizione dinamica, ove l'interposto (fiduciario) esercita professionalmente o comunque è portatore di un proprio interesse nell'operazione (gestione patrimoniale, fiducia cum creditore).

In argomento cfr. Morello, *Fiducia a trust: due esperienze a confronto*, in *Fiducia, e trust, mandato ed agency*, Milano, 1991, 17 ss. e spec. 70 ss., per il quale le interposizioni nelle quali manca uno specifico interesse dell'interposto all'operazione (fiducia cum amico) sarebbero da ricondurre ai casi di interposizione fittizia piuttosto che reale.

(20) Cfr. Zizzo, voce «Reddito del contribuente», in *Trattato di diritto tributario*, che può leggersi nella pubblicazione sul *Digesto*, che può leggersi nella pubblicazione sul *Digesto*.

(21) In senso sostanzialmente contrario, cfr. Zizzo, voce «Reddito del contribuente», in *Trattato di diritto tributario*, che può leggersi nella pubblicazione sul *Digesto*, che può leggersi nella pubblicazione sul *Digesto*. In senso contrario, cfr. Zizzo, voce «Reddito del contribuente», in *Trattato di diritto tributario*, che può leggersi nella pubblicazione sul *Digesto*, che può leggersi nella pubblicazione sul *Digesto*. In senso contrario, cfr. Zizzo, voce «Reddito del contribuente», in *Trattato di diritto tributario*, che può leggersi nella pubblicazione sul *Digesto*, che può leggersi nella pubblicazione sul *Digesto*.

Cfr. altresì Iudica, *Società di comodo*, in *Trattato di diritto tributario*, che può leggersi nella pubblicazione sul *Digesto*, che può leggersi nella pubblicazione sul *Digesto*. In senso contrario, cfr. Zizzo, voce «Reddito del contribuente», in *Trattato di diritto tributario*, che può leggersi nella pubblicazione sul *Digesto*, che può leggersi nella pubblicazione sul *Digesto*. In senso contrario, cfr. Zizzo, voce «Reddito del contribuente», in *Trattato di diritto tributario*, che può leggersi nella pubblicazione sul *Digesto*, che può leggersi nella pubblicazione sul *Digesto*.

(22) Reputiamo interessante riportare qui il testo dell'art. 25 del disegno di legge (pubblicata retro, 1988, n. 1501 del 1988).

«Per quanto riguarda l'art. 25, è da ritenere che si tratti di un'ipotesi di interposizione societaria fittizia».

nistratori e di iniziativa di una azione di responsabilità nei loro confronti, fornirà le sue istruzioni per la gestione del patrimonio sociale; deciderà se e in che misura incassare i redditi attraverso il proprio voto decisivo nelle deliberazioni di distribuzione dei dividendi; potrà in qualunque momento decidere lo scioglimento della società, e così via.

Se, dunque, nulla esclude che, in astratto, una società possa apparire come interposto fittizio (titolare apparente o prestanome) o interposto reale (fiduciario, mandatario senza rappresentanza) (20), nella fattispecie qui esaminata dell'interposizione societaria appare da escludere sia l'interposizione fittizia, sia quella reale (21).

Occorre a questo punto vedere se tale interposizione societaria possa, in qualche modo, realizzare l'ipotesi di interposizione nel possesso di reddito.

5. - *L'interposizione nel possesso di reddito.*

L'art. 37, ultimo comma, del d.p.r. n. 600 del 1973, prevede che «in sede di rettifica o di accertamento d'ufficio sono imputati al contribuente i redditi di cui appaiono titolari altri soggetti quando sia dimostrato, anche sulla base di presunzioni gravi, precise e concordanti che egli ne è l'effettivo possessore per interposta persona».

Tale disposizione è stata introdotta dall'art. 30 del d.l. 2 marzo 1989, n. 69 convertito nella l. 27 aprile 1989, n. 254, nel quale è stato trasfuso il testo dell'art. 25 del disegno di legge sulla c.d. «elusione fiscale» (A.S. 1301 del 1988) (22).

(20) Cfr. Zizzo, voce «Reddito delle persone giuridiche (imposta sui)», in corso di pubblicazione sul *Digesto*, che può leggersi in *Riv. dir. trib.*, 1994, I, 641.

(21) In senso sostanzialmente conforme ci pare Magnani, *Interposizione fittizia ed imputazione del reddito*, in *Le nuove leggi civ. commentate*, 1990, 1247 ss., laddove, con riferimento al commento all'art. 37, u.c., del d.p.r. n. 600 del 1973, su cui si veda il successivo paragrafo, ha sottolineato che «è appena il caso di aggiungere che la portata della norma non può estendersi all'ipotesi di impiego di società di comodo rispetto alle quali non è certamente configurabile un caso di interposizione soggettiva in senso tecnico-giuridico. Qui si è in presenza, tutt'al più, di un abuso dello strumento societario ai fini di elusione fiscale e quindi il rimedio non può che consistere nell'adozione di misure legislative *ad hoc*» (corsivi nostri).

Cfr. altresì Iudica, *Società di comodo*, in *Quadrimestre*, 1988, 149, nota 8, per il quale «a proposito di società di comodo si può parlare di simulazione e di società fittizia solo in senso figurato ed atecnico, posto che l'accordo degli interessati è nel senso di volere gli effetti (costituzione della società, appunto, di comodo) e non già nel senso, proprio della simulazione, di dar vita ad un negozio del quale non si vogliono gli effetti»; Perrone, *Società immobiliari (diritto tributario)*, in *Riv. dir. trib.*, 1993, I, 1018; Palmieri, *Simulazione e nuova disciplina della nullità della s.p.a.*, in *Giur. comm.*, 1991, I, 95; Greco, *Le società di comodo alla luce dell'art. 30 d.l. 2 marzo 1989, n. 69*, in *Boll. trib.*, 1989, 639, nota 12.

(22) Reputiamo interessante riportare il brano di relazione governativa al citato disegno di legge (pubblicata *retro*, 1988, I, 1096 ss) che si riferisce all'art. 25:

«Per quanto riguarda l'art. 25, è opportuno fare un rinvio alle considerazioni svolte a proposito del commento all'art. 10. Ed infatti i due articoli sono idealmente

Una parte della dottrina (28) ha ritenuto di individuare i limiti di operatività della norma ai soli casi di interposizione fittizia, escludendo che essa possa colpire altri fenomeni, quali quelli dell'interposizione reale e delle società di comodo.

Altri (29), pur arrivando a ravvisare una portata della disposizione a dir poco «dirompente» per l'ordinamento tributario, teorizzando la possibilità del disconoscimento della soggettività tributaria delle società in chiave repressiva «dell'utilizzazione abusiva» dello strumento societario, nonché prospettando «un'applicazione della teoria della prevalenza della sostanza sulla forma» (30), concordano sul fatto che l'unica forma di interposizione colpita dalla norma sarebbe quella fittizia (31) (32).

usufrutto azionario nell'imposizione sui redditi: spunti in tema di sostituzione e interposizione di persona, in *Rass. trib.*, 1994, 45 ss.; Palumbo, *Relazione italiana al XLIII Congresso dell'International Fiscal Association di Rio De Janeiro, 1989*, in *Cahiers de droit fiscal international*, vol. LXXIVa, *La non reconnaissance des personnes juridiques en matière fiscale*, Rotterdam, 1989, 335 ss., e, tradotta in italiano con l'aggiunta di note e di ulteriori aggiornamenti, *retro*, 1990, I, 457 ss. e spec. 473 ss.; Perrone, *Op. loc. cit.*; Pistone, *La tassazione*, cit., 343 ss.; Sacchetto, *Il non riconoscimento della personalità giuridica delle società*, in *Gazz. val.*, 1989, 3551; S.e.c.i.t., *Relazione del 6 ottobre 1993 sull'usufrutto su azioni*, in *Rass. trib.*, 1994, 211 ss. e spec. 220 ss.; Stevanato, *Op. loc. cit.*; Tabellini, *L'elusione fiscale*, ed. provv. Milano, 1988, 288 ss.; Tencati, *Interposizione fittizia di persone. Profili societari, amministrativi e penali*, in *Fisco*, 1989, 3436 ss.; Traversi, *Interposizione fittizia ed evasione fiscale*, in *Le società*, 1990, 1417 ss.; Zizzo, *Op. cit.*, 619 ss. e spec. 640 ss.

(28) Cfr. Magnani, *Op. loc. cit.*, il quale ravvisa nella norma una portata innovativa attinente alla funzione impositiva, che si sostanzia «nell'attribuzione di poteri istruttori e decisorii che consentono all'Amministrazione finanziaria di prescindere dall'accertamento giudiziale della realtà negoziale sottesa a quella apparente».

Nello stesso senso cfr. Gallo, *Op. ult. cit.*, 1769 ss., il quale, escludendo che la norma attribuisca agli uffici fiscali il potere di disattendere i negozi fiduciari, non ravvisa la possibilità di applicare utilmente l'art. 37, u.c., ai casi di *dividend washing* e di trasferimento del diritto di usufrutto su azioni, le quali operazioni non realizzano, per l'appunto, ipotesi simulatorie. Su questo punto si veda anche la successiva nota 40.

Cfr. ancora Zizzo, *Op. loc. cit.*

(29) Cfr. Palumbo, *Op. cit.*, 473 ss.

Secondo tale Autore, «il caso tipico» di operatività dell'art. 37, u.c., sarebbe «quello del contribuente persona fisica che intesta un cespite produttivo di redditi elevati ad una società per azioni di comodo per evitare gli effetti fiscali molto onerosi che derivano dalle aliquote progressive previste per le persone fisiche invece della più lieve aliquota proporzionale».

(30) Così Palumbo, *Op. cit.*, 474.

(31) Così ancora Palumbo, *Op. cit.*, 479.

(32) Dobbiamo invero confessare che ci riesce assai difficile non rilevare l'antinomia delle affermazioni del predetto Autore, laddove da un lato paiono limitare la portata della norma ai fenomeni di simulazione soggettiva e dall'altro prospettano accertamenti basati sul «disregard» della personalità giuridica o sul principio «substance over form». Anche perché ci pare assai arduo concepire siffatti tipi di accertamento, che a buona sostanza travalicano persino l'ipotesi di interposizione reale, per mettere in discussione la stessa architettura societaria, giustificandoli alla luce della sola rilevanza o presunta interposizione fittizia.

Altri ancora (33) ravvisano nella norma in esame l'attitudine a contrastare l'impiego delle società di comodo.

In una posizione intermedia si collocano poi coloro i quali (34), se ritengono che l'art. 37, u.c., sia applicabile ai soli casi di interposizione fittizia, riconducono però in tale ambito anche le ipotesi di interposizione reale c.d. statica (35).

Il S.e.c.i.t., dal canto suo (36), ha ritenuto «ozioso» il ricondurre la portata della norma fiscale alle categorie civilistiche dell'interposizione fittizia e reale, ravvisando invece in essa un contenuto antielusivo, consistente nel consentire al fisco una «verifica di rilevanza fiscale degli effetti civili di atti o negozi, verifica che non si vede altro come effettuare se non sulla base di una valutazione di «credibilità» dell'atto o negozio sotto il profilo economico, prescindendo dalla convenienza fiscale, allo scopo di individuare l'«effettivo possessore» del reddito da tassare».

Posizione, quest'ultima, che ha dato luogo a penetranti critiche sul rilievo che l'art. 37, u.c., non è una norma antielusiva in senso tecnico e, come tale, «non si può certo applicare a singhiozzo, solo dove fa comodo al fisco, perché c'è un vantaggio tributario, un salto d'imposta, mancano le valide ragioni economiche, etc. etc.» (37).

A questo sommosso avviso, deve escludersi ogni possibilità di applicazione dell'art. 37, u.c., ad ipotesi diverse dalla interposizione fittizia, così come deve negarsi con fermezza che sia possibile «importare» nella materia fiscale il concetto di «apparenza di appartenenza» che abbiamo sinteticamente richiamato parlando della estrovestizione.

Non pare infatti che ad una norma procedimentale — la quale mira essenzialmente ad attribuire agli uffici fiscali il potere di accertare simulazioni

(33) Cfr. Tabellini, *Op. cit.*, 288 ss.

Anche Perrone, *Op. cit.*, 1018, ritiene che «più convincente appare una interpretazione disancorata dal dato civilistico volta a rendere possibile l'accertamento in capo all'interponente in tutti i casi di utilizzo di una società costituita o destinata esclusivamente ad occultare redditi e quindi priva di un effettivo oggetto sociale da conseguire».

Nello stesso senso cfr. altresì Traversi, *Op. cit.*, 1419 e Tencati, *Op. cit.*, 3437.

(34) Cfr. Lovisolo, *Possesso di reddito*, cit., loc. cit.; Morello, *Il problema*, cit., 40; Id., *Frode alla legge*, cit., 536.

(35) Cfr. Morello, *Il problema*, cit., loc. cit., il quale limita le ipotesi di interposizione reale ai casi in cui «l'interposto agisce in base ad un contratto con un'autonoma posizione di interessi (gestione di patrimonio; fiducia cum creditore; ecc.)», ritenendo che «non possa qualificarsi interposto «reale» una persona che si limita ad un ruolo puramente passivo (la mera intestazione, non accompagnata da una gestione professionale o da incarichi particolari) anche se alla base di tale posizione sia posto dalle parti un preteso negozio fiduciario. Ha senso infatti assegnare anche fiscalmente una posizione autonoma a chi realizza determinati obiettivi su basi che sono sostanzialmente (anche se, per avventura, solo temporaneamente) di sua pertinenza (e non più del fiduciante); ma non è economicamente (e giuridicamente) fondato ritenere autonoma la posizione di chi si limita a prestare il suo nome ad altri, quando il bene resta di fatto nella disponibilità e nella sostanziale gestione del titolare effettivo».

(36) Cfr. *Relazione*, cit., loc. cit.

(37) Così Lupi, *L'elusione come strumentalizzazione delle regole fiscali*, in *Rass. trib.*, 1994, 225 ss. e spec. 229 ss.

anche attraverso l'utilizzo di presunte società di comodo, tribuirsi la portata di:

a) scardinare e stravolgere la scala, attraverso l'introduzione surrogata del riconoscimento della personalità giuridica, sulla base della valenza della sostanza sulla forma (38).

b) incidere in senso forte e addirittura sullo stesso presupposto della imputazione del fatto imputabile economico a titolo originario, considerandolo tassabile il reddito in casi espressamente previsti dal sistema.

(38) In questo tipo di prospettive, che portano nel nostro ordinamento istituti in modo sufficientemente adeguato il concetto di siffatti concetti con il sistema tributario.

Dietro l'angolo di ogni norma antielusiva, si cela un certo «business purpose» o «disregard of the legal form».

Per tali aspetti di diritto comparato, cfr. Cipollina, *Op. cit.*, 172 ss.

(39) Cfr. la dimostrazione di tale tesi in *Op. loc. cit.*

(40) Qualora infatti si volesse attribuire anche una valenza sostanziale, non solo all'entrata in vigore di detta norma, ma anche alle disposizioni specifiche volte a contrastare le operazioni finalizzate allo scopo esclusivo di lucro.

Intendiamo in particolare riferirci ai fondi comuni d'investimento o s.i.c. di cui si parla di usufrutto su partecipazioni a breve termine e senza stabile organizzazione in Italia, usufrutto del credito d'imposta sui dividendi. Tali transazioni hanno per scopo esclusivo di eludere il pagamento dell'imposta e rientrano nello schema dell'interposizione.

Il legislatore avrebbe potuto reagire in modo diverso.

Una prima soluzione avrebbe potuto essere quella di indicare, precisando che con la presente la partecipazione (o il diritto di voto) è ceduta, fra cui la non spettanza del dividendo, avrebbe costituito un'applicazione della norma, espressamente codificata da una legge di interposizione reale statica con finalità antielusive.

Una seconda soluzione — indiretta — avrebbe consistito nel negare, in sede di credito d'imposta, questa seconda soluzione, agendo sulle modalità di imputazione del reddito, dato che il dividendo è tassato in sede di credito d'imposta, diventa soggetto ad imputazione.

Il legislatore, con i commi 6 bis e 7 del 572 del 1992, convertito nella l. n. 488 del 1993, ha adottato questa seconda soluzione.

anche attraverso l'utilizzo di presunzioni semplici – possa fondatamente attribuirsi la portata di:

a) scardinare e stravolgere l'intera architettura dell'ordinamento fiscale, attraverso l'introduzione surrettizia di poteri in capo al fisco di riconoscimento della personalità giuridica delle società o del principio della prevalenza della sostanza sulla forma (38);

b) incidere in senso fortemente modificativo sulle norme sostanziali, e addirittura sullo stesso presupposto dell'imposizione sul reddito, laddove ancora l'imputazione del fatto imponible al profilo soggettivo della disponibilità economica a titolo originario del reddito (39), con la conseguenza di considerare tassabile il reddito in capo all'interponente reale, al di fuori dei casi espressamente previsti dal sistema (40) (41);

(38) In questo tipo di prospettazioni appare presente la tendenza latente di importare nel nostro ordinamento istituti giuridici di ordinamenti stranieri, senza porsi in modo sufficientemente adeguato il problema della compatibilità strutturale e funzionale di siffatti concetti con il sistema tributario italiano.

Dietro l'angolo di ogni norma antielusiva o presunta tale, ecco che vi è sempre qualcuno che parla di «business purpose test», di «substance over form», di «beneficial owner theory», di «disregard of the legal entity», della «tax equity theory», e così via.

Per tali aspetti di diritto comparato cfr. da ultimo, nella dottrina italiana, il lavoro di Capollina, *Op. cit.*, 172 ss.

(39) Cfr. la dimostrazione di tale affermazione nell'ampio studio di Lovisolo, *Op. cit.*

(40) Qualora infatti si volesse attribuire all'art. 37, u.c., del d.p.r. n. 600 del 1975 anche una valenza sostanziale, non si capirebbe come mai il legislatore, successivamente all'entrata in vigore di detta norma, abbia introdotto nell'ordinamento disposizioni specifiche volte a contrastare singoli fenomeni di interposizione reale statica realizzati allo scopo esclusivo di lucrare di un vantaggio tributario.

Intendiamo in particolare riferirci alle operazioni di *dividend washing* realizzate da fondi comuni d'investimento o s.i.c.a.v., ovvero alle operazioni di cessione del diritto di usufrutto su partecipazioni a residenti poste in essere da soggetti non residenti e senza stabile organizzazione in Italia; le quali operazioni sono architettate per usufruire del credito d'imposta sui dividendi, che altrimenti non spetterebbe al cedente. Tali transazioni hanno per scopo esclusivo quello di realizzare un vantaggio tributario e rientrano nello schema dell'interposizione reale statica.

Il legislatore avrebbe potuto reagire seguendo due strade.

Una prima soluzione avrebbe potuto consistere nel negare rilevanza fiscale alle operazioni indicate, precisando che comunque il dividendo si considera conseguito dal cedente la partecipazione (o il diritto reale sulla stessa) con le conseguenze di ordine fiscale, fra cui la non spettanza del credito d'imposta, che ne derivano. Tale scelta avrebbe costituito un'applicazione del principio dell'interposizione nel possesso di reddito, espressamente codificata da una disposizione *ad hoc* e volta a colpire fattispecie di interposizione reale statica costruite con finalità elusive.

Una seconda soluzione – indiretta – avrebbe potuto essere quella di riconoscere fiscalmente l'operazione ma di negare, in capo all'acquirente la partecipazione, la spettanza del credito d'imposta. Questa seconda scelta riconosce la rilevanza fiscale dell'interposizione reale statica ma, agendo sulle modalità di tassazione del reddito, la rende estremamente penalizzata, dato che il dividendo è tassato in capo all'interposto e, non spettando a questo il credito d'imposta, diventa soggetto ad una doppia imposizione economica.

Il legislatore, con i commi 6 bis e 7 bis dell'art. 14 t.u.i.r., introdotti con il d.l. n. 572 del 1992, convertito nella l. n. 429 del 1992, ha scelto la seconda soluzione.

c) cancellare in un sol colpo tutta la tradizione di interpretazione del diritto tributario secondo il metodo giuridico e in aderenza agli istituti del

Come si è detto, la circostanza che il legislatore sia intervenuto con una norma *ad hoc* lascia ragionevolmente presumere che l'art. 37, u.c., non potesse contrastare le indicate operazioni elusive: la norma sull'interposizione, ove avesse efficacia sostanziale, tale da colpire i fenomeni di interposizione reale statica, avrebbe ben potuto risolvere il problema qui affrontato seguendo la soluzione indicata per prima, senza necessità di una specifica disposizione antielusiva. Il fatto che quest'ultima, invece, vi sia, depone a favore della tesi dell'idoneità dell'art. 37, u.c., di colpire fenomeni di interposizione reale statica.

Argomentato *a contrario*, inoltre, ove le operazioni di *dividend washing* o di cessione dell'usufrutto su partecipazioni siano realizzate da soggetti diversi da quelli indicati nell'art. 14, commi 6 *bis* e 7 *bis*, queste norme, ovviamente, non sono applicabili. Ne consegue che il *dividend washing* realizzato ad esempio da una persona fisica con redditi elevati, utilizzando un'altra persona fisica o una società come interposto, al fine di eludere la progressività dell'irpef, non è soggetto alla disposizione dell'art. 14, comma 6 *bis*, per cui l'interposizione reale statica posta in essere non verrebbe in alcun modo contrastata.

I sostenitori dell'efficacia sostanziale dell'art. 37, u.c., potrebbero qui intervenire dicendo che, in quest'ultimo caso, opera detta norma, e il reddito sarà imputato all'interponente, effettivo possessore, vanificando così l'operazione. Tuttavia se così fosse, l'art. 37 opererebbe a singhiozzo, funzionando nelle operazioni di *dividend washing* realizzate da persone fisiche ma non da fondi comuni, perché in tal caso c'è l'art. 14 che regola la fattispecie. Tale «intermittenza» dell'art. 37 ci riesce assai difficile da comprendere. E se l'art. 14 fosse norma speciale dell'art. 37? Neanche questa spiegazione appare appagante, dato che la prima è norma sostanziale mentre la seconda, se non altro per la sua collocazione, è procedimentale; il loro ambito di applicazione è diverso, anzi la seconda deve interpretarsi alla luce della disciplina sostanziale che definisce il possesso di reddito. Non può esserci, quindi, un rapporto di specialità.

In senso conforme cfr. Gallo, *Prime riflessioni*, cit., loc. cit.; Nussi, *Dividend washing*, cit., loc. cit.; *Contra*: cfr. Lovisolo, *Possesso di reddito*, cit., 1690, nota 49 e 1702, nota 72.

(41) Sulle conseguenze fiscali dell'interposizione reale e in specie fiduciaria la letteratura è assai vasta; al riguardo, fra i tanti, si ricordano i lavori di: Di Maio, *Il principio di trasparenza per le società fiduciarie*, retro, 1979, I, 1597 ss.; Gallo, *Profili fiscali dell'amministrazione e della gestione di valori mobiliari*, retro, 1983, I, 42 ss.; Id., *Prime considerazioni sulla disciplina dei redditi di capitale nel nuovo testo unico*, in *Rass. trib.*, 1988, 47 ss.; Id., *Gestioni di fondi pensione da parte di imprese assicuratrici. Profili fiscali*, retro, 1988, I, 1029 ss.; Lovisolo, *Op. ult. cit.*; Id., *Aspetti dell'imposizione dei dividendi relativi a partecipazioni «affidate» a società fiduciarie*, retro, 1977, I, 1259 ss.; Marchetti, *Il trattamento tributario delle gestioni di patrimoni disciplinate dalla l. 2 gennaio 1991, n. 1*, in *Fiducia, trust, mandato ed agency*, cit., 329 ss.; Morello, *Negozi fiduciario e trasparenza delle operazioni. Problemi fiscali e civili*, in *Il reddito d'impresa nel nuovo testo unico*, cit., 357 ss.; Nussi, *Interposizione fiduciaria, plusvalenze e normativa fiscale*, retro, 1985, I, 1177 ss.; Id., voce «Fiducia» nel *diritto tributario*, in *Digesto*, disc. priv., sez. comm., VI, Torino, 1991, 85 ss.; Id., voce «Fiduciaria (società) nel diritto tributario», *ibidem*, 119 ss.; Id., *Imposizione successoria dell'intestazione fiduciaria e norma fiscale «speciale» in tema di società fiduciarie*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1986, II, 207 ss.; Santamaria, *Società fiduciarie e di revisione: profili civilistici e disciplina fiscale*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*,

diritto civile, per introdurre valenza sostanziale di carattere ec secolare elaborazione della teoria c

Alla luce di quanto sopra, c «interposizione societaria», non es precisato — nelle categorie dell'in realizzare l'ipotesi contenuta nell noi sostenuta — a tali categorie è in

6. — Le c.d. «società di comodo»

Scartata ogni possibilità di ipotesi civilistiche della interposi non applicabilità dei rimedi previs sitori nel possesso di reddito — nostra della possibilità di introdu tenenza sostanziale di carattere dall'interpretazione della fattispe quindi da verificare se esistano, a che modo siano applicabili al caso

Al riguardo viene subito in m modo», di elaborazione essenzial

1979, I, 107 ss.; Uckmar V., *Note s argenti civilistici dell'intestazione fidu parafoglio da parte di società fiduci ss. Visentini, L'imposizione dei reddi fiducia*, in *Giur. comm.*, 1977, I, 278 s (42) Traspasione, in questo tipo natio scritte, quali quella della presunt ammo civile.

Se questo tipo di prospettazioni bona, 1981, 154 ss., ove ulteriori riferi

(43) Nella dottrina civilistica e ro, fra gli altri: Ascarelli, *Il negozio Vivante*, Roma, 1931, I, 23 ss.; De C ve, in *Foro it.*, 1934, I, 483 ss.; Do La costituzione fittizia delle anonime, Ferrara jr., *Società etichetta e società co, Le società di comodo e il negozio fittizio*, La «vulnerabile» persona giur dica, *Op. loc. cit.*; Pellizzi, *La società fittizia (esperienza delle banche)*, in rizzazione delle anonime, in *Riv. dir. onomie in fraudem legis?*, in *Riv. d leges e contenuto normativo del conc I, 1985 ss.; Id., Le società e lo scher 1985, I, e ss.; Id., L'abuso della pers rego ceter dicta della Cassazione, in La noma di società fittizie, in *Riv. dir. in tema di società di comodo e di sin La nazione di oggetto sociale*, Milano.*

(44) Fra gli studiosi di diritto t tributaria, Napoli, 1965, 168 ss.

diritto civile, per introdurre valutazioni fiscali basati su concetti di appartenenza sostanziale di carattere economicistico, che prescindano dalla ormai secolare elaborazione della teoria civilistica dell'interposizione (42).

Alla luce di quanto sopra, ci pare che il fenomeno da noi chiamato «interposizione societaria», non essendo sussumibile — secondo quanto sopra precisato — nelle categorie dell'interposizione in senso giuridico, non possa realizzare l'ipotesi contenuta nell'art. 37, u.c., che — secondo l'opinione da noi sostenuta — a tali categorie è indissolubilmente connessa.

6. — Le c.d. «società di comodo».

Scartata ogni possibilità di ricondurre l'interposizione societaria nelle ipotesi civilistiche della interposizione reale o fittizia, con la conseguente non applicabilità dei rimedi previsti dall'ordinamento per i fenomeni interpositori nel possesso di reddito — stante anche la ferma negazione da parte nostra della possibilità di introdurre nella materia fiscale concetti di appartenenza sostanziale di carattere economicistico, quali parebbero emergere dall'interpretazione della fattispecie valutaria dell'esterovestizione — resta quindi da verificare se esistano, ai fini fiscali, altre disposizioni che in qualche modo siano applicabili al caso in esame.

Al riguardo viene subito in mente la categoria delle c.d. «società di comodo», di elaborazione essenzialmente dottrinale (43) (44) ma presente an-

1979, L. 107 ss.; Uckmar V., *Note sul regime fiscale del contratto fiduciario*, in *Gli aspetti civilistici dell'interposizione fiduciaria*, Milano, 1976, 164; Vecchio, *Gestioni di portafoglio da parte di società fiduciarie. Problemi fiscali*, in *Boll. trib.*, 1986, 964 ss.; Visentini, *L'imposizione dei redditi che derivano dai valori mobiliari trasferiti in fiducia*, in *Giur. comm.*, 1977, I, 278 ss.

(42) Traspaiono, in questo tipo di affermazioni, suggestioni teoriche mai del tutto sopite, quali quella della presunta autonomia dogmatica del diritto tributario dal diritto civile.

Se questo tipo di prospettazioni cfr. ad esempio Jarach, *Il fatto imponible*, Padova, 1981, 154 ss., ove ulteriori riferimenti.

(43) Nella dottrina civilistica e commercialistica italiana si vedano in argomento, fra gli altri: Ascarelli, *Il negozio indiretto e le società commerciali*, in *Studi per Vivante*, Roma, 1931, I, 23 ss.; De Gennaro, *Le società di comodo e l'atto costitutivo*, in *Foro it.*, 1934, I, 483 ss.; Domenidò, *Le società apparenti*, Siena, 1931; Id., *La costituzione fittizia delle anonime*, in *Studi per Vivante*, Roma, 1931, II, 699 ss.; Ferrara jr., *Società etichetta e società operante*, in *Riv. dir. civ.*, 1956, 650 ss.; Greco, *Le società di comodo e il negozio indiretto*, in *Riv. dir. comm.*, 1932, I, 757 ss.; Inzerili, *La «vulnerabile» persona giuridica*, in *Contratto e impresa*, 1985, 679 ss.; Iudica, *Op. loc. cit.*; Pellizzi, *La società persona giuridica: dove è realtà e dove è vuota forma (esperienza delle banche)*, in *Riv. dir. civ.*, 1981, I, 483 ss.; Pestalozzi, *La simulazione delle anonime*, in *Riv. dir. comm.*, 1930, II, 121; Sraffa-Bonfante, *Società anonime in fraudem legis?*, in *Riv. dir. comm.*, 1922, I, 649 ss.; Galgano, *Struttura logica e contenuto normativo del concetto di persona giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, 586 ss.; Id., *Le società e lo schermo della personalità giuridica*, in *Giur. comm.*, 1983, I, e ss.; Id., *L'abuso della personalità giuridica nella giurisprudenza di merito e negli obiter dicta della Cassazione*, in *Contr. e impresa*, 1987, 365 ss.; Stolfi, *Rilievi in tema di società fittizie*, in *Riv. dir. comm.*, 1976, I, 322 ss.; Volpe Putzolu, *Note in tema di società di comodo e di simulazione*, in *Foro pad.*, 1972, I, 38 ss.; Zanelli, *La nozione di oggetto sociale*, Milano, 1962, *passim*.

(44) Fra gli studiosi di diritto tributario cfr. in particolare: Antonini, *La soggettività tributaria*, Napoli, 1965, 168 ss.; Braccini, *Le società di comodo nella recente*

che in qualche – isolata (45) e criticata (46) – decisione giurisprudenziale.

Con tale espressione si designa una pluralità di fenomeni (47), anche se in prevalenza di definiscono tali quelle società costituite o utilizzate con lo scopo esclusivo di aggirare, evitare o eludere specifiche disposizioni di legge, non soltanto in materia fiscale (48), ma anche in altri settori dell'ordinamento (49) ovvero quelle società che presentano una patologia o sotto il profilo soggettivo della mancanza di fatto della pluralità dei soci o sotto quello oggettivo dell'assenza di una attività economica diversa dal mero godimento dei beni (50).

Con riferimento al primo profilo – e cioè quello dello scopo ritenuto «di comodo» per l'utilizzo dello strumento societario – e con particolare riguardo al diritto tributario, che qui interessa, è stato autorevolmente rilevato (51) che i motivi che inducono alla costituzione della società sono di per sé irrilevanti per decidere in ordine alla validità della sua costituzione, posto che comunque la stessa società di capitali non è che uno strumento

legislazione tributaria, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1986, I, 47 ss.; Cipollina, *Op. cit.*, 208 ss.; Di Gregorio, *Op. cit.*, 906; Lovisolo, *Possesso di reddito*, cit., 1693 ss.; Id., *Evasione ed elusione nei rapporti internazionali*, retro, 1985, I, 1198 ss.; Id., *L'evasione e l'elusione tributaria*, retro, 1984, I, 1291; Id., *Il sistema impositivo dei dividendi*, Padova, 1980, 267 ss.; Perrone, *Op. loc. cit.*; Tabellini, *L'elusione fiscale*, cit., 248 ss.; Uckmar V., *Il regime impositivo delle società. Le società a ristretta base azionaria*, Padova, 1966, *passim*; Uckmar, Dominici, voce «Società (diritto tributario)», in *Nov. Digesto*, Appendice, 442; Zizzo, *Op. cit.*, 642 ss.

(45) Cfr. ad esempio Cass., sez. III, 1 dicembre 1987, n. 8939, in *Giur. comm.*, 1988, II, 495; Trib. Milano, 27 giugno 1988, in *Le società*, 1988, 1164; Trib. Milano, 12 giugno 1992, in *Giur. it.*, 1993, I, 2, 536.

Con riferimento alla materia fiscale cfr. Cass., 6 aprile 1982, n. 2104, retro, 1983, II, 232, con nota di Mistò, *Società senza impresa*.

(46) Per l'analisi critica a Cass., sez. III, 1 dicembre 1987, n. 8939, cit., cfr. Jozzelli, *s.p.a. simulata e comunione dissimulata*, in *Giur. comm.*, 1988, II, 500 ss.; Inziari, *La repressione dell'abuso della personalità giuridica*, in *Le società*, 1988, 460; Pellicanò, *Inesistenza e personalità giuridica nella giurisprudenza della Cassazione: il caso della società per azioni*, in *Contratto e impresa*, 1989, 829 ss.

Cfr. altresì D'Alessandro, *Contratto sociale simulato e «superamento» della personalità giuridica in una sentenza della Corte Suprema*, in *Giur. comm.*, 1989, I, 200; De Vitis, *Sulla compatibilità del rimedio della simulazione con la fattispecie «società immobiliare di comodo»*, in *Giur. it.*, 1993, I, 2, 536.

(47) Cfr. Cipollina, *Op. cit.*, 209.

(48) In questo senso cfr. ancora una volta il già citato progetto di riforma del diritto penale fiscale del 1980.

(49) Si pensi alle già richiamate esteroestinzioni ai fini valutari, ma tale problema è dibattuto anche nel diritto commerciale, del lavoro, della navigazione, e così via.

Cfr. ad esempio Tabellini, «Bandiere ombra», *Problemi valutari e fiscali*, in *Leg. giur. trib.*, 1978, I, 706 ss.

(50) Sul punto cfr. Lovisolo, *Possesso di reddito*, cit., 1694 ss.

(51) Cfr. Uckmar, *Il regime*, cit., 164 ss.

per realizzare gli interessi dei soci.

Inoltre, mancando nel diritto delle «società di comodo», tale es- re, per lo più carico di soggettivo punto di vista strutturale che fu- che una formula per designare le- luno può ravvisare un uso, talora- mente conveniente, dello strumento

Vi è piuttosto da rilevare che la previsione di fattispecie suppl- *hoc* (52), che in qualche modo re- quella specifica disposizione, e in- l'ambito delle norme c.d. «antielusi-

Altre volte gli interventi del le- nalizzati a scoraggiare l'utilizzo o- per attività non propriamente ope- A questa tendenza fanno però da- marsi e il moltiplicarsi di strutture

Esaminando il secondo profilo- *già* la mancanza di una effettiva-

(52) Si pensi, ad esempio, all'an- Cordetto – Guerra, *Prime osservazioni* società domiciliate in paesi o territori ss.; Mistò, *Il regime tributario delle società estere soggette a regime fiscale p-*

O ancora si pensi alle norme co- la doppia imposizione volte ad evitare disposizioni all'«effettivo beneficiario» *convention and international ta-*

Per una rassegna di queste «non- cit. 1700 ss.

(53) Come l'istituzione della (ille- dell'art. 3, 18° comma, del d.l. 19 dic- 1985, n. 17, accompagnata dal- società (art. 3, 21° comma, d.l. cit.).

Ma non si creda che il problem- 30 della l. 6 agosto 1954, n. 603, ag- in società di persone, nonché lo sciogl- 550 recente agevolazioni tributarie per- cietà immobiliari; l'art. 11 della l. 16- mente delle piccole società di capitali.

Ultima, in ordine di tempo, è la- di accompagnamento della finanziaria- *stabilire* una sorta di *minimum tax* per- *compagnata* da una norma sullo sciogl- *zioni* al riguardo si veda l'ultimo paragra-

(54) Cfr. ad esempio l'art. 1 del- 2 dicembre 1975, n. 576; l'art. 10 del- *ferimenti* agevolati; l'art. 3, 16° comm- *modifica* della struttura dell'impresa d- 1° comma, della l. n. 413 del 1991;

per realizzare gli interessi dei soci.

Inoltre, mancando nel diritto tributario una definizione della categoria delle «società di comodo», tale espressione si risolve in un giudizio di valore, per lo più carico di soggettività e quindi di indeterminatezza, sia dal punto di vista strutturale che funzionale; essa quindi costituisce null'altro che una formula per designare le fattispecie più eterogenee, nelle quali taluno può ravvisare un uso, talora improprio o distorto e talaltra semplicemente conveniente, dello strumento societario.

Vi è piuttosto da rilevare che in certi casi l'ordinamento reagisce con la previsione di fattispecie supplementari o equiparate o con norme *ad hoc* (52), che in qualche modo rendono vano il tentativo di aggiramento di quella specifica disposizione, e in tali ipotesi il problema si inquadra nell'ambito delle norme c.d. «antielusive».

Altre volte gli interventi del legislatore appaiono per lo più indiretti, finalizzati a scoraggiare l'utilizzo o ad agevolare lo scioglimento di società per attività non propriamente operative, o produttrici di redditi esigui (53). A questa tendenza fanno però da contraltare norme agevolative per il formarsi e il moltiplicarsi di strutture societarie (54).

Esaminando il secondo profilo, appare ormai arduo qualificare «patologica» la mancanza di una effettiva pluralità di soci dopo l'introduzione nel

(52) Si pensi, ad esempio, all'art. 76, commi 7 bis e 7 ter, t.u.i.r. (su cui cfr. Corbiere - Guerra, *Prime osservazioni sul regime fiscale delle operazioni concluse con società domiciliate in paesi o territori a bassa fiscalità*, in Riv. dir. trib., 1992, I, 277 ss.; Minuto, *Il regime tributario delle operazioni intercorrenti tra imprese residenti e società estere soggette a regime fiscale privilegiato*, ivi, 1991, I, 757 ss.).

O ancora si pensi alle norme contenute nelle convenzioni internazionali contro la doppia imposizione volte ad evitare il *treaty shopping*, le quali subordinano talune disposizioni all'«effettivo beneficiario» (in argomento si veda da ultimo Baker, *Double taxation convention and international tax law*, Londra, 1994, *passim*).

Per una rassegna di queste «norme *ad hoc*» cfr. Lovisolo, *Possesso di reddito*, cit. 1700 ss.

(53) Come l'istituzione della (illegittima) tassa di cc. gg. sulle società ad opera dell'art. 3, 18° comma, del d.l. 19 dicembre 1984, n. 853, convertito nella l. 17 febbraio 1985, n. 17, accompagnata dalla disponibilità di scioglimento agevolato delle società (art. 3, 21° comma, d.l. cit.).

Ma non si creda che il problema sia recente, come dimostra ad esempio l'art. 30 della l. 6 agosto 1954, n. 603, agevolante la trasformazione di società di capitali in società di persone, nonché lo scioglimento delle società; la l. 18 ottobre 1955, n. 950 recante agevolazioni tributarie per lo scioglimento e la trasformazione delle società immobiliari; l'art. 11 della l. 16 dicembre 1977, n. 904, agevolante lo scioglimento delle piccole società di capitali.

Ultima, in ordine di tempo, è la disposizione contenuta nell'art. 30 nella legge di accompagnamento della finanziaria 1995, in base al quale viene sostanzialmente stabilita una sorta di *minimun tax* per le società di capitali di minori dimensioni, accompagnata da una norma sullo scioglimento agevolato delle stesse. Per alcune note al riguardo si veda l'ultimo paragrafo del presente lavoro.

(54) Cfr. ad esempio l'art. 1 della l. 18 marzo 1965, n. 170; l'art. 34 della l. 2 dicembre 1975, n. 576; l'art. 10 della l. 16 dicembre 1977, n. 904, tutte sui conferimenti agevolati; l'art. 3, 16° comma, del d.l. n. 853 del 1984, cit., agevolante la modifica della struttura dell'impresa da familiare a societaria, prorogato dall'art. 29, 2° comma, della l. n. 413 del 1991; il d.l. 12 settembre 1983, n. 463, convertito

nostro ordinamento della s.r.l. unipersonale (55); così come la stessa dottrina commercialistica riconosce che la società di capitali è ormai divenuto uno schema organizzativo *bon a tout faire*, utilizzabile anche per l'esercizio di attività economiche dichiaratamente non lucrative (56).

Riteniamo quindi fare proprie le conclusioni cui è giunta la migliore dottrina tributaria quasi trent'anni fa, e che consideriamo tuttora valide nella loro intierezza: «È universalmente riconosciuta la liceità di adottare, per lo svolgimento di una attività che potrebbe essere esercitata con un'impresa individuale ovvero con una società di persone, la struttura della società per azioni allo scopo di trarne tutti i vantaggi, anche di natura fiscale» (57).

È quindi parimenti da escludersi che, nel caso considerato dalle presenti annotazioni, si possa invocare il concetto di società di comodo per legittimare il superamento di soggettività tributaria del soggetto estero (la società interposta), con la conseguenza di accertare il reddito di cui essa è titolare in capo al socio di maggioranza (o totalitario) della stessa.

7. - Il divieto della doppia imposizione.

Resta quindi da esaminare il problema del divieto della doppia imposizione che, invocato dal contribuente, gli ha consentito, per così dire, un «salvataggio in *extremis*» dalla pretesa fiscale.

È noto che l'art. 67 del d.p.r. n. 600 del 1973 dispone che la stessa imposta non può essere applicata più volte in dipendenza dello stesso presupposto, neppure nei confronti di soggetti diversi, e che tale divieto è ripetuto dall'art. 127 t.u.i.r. (58) (59).

nella l. 11 dicembre 1983, n. 632, agevolante il conferimento di aziende agricole in società.

Su questi temi cfr. il lavoro di Braccini, *Op. loc. cit.*

(55) Cfr. art. 2475, u.c., e 2475 bis, c.c., introdotti con il d.lgs. 3 marzo 1993, n. 88.

Al riguardo si vedano le interessanti osservazioni di Tassinari, *La società a responsabilità limitata con un unico socio*, in *Giur. comm.*, 1994, I, 707 ss.

(56) Cfr. per tutti Di Sabato, *Manuale delle società*, Torino, 1984, 26 ss.

(57) Così Uckmar, *Il regime*, cit., 164.

(58) Sul divieto della doppia imposizione interna cfr. in dottrina: Adonnino, voce «Doppia imposizione (dir. trib.)», in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 1015 ss.; Ardizzone, *Doppia imposizione nel procedimento tributario*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1969, II, 391 ss.; Id., *Il principio del «ne bis in idem» nell'imposizione diretta*, ivi, 1972, I, 116 ss.; Id., *Doppia imposizione interna*, in *Digesto*, disc. civ., sez. comm., V, Torino, 1990, 175 ss.; Del Giudice, *Principi generali in materia di doppia imposizione sui redditi*, in *Fisco*, 1990, 983 ss.; Id., *Il concetto di doppia imposizione interna*, ivi, 1991, 1148 ss.; Fregni, *Appunti in tema di «doppia imposizione» interna*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1993, II, 14 ss.; Gentili, *La doppia imposizione: alcune considerazioni di diritto interno*, in *Il reddito d'impresa nel nuovo testo unico*, a cura di Uckmar, Magnani, Marongiu, Padova, 1988, 293 ss.; Id.; *Sul divieto di doppia imposizione, retro*, 1989, II, 913; Grassi, *Doppia imposizione: giuridica ed economica*, in *L'esattore*, 1979, 631; Lanteri, *L'atto di accertamento e il divieto della doppia imposizione, retro*, 1985, II, 3; Leo, Monacchi, Schiavo, *Le imposte sui redditi nel testo unico*, Milano, 1988, 974 ss.; Merlino, *Divieto di doppia imposizione*, in *L'esattore*,

Esaminando il caso concreto, Corte che rivestono particolare importanza.

Con la prima la cassazione rinvia al proprio orientamento (60), il divieto di doppia imposizione, configurato come divieto di ripetizione del relativo potere impositivo, è applicabile all'atto attinente la stessa imposta e il suo oggetto.

Di tale divieto viene qui fatta applicazione per impedire agli uffici fiscali di procedere per lo stesso reddito nei confronti del primo atto impositivo, e ciò al fine di evitare che il primo destinatario dell'imposta sia finanziamente nel possesso di reddito.

Al riguardo, l'unica via che si può seguire — che contemperi cioè, da un lato, nei confronti dell'«effettivo» socio, la violazione del divieto di cui all'art. 67, e dall'altro, l'esercizio del c.d. potere di interpretazione.

Seguendo tale ipotesi interpretativa, modificata sul primo atto, potrebbe

1979, 447; Miraulo, voce «Imposizione», in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 1015 ss.; Pomini, *Del divieto di doppia imposizione*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1949, II, 391 ss.; Id., *La doppia imposizione*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1950, 1005; 27 aprile 1967, n. 253; *La doppia imposizione*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1967, 1287; per ulteriori cfr. Ardizzone, *Il principio*, cit.

(59) Si è affermato (cfr. Gentili, *La doppia imposizione nel t.u.i.r.*, g. 1, 1990, n. 5510, in *Mass. Foro it.*, 1990, 1005; 27 aprile 1967, n. 253; *La doppia imposizione*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1967, 1287; per ulteriori cfr. Ardizzone, *Il principio*, cit.).

(60) Si è affermato (cfr. Gentili, *La doppia imposizione nel t.u.i.r.*, g. 1, 1990, n. 5510, in *Mass. Foro it.*, 1990, 1005; 27 aprile 1967, n. 253; *La doppia imposizione*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1967, 1287; per ulteriori cfr. Ardizzone, *Il principio*, cit.).

(61) Si è affermato (cfr. Gentili, *La doppia imposizione nel t.u.i.r.*, g. 1, 1990, n. 5510, in *Mass. Foro it.*, 1990, 1005; 27 aprile 1967, n. 253; *La doppia imposizione*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1967, 1287; per ulteriori cfr. Ardizzone, *Il principio*, cit.).

È comunque certamente da escludersi che la doppia imposizione (in senso sostanziale) possa essere assolta da un soggetto al quale è stata applicata l'imposta (in senso formale) per paralizzare l'azione del fisco.

Semmai l'interposto avrà diritto di essere considerato come tale, e con le modalità di cui all'art. 38 del d.lgs. n. 446 del 1997.

(60) Cfr. la giurisprudenza citata in nota.

(61) Si ricorda che l'art. 68, comma 1, del d.lgs. n. 446 del 1997, prevede che «salvo che sia intervenuto giuridicamente, possono procedere all'annullamento dell'atto con provvedimento motivato».

La tutela è inoltre codificata nell'art. 117, comma 1, n. 656 del 1994.

Esaminando il caso concreto, due sono le affermazioni della Suprema Corte che rivestono particolare importanza.

Con la prima la cassazione ribadisce, confermando ancora una volta il proprio orientamento (60), il divieto procedimentale della doppia imposizione, configurato come divieto di reiterazione dell'atto impositivo per effetto dell'esaurimento del relativo potere, verificatosi con l'emanazione del primo atto attinente la stessa imposta e il medesimo presupposto.

Di tale divieto viene qui fatta una particolare applicazione, e cioè quella di impedire agli uffici fiscali di procedere una seconda volta ad accertamento per lo stesso reddito nei confronti di un soggetto diverso dal destinatario del primo atto impositivo, e ciò ancorché l'Amministrazione finanziaria possa provare che il primo destinatario altro non è che un soggetto interposto fittiziamente nel possesso di reddito.

Al riguardo, l'unica via che parrebbe consentita per superare tale *impasse* — che contemperi cioè, da un lato, l'interesse dell'erario all'imposizione nei confronti dell'«effettivo» soggetto passivo senza tuttavia, dall'altro lato, violare il divieto di cui all'art. 67 del d.p.r. n. 600 del 1973 — parrebbe essere l'esercizio del c.d. potere di autotutela (61).

Seguendo tale ipotesi interpretativa l'ufficio, qualora non sia intervenuto giudicato sul primo atto, potrebbe annullarlo e quindi emettere il secondo

447; Miraulo, voce «Imposizione doppia», in *Nuov. Digesto it.*, App., III, Torino, 1982, 1284 ss.; Pomini, *Del divieto di doppia imposizione rispetto agli atti simulati*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1949, II, 213; Rosa, *Trattamento tributario dell'associazione in partecipazione*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1980, I, 407. Testa, *Un caso singolare di doppia imposizione*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1950, I, 129; Tremonti, *Imposizione e definitività nel diritto tributario*, Milano, 1977, 133, nota 284, 341 ss.

Nella giurisprudenza della Suprema Corte cfr. le sentenze 16 luglio 1987, n. 131 in *Mass. imp.*, 1987, 1320; 27 aprile 1984, n. 4921, *retro*, 1985, II, 3; 14 ottobre 1980, n. 5510, in *Mass. Foro it.*, 1980, 1071; 8 settembre 1980, n. 5166, *ivi*, 1980, 1005; 27 aprile 1967, n. 2537, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1969, II, 391 e in *Imp. dir. ev.*, 1967, 1287; per ulteriori riferimenti alla giurisprudenza anteriore alla riforma cfr. Ardizzone, *Il principio*, cit., *loc. cit.*

Si è affermato (cfr. Gentili, *Op. loc. cit.*) che la ripetizione del divieto della doppia imposizione nel t.u.i.r. gli attribuirebbe una valenza sostanziale ulteriore rispetto a quella procedimentale contenuta nel d.p.r. sull'accertamento, ma il significato di tale ripetizione è ben lungi dall'esser stato chiarito dalla dottrina.

È comunque certamente da escludersi che possa invocarsi il divieto della doppia imposizione (in senso sostanziale) in quei casi in cui l'imposta sia stata volontariamente assolta da un soggetto al quale non è attribuibile il presupposto (come l'interposto finizio) per paralizzare l'azione accertativa del fisco nei confronti dell'interposto. Semmai l'interposto avrà diritto al rimborso dell'imposta pagata nei termini e con le modalità di cui all'art. 38 del d.p.r. n. 600 del 1973.

Cfr. la giurisprudenza citata alla nota 58.

Si ricorda che l'art. 68, 1° comma, del Regolamento degli uffici e del personale del Ministero delle finanze adottato con d.p.r. 27 marzo 1992, n. 287 prevede che «salvo che sia intervenuto giudicato, gli uffici dell'Amministrazione finanziaria possono procedere all'annullamento, totale o parziale, dei propri atti illegittimi o infondati con provvedimento motivato comunicato al destinatario dell'atto»; il potere di autotutela è inoltre codificato nell'art. 2 quater del d.l. n. 564 del 1994, conv. nel l. n. 656 del 1994.

l'interposizione fittizia di una società, consista nel rilevare che il reddito di pertinenza della società affluisce alla sfera economico-patrimoniale del socio al di fuori degli schemi tipici dello strumento societari (65).

Nel momento però in cui si esclude — come abbiamo ritenuto di fare — che il fisco possa superare lo schermo della personalità giuridica al di fuori dei casi di interposizione fittizia; e, d'altro canto, stante la non ricorrenza di tale fattispecie nelle peculiari ipotesi di utilizzo dello strumento societario che abbiamo considerato, il problema del divieto della doppia imposizione non dovrebbe neppure porsi.

E infatti delle due l'una: o si versa in caso di interposizione fittizia e allora sarà legittimo l'accertamento fiscale in capo all'interponente, il quale non potrà certo invocare il divieto *de quo* eccependo che l'imposta è già stata assolta dall'interposto o che per questo è spirato il termine di decadenza di cui all'art. 38 del d.p.r. n. 602 del 1973 per chiedere il rimborso di tale imposta; oppure, in mancanza di interposizione fittizia, appare precluso all'Amministrazione finanziaria il superamento dello schema societario e di conseguenza, un accertamento in tal senso sarà da ritenersi illegittimo, non già e non tanto perché in violazione del divieto della doppia imposizione, ma perché emesso in contrasto con le norme che regolano l'imputazione soggettiva del presupposto (il possesso) in base alla «disponibilità economica a titolo originario (e cioè direttamente per effetto della legge civile) del reddito» (66).

Vedendo infine all'ultimo punto che ci siamo ripromessi di trattare, e cioè l'individuazione dei rimedi che dispone l'interposto fittizio per recuperare l'imposta *medio tempore* versata con la procedura di autoliquidazione, riteniamo che l'unica via praticabile sia quella dell'istanza di rimborso ex art. 38 del d.p.r. n. 602 del 1973, da proporsi nel termine decadenziale di diciotto mesi dalla data del versamento, non ritenendosi al riguardo che l'intervenuto accertamento in capo all'interponente possa considerarsi atto che legittimi un sopravvenuto diritto al rimborso ex art. 16, 6° comma, del R.D. n. 636 del 1972 (67).

Ben più gravi sarebbero ovviamente i problemi che emergerebbero qualora si accogliesse una accezione più lata — che, come si è visto, è stata prospettata da una parte della dottrina e da noi non è condivisa — del concetto di interposizione nel possesso di reddito, volta a ricomprendere nel *principio* di cui all'art. 37, u.c., del d.p.r. n. 600 del 1973 anche le ipotesi di interposizione reale, statica (quando non la si consideri «fittizia») o anche dinamica, o addirittura ipotesi di interposizione in senso economico, *derivante* dalla teoria giuridica dell'interposizione (l'«interposizione societa-

(65) Così potrà presumersi interposizione fittizia quando il reddito non transiti dall'economia della società e sia incassato direttamente dal socio, ovvero quando vi pervenga al socio sotto forma di addebiti fatti da questo alla società al di fuori di ogni ragionevole giustificazione.

(66) Su questo punto cfr. ancora l'ampia e approfondita rimeditazione del concetto di possesso di reddito ad opera di Lovisolo, *Possesso di reddito*, cit., loc. cit.

(67) In argomento cfr. per tutti Polano, *Proposizione del ricorso alla commissione tributaria*, in Glendi, *Commentario delle leggi sul contenzioso tributario*, Milano, 1994, 294 ss., ove ulteriori riferimenti.

ria», l'«appartenenza sostanziale» caratteristica della figura dell'esteroinvestitore, le «società di comodo» e così via).

In tali casi i rischi di incertezza e di arbitrio dell'azione accertatrice si espanderebbero proporzionalmente alla dilatazione della nozione di interposizione nel possesso di reddito, considerato, fra l'altro, che specifiche norme dell'ordinamento attribuiscono l'obbligo di dichiarazione e di assolvimento del tributo al soggetto titolare del diritto reale sul cespite produttivo, ancorché interposto realmente o solo economicamente (68).

Ma ci pare proprio, ancora una volta, che così non sia. E un'ulteriore conferma a tale nostra convinzione ci viene dall'art. 30 della l. n. 724 del 1994, collegata alla finanziaria 1995, laddove – sotto il titolo «società di comodo» – introduce una presunzione di redditività per le società di capitali definite «non operative» in base a criteri quantitativi (e non qualitativi) ancorati all'entità dei ricavi e al numero dei dipendenti.

Il fatto stesso che la nuova norma – al di là di ogni considerazione critica che non mancherà di suscitare sotto altri profili – istituisca una sorta di *minumum tax* sulla base dell'assunta redditività non soltanto del capitale proprio, ma anche del capitale di terzi, fornito dai soci o da estranei, purché quest'ultimo sia destinato a finanziare immobilizzazioni, implica che la strada ancora una volta scelta dal legislatore è fatta di norme *ad hoc*, miranti a contrastare in questo caso le «società di comodo», addossando loro l'onere della prova di non produzione di un reddito minimo. Ed è rimarcabile che la presunzione, così come è costruita, costituisca anche la prima norma, sia pur rudimentale, tesa a colpire tecniche di «thin capitalization».

Riteniamo quindi che se si vuole attribuire «maggiore rilevanza, ai fini fiscali, del contenuto economico della fattispecie da assoggettare a tributo» (69), per realizzare una maggior incisività del prelievo e una più marcata aderenza delle regole di imposizione al principio di capacità contributiva, la soluzione non possa stare nell'art. 37, u.c., del d.p.r. n. 600 del 1973, da utilizzarsi come «grimaldello» per «far saltare» le strutture societarie che si assumono interposte, ma solo attraverso un meditato e ragionevole ripensamento del sistema fiscale, che pur raggiungendo tali scopi offra, allo stes-

(68) Si pensi all'art. 23 t.u.i.r., secondo cui il reddito fondiario è imputato al soggetto che possiede l'immobile a titolo di proprietà, usufrutto o altro diritto reale; o al regime dei beni d'impresa delle società di cui all'art. 77 t.u.i.r., secondo cui si considerano relativi all'impresa tutti i beni ad esse appartenenti, secondo un criterio rigorosamente giuridico, che deve trovare corrispondenza nelle scritture contabili, nei bilanci, nelle dichiarazioni fiscali.

Se si potesse, invocando semplicemente l'art. 37, u.c., considerare di comodo o semplicemente interposta reale una società immobiliare o finanziaria, con l'effetto di imputare il reddito fondiario o di capitale ai soci, le doppie o plurime imposizioni sarebbero, evidentemente, all'ordine del giorno.

Il rimedio non potrebbe certamente trarsi dall'art. 67 del d.p.r. n. 600 del 1973, che non può andare oltre il divieto di reiterazione di atti impositivi; ma vediamo difficoltà anche nel trovarlo nell'art. 127 t.u.i.r., al quale solo con un notevole – e non sappiamo quanto fondato – sforzo interpretativo potrebbe darsi una valenza sostanziale più ampia rispetto al principio del *ne bis in idem* in senso procedimentale.

(69) Così Lovisolo, *Possesso di reddito*, cit., 1709.

so tempo – e l'esigenza non è
zia di certezza e di imparzialità

(70) Apprendiamo da Cipolli
dove la giurisprudenza svolge un r
clusivi, la Camera dei Lords è int
problema pratico del «vacuum fac
denziali sviluppatosi negli anni «ese
cia distruttiva, che non sempre è
pensi, ad esempio, alla questione d
gli atti riqualificati, che crea esig
(corsivi nostri).

so tempo — e l'esigenza non è certo meno meritevole di tutela — una garanzia di certezza e di imparzialità dell'imposizione (70).

dott. STEFANO MARCHESE

(70) Apprendiamo da Cipollina, *Op. cit.*, 181, che persino nel Regno Unito, dove la giurisprudenza svolge un ruolo fondamentale nell'elaborazione di principi anteliquidari, la Camera dei Lords è intervenuta con una proposta di legge per limitare il problema pratico del «vacuum factor», dato che l'applicazione delle teorie giurisprudenziali sviluppatesi negli anni «esercita sugli atti compiuti dal contribuente un'efficacia distruttiva, che non sempre è controbilanciata da un'efficacia ricostruttiva. Si pensi, ad esempio, alla questione della doppia imposizione sugli atti disapplicati e sugli atti riqualificati, che crea esigenze di rimborso spesso trascurate dalle Corti (giurisdizioni nostre).