
fisconline - banca dati tributaria - © Wolters Kluwer Italia Srl - P.I. 10209790152
- 16/11/2009 - 16:24 - \$12160865 - 89.97.210.118 - 6955367 837720877 -

*Sent. n. 30055 del 23 dicembre 2008 (ud. del 2 dicembre 2008)
della Corte Cass., SS.UU. civili - Pres. Carbone, Rel. D'Alessandro
Accertamento - Disposizioni antielusive - [Art. 37](#), D.P.R. 29 settembre 1973,
n. 600 - Fattispecie - Partecipazioni al capitale di società - Operazioni di
acquisto e rivendita - Riscossione di dividendi - Dividend washing - [Art.
7-bis](#), D.L. 9 settembre 1992, n. 372 - [Art. 14](#), comma 6-bis, D.P.R. 22
dicembre 1986, n. 917 - Sindacato del giudice tributario - Ambito -
Principio generale antielusivo - Fonte - Diritto interno*

([Commentata](#))

Massime - La cognizione del giudice tributario è rivolta essenzialmente all'accertamento della sussistenza della pretesa fiscale fatta valere - e contestata dal contribuente - secondo gli elementi di fatto e le considerazioni di diritto formulate nell'atto impositivo impugnato, conformemente alla posizione di "attore sostanziale" del processo tributario dell'Amministrazione finanziaria, sulla quale incombono gli ordinari oneri probatori ex [art. 2697](#) c.c.. L'indagine del giudice tributario può rivolgersi a differenti temi (nella specie, esistenza, validità ed opponibilità dell'attività negoziale del privato nei confronti dell'Erario) rispetto all'iniziale assunto formulato dall'Amministrazione finanziaria (nella specie, disconoscimento di un componente negativo di reddito) all'esito delle deduzioni ed allegazioni della difesa del contribuente.

I principi costituzionali della capacità contributiva e della progressività dell'imposizione che informano l'ordinamento tributario ostano al conseguimento di vantaggi fiscali ottenuti attraverso strumenti giuridici l'adozione ovvero l'utilizzo dei quali sia unicamente rivolto, in assenza di ragioni economicamente apprezzabili, al risparmio d'imposta - anche laddove non ricorra alcuna violazione o contrasto puntuale ad alcuna specifica disposizione.

Svolgimento del processo - L.P. S.p.A. propose opposizione dinanzi alla Commissione tributaria provinciale di Arezzo avverso un avviso di accertamento ai fini IRPEG/ILOR ad essa notificato dall'Ufficio II.DD. di Arezzo, conseguente ad un verbale di constatazione della Guardia di Finanza.

Con detto accertamento l'Ufficio, ai sensi del combinato disposto dell'art. 6, comma 2, del TUIR e dell'[art. 37](#), terzo comma, del d.P.R. n. 600 del 1973, disconosceva come fiscalmente deducibile minusvalenze conseguenti ad operazioni di acquisto e rivendita di titoli, dopo la riscossione dei dividendi, effettuate con la I. S.p.A., gestore di fondi comuni di investimento, in quanto asseritamente poste in essere a soli fini di elusione fiscale.

Il giudice tributario di primo grado accolse il ricorso e la sentenza venne confermata in appello.

Secondo la Commissione tributaria regionale l'operazione posta in essere dalla P., solo successivamente contemplata come operazione elusiva dall'art.

[14](#), comma 6-bis, del TUIR, aggiunto dall'[art. 7-bis](#) del d.l. n. 372 del 1992, convertito con modificazioni dalla legge n. 429 del 1992, era all'epoca dei fatti del tutto lecita e riconducibile ad un procedimento negoziale indiretto non simulato.

Avverso tale sentenza il Ministero dell'Economia e delle Finanze propone ricorso per cassazione affidato ad un motivo, illustrato da successiva memoria, e la P. resiste con controricorso, a sua volta illustrato da memoria.

Con ordinanza depositata il 24 maggio 2006 la Quinta Sezione Civile, rilevato che la soluzione della controversia postula l'esame di questioni di massima di particolare rilevanza, ha rimesso gli atti al Primo Presidente, il quale ha disposto l'assegnazione del ricorso alle Sezioni Unite.

La società contribuente ha depositato una memoria ai sensi dell'art. 378 cod. proc. civ.

Motivi della decisione - 1.- Con l'unico motivo il Ministero ricorrente lamenta la violazione e falsa applicazione degli [artt. 2350](#) e [2433](#) cod. civ., degli artt. [14](#), commi 1 e 4, [56](#), comma 2, [66](#), comma 1, e [95](#) del d.P.R. n. 917 del 1986 e dell'[art. 37](#), terzo comma, del d.P.R. n. 600 del 1973, oltre al vizio di motivazione.

Deduce in sostanza il Ministero che il prezzo di acquisto dei titoli incorporanti il diritto alla riscossione dei dividendi non può ritenersi omogeneo con il prezzo di vendita degli stessi titoli dopo la riscossione di detti dividendi, cosicché l'esposta minusvalenza risulterebbe in realtà fittizia.

Resterebbero perciò deducibili le sole spese accessorie per bolli, erroneamente riprese a tassazione, con conseguente diminuzione dell'accertamento quanto all'imponibile di L. 23.792.000 e con proporzionale riduzione della penalità.

2.- Premessa l'intervenuta cessazione della materia del contendere quanto alla pretesa tributaria relativa alla ripresa a tassazione delle spese accessorie e alla conseguente penalità, il ricorso appare per il resto fondato, pur se per motivi diversi da quelli prospettati dal Ministero, riguardanti la stessa opponibilità all'amministrazione del, negozio (c.d. dividend washing) da cui deriverebbe la pretesa minusvalenza.

2.1.- Occorre in primo luogo affrontare la questione relativa alla natura del giudizio tributario ed ai poteri di indagine del giudice tributario in ordine al rapporto d'imposta; poteri che - secondo la giurisprudenza di questa Corte - sono necessariamente limitati al riscontro della consistenza della pretesa fatta valere dall'amministrazione finanziaria con l'atto impositivo, alla stregua dei presupposti di fatto e di diritto in esso enunciati (da ultimo, Cass. [n. 20516/06](#)).

Siffatto principio, che sí traduce nella tradizionale affermazione secondo cui l'amministrazione è attore in senso sostanziale e perciò gravata dall'onere di provare la fondatezza della pretesa tributaria così come azionata con l'atto impositivo, merita di essere precisato.

Affermare, infatti, che nel giudizio tributario l'amministrazione finanziaria (e, adesso, l'Agenzia delle Entrate) è attore e che la sua pretesa è quella risultante dall'atto impugnato vuol dire riconoscere che l'erario aziona una specifica pretesa impositiva - e cioè accerta un determinato debito tributario in capo al contribuente e ne richiede il pagamento - e che il processo che nasce dall'impugnativa dell'atto

autoritativo è, sì, delimitato nei suoi confini, quanto a *petitum* e *causa petendi*, dalla pretesa tributaria, ma solo nel senso che il fondamento e l'entità di questa non possono avere latitudine diversa da quanto dedotto nell'atto impositivo.

Se, in altre parole, l'Amministrazione - come nel caso di specie - fonda il proprio accertamento sull'integrale disconoscimento di una minusvalenza, la pretesa tributaria resta in tal modo individuata - cosicché la domanda dell'amministrazione non può fondarsi su altro che il disconoscimento di tale minusvalenza - ma è evidente che il tema relativo all'esistenza, validità e opponibilità all'amministrazione dei negozi (nella specie la combinazione tra i contratti di acquisto e di successiva vendita delle azioni) da cui si assume che origini la dedotta minusvalenza è acquisito al processo per effetto dell'allegazione da parte del contribuente, ovviamente gravato dell'onere di provare i presupposti di fatto per l'applicazione della norma (quella relativa alla valutazione delle componenti passive del reddito) da cui discende l'invocata diminuzione del reddito d'impresa imponibile; in conformità del resto alla costante giurisprudenza di questa Corte in tema di onere della prova, in materia tributaria, quanto alle norme di beneficio (cfr. Cass. nn. 14381/07, 13559/07, SS.UU. n. 27619/06).

Se dunque l'oggetto della domanda è la pretesa impositiva e non l'accertamento dell'invalidità o dell'inefficacia di un atto negoziale, e se, al contrario, l'esistenza e l'efficacia del contratto sono dedotti dal contribuente al fine di paralizzare la pretesa dell'amministrazione, ne discende - in conformità alla giurisprudenza di questa Corte (Cass. [nn. 89/07](#), 11550/07, 12398/07) - la sicura rilevabilità d'ufficio delle eventuali cause di invalidità o di inopponibilità all'amministrazione del contratto stesso, sempre che, ovviamente, ciò non sia precluso, nella fase di impugnazione, dal giudicato interno eventualmente già formatosi sul punto o (nel giudizio di legittimità) dalla necessità di indagini di fatto.

2.2.- Nel merito, ritengono le Sezioni Unite di questa Corte di dover aderire all'indirizzo di recente affermatosi nella giurisprudenza della Sezione tributaria (si veda, da ultimo, Cass. [nn. 10257/08](#), [25374/08](#)), fondato sul riconoscimento dell'esistenza di un generale principio antielusivo; con la precisazione che la fonte di tale principio, in tema di tributi non armonizzati, quali le imposte dirette, va rinvenuta non nella giurisprudenza comunitaria quanto piuttosto negli stessi principi costituzionali che informano l'ordinamento tributario italiano.

Ed in effetti, i principi di capacità contributiva ([art. 53](#), primo comma, Cost.) e di progressività dell'imposizione ([art. 53](#), secondo comma, Cost.) costituiscono il fondamento sia delle norme impositive in senso stretto, sia di quelle che attribuiscono al contribuente vantaggi o benefici di qualsiasi genere, essendo anche tali ultime norme evidentemente finalizzate alla più piena attuazione di quei principi.

Con la conseguenza che non può non ritenersi insito nell'ordinamento, come diretta derivazione delle norme costituzionali, il principio secondo cui il contribuente non può trarre indebiti vantaggi fiscali dall'utilizzo distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un risparmio fiscale, in difetto di ragioni economicamente apprezzabili che giustifichino l'operazione, diverse dalla mera aspettativa di quel risparmio fiscale.

2.3.- Non contrasta con l'individuazione nell'ordinamento di un generale principio antielusione la constatazione del sopravvenire di specifiche norme

antielusive, che appaiono anzi - come questa Corte ha osservato - mero sintomo dell'esistenza di una regola generale (Cass. [8772/08](#)).

Che il legislatore, in epoca successiva a quella cui si riferiscono i fatti di causa, introducendo (con l'[art. 7-bis](#) del decreto-legge n. 372 del 1992, convertito con modificazioni dalla legge n. 429 del 1992) il comma 6-bis nell'[art. 14](#) del d.P.R. n. 917 del 1986, abbia grandemente ridotto (ma non del tutto eliminato) la convenienza fiscale delle operazioni di dividend washing, espressamente escludendo il credito d'imposta per i dividendi relativamente alle azioni oggetto di acquisto da fondi comuni di investimento o S., successivamente alla delibera di distribuzione degli utili stessi, è infatti circostanza idonea ad offrire indiretta conferma dell'illiceità fiscale di tali operazioni, atteso che, in caso contrario, la norma - che esclude taluni percettori di dividendi da un beneficio fiscale spettante a tutti gli altri - sarebbe palesemente illegittima per violazione del principio di eguaglianza. Il che evidentemente non è, proprio in ragione del fatto che esiste, nell'ordinamento costituzionale, un principio per il quale non è lecito utilizzare abusivamente, e cioè per un fine diverso da quello per il quale sono state create, norme fiscali (lato sensu) di favore, essendo d'altro canto, nel caso di specie, in re ipsa la elusività dell'operazione.

Né siffatto principio può in alcun modo ritenersi contrastante con la riserva di legge in materia tributaria di cui all'[art. 23](#) Cost., in quanto il riconoscimento di un generale divieto di abuso del diritto nell'ordinamento tributario non si traduce nella imposizione di ulteriori obblighi patrimoniali non derivanti dalla legge, bensì nel disconoscimento degli effetti abusivi di negozi posti in essere al solo scopo di eludere l'applicazione di norme fiscali.

2.4.- La pacifica inapplicabilità alla fattispecie, *ratione temporis*, del menzionato comma 6-bis non esclude perciò la possibilità di rilevare l'abusività della condotta, tanto più che la norma in questione non contempla l'intera fattispecie c.d. di dividend washing ed ogni possibile beneficio fiscale indebito ad essa ricollegabile, ma prende in esame la sola operazione di acquisto di azioni, dopo la delibera di distribuzione degli utili, da un fondo di investimento o da una S., al fine di escludere l'attribuzione del credito di imposta di cui al comma 1 dello stesso articolo 14.

Come si è detto, per dividend washing si intende infatti la combinazione di un negozio di acquisto di azioni da un fondo di investimento o una S. con il successivo negozio di rivendita delle medesime azioni alla stessa società venditrice, dopo la percezione dei dividendi, al fine sia di godere del credito di imposta di cui altrimenti il fondo o la S. non godrebbe (ai sensi dell'[art. 9](#), primo comma, della legge 23 marzo 1983, n. 77), sia - come nel caso di specie - al fine di consentire all'acquirente-venditore di diminuire le componenti attive del reddito d'impresa mediante il computo della minusvalenza costituita dal differenziale tra il prezzo di acquisto delle azioni prima della distribuzione del dividendo ed il prezzo di vendita subito dopo la percezione del dividendo stesso.

Che una specifica norma antielusiva abbia espressamente preso in considerazione uno dei benefici fiscali che tipicamente derivano dal negozio abusivo non vuol dire, pertanto, che il giudice tributario non possa, prendendo atto nella specie della valutazione espressa di elusività dell'operazione da parte del legislatore, utilizzare lo strumento

dell'inopponibilità all'amministrazione (adottato dallo stesso legislatore in numerose norme specifiche di carattere antielusivo, quali l'[art. 10](#), comma primo, della legge n. 408 del 1990 - nel testo dapprima sostituito dall'[art. 28](#), comma 1, della legge n. 724 del 1994 e poi modificato all'[art. 3, comma 26](#), della legge n. 662 del 1996 - e l'[art. 37-bis](#) del d.P.R. n. 600 del 1973, introdotto dall'art. 7 del d.lgs. n. 38 del 1997) anche per ogni altro profilo di indebito vantaggio tributario che il contribuente pretenda di far discendere dall'operazione elusiva, commessa anche in data anteriore all'entrata in vigore della norma suddetta.

2.5.- Come correttamente viene sottolineato nella sentenza n. 25374/08, l'esistenza di un principio generale non scritto volto a contrastare le pratiche consistenti in un abuso del diritto è d'altro canto riconosciuta da questa Corte anche in campi diversi dal diritto tributario. Ne è testimonianza la sentenza di queste Sezioni Unite n. 23726/07, nella quale è definitiva come abusiva la pratica di frazionamento di un credito, nella fase giudiziale dell'adempimento, al fine, essenzialmente, di scelta del giudice competente.

2.6.- Nessun dubbio può d'altro canto sussistere riguardo alla concreta rilevabilità d'ufficio, in questa sede di legittimità, della inopponibilità del negozio abusivo all'erario.

In aggiunta alle considerazioni svolte sub 2.1., giova ricordare che, per costante giurisprudenza di questa Corte, sono rilevabili d'ufficio le eccezioni poste a vantaggio dell'amministrazione in una materia, come è quella tributaria, da essa non disponibile (da ultimo, Cass. n. 1605/08). Il carattere elusivo dell'operazione può d'altro canto agevolmente desumersi, senza necessità di alcuna ulteriore indagine di fatto, sulla base della compiuta descrizione che se ne rinviene in atti (in specie nella stessa sentenza impugnata) e, soprattutto, della esplicita valutazione proveniente dallo stesso legislatore, per quanto si è osservato sub 2.3. e 2.4.

3.- La sentenza impugnata - fondata sull'implicito presupposto della inesistenza nell'ordinamento di un generale principio antielusivo - risulta dunque erronea e va cassata.

Non essendo necessari, per quanto più sopra osservato, ulteriori accertamenti di fatto, la causa può essere decisa nel merito, con la declaratoria di cessazione della materia del contendere per quella parte di accertamento in relazione alla quale l'Ufficio ha dichiarato di abbandonare la pretesa impositiva ed il rigetto, per il resto, del ricorso introduttivo della società contribuente.

La complessità della questione giustifica la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M. - la Corte accoglie il ricorso, cassa la sentenza impugnata e, decidendo nel merito, rigetta il ricorso introduttivo della società ricorrente per la parte per la quale l'Amministrazione non ha dichiarato di abbandonare la pretesa impositiva ed in relazione a cui dichiara quindi cessata la materia del contendere; spese compensate.