

n. 1/2021 (genajo-febbraro)
Consistenza: 469.463 documenti

- >Presentazione
- >Organizzazione
- >Ricerca avanzata
- >Navigazione
- > >Autori/Curatori
- > >Classificazione
- > >Periodici
- >Storico degli aggiornamenti dal 2009

Corasaniti, Giuseppe

La nullità dei contratti come strumento di contrasto alle operazioni di dividend washing nella recente giurisprudenza della Suprema Corte

(Nota a Cass. sez. tribut. 21 ottobre 2005, n. 20398Cass. sez. tribut. 26 ottobre 2005, n. 20816Cass. sez. tribut. 14 novembre 2005, n. 22932)
in **Diritto e pratica tributaria**, 2006, fasc. 2, pagg. 274-294, pt. 2
(Bibliografia: a pie' di pagina o nel corpo del testo)

TRIB.2.0.0. APPLICAZIONE DELLA NORMA TRIBUTARIA; Elusione e abuso del diritto [---> lista gerarchica]

CIV.8.14. NULLITÀ DEL CONTRATTO [---> lista gerarchica]

CIV.8.13. SIMULAZIONE [---> lista gerarchica]

Sommario: Premessa. Prima fattispecie: operazione di dividend washing (Cass., 21 ottobre 2005, n. 20398). Seconda fattispecie: operazione di dividend stripping (Cass., 26 ottobre 2005, n. 20816). Terza fattispecie: operazione di dividend stripping (Cass., 14 novembre 2005, n. 22932). Contesto normativo e successivi interventi legislativi. Tentativi dell'Amministrazione finanziaria di contrastare tali fattispecie elusive. Sulla (in)applicabilità in materia tributaria dell'art. 1344 c.c. Mezzi di contrasto dell'elusione nelle sentenze n. 20398 e 22932. Nullità dei contratti per assenza di causa ex artt. 1325 e 1418 c.c. Difetto di causa ed assenza di valide ragioni economiche. Principio del "divieto di abuso del diritto" ed assenza di una clausola antielusiva generale.

Cass. sez. tribut. 14 novembre 2005, n. 22932

Cass. sez. tribut. 21 ottobre 2005, n. 20398

Cass. sez. tribut. 26 ottobre 2005, n. 20816

>>>Document delivery via:

>>>Cerca su:



Come citare il contributo in una bibliografia:

Stile APA:

Corasaniti, G. (2006). La nullità dei contratti come strumento di contrasto alle operazioni di dividend washing nella recente giurisprudenza della Suprema Corte. *Diritto e pratica tributaria*, (2/2), 274-294.

Stile MLA:

Corasaniti, Giuseppe. "La nullità dei contratti come strumento di contrasto alle operazioni di dividend washing nella recente giurisprudenza della Suprema Corte." *Diritto e pratica tributaria* 2/2 (2006): 274-294. Print.

Stile DoGi:

G. Corasaniti. *La nullità dei contratti come strumento di contrasto alle operazioni di dividend washing nella recente giurisprudenza della Suprema Corte*, in *Diritto e pratica tributaria*, 2006, 2/2, pp. 274-294.

DoGi-Dottrina Giuridica

Banca dati on-line bimestrale (ISSN 2240-7448)
Via dei Barucci 20 - 50127 Firenze
Ph. +39 055 43995; fax +39 055 4399605
e-mail: elisabetta.marina@igsg.cnr.it

English

LA NULLITÀ DEI CONTRATTI COME STRUMENTO DI CONTRASTO ALLE OPERAZIONI DI DIVIDEND WASHING NELLA RECENTE GIURISPRUDENZA DELLA SUPREMA CORTE

dott. Giuseppe Corasaniti

Riferimenti

Cassazione Civile Sez. V 21-10-2005 (28-04-2005) n. 20398

Cassazione Civile Sez. V 26-10-2005 (12-05-2005) n. 20816

Cassazione Civile Sez. V 14-11-2005 (10-03-2005) n. 22932

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Prima fattispecie: operazione di *dividend washing* (Cass., 21 ottobre 2005, n. 20398). – 3. Seconda fattispecie: operazione di *dividend stripping* (Cass., 26 ottobre 2005, n. 20816). – 4. Terza fattispecie: operazione di *dividend stripping* (Cass., 14 novembre 2005, n. 22932). – 5. Contesto normativo e successivi interventi legislativi. – 6. Tentativi dell'Amministrazione finanziaria di contrastare tali fattispecie elusive. – 7. Sulla (in)applicabilità in materia tributaria dell'art. 1344 c.c. – 8. Mezzi di contrasto dell'elusione nelle sentenze n. 20398 e 22932. – 9. Nullità dei contratti per assenza di causa ex artt. 1325 e 1418 c.c. – 10. Difetto di causa ed assenza di valide ragioni economiche. – 11. Principio del «divieto di abuso del diritto» ed assenza di una clausola antielusiva generale.

1. – Premessa

Le tre sentenze in epigrafe, pur riguardando differenti operazioni finanziarie, il c.d. *dividend washing* e il c.d. *dividend stripping* (o usufrutto azionario), sono profondamente legate tra loro, nell'essenza, per due ordini di motivi.

In primo luogo perché tali operazioni rappresentano – o forse è più corretto dire rappresentavano ^[1], all'epoca dei fatti – pratiche largamente utilizzate, sin dagli anni ottanta, allo scopo di minimizzare il carico fiscale. L'obiettivo era realizzato «aggirando» la norma tributaria che disciplinava l'istituto del credito di imposta sui dividendi.

In secondo luogo perché con tali sentenze la sezione tributaria della Suprema Corte, mutando completamente il proprio precedente orientamento (rappresentato dalle sentenze 3 aprile 2000, n. 3979 e 7 marzo 2002, n. 3345), pur ricorrendo a differenti e del tutto «inaspettate» soluzioni giuridiche, ha affermato, anche se implicitamente ed indirettamente, la sostanziale illiceità di tali operazioni.

La Corte di Cassazione, infatti, posta di fronte all'assenza, all'epoca dei fatti in contestazione, di adeguati strumenti normativi di contrasto di tali forme di elusione, ha pensato di contrastarle adottando soluzioni «a sorpresa»: mentre nelle sentenze n. 20398 e n. 22932 la Corte ha concluso riconoscendo la nullità radicale per difetto di causa dei negozi collegati attraverso cui è realizzato il c.d. *dividend washing* e il c.d. *dividend stripping*, nella sentenza n. 20816, relativamente ad una operazione di usufrutto azionario, la Corte ha invece ipotizzato un'ipotesi di simulazione relativa o di frode alla legge ex art. 1344 c.c.

2. – Prima fattispecie: operazione di dividend washing (Cass., 21 ottobre 2005, n. 20398)

Nel caso di specie l'ufficio aveva operato una rettifica in aumento del reddito, relativo al periodo di imposta 1992, di una società di capitali, a seguito del mancato riconoscimento di una minusvalenza realizzata e dedotta dalla stessa società in riferimento ad una operazione di acquisto di azioni da un fondo comune di investimento e successiva rivendita allo stesso; questo in quanto l'intera operazione era stata ritenuta un'operazione di *dividend washing* e, dunque, elusiva.

In effetti, la fattispecie negoziale posta in essere integrava perfettamente il classico schema del *dividend washing*: una società acquistava azioni da un fondo comune di investimento dopo la delibera di distribuzione del dividendo, ma prima dello stacco della cedola; la società cessionaria incassava il dividendo e immediatamente dopo rivendeva le azioni allo stesso fondo evidenziando una minusvalenza di importo quasi sempre corrispondente all'importo dei dividendi percepiti. In questo modo i vantaggi fiscali erano notevoli per entrambe le parti: così strutturata, l'operazione consentiva al fondo di sostituire, mediante la cessione delle azioni, la percezione del dividendo, altrimenti soggetto ad una ritenuta a titolo di imposta, con un plusvalenza non imponibile in forza della normativa allora vigente ^[2]; ed allo stesso tempo consentiva alla società cessionaria di incassare il dividendo con il credito di imposta ex art. 14 t.u.i.r. (ante riforma 2003) ^[3], ed all'atto della successiva rivendita (che normalmente avveniva ad un prezzo pari a quello di acquisto meno l'ammontare del dividendo incassato e del relativo credito di imposta) di realizzare una minusvalenza fiscalmente deducibile.

Nell'avviso di accertamento l'Ufficio aveva indicato, a conferma del carattere elusivo dell'intera operazione, realizzata al solo scopo di lucrare un vantaggio fiscale, una serie di elementi, tra cui l'eccessiva contiguità temporale tra l'acquisto e la successiva rivendita delle azioni, la riscossione del dividendo avvenuta subito dopo la prima operazione o contestualmente alla seconda; la contestualità dell'incarico ad un intermediario per la vendita ed il successivo riacquisto; la mancanza di apprezzabili ragioni extrafiscali della operazione; la quasi esatta coincidenza tra l'importo del dividendo e la differenza tra il prezzo di cessione e di riacquisto delle azioni.

A parere dell'ufficio, tutti questi elementi dimostravano l'esistenza di un collegamento negoziale atipico rivolto al conseguimento di un vantaggio economico definibile come «scambio di reddito a scopo di guadagno fiscale effettuato con l'interposizione della società di capitali nella riscossione del dividendo destinato al fondo di investimento». Tutto ciò, pertanto, comportava una sostituzione del «regime fiscale naturale» con uno molto più favorevole, in quanto per mezzo di questa concatenazione negoziale si era verificata una «traslazione di una parte del reddito (dividendi) dal suo naturale titolare (fondo di investimento) ad un terzo (società di capitali), al fine di conseguire il vantaggio fiscale consistente nella più favorevole tassazione riservata agli enti diversi dai fondi di investimento».

Secondo il fisco, le parti con la cessione delle azioni non avevano inteso trasferire alcun diritto di proprietà (simulazione assoluta), o quanto meno avevano voluto trasferire una situazione soggettiva diversa e minore (simulazione relativa), ossia la legittimazione alla riscossione del dividendo, determinando in tal modo una sostituzione del reddito. Il corretto regime tributario doveva essere individuato nell'applicazione dell'art. 6, 2° comma, t.u.i.r. (insostituibilità del reddito) e dell'art. 37, 3° comma ^[4], d.p.r. 29 settembre 1973, n. 600 (interposizione di soggetti nella percezione del reddito): pertanto, il reddito percepito dal fondo quale «plusvalenza da negoziazione» doveva essere riqualficato in «utile da partecipazione».

In primo grado il ricorso della società avverso l'avviso di accertamento era stato respinto in quanto la componente negativa (minusvalenza) realizzata a seguito della rivendita dei titoli, secondo i giudici, non era fiscalmente deducibile perché non inerente rispetto all'attività ordinariamente esercitata.

Nel grado di appello, al contrario, il Collegio aveva accolto l'impugnazione della contribuente in quanto l'interpretazione sostenuta dall'ufficio non poteva ritenersi condivisibile alla luce della normativa applicabile e vista anche la perfetta validità dei fissati bollati.

La Corte di Cassazione, «a sorpresa», accetta la tesi dell'ufficio in ordine all'inopponibilità al fisco degli effetti giuridico-formali realizzati mediante la descritta concatenazione negoziale, ma con una motivazione completamente differente: la complessiva operazione negoziale non può svolgere effetti nei confronti del fisco perché, essendo completamente priva di valide ragioni economiche diverse dal risparmio fiscale, è affetta da nullità radicale per difetto di causa ex artt. 1325 e 1418 c.c.

3. – Seconda fattispecie: operazione di dividend stripping (Cass., 26 ottobre 2005, n. 20816)

La fattispecie esaminata in tale sentenza concerne la differente operazione negoziale rappresentata dalla cessione, a favore di un soggetto residente, del diritto di usufrutto su

azioni di una società residente, possedute da una società non residente. Si trattava di una tipica ipotesi di c.d. *dividend stripping*, spesso utilizzata in modo elusivo, in quanto consentiva alla società non residente (che non poteva usufruire del credito di imposta) di non subire alcuna ritenuta sui dividendi, «percepiti» sotto forma di corrispettivo della cessione del diritto di usufrutto ed all'usufruttuario residente di beneficiare del credito di imposta sui dividendi percepiti e di dedursi il costo dell'usufrutto.

Nel caso di specie l'Amministrazione finanziaria, in presenza di un'operazione di tal genere, aveva operato una rettifica, ai fini delle imposte sul reddito, della dichiarazione presentata dalla società usufruttuaria, relativamente ai redditi prodotti nel periodo di imposta 1992, ed in particolare: era stata rettificata una perdita fiscale, accertata in misura inferiore rispetto a quella dichiarata, era stato disconosciuto il credito di imposta relativo ai dividendi distribuiti dalla società partecipata ed era stato negato lo scomputo di imposta della ritenuta d'acconto subita in sede di distribuzione dei medesimi dividendi.

Secondo l'ufficio, infatti, il contratto di usufrutto era stato posto in essere al solo fine di consentire alla società (estera) concedente e proprietaria delle azioni, di usufruire indebitamente del credito di imposta sui dividendi distribuiti dalla partecipata, altrimenti non spettante in quanto soggetto non residente.

Ritenuto, perciò, che il contratto fosse volto ad aggirare l'art. 27, 3° comma, d.p.r. 29 settembre 1973, n. 600 e l'art. 74, d.p.r. 22 dicembre 1986, n. 917, l'ufficio in sede di rettifica disconosceva il credito d'imposta in forza del disposto dell'art. 37, 3° comma, d.p.r. n. 600 del 1973, asserendo che trattavasi di contratto simulato.

Il ricorso proposto dalla contribuente, con cui era stata chiesta la declaratoria dell'illegittimità dell'accertamento per falsa applicazione dell'art. 37, 3° comma, d.p.r. n. 600 del 1973, oltre che per l'inesistenza di una norma specifica di diritto positivo che vietasse tali operazioni, era stato accolto dalla Commissione Tributaria Provinciale. L'appello proposto dall'ufficio era stato respinto dalla Commissione Tributaria Regionale.

In sede di giudizio di legittimità, il Supremo Collegio ha accolto, «a sorpresa», il ricorso dell'Amministrazione finanziaria, cassando la sentenza impugnata e rinviando la causa al giudice di merito, il quale dovrà attenersi al seguente principio di diritto: «l'Amministrazione finanziaria, quale terzo interessato alla regolare applicazione delle imposte, è legittimata a dedurre (prima in sede di accertamento fiscale e poi in sede contenziosa) [5] la simulazione assoluta o relativa dei contratti stipulati dal contribuente, o la loro nullità per frode alla legge, ivi compresa la legge tributaria (art. 1344 c.c.); la relativa prova può essere fornita con qualsiasi mezzo, anche attraverso presunzioni».

4. – Terza fattispecie: operazione di dividend stripping (Cass., 14 novembre 2005, n. 22932)

Anche la fattispecie esaminata in tale sentenza riguarda una tipica operazione di *dividend stripping*.

Lo schema è quello classico: una società non residente – che, dunque, non poteva usufruire del credito di imposta – concedeva in usufrutto, ad un soggetto residente, le proprie partecipazioni in una società residente, consentendo in tal modo al soggetto non residente di percepire i dividendi «sotto forma» di corrispettivo della cessione dell'usufrutto, senza subire alcuna ritenuta ed all'usufruttuario residente di poter beneficiare del credito di imposta e di potersi dedurre il costo dell'usufrutto.

A fronte di un'operazione di tal genere, del tutto particolare era stato il contenuto dell'avviso di accertamento in quanto l'ufficio, anziché contestare al soggetto non residente la mancata tassazione del dividendo percepito in modo indiretto o in alternativa all'usufruttuario il diritto ad usufruire del credito di imposta sui dividendi, non essendone il beneficiario effettivo [6], aveva, invece, contestato a quest'ultimo la mancata effettuazione della ritenuta ex art. 27, 3° comma, d.p.r. n. 600 del 1973 nei confronti del soggetto non residente [7].

L'ufficio riteneva che l'intera operazione ed i vantaggi fiscali ottenuti fossero in contrasto con l'art. 37, 3° comma, d.p.r. n. 600 del 1973 e, pertanto, contestava alla società usufruttuaria il mancato versamento della maggiore ritenuta a titolo di imposta.

Se questi erano, in estrema sintesi, i termini essenziali della controversia, meraviglia non poco la decisione della Corte di Cassazione che, utilizzando la stessa argomentazione della sentenza n. 20398 e, dopo aver nuovamente ripetuto lo stesso concetto in ordine alla possibile sussistenza nel sistema tributario italiano di un principio che vieti il cd. abuso del diritto, ha convalidato l'accertamento, affermando che negozi collegati dai quali le parti non conseguono altro vantaggio economico, diverso dal risparmio fiscale, sono nulli per difetto di causa.

5. – Contesto normativo e successivi interventi legislativi

Per riuscire a comprendere le ragioni profonde che sono alla base delle motivazioni di tali sentenze, è opportuno ricordare brevemente quale fosse la disciplina tributaria applicabile *ratione temporis* ai fatti contestati, nonché la successiva evoluzione normativa.

Antecedentemente al 1992, le operazioni di *dividend washing* e quelle di usufrutto azionario, nonostante il loro riconosciuto carattere elusivo, erano formalmente incensurabili da parte dell'Amministrazione finanziaria, in quanto esisteva nell'ordinamento tributario italiano una vera e propria lacuna normativa.

All'epoca dei fatti, invero, tali operazioni non rientravano nel tassativo elenco della norma antielusiva allora vigente (art. 10, l. 29 dicembre 1990, n. 408) [8].

Solo successivamente l'art. 28, l. 23 dicembre 1994, n. 724 [9], ha ampliato il novero delle fattispecie potenzialmente elusive, aggiungendo anche le «cessioni o valutazioni di valori mobiliari». Il sistema giuridico tributario italiano, finora, non ha mai conosciuto una clausola antielusiva a carattere generale [10], ossia tale da consentire all'Amministrazione di poter disconoscere gli effetti fiscali di una qualunque operazione economica posta in essere dai contribuenti tutte le volte in cui questa presenti chiari profili di elusività.

Tale funzione, di norma antielusiva generale [11], non poteva e non può assumerla [12], certamente, l'art. 37-bis [13], d.p.r. n. 600 del 1973, né il suo precedente storico (art. 10, l. n. 408 del 1990), in quanto il legislatore tributario ha, sin dall'inizio, deciso di combattere l'elusione con interventi normativi specifici e mirati, introducendo norme dirette ad impedire precise fattispecie elusive (vedasi ad esempio l'integrazione dell'art. 14 del previgente t.u.i.r., di cui si dirà a breve), ovvero introducendo norme di portata più generale, come i citati art. 10 e 37-bis, che, pur avendo un campo di applicazione molto ampio, rimangono pur sempre legati «ad una preselezione normativa delle operazioni in odore di possibile utilizzo strumentale al fine di conseguire vantaggi fiscali» [14].

Fu proprio la potenziale elusività delle descritte operazioni finanziarie, sulla scorta anche del parere autorevole del S.e.c.i.t. [15], che spinse il legislatore ad effettuare un intervento normativo *ad hoc* [16], introducendo [17] i commi 6-bis e 7-bis all'art. 14 del t.u.i.r. (ante riforma 2003), che recava la previgente disciplina del credito di imposta sui dividendi. In tal modo, a partire dal 10 novembre 1992, non era più riconosciuta la spettanza del credito di imposta sui dividendi la cui distribuzione fosse stata deliberata anteriormente alla data di acquisto ed incassati da società che avevano acquistato azioni da fondi comuni di investimento o S.i.c.a.v. Lo stesso divieto era stato introdotto per gli utili percepiti dall'usufruttuario nel caso in cui la costituzione o la cessione del diritto di usufrutto fossero state poste in essere da soggetti non residenti, privi nel territorio dello Stato di una stabile organizzazione.

6. – Tentativi dell'Amministrazione finanziaria di contrastare tali fattispecie elusive

Se questo era il contesto normativo in cui i fatti esaminati hanno avuto luogo, è ben possibile rendersi conto delle difficoltà in cui si trovava il fisco [18], il quale, a fronte di operazioni finanziarie evidentemente elusive, non avendo a disposizione adeguati strumenti normativi per fronteggiarle, si vedeva costretto ad emettere avvisi di accertamento, come quelli oggetto di impugnazione nei giudizi che hanno dato luogo alle sentenze esaminate, in cui ricorreva a vere e proprie acrobazie giuridiche al fine di tentare di disconoscere i vantaggiosi effetti fiscali derivanti da operazioni siffatte.

Di volta in volta, attraverso una forzatura interpretativa, è stata invocata l'applicazione di disposizioni tributarie quali l'art. 37, 3° comma, d.p.r. n. 600 del 1973 o quella di cui all'art. 6, 2° comma, t.u.i.r., relativa alle ipotesi di sostituzione del reddito, ovvero ricorrendo a strumenti e principi di diritto comune e, pertanto, contestando, ad esempio, ipotesi di simulazione assoluta o relativa, con conseguente inefficacia nei confronti del fisco, in quanto terzo, del negozio simulato, od ancora contestando la «(im)meritevolezza» dell'interesse realizzato dalle parti mediante la conclusione di un contratto atipico (ex art. 1322, 2° comma, c.c.), od, infine, invocando la nullità dei negozi giuridici posti in essere per illiceità della causa.

La realtà avrebbe poi dimostrato che si trattò di tentativi vani in quanto privi di solide basi giuridiche, così come sostenuto dalla più autorevole dottrina [19], nonché, almeno sino alle sentenze in esame e salvo sporadiche eccezioni [20], confermato dalla giurisprudenza sia di merito [21] che di legittimità [22].

7. – Sulla (in)applicabilità in materia tributaria dell'art. 1344 c.c.

Se queste sono le premesse da cui partire, sorprende innanzitutto quanto statuito dalla Corte di Cassazione nella seconda delle sentenze esaminate (n. 20816 del 26.10.2005), in cui il giudice di legittimità, prendendo le distanze da quello che, almeno fino ad ora, è stato il prevalente orientamento dottrinale [23] e giurisprudenziale [24], ha affermato che «il Collegio ritiene pertinente anche il richiamo all'art. 1344 del codice civile poiché le norme tributarie appaiono norme imperative poste a tutela dell'interesse generale del concorso paritario alle spese pubbliche (art. 53 Cost.) e su questo punto si dissente dalle argomentazioni accolte nella sentenza di questa Corte del 3 settembre 2001, n. 11351».

[25].

Si tratta, dunque, di una chiara presa di posizione su un tema, quello della applicabilità in campo tributario, in assenza di una norma antielusiva generale [26], del rimedio di ordine generale ex art. 1344 c.c. [27], consistente nella nullità civilistica del negozio posto in essere in frode alla legge (tributaria), relativamente al quale la dottrina maggioritaria [28], nonché la stessa giurisprudenza di legittimità, si erano da tempo pronunciate in senso negativo.

Al riguardo, infatti, è stato sostenuto che nell'ipotesi in cui venga posta in essere una operazione negoziale «elusiva d'imposta», ossia vengano utilizzati uno o più strumenti negoziali allo scopo di evitare l'applicazione di una determinata norma impositiva [29], non sia possibile configurare un'ipotesi di frode alla legge ex art. 1344 c.c., che dispone la nullità per illiceità della causa del contratto concluso per eludere l'applicazione di una norma imperativa. Ciò perché – si è sempre detto – le norme fiscali non sono norme imperative nel significato cui farebbe riferimento tale disposizione. Tali sarebbero, invece, «le norme imperative di diritto privato, che impongono limiti all'autonomia negoziale, mentre ai fini tributari non si abusa dell'autoregolamentazione dei rapporti, ma della possibilità di stipulare un contratto invece di un altro» [30].

Pertanto, intendendo come norme imperative ai sensi dell'art. 1344 c.c. solo quelle a carattere precettivo o proibitivo, «le norme impositive non rientrano né nella prima né nella seconda categoria perché, pur essendo inderogabili, si limitano ad assumere determinati fatti ad indice di capacità contributiva, come tali idonei a determinare la nascita del rapporto obbligatorio d'imposta» [31]. Né tanto meno, sempre secondo tale orientamento dottrinale, sarebbe possibile ricorrere all'art. 53 Cost., non avendo tale disposizione una portata precettiva, che necessiterebbe, invece, dell'intervento di una fonte normativa primaria, cui l'art. 23 Cost. affida il compito di individuare i vari indici di capacità contributiva.

Conseguentemente, poiché la scelta operata in sede di normazione primaria vale anche in negativo, ciò comporterebbe che la realizzazione di fatti non selezionati dal legislatore non darebbe luogo ad una elusione del precetto di cui all'art. 53 Cost.

Tuttavia è opportuno segnalare che tale orientamento, anche se diffusamente condiviso, è stato comunque oggetto di critiche [32].

In particolare, secondo un'autorevole dottrina [33], cui in verità sembrerebbe ispirarsi la soluzione fornita dalla sentenza in oggetto, la norma civilistica *de qua* sarebbe applicabile in chiave antielusiva anche nei confronti di negozi stipulati in frode alla legge tributaria. Per sostenere tale tesi si muove dall'assunto che la norma tributaria in realtà sia norma imperativa, nel senso «di norma cogente che non consente deroghe per essere diretta a tutelare interessi di carattere generale e/o aventi rilevanza pubblicistica» e che «oggetto di frode possono essere anche norme imperative c.d. materiali, sia che da esse derivino degli obblighi o divieti categorici sia solo degli oneri sia degli imperativi condizionati (ad esempio se si realizza un certo presupposto stabilito da una legge fiscale, nasce l'obbligo costituzionale di corrispondere il tributo)». Pertanto anche la norma tributaria, in quanto «norma materiale cogente ed inderogabile» rientrerebbe nel campo di applicazione dell'art. 1344 c.c. e questo a maggior ragione se si riconosce carattere precettivo all'art. 53 Cost. [34], dal quale, dunque, non deriverebbe solo un limite vincolante per il legislatore ma anche una «norma imperativa che importi un limite rilevante per la libera esplicazione dell'autonomia privata (in quanto atto di disposizione)» [35][36].

Appare dunque evidente come il Supremo Collegio nella sentenza in esame abbia sostanzialmente ripreso tale minoritario, seppur autorevole, orientamento dottrinale, ma è anche già stato evidenziato in precedenza come gli assunti su cui si esso si fonda non possano, comunque, essere pienamente condivisi.

8. – Mezzi di contrasto dell'elusione nelle sentenze n. 20398 e n. 22932

Quest'ultima considerazione, tra l'altro, sembrerebbe trovare un ulteriore seppur implicito conforto nelle motivazioni delle altre due sentenze esaminate (n. 20398 e n. 22932). In queste, infatti, la Suprema Corte, pur giungendo anche qui a conclusioni del tutto inaspettate e sotto certi aspetti criticabili, non manca però di riconoscere la sostanziale correttezza di quegli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali maggioritari, di cui prima si diceva, che rimarcano l'assoluta infondatezza giuridica dei vari tentativi – tra cui l'applicabilità dell'art. 1344 c.c. – ai quali l'amministrazione ha fatto ricorso per fronteggiare tali fattispecie elusive.

Viene, tra l'altro, ricordato come l'art. 37, 3° comma, d.p.r. n. 600 del 1973 non possa assolutamente assurgere a ruolo di clausola generale antielusiva o antiabuso e che il suo ambito di applicazione è strettamente limitato alle sole ipotesi di interposizione personale fittizia nella percezione del reddito [37] e non possa conseguentemente applicarsi ad ipotesi di interposizione reale o ad altre differenti ipotesi di simulazione [38].

La Corte, dopo aver precisato ciò, nonché dopo aver sottolineato come non possano prospettarsi ipotesi di non meritevolezza del contratto ex art. 1322, 2° comma, c.c., trattandosi di contratti tipici, né possa parlarsi «di motivo illecito invalidante, ricorrendo tale ipotesi solo quando i motivi integrino il perseguimento di finalità contrarie all'ordine pubblico o al buon costume o altri scopi espressamente proibiti dalla legge», ha ritenuto «superflua qualsiasi indagine su ipotesi di simulazione oggettiva ovvero di interposizione fittizia o reale» in quanto l'operazione negoziale nel suo complesso sarebbe nulla per difetto di causa ex artt. 1325 e 1418 c.c. e come tale non in grado di produrre, *extunc*, alcun effetto giuridico, nemmeno tributario.

9. – Nullità dei contratti per assenza di causa ex artt. 1325 e 1418 c.c.

L'affermazione, «a sorpresa», del principio di diritto sul quale si fondano queste due sentenze, secondo cui uno o più negozi fra loro collegati, da cui le parti non conseguono altro vantaggio economico diverso da quello fiscale, sono nulli in quanto privi di causa, presenta differenti profili di interesse e suscita non poche perplessità.

Sorgono innanzitutto dubbi sotto il profilo processuale, in ordine alla possibilità, nel caso di specie, per il giudice tributario, di poter rilevare d'ufficio la nullità del contratto, mai dedotta dal fisco non solo nell'avviso di accertamento ma neanche nei vari gradi di giudizio. La questione è alquanto complessa involgendo problemi relativi alla natura del processo tributario, ai poteri del giudice tributario ed ai confini e limiti della sua cognizione. Non può essere questa, dunque, la sede per un'approfondita analisi della questione, che non deve, comunque, essere sottovalutata anche alla luce della chiara e netta presa di posizione su tale problematica del Supremo Collegio nell'ultima delle sentenze esaminate (la n. 22932), in aperto e dichiarato contrasto con i precedenti orientamenti giurisprudenziali [39].

Non meno discutibile è poi il merito della decisione. La tesi sostenuta dalla Corte è la seguente: mancherebbe una valida ragione economica, diversa dal risparmio fiscale (il quale può assurgere, al massimo, a livello di mero motivo), tale da poter giustificare l'esistenza dei due contratti collegati tipici, di acquisto e successiva rivendita dei titoli in un caso (*dividend washing*) e, nell'altro, di costituzione del diritto di usufrutto sui titoli (*dividend stripping*). Di conseguenza, non potendosi trasferire beni soltanto per trasferirli, senza, cioè, perseguire uno scopo economico, tutto ciò comporterebbe la nullità assoluta dei negozi collegati per difetto di causa ex artt. 1325 e 1418 c.c., in quanto le attribuzioni patrimoniali derivanti dalla concatenazione negoziale realizzata sarebbero prive di una qualunque giustificazione socio-economica diversa dal mero vantaggio fiscale [40]. Viene precisato come, richiamando alcuni precedenti giurisprudenziali [41], in presenza di contratti collegati, la ricerca della relativa giustificazione causale debba essere condotta con riguardo all'intera operazione realizzata e non alla singola attribuzione patrimoniale isolatamente considerata.

È noto come la definizione giuridica di causa sia stata e continui tuttora ad essere una delle più incerte e discusse dalla dottrina italiana e straniera; appare opportuno, pertanto, ricordare brevemente e senza alcuna pretesa di esaustività, l'evoluzione che tale concetto giuridico ha conosciuto nel tempo, in quanto tale *excursus* potrà certamente tornare utile alla comprensione dei *dicta* delle sentenze in oggetto.

Secondo la definizione data da un'autorevole dottrina [42], la causa costituisce il «fondamento della rilevanza giuridica del contratto» e deve di conseguenza essere sempre presente, a pena di nullità, ex art. 1418, 2° comma, c.c., in tutti i contratti, siano essi tipici o atipici [43], perché nel nostro sistema giuridico qualunque spostamento di ricchezza, qualunque attribuzione patrimoniale, per essere giuridicamente rilevante, deve poter avere una sua ragione giustificatrice [44], ovviamente meritevole di tutela per l'ordinamento giuridico [45].

In origine la causa era riferita non al contratto ma all'obbligazione, in conseguenza del fatto che sotto la vigenza del codice civile napoleonico e di quello italiano del 1865 il contratto era ancora dominato da un'elaborazione culturale che ne valorizzava [46] esclusivamente la capacità di essere fonte di obbligazioni: parlare di causa del contratto significava, dunque, parlare di causa dell'obbligazione; la causa finiva così per essere identificata con lo scopo perseguito dal singolo mediante la conclusione del contratto. Si trattava, pertanto, di una nozione di tipo atomistico, perché ciascuna obbligazione prodotta dal medesimo contratto fungeva da causa giustificativa dell'altra, non considerando, invece, l'unitarietà dello strumento contrattuale; nonché di tipo soggettivo, assumendo rilievo esclusivamente l'utilità perseguita dal singolo contraente [47].

Questa nozione atomistica e soggettiva iniziò gradualmente a cedere il passo ad una nozione della causa di tipo unitario ed oggettivo, in quanto riferita non più alla singola obbligazione, ma al contratto nella sua unitarietà, quale *ratio* giustificativa di tutte le attribuzioni patrimoniali, che nello stesso trovano la loro fonte. Questa lenta ma progressiva evoluzione fu facilitata anche dalla circostanza che il contratto iniziò ad essere inteso non più solo quale fonte di obbligazioni, ma anche di effetti traslativi autonomi ed immediati.

Si giunse in questo modo ad identificare la causa con la «funzione stessa cui assolve il contratto sotto il profilo economico–sociale. ... La causa sarebbe l'astratta e quindi tipica ragione economico–giuridica del contratto, cioè che giustifica l'operazione privata, strumento, dunque, di controllo dell'operare dei singoli all'interno dell'ordinamento giuridico» [48].

È stata proprio questa nozione di causa – intesa quale funzione economico-sociale che il negozio è obiettivamente in grado di raggiungere – che, da un lato, ha influenzato il legislatore del 1942 e, dall'altro, ha conosciuto, per lungo tempo, la quasi unanime condivisione di gran parte della dottrina [49]. In base a tale nozione la causa prescinde, dunque, «dagli scopi delle parti e soprattutto prescinde dalle finalità per le quali le parti intendono strumentalizzare il contratto». Sia i motivi che le finalità ulteriori sono irrilevanti perché ciò che conta è la causa corrispondente a ciascuna figura tipica del negozio» [50].

Si è detto, però, che intendendo in tal modo il concetto di causa questa risultava in realtà priva di alcuna utilità se riferita ai contratti tipici, in quanto finiva col confondersi con il tipo legale, ossia con la definizione che il legislatore di volta in volta dava del negozio, sicché un proprio ruolo attivo poteva svolgere solo nel campo della atipicità [51].

Anche per tali ragioni, negli ultimi tempi questo modo astratto e statico di definire la causa ha iniziato a cedere il passo ad una diversa visione, espressa dalla cd. teoria della «causa concreta» [52]. Secondo quest'ultima [53], la causa negoziale andrebbe correttamente identificata con la ragione concreta del negozio, ossia con l'interesse concretamente perseguito dalle parti tramite l'accordo negoziale [54]. Per stabilire, dunque, quale sia la giustificazione causale di una determinata operazione economica, nonché la liceità della stessa, «non basta ... verificare se lo schema usato dalle parti sia compatibile con uno dei modelli contrattuali ma occorre ricercare il significato pratico dell'operazione con riguardo a tutte le finalità che – sia pure tacitamente – sono entrate nel contratto». Se, dunque, «con il tipo si opera un raffronto statico tra schema costruito dai privati e schema disciplinato dal legislatore, con la causa si opera un raffronto dinamico tra interessi perseguiti dai privati e interessi ritenuti leciti e dunque protetti dall'ordinamento» [55].

Non può, infine, non sottolinearsi come, in riferimento alle ipotesi di collegamento negoziale, è solo la causa così concretamente intesa che è in grado di rilevare la connessione esistente tra la sorte di un contratto e quella dell'altro funzionalmente collegato [56].

Con specifico riguardo alle sentenze in epigrafe, appare perciò evidente come l'adesione alla teoria della causa concreta possa notevolmente agevolare la giustificazione di una declaratoria della nullità per difetto di causa in presenza di negozi tipici, pur tra loro collegati funzionalmente [57].

Non mancano tuttavia profili di criticità: partendo, infatti, dall'assunto che la nozione giuridica di causa negoziale sia uno dei temi più incerti e discussi, desta perplessità il ragionamento con cui il Supremo Collegio ha deciso la controversia riconoscendo l'assenza di una causa civilistica nelle operazioni negoziali poste in essere. In altri termini sorprende non poco come il giudice tributario di legittimità abbia risolto una questione pregiudiziale alla decisione della controversia dichiarando *incidenter tantum* la nullità dell'operazione negoziale sulla base, come è già stato correttamente osservato [58], unicamente di un «giudizio di meritevolezza fiscale delle finalità perseguite», ossia, sulla asserzione, confermata dallo stesso contribuente, che il contratto fosse stato concluso solo per una ragione fiscale, senza che ci sia stata alcuna verifica concreta dell'assetto degli interessi, al fine di accertare l'assenza o meno, nel caso di specie, di una giustificazione causale, civilisticamente intesa, delle attribuzioni patrimoniali derivanti dalla concatenazione negoziale posta in essere.

10. – Difetto di causa ed assenza di valide ragioni economiche

L'errore, grave, in cui si potrebbe cadere, interpretando in modo non corretto le motivazioni di tali sentenze, sarebbe quello di essere indotti ad identificare il concetto civilistico di causa con quello esclusivamente fiscale di «valide ragioni economiche». Si tratta di due nozioni giuridiche diverse e distinte, che operano su piani completamente differenti.

In estrema sintesi: si può dire che mentre la causa negoziale rappresenta la *ratio* giustificatrice di tutte le attribuzioni patrimoniali in cui si estrinseca la libera autonomia negoziale, l'assenza di valide ragioni economiche rappresenta, invece, uno degli elementi che deve sussistere perché sia configurabile una fattispecie elusiva [59]. Ciò ovviamente non esclude *a priori* la possibilità che in casi concreti i due concetti giuridici si sovrappongano nel senso che l'assenza di valide ragioni economiche sia talmente «profonda» da finire per minare persino la stessa giustificazione causale degli atti di autonomia negoziale, come sembrerebbe essersi verificato, secondo il giudizio della Suprema Corte, nei due casi di specie.

11. – Principio del «divieto di abuso del diritto» ed assenza di una clausola antielusiva generale

È stato da più parti [60] sottolineato il carattere innovativo ed al tempo stesso anche «insidioso» di tali sentenze, in quanto avrebbero di fatto enucleato la possibilità per l'Amministrazione finanziaria di invocare la nullità di un contratto per difetto di causa, anche se al solo fine di disconoscere gli effetti fiscali, perché concluso unicamente per una ragione fiscale, senza dover preventivamente adire il giudice ordinario. Lo stesso varrebbe anche in riferimento a quanto statuito dalla terza sentenza (n. 20816), in ordine alla applicabilità a tali fattispecie elusive del rimedio generale antielusivo di norme imperative, di cui all'art. 1344 c.c.

Tutto ciò implicherebbe, dunque, il rischio di una sempre maggiore ingerenza del fisco nell'autonomia negoziale, quale conseguenza della possibilità a quest'ultimo riconosciuta di combattere l'elusione, disconoscendone gli effetti, sulla base della semplice applicazione dei principi civilistici, senza necessità di invocare alcuna norma antielusiva generale o particolare.

Questo è quanto sembrerebbe emergere dalle sentenze in oggetto, anche se, probabilmente, un'ultima considerazione sull'orientamento inaugurato dalla Suprema Corte potrebbe, forse, fornire una chiave di lettura in parte differente.

Tra le pieghe delle motivazioni delle sentenze n. 20398 e n. 22932, infatti, vi è un passaggio molto interessante, che merita la giusta segnalazione in ragione, innanzitutto, del condizionamento che determina sulla conclusione (nullità dei negozi collegati) cui la Suprema Corte giunge.

È stato ricordato in precedenza che il sistema tributario italiano non ha mai introdotto una clausola antielusiva di portata generale. Non può dirsi lo stesso per altri ordinamenti giuridici, quali, ad esempio, quello tedesco, che hanno conosciuto e conoscono tuttora, una norma generale antielusiva [61], la quale consente all'Amministrazione finanziaria di contestare gli effetti giuridico-formali degli atti posti in essere dai privati, quando questi non corrispondono all'effettivo contenuto sostanziale dell'operazione posta in essere, con conseguente applicazione alla fattispecie realizzata del tributo corrispondente alla fattispecie elusa.

Tutto ciò non è ritenuto possibile nel nostro ordinamento tributario [62], in quanto «in sede di configurazione del presupposto dell'imposta sui redditi, almeno laddove è previsto un rinvio ad una fattispecie negoziale, assumono rilevanza sempre e solo gli effetti giuridici della fattispecie medesima, non certo una presunta realtà sostanziale dell'affare» [63], questo nella presunzione che ad essi corrispondano determinati effetti d'ordine sostanziale (che sono poi alla base del giudizio costituzionale di capacità contributiva) [64].

Conseguenza di ciò è che un comportamento negoziale può essere considerato fiscalmente illecito (*i.e.* elusivo) solo in presenza di una norma tributaria particolare o generale che espressamente lo renda tale [65].

In un contesto di tal genere si inserisce l'interessante affermazione della Corte di Cassazione.

Questa ultima, infatti, statuisce che «il principio affermato dalla giurisprudenza di questa Suprema Corte ... [66] secondo cui, prima dell'introduzione ... del nuovo testo dell'art. 37-bis del d.p.r. n. 600 del 1973, non esisteva una clausola generale antielusiva nell'ordinamento fiscale italiano, deve essere riveduto, alla luce di alcuni principi ricavabili dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia comunitaria [67] sul concetto di abuso del diritto. ... Nondimeno, l'esistenza di una clausola generale antiabuso ... nell'intero campo dell'imposizione fiscale non è stata ancora affermata dalla giurisprudenza comunitaria. ... Pertanto, pur non essendo stata affermata in modo radicale, e valevole per tutti settori dell'imposizione fiscale, l'esistenza di una regola che reprima – attraverso l'inopponibilità dell'atto all'Amministrazione finanziaria – il cosiddetto *abuso del diritto*, non pare contestabile l'emergenza di un principio tendenziale, che – in attesa di ulteriori specificazioni della giurisprudenza comunitaria – deve spingere l'interprete alla ricerca di appropriati mezzi all'interno dell'ordinamento nazionale per contrastare tale diffuso fenomeno» [68].

Ed è proprio quest'ultima affermazione [69] che fa intuire quale sia, con molta probabilità, la ragione profonda che sta alla base delle motivazioni di tali sentenze: ossia l'esigenza, per non dire necessità, avvertita dalla Suprema Corte, che anche l'ordinamento tributario italiano si doti, al pari di altri ordinamenti tributari stranieri, di una clausola antielusiva generale.

Semberebbe trattarsi, pertanto, di una sorta di monito nei confronti del legislatore affinché intervenga al più presto in tal senso e con la precisazione che, anche a prescindere da ciò, gli interpreti del diritto tributario dovranno, comunque, iniziare a comportarsi tenendo presente che, di fatto, nel nostro ordinamento, una norma antielusiva generale non scritta già esiste e la sua esistenza o meglio la sua progressiva emersione sarebbe comunque ricavabile dai principi comunitari, così come interpretati dalla Corte di Giustizia europea in tema di abuso del diritto.

Note:

[1] Sull'evoluzione della normativa diretta a contrastare tali fenomeni elusivi si rinvia a quanto precisato *infra*. Va solo aggiunto che con la riforma Ires, realizzata col d.lgs. 12

dicembre 2003, n. 344, il vantaggio fiscale di tali operazioni si è nuovamente riproposto a seguito dell'introduzione dell'istituto della *participation exemption* e del regime di esclusione dalla tassazione dei dividendi. Per questa ragione con l'art. 5-*quinquies*, **l. 2 dicembre 2005, n. 248** (che ha convertito con modifiche il **d.l. 30 settembre 2005, n. 203**), è stato introdotto il comma 3-*bis* all'art. **109, d.p.r. 22 dicembre 1986, n. 917** (d'ora in avanti testo unico delle imposte sui redditi – *t.u.i.r.*), recante una specifica norma anti-*dividend washing*, che, in estrema sintesi, stabilisce la inadeducibilità delle minusvalenze realizzate fino a concorrenza dell'importo dei dividendi, percepiti nei trentasei mesi precedenti il realizzo, esclusi dall'imposizione. In commento a quest'ultimo intervento legislativo cfr. Ferranti, *La nuova disposizione antielusiva sul «dividend washing»*, in *Corr. trib.*, 2005, 3291 ss.; Id., *Norma di contrasto del «dividend washing»*, *ivi*, 2006, 179 ss.; Mignarri, *Finanziaria 2006: la disciplina delle plusvalenze finanziarie. Modifiche e problematiche aperte*, in *Fisco*, 2005, 6430 ss.

[2] La plusvalenza evidenziata dal fondo di investimento non era imponibile ex art. **9, 1° comma, l. 23 marzo 1983, n. 77**.

[3] Si tratta dell'art. 14 del t.u. delle imposte sui redditi, approvato con **d.p.r. 22 dicembre 1986, n. 917**, in vigore prima della riforma operata con il **d.lgs. 12 dicembre 2003, n. 344** e recante per l'appunto la disciplina dell'istituto del credito di imposta sui dividendi.

[4] La norma così recita: «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».

[5] Sulla possibilità per l'Amministrazione finanziaria di contestare, in quanto terzo, la simulazione, senza dover preventivamente adire il giudice ordinario, e per il giudice tributario di accertarla in via incidentale, cfr., da ultimo, Cass. civ., sez. V, 10 giugno 2005, n. 12353, in *Obbl. e contr.*, 2005, 279 ss.

[6] Cfr. in tal senso Piazza, *Dividend washing, nuovo stop, censurata la cessione dell'usufrutto a fini elusivi*, in *Il Sole 24 Ore*, 17 novembre 2005, 23.

[7] Sul punto cfr. Piazza, *op. ult. cit.*, 23, il quale correttamente sottolinea come il rilievo fosse scarsamente fondato «dato che il soggetto obbligato ad effettuare la ritenuta sui dividendi erogati da società italiane poteva essere, all'epoca dei fatti, solo lo stesso emittente e non certamente un terzo eventualmente intervenuto nell'erogazione del reddito». Cfr. M. Beghin, *Proventi derivanti da operazioni di «dividend washing» e problematiche processuali*, in *Riv. giur. trib.*, 2006, 223.

[8] L'art. **10, l. n. 408 del 1990**, nella formulazione originale, così recitava: «è consentito all'Amministrazione finanziaria disconoscere ai fini fiscali la parte di costo delle partecipazioni sociali sostenute e comunque i vantaggi tributari conseguiti in operazioni di fusione, concentrazione, trasformazione, scorporo e riduzione di capitale poste in essere senza valide ragioni economiche ed allo scopo esclusivo di ottenere fraudolentemente un risparmio di imposta». La norma *de qua* nel tempo ha subito integrazioni ed aggiustamenti, tra cui quello che nel 1994 ha aggiunto nella elencazione normativa delle possibili fattispecie potenzialmente elusive cui la disposizione si applicava anche l'ipotesi di «cessione o valutazione di valori mobiliari».

[9] La **l. n. 724 del 1994** disponeva l'applicabilità della nuova disposizione alle operazioni poste in essere a partire dal 1° gennaio 1995.

[10] Sull'argomento si rinvia a quanto detto *infra*.

[11] Sul tema della norma antielusiva generale cfr. P. Russo, *Brevi note in tema di disposizioni antielusive*, in *Rass. trib.*, 1999, 68 ss. Per le ulteriori indicazioni bibliografiche si rinvia alle note successive.

[12] *Contra* Falsitta, *Manuale di diritto tributario. Parte generale*, Padova, 1999, 202 e 203, per il quale l'espansione che la predeterminazione normativa delle fattispecie potenzialmente elusive previste dall'art. **37-bis** del **d.p.r. n. 600 del 1973** ha conosciuto negli ultimi tempi porterebbe a far ritenere che tale elencazione non rappresenti più un *numerus clausus* ma ci si trovi, diversamente, in presenza di una vera norma antielusiva generale.

[13] Introdotto dall'art. **7, d.lgs. 8 ottobre 1997, n. 358**. Secondo l'art. **37-bis** «sono inopponibili all'amministrazione finanziaria gli atti, i fatti e i negozi, anche collegati tra loro, privi di valide ragioni economiche, diretti ad aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario, e a ottenere riduzioni d'imposte o rimborsi, altrimenti indebiti». Tale disposizione si applica però in un numero circoscritto di casi, concernenti, in modo particolare, le operazioni straordinarie delle società.

[14] In tal senso P. Russo, *op. cit.*, 69.

[15] Cfr. Relazione S.e.c.i.t. approvata con **delibera del 16 aprile 1993, n. 49**.

[16] Cfr. sull'argomento Stevanato, *Dividend washing e usufrutto su azioni: riflessioni a caldo su sostituzioni dei redditi, simulazione ed elusione tributaria*, in *Rass. trib.*, 1999, 1496 ss. In riferimento a queste disposizioni legislative l'Autore sottolinea come tale intervento normativo, pur rappresentando un tipico intervento in chiave elusiva, «si è tuttavia tradotto in una vera e propria fattispecie «antievasiva», nel senso che la mancata spettanza del credito di imposta nelle cessioni di diritti di usufrutto su azioni da parte di soggetti non residenti, o negli acquisti di titoli da fondi comuni di investimento, prescinde del tutto dalla natura e dall'entità del vantaggio tributario raggiunto nella singola fattispecie dai contribuenti, come pure dalla ricerca delle eventuali «valide ragioni economiche» cui dovessero putacaso essere ispirate queste operazioni».

[17] Le lett. a) e b) del 1° comma dell'art. **7-bis, d.l. 9 settembre 1992, n. 372**, convertito con **l. 5 novembre 1992, n. 429**, introdusse rispettivamente il comma **6-bis** e **7-bis** all'art. **14 t.u.i.r.** (ante riforma 2003), approvato con **d.p.r. 22 dicembre 1986, n. 917**.

[18] A tal proposito va ricordato come, vista l'oggettiva difficoltà giuridica di contrastare tali forme di «elusione», nonché la sfavorevole giurisprudenza di legittimità sulla loro liceità tributaria, la stessa Agenzia delle Entrate con la **circ. n. 87/E del 27 dicembre 2002**, aveva deciso di desistere da tutte le controversie, relative però esclusivamente alle operazioni di *dividend washing*, per le quali l'ufficio non era stato in grado di provare la loro fittizietà.

[19] Diffusamente Fantozzi, *Il diritto tributario*, Torino, 2003, 159 ss.; Tesaurò, *Istituzioni di diritto tributario*, I, 1997, 49 ss.; Lupi, *Diritto tributario. Parte generale*, Milano, 2000, 125 e 126; Falsitta, *op. cit.*, 195 ss.

[20] A parte le sentenze oggetto di commento, uno dei pochi precedenti in cui la giurisprudenza tributaria è ricorsa a principi di diritto comune per tentare di far fronte all'assenza nell'ordinamento tributario italiano di una clausola antielusiva di portata generale, anche a causa della difficoltà di ricondurre il fenomeno elusivo all'ipotesi di frode alla legge di cui all'art. **1344 c.c.**, è rappresentato dalla sentenza della Comm. trib. reg. Torino, sez. X, 22 settembre 1998, n. 167, in *Rass. trib.*, 1999, 853 ss., con commento di Stevanato. In tale sede il giudice tributario conclude per la nullità del contratto di *dividend washing*, che si assume posto in essere esclusivamente per motivi fiscali, in quanto la causa sarebbe illecita perché contraria al buon costume ex **artt. 1343 e 1418 c.c.** Secondo il Collegio tale operazione finanziaria rappresenterebbe un'operazione contraria ai principi ed alle esigenze etiche della coscienza morale collettiva, integranti il concetto di buon costume e, conseguentemente, il perseguimento di una finalità contraria ad un dovere fondamentale di solidarietà sociale comportava, anche prima del 10 novembre 1992, la sua nullità per illiceità della causa, con conseguente rilevanza d'ufficio di tale vizio. Questa tesi – sostenuta dal giudice tributario d'appello del Piemonte – è stata duramente criticata da Stevanato, *Dividend washing, nullità del contratto per contrarietà al buon costume e «giustizialismo fiscale»*, in *Rass. trib.*, 1999, 864, per il quale «La tesi propugnata dalla commissione piemontese, nel postulare una valenza pregiudicativa dell'elusione tributaria, come regola di condotta antisociale, (al di fuori quindi di ogni assetto di diritto positivo), comporta anche – a rigore – la perfetta superfluità di ogni clausola espressa antielusiva, generale o specifica, giacché la materia sarebbe a questo punto appannaggio della «morale» sociale, esternata dalla collettività per bocca del giudice chiamato a dichiarare la nullità dei contratti a causa «elusiva» e perciò contrari al buon costume».

Per completezza occorre precisare che questa sentenza è stata cassata dalla Suprema Corte con la sentenza n. 3345 del 2002 (*infra*), la quale ha anche affermato, su un piano più strettamente processuale, che l'esame della questione della nullità resta precluso al giudice tributario «dai limiti imposti alla sua cognizione dalle circostanze e dalle deduzioni sulle quali l'ufficio, che nel giudizio tributario rivestiva la parte sostanziale di attore, aveva sin dall'origine basato la propria pretesa» e che «la rilevanza d'ufficio degli atti negoziali, giacché questo principio deve essere necessariamente coordinato con quello di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato, trova applicazione nei casi in cui la nullità si ponga come ragione di rigetto della pretesa che su di essi si fonda e non anche quando venga dedotta l'invalidità o l'inefficacia degli atti stessi».

[21] Per la giurisprudenza di merito si segnala, *ex multis*, sentenza della Comm. trib. prov. Roma, sez. IV, 1 dicembre 1998 n. 346, in *Rass. trib.*, 1999, 1492 ss., con nota di Stevanato; nonché sentenza della Comm. trib. prov. Roma, sez. XI, 13 dicembre 2000, n. 553, in *Rass. trib.*, 2001, 233 ss.

[22] Cfr. al riguardo Cass. civ., sez. V, 3 aprile 2000, n. 3979 e Cass. civ., sez. V, 7 marzo 2002, n. 3345, tutte in banca dati *Fisconline*.

[23] Per le indicazioni bibliografiche si rinvia alle note successive.

[24] Contro l'applicabilità dell'art. **1344 c.c.** in materia tributaria, cfr. Cass. civ., sez. V, 3 settembre 2001, n. 11351, in banca dati *Fisconline*; Cass. civ., sez. V, n. 3979 del 2000,

cit.; nonché in precedenza, *ex multis*, Cass. civ., sez. V, 19 giugno 1981, n. 4024, in banca dati *Fisconline*. Quanto, invece, alle pronunce, minoritarie, favorevoli all'applicabilità di tale norma, si segnalano alcune sentenze di merito, tra cui Comm. trib. prov. Milano, 6 gennaio 1981, *retro*, 1984, II, 281; Comm. trib. prov. Treviso, sez. III, 9 novembre 1995, n. 266, in *Fisco*, 1997, 3087; Comm. trib. prov. Frosinone, sez. VII, 3 settembre 1996, n. 38, in *Boll. trib.*, 1996, 1793.

[25] Si legge, infatti, nella motivazione della sentenza n. 11351 del 2001, a sostegno della tesi dell'inapplicabilità in materia tributaria dell'**art. 1344 c.c.**, come non sia sufficiente «che una norma sia inderogabile perché possa essere qualificata come «imperativa», essendo a tal fine necessario che essa sia di carattere proibitivo, e sia posta, altresì, a tutela di interessi generali che si collochino al vertice della gerarchia dei valori protetti dall'ordinamento giuridico (Cass., 8 novembre 1995, n. 11598). Caratteri, questi, certamente non ravvisabili nelle norme tributarie, in quanto esse sono poste a tutela di interessi pubblici di carattere settoriale e, in linea di massima, non pongono divieti, ma assumono un dato di fatto quale indice di capacità contributiva».

[26] Sull'argomento si rinvia a quanto precisato successivamente.

[27] Per un inquadramento in termini generali dell'istituto del contratto in frode alla legge *ex art. 1344 c.c.*, cfr. Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, 8^a ed., Napoli, 2000, 802, 803; Torrente e Schlesinger, *Manuale di diritto privato*, 17^a ed., Milano 2004, 212, 213; diffusamente Morello, *La frode alla legge*, Milano, 1969; De Nova, *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. critica dir. priv.*, 1985, 435 ss.; G. Giacobbe, *Frode alla legge*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1968, 73 ss.; Galgano, *Il negozio giuridico*, in *Tratt. Cicu e Messineo*, III, 1, Milano, 1988, 250 s.; Pugliese, *Riflessioni sul negozio in frode alla legge*, in *Riv. dir. comm.*, 1990, I, 161 ss.; Ubaldi, *Frode alla legge*, in *I contratti in generale*, a cura di Alpa e Bessone, in *Giur. sist. Bigiavi*, III, Torino, 1991, 625 ss.; Roppo, *Il controllo sugli atti di autonomia privata*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985, 485 ss.; Gitti, *Il contratto in frode alla legge: itinerari della giurisprudenza*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1989, 705 ss.; Id., *Divieto del patto commissorio, frode alla legge, «sale and lease back»*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1993, 457-492.

[28] Contro l'applicabilità dell'**art. 1344 c.c.** in materia tributaria cfr. Carraro, *Frode alla legge*, in *Noviss. Dig. It.*, VII, Torino, 1961, 647; Lupi, *Diritto tributario*, cit., 126; Id., *Manuale giuridico professionale di diritto tributario*, Milano, 2001, 286 ss.; Moschetti, in *AA.VV.*, *La capacità contributiva*, Padova, 1993, 14; Tesaro, *Istituzioni di diritto tributario*, cit., 44; P. Russo, *Brevi note in tema di disposizioni antielusive*, cit., 70; Fantozzi, *Il diritto tributario*, cit., 160 e 161; E. Perego, *Elusione d'imposta: il risparmio di imposta e il negozio in frode alla legge fiscale nell'ottica del diritto civile*, in *Rass. trib.*, 1989, I, 507 ss. In tal senso cfr. anche il commento all'**art. 1344 c.c.** contenuto in Cian e Trabucchi, *Commentario breve al codice civile*, 6^a ed., Padova, 2003, 1355.

[29] In ordine alla distinzione tra la categoria logica della frode fiscale – evasione, dove il presupposto impositivo si è già verificato ma è fraudolentemente celato e quella di cui si discute, della frode alla legge fiscale – elusione, laddove per mezzo dell'attività elusiva del contribuente, il presupposto d'imposta o non si verifica o si verifica in misura minore, cfr. Gallo, *Elusione, risparmio di imposta e frode alla legge*, in *Giur. comm.*, 1989, I, 385; Id., *Brevi spunti in tema di elusione e frode alla legge (nel reddito di impresa)*, in *Rass. trib.*, 1989, I, 17.

[30] In tal senso Lupi, *Diritto tributario*, cit., 126.

[31] Cfr. P. Russo, *Brevi note in tema di disposizioni antielusive*, cit., 70.

[32] Fra gli Autori che si sono pronunciati in senso favorevole all'applicabilità dell'**art. 1344 c.c.** in campo tributario, cfr. Gallo, *Elusione, risparmio di imposta e frode alla legge*, cit., 377 ss.; Id., *Brevi spunti in tema di elusione e frode alla legge (nel reddito di impresa)*, cit., 11 ss.; Santonastaso, *I negozi in frode alla legge fiscale*, *retro*, 1970, I, 505 ss.; Tabellini, *Libertà negoziale ed elusione d'imposta*, Padova, 1995, 124; Morello, *Il problema della frode alla legge nel diritto tributario*, *retro*, 1991, I, 8 ss. In particolare quest'ultimo Autore sostiene che nel sistema giuridico italiano esisterebbe un principio non scritto antifrode applicabile contro ogni atto fraudolento in modo generale in ogni settore dell'ordinamento giuridico e, dunque, anche in quello tributario. In un tale contesto l'**art. 1344 c.c.** costituirebbe solo una specificazione di tale principio con riferimento ai contratti, con la sola differenza che l'applicazione del principio generale non scritto determinerebbe come conseguenza la mera inefficacia dell'atto, mentre l'applicazione dell'**art. 1344 c.c.** comporterebbe la nullità dell'atto negoziale per causa illecita.

[33] Cfr. Gallo, *op. ult. cit.*

[34] Secondo Gallo, sulla scorta anche di quanto affermato dalla Cass., sez. un., 5 gennaio 1985, n. 5 e Cass., sez. un., 18 dicembre 1985, n. 6445, in banca dati *Fisconline* «ben può sostenersi in quest'ottica che l'**art. 53 Cost.** rappresenta una norma materiale diretta a realizzare un determinato risultato a prescindere dai vari mezzi attraverso cui si giunge ad esso, norma la cui elusione potrebbe importare la nullità dei negozi o patti che costituiscono gli strumenti utilizzati dalle parti per non assolvere compiutamente l'obbligo tributario. E poiché tale norma trova la sua realizzazione effettiva nelle singole disposizioni delle leggi tributarie, è ovvio che è con riferimento a queste ultime e alla loro complessiva disciplina che si deve in concreto stabilire se il fatto o l'operazione posta in essere dal contribuente sia da ritenere in frode alla legge (fiscale)» (il corsivo è dell'Autore). Contro la tesi della natura precettiva dell'**art. 53 Cost.** si è, però, posta la maggioranza della dottrina.

[35] Il corsivo è di Gallo.

[36] Secondo Gallo, una volta riconosciuta la diretta applicabilità della norma costituzionale, «attraverso il veicolo della norma tributaria sostanziale, anche ai rapporti interprivati, non può negarsi la sicura esistenza anche in materia fiscale di un danno sociale (quindi anche altrui) conseguente alla elusione fraudolenta della norma tributaria» (il corsivo è dell'Autore).

[37] Che nelle operazioni di cui si discute non sia ravvisabile un'ipotesi di interposizione fittizia sarebbe confermato dal fatto che il dividendo non è retrocesso al fondo comune di investimento, il quale realizza con la cessione una plusvalenza, ma rimane di spettanza della società di capitali che lo ha incassato.

[38] Per una corretta ricostruzione giurisprudenziale dell'ambito di applicazione dell'**art. 37, 3° comma, d.p.r. n. 600 del 1973**, cfr. Cass. civ., sez. V, 3 aprile 2000, n. 3979, cit. Per una compiuta analisi della disposizione *de qua* si rinvia al contributo di Paparella, *Possesso di redditi ed interposizione fittizia*, Milano, 2000; Lovisolo, *Possesso di reddito ed interposizione di persona*, *retro*, 1993, I, 1665; nonché Gallo, *Prime riflessioni su alcune recenti norme antielusive*, *retro*, 1992, I, 1761. Per la giurisprudenza si segnala, *ex multis*, Cass. civ., sez. V, 26 gennaio 2000, n. 3979, in *Rass. trib.*, 2000, 917, con commento adesivo di E. Nuzzo, *Il dividend washing tra la cessione temporanea di titoli azionari e l'usufrutto di azioni*; la sentenza è stata commentata anche da Paparella, *Primi punti fermi della Cassazione sull'art. 37, comma 3, del d.p.r. n. 600 del 1973*, in *Rass. trib.*, 2000, 1273 ss.; e da Dus, *Dividend washing, Corte di Cassazione e profili di illegittimità della tesi del Secit*, ivi, 1267 ss. Cfr. anche Magnani, *L'interposizione fittizia ed imputazione del reddito*, in *Leggi civ. comm.*, 1990, 1247. Anche Lovisolo (*op. cit.*, 1677), dopo averne escluso la valenza di norma antielusiva, ritiene (p. 1700) che l'**art. 37, 3° comma**, sia applicabile ai soli casi di «interposizione fittizia»; pone tuttavia il problema della rilevanza ai fini fiscali della distinzione civilistica fra «interpretazione reale» e «fittizia» non limitata (quest'ultima) alla sola tradizionale ipotesi di simulazione soggettiva, ma fondata «sulla effettiva funzione svolta dall'interposto, a seconda se portatore (o meno) di un proprio interesse apprezzabile e significativo sotto il profilo economico», dando rilievo, quindi, alla funzione svolta dall'interposto piuttosto che alla formale configurazione dei suoi rapporti con l'interponente. Concetto, quest'ultimo, che richiama la funzione della «causa» negoziale in forza della quale l'interposto ha percepito il dividendo di cui alla annotata sentenza Cass. 2005, n. 20398.

[39] In ordine al potere del giudice tributario di declaratoria della nullità *ex officio*, cfr., in particolare, Cass. civ., sez. V, 7 marzo 2002, n. 3345 in banca dati *Fisconline*. L'impostazione della questione ivi contenuta contrasta con la posizione assunta dalla stessa Corte nelle sentenze esaminate.

[40] Contro l'assenza di causa nel caso di specie cfr. Mariotti, «*Dividend washing*» e norme antielusive, in *Giust. trib.*, 2006, I, 29, secondo cui: «lo scopo c'è, è economico ed è evidente. È quello di conseguire un risparmio di imposta. Fine certo moralmente non apprezzabile, ma effettivo e lecito. Almeno fino a quando una norma espressamente non dichiara illegittimo tale comportamento. Una siffatta norma però all'epoca dei fatti non esisteva».

[41] Nelle motivazioni delle due sentenze vengono richiamati, quali precedenti giurisprudenziali favorevoli, le sentenze Cass. civ., sez. I, 20 novembre 1992, n. 12401 e Cass. civ., sez. II, 15 giugno 1999, n. 5917. Sul punto si rinvia a quanto precisato nella successiva nota 57.

[42] Cfr. in tal senso Bianca, *Diritto civile*, III, *Il contratto*, 2^a ed., Milano, 2000, 448. Secondo l'Autore: «affinché il contratto sia riconosciuto come giuridicamente impegnativo non è sufficiente che sussista l'accordo ma ... occorre anche che l'accordo sia giustificato da un interesse apprezzabile. È in questo senso che la causa diviene elemento essenziale del contratto. Ne consegue pertanto la nullità del contratto che è diretto a realizzare un interesse non meritevole di tutela».

[43] Sotto il profilo comparatistico cfr. il contributo di Breccia, *Morte e resurrezione della causa: la tutela, in Il contratto e le sue tutele. Prospettive di diritto europeo*, a cura di Mazzamuto, Torino, 2002, 241 ss. Qui l'Autore effettua una ricostruzione in chiave comparatistica della rilevanza che la categoria giuridica della causa, e quella corrispondente, per i Paesi di *common law*, della *consideration*, assume e/o è destinata ad assumere in ambito internazionale, nel breve-medio periodo, nella regolamentazione dell'autonomia privata. In particolare viene evidenziato come, diversamente dall'Italia, in molti codici di fine secolo (ad esempio Paesi bassi ed Israele) è esplicito l'abbandono del concetto di

causa. Lo stesso dicasi a livello convenzionale, dove l'art. 29 della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di merci «considera necessario e sufficiente il semplice accordo (*mere agreement*) ogni qualvolta si tratti di modificare o di sciogliere un contratto. ... La testuale menzione del «puro accordo» sembra alludere alla scomparsa non soltanto dei *vestimenta* formali o comunque materiali ma di qualsiasi altra ragione giustificativa di natura sostanziale». L'Autore sottolinea come l'abbandono del concetto di causa e della *consideration* troverebbe conferma anche nell'art. 3.2 dei Principi UNIDROIT sui contratti commerciali internazionali: qui, infatti, il *mere agreement* è necessario e sufficiente non soltanto a modificare e a sciogliere il vincolo ma anche a costituirlo, senza richiedere, pertanto, ai fini della validità, alcun altro requisito oltre il semplice accordo.

[44] Partendo dall'assunto che tutto il sistema giuridico si fonda sul principio secondo cui ogni attribuzione patrimoniale deve avere una propria causa giustificativa, in quanto l'ordinamento giuridico vuole che l'effetto autovincolante di ogni dichiarazione negoziale si produca solo in presenza di ragioni (i.e. cause) socialmente apprezzabili, il problema della causalità dei negozi giuridici non può, pertanto, non assumere rilevanza anche in materia tributaria ogniqualvolta in tale settore ci si imbatte in fattispecie aventi natura negoziale. In particolare a tal riguardo si pone il problema, ampiamente dibattuto in dottrina e giurisprudenza, della natura negoziale o di mera dichiarazione di scienza, della dichiarazione dei redditi. Sul punto si segnala l'interessante contributo di E. Russo, *La natura negoziale «determinativa» della dichiarazione dei redditi*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, II, 395 ss. Qui l'Autore, prendendo anche spunto dalla sentenza della Cass., sez. un., n. 15063 del 2002 (in *Boll. trib.*, 2002, 1658 ss.), sostiene che «non vi è alcun dubbio che la dichiarazione dei redditi costituisca un atto negoziale, unilaterale, recettizio, produttivo di un vincolo giuridico, e non una mera dichiarazione di scienza o di giudizio, come tale pressoché irrilevante. ... Mediante la dichiarazione dei redditi il dichiarante vuole conseguire l'effetto giuridico di adempiere all'obbligo fiscale e di *determinarne* il contenuto. In questo senso la dichiarazione dei redditi rientra com'è noto nella facoltà di autodeterminazione dell'obbligo fiscale spettante a tutti i cittadini. ... L'argomentazione essenziale per attribuire natura negoziale alla dichiarazione dei redditi sta in ciò che essa è *vincolante* per il dichiarante, il quale non si limita ad esternare un giudizio o un insieme di conoscenze, ma si impegna a versare all'Erario il risultato della sua dichiarazione». Una volta ammessa la natura negoziale, un eventuale errore nella dichiarazione renderebbe conseguentemente priva di causa, e dunque nulla, l'attribuzione patrimoniale in favore dell'Erario. Più in particolare, secondo la tesi sostenuta dall'Autore, la dichiarazione dei redditi rientrerebbe nella specifica categoria dei negozi determinativi, «caratterizzati dalla presenza di un obbligo legale inderogabile e diretti a *determinare* il contenuto dello stesso obbligo. Tali negozi non hanno efficacia *dispositiva*, perché non sono diretti a disporre del patrimonio del soggetto, bensì soltanto a stabilire il contenuto dell'obbligo legale inderogabile» (il corsivo è dell'Autore). Tuttavia, pur riconoscendo la meritevolezza di tale spunto ricostruttivo, la predetta tesi non può essere condivisa, così come non è condivisa dalla dottrina maggioritaria, nonché dalla stessa giurisprudenza e perfino dalle stesse Sezioni Unite della Suprema Corte, le quali nella citata sentenza hanno chiarito che «la dichiarazione dei redditi non è atto negoziale (tanto meno confessorio o di disposizione dei propri diritti), né fonte o titolo dell'obbligazione tributaria, ma mera esternazione di scienza e di giudizio, costituente solo un atto del procedimento di accertamento e di riscossione delle imposte sui redditi, senza effetti preclusivi di rettifiche di errori pregiudizievoli per il contribuente». Sull'argomento cfr. il recente contributo di Coppola, *La dichiarazione tributaria e la sua rettificabilità*, Padova, 2005, 23 ss. In tal senso anche la prassi: cfr., da ultimo, Risoluzione dell'Agenzia delle Entrate del 17 gennaio 2006, n. 12/E (in banca dati *Fisconline*).

[45] Per una ricostruzione dell'evoluzione del concetto di causa cfr. C.M. Bianca, *op. cit.*, 458 ss. Secondo l'Autore il principio causale «non risale al diritto romano, dove è ignorata la concezione della causa quale elemento costitutivo del negozio giuridico. ... Si deve invece alla dottrina canonistica del XII secolo l'idea che la vincolatività della promessa dipende da una causa giustificativa. Questa idea avrebbe trovato riscontro nella dottrina francese del XVIII secolo ... L'idea trovò poi accoglimento nel codice francese, seguito dal codice italiano del 1865, dove la causa venne espressamente indicata quale requisito del contratto. Veniva proclamato in tal modo il riconoscimento che la volontà negoziale è giuridicamente rilevante solo se essa abbia una ragione pratica che la giustifichi».

[46] Cfr. in tal senso Gazzoni, *op. cit.*, 787.

[47] Cfr. sempre Gazzoni, *op. loc. ult. cit.*

[48] Cfr. Gazzoni, *op. ult. cit.*, 788.

[49] Cfr. sul concetto di causa F. Santoro-Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, 9^a ed., Napoli, 1966, 172 ss.; Mirabelli, *Causa subiettiva e causa obiettiva*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1951, 323 ss.; M. Giorgianni, *Causa (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, 547; G.B. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966.

[50] In tal senso C.M. Bianca, *op. cit.*, 450. Emergerebbe così in maniera chiara e nitida la distinzione della causa dai motivi, nonché il perché della irrilevanza giuridica di questi ultimi (Id., *op. ult. cit.*, 461): «Tradizionalmente l'irrilevanza dei motivi è stata spiegata considerando il motivo un impulso psichico che non si traduce nell'atto di volontà negoziale. Per la teoria della causa tipica l'irrilevanza dei motivi andrebbe senz'altro ricercata nella loro estraneità alla causa. La legge s'interessa esclusivamente della funzione tipica del contratto, e non degli scopi variabili che di volta in volta possono indurre le parti a contrarre. Questo criterio di distinzione cade se si ha invece riguardo alla causa concreta del contratto. Precisamente, se si ha riguardo alla funzione pratica che le parti hanno effettivamente assegnato al loro accordo, devono allora rilevare anche i «motivi», se questi non siano rimasti nella sfera interna di ciascuna parte ma si siano obiettivizzati nel contratto, *divenendo interessi che il contratto è diretto a realizzare*» (il corsivo è dell'Autore).

[51] Cfr. Gazzoni, *op. cit.*, 790; nonché C.M. Bianca, *op. ult. cit.*, 452, che sottolinea come «è stato agevole osservare, infatti, che se il contratto ha causa già astrattamente determinata per ogni tipo di contratto, non è più spiegabile come, ad es., una vendita possa avere causa illecita (1343 c.c.). La causa tipica, ancora, rimane estranea ai contratti innominati, se non si voglia artificiosamente ricondurre tutti i contratti atipici ai modelli legali».

[52] In tal senso cfr. C.M. Bianca, *op. ult. cit.*, 419 ss.; Gazzoni, *op. cit.*, 761 ss.

[53] Questo nuovo modo di concepire la causa ha iniziato ad avere un parziale riscontro anche in giurisprudenza. Pur non mancando, infatti, sentenze in cui continua ancora ad essere utilizzato il concetto di causa tipica, sono diverse quelle in cui i giudici si rifanno alla nuova teoria della causa concreta. Cfr. per tutte: Cass., 11 gennaio 1973, n. 63, in *Foro it.*, 1973, I, 1085; e in *Foro padano*, 1974, I, 115, con nota di Balestrini.

[54] In tal senso cfr. C.M. Bianca, *op. ult. cit.*, 452, per il quale «il riferimento alla nozione di causa tipica porta a trascurare la realtà viva di ogni singolo contratto, e cioè gli interessi reali che di volta in volta il contratto è diretto a realizzare al di là del modello tipico adoperato».

[55] In tal senso cfr. Gazzoni, *op. cit.*, 791.

[56] Cfr. sul punto C.M. Bianca, *op. cit.*, 454 e 481 ss.

[57] È già stato ricordato in precedenza come, a supporto delle argomentazioni espresse nelle due sentenze, il Supremo Collegio ha richiamato, quali precedenti giurisprudenziali favorevoli, le sentenze n. 12401 del 1992 e n. 5917 del 1999. Al riguardo è opportuno sottolineare come in verità tali richiami appaiono poco appropriati, in special modo con riguardo alla sentenza n. 12401 del 1992, la quale è stata anche commentata in modo critico da Caringella, *Alla ricerca della causa nei contratti gratuiti atipici*, in *Giur. cost. civ.*, 1993, 1508. Si è già detto, infatti, come nei casi esaminati dalla Corte ci si trova in presenza di fattispecie negoziali tipiche e, pertanto, un eventuale difetto di causa è configurabile solo avendo riguardo al concetto di causa concretamente intesa. Nella sentenza n. 12401, invece, così come correttamente osservato da Caringella, la Corte dichiara la nullità della fattispecie negoziale atipica (stipulazione gratuita atipica a carattere non donativo) per difetto di causa rimanendo, però, ancorata ad un concetto di causa quale funzione astratta tipica.

[58] Cfr. sul punto Salvini, *Dividend washing, benefici nel mirino*, in *Il Sole 24 Ore*, 5 dicembre 2005, 31.

[59] L'elusione fiscale non incide sulla validità civilistica delle operazioni poste in essere, così come risulta confermato dall'art. 10, l. 27 luglio 2000, n. 212 (Statuto dei diritti del contribuente), che recita testualmente: «le violazioni di disposizioni di rilievo esclusivamente tributario non possono essere causa di nullità del contratto».

[60] Oltre ai richiamati articoli di Piazza e Salvini, pubblicati su *Il Sole 24 Ore*, cfr. anche Di Nuzzo e Ruis, *Dividend washing tra elusione e autonomia contrattuale: evoluzione giurisprudenziale e normativa*, in banca dati *Fisconline*; Capolupo, *Ancora una stretta in materia di dividend washing*, *ivi*; Chiorazzi, *Sono legittimi gli avvisi di accertamento che disconoscono i vantaggi tributari ottenuti con le operazioni di dividend washing e di dividend stripping*, *ivi*. Cfr. anche Mariotti, *op. cit.*, 26 ss.

[61] La legge generale tributaria tedesca del 1919 (*Reichsabgabenordnung*) conteneva due clausole antielusive di cui una relativa all'interpretazione della legge tributaria, l'altra relativa all'abuso della forma del diritto civile. La norma sull'interpretazione della legge tributaria (che fissava la regola dell'interpretazione secondo il suo contenuto economico) è stata abrogata con la riforma del 1977, anche se, a parere della dottrina tedesca, nulla sarebbe cambiato in materia di interpretazione della legge tributaria. In tal senso cfr. Tesaro, *Istituzioni di diritto tributario*, cit., 45. È rimasta in vigore, invece, la norma sull'abuso delle forme del diritto civile, che consente all'Amministrazione finanziaria di andare al di là degli effetti giuridico-formali prodotti e di applicare il tributo a quelli che sono i reali effetti economico-sostanziali prodotti, tutte le volte in cui tra questi non vi sia coincidenza. Sull'argomento cfr. anche Fantozzi, *Il diritto tributario*, cit., 159 e 160; nonché Pistone, *Abuso del diritto ed elusione fiscale*, Padova, 1995; Lovisolo, *Elusione ed evasione fiscale nei rapporti internazionali*, *retro*, 1985, I, 1203; Fantozzi, *L'ordinamento tributario della Repubblica Federale Tedesca*, Roma, 1965, 21 ss.; Corasaniti, *La disciplina dell'elusione internazionale nell'ordinamento federale tedesco*, in *Studi in onore di Victor Uckmar*, I, Padova, 1997, 269; Lupi, *Diritto tributario*, cit., 124 ss.; Vanz, *L'elusione fiscale tra forma giuridica e sostanza economica*, in *Rass. trib.*, 2002, 1606 ss.

- [62] Parte della dottrina, al contrario, ispirandosi alla teoria dell'interpretazione funzionale (elaborata dal Grizzotti e dal Vanoni) sostiene che (utilizzando le parole di Vanz, *op. ult. cit.*, 1609) «il riferimento agli aspetti giuridico-formali degli atti posti in essere dalle parti sia pur sempre interpretativamente superabile, a favore degli aspetti economico sostanziali, quando ciò risulti necessario ad assicurare un'applicazione funzionale della legge, in aderenza al fine impositivo. Secondo l'indirizzo citato, in altre parole, sarebbe sempre possibile perseguire l'elusione fiscale, anche in mancanza di una espressa norma al riguardo, facendo ricorso ad un'interpretazione sostanzialistica, e non meramente formalistica, ..., interpretando la norma che si ritiene elusa secondo la sua funzione fiscale sostanziale, così da estenderne l'applicazione anche a fattispecie formalmente non previste.
- [63] In tal senso cfr. Carinci, *L'invalidità del contratto nelle imposte sui redditi*, Padova, 2003, 73.
- [64] Cfr. Vanz, *op cit.*, 1608.
- [65] Sull'argomento cfr. P. Russo, *Manuale di diritto tributario*, Milano, 1999, 101 ss.; Vanz, *op. ult. cit.*, 1609.
- [66] La Corte di Cassazione richiama una serie di sentenze tra cui: 3 aprile 2000, n. 3979; 7 marzo 2002, n. 3345 (tutte in banca dati *Fisconline*) proprio in tema di *dividend washing*. Qui il Supremo Collegio aveva costantemente ribadito, oramai per giurisprudenza consolidata, l'assenza nel nostro ordinamento giuridico di una norma antielusiva di portata generale.
- [67] La Corte, a conferma di questa evoluzione della giurisprudenza comunitaria, richiama alcune sentenze della Corte di Giustizia Europea, tra cui sentenza dell'11 ottobre 1977, n. C-126/76, *Cremer*; sentenza del 2 maggio 1996, n. C-206/94, *Palletta*; sentenza del 3 marzo 1993, n. C-8/92, *General Milk Products GmbH e Hauptzollamt Hamburg-donas*; sentenza del 30 settembre 2003, n. C-167/01, *Diamantis*. Viene anche richiamato l'art. 1, par. 2, della Direttiva del Consiglio 23 luglio 1990, n. 90/435/Cee, sul regime fiscale comune applicabile alle società madri figlie di Stati membri diversi.
- [68] Si noti, peraltro, che la Corte di Giustizia nel caso *Halifax* (C-255/02), vertente proprio sulla esistenza di un principio contro l'abuso del diritto nell'ordinamento comunitario, ha affermato nella sentenza, depositata in data 21 febbraio 2006, che, conformemente alla giurisprudenza consolidata di tale Corte, il diritto comunitario non può applicarsi a comportamenti elusivi posti in essere dagli operatori economici, cioè a operazioni effettuate all'infuori dell'ordinaria attività di impresa commerciale e allo scopo esclusivo di conseguire indebitamente vantaggi consentiti dal diritto comunitario. Per la Corte di Giustizia il principio del divieto dell'abuso del diritto deve applicarsi anche in materia di imposta sul valore aggiunto. Nelle sue conclusioni, depositate lo scorso 7 aprile 2005, l'Avvocato Generale Maduro propendeva per la configurabilità di un divieto generale dell'abuso del diritto alla luce dei principi comunitari.
- [69] È opportuno precisare come in verità anche nella sentenza n. 20816, pur mancando una affermazione di tal portata, comunque, la *ratio* sottesa alla conclusione cui il Supremo Collegio giunge – applicabilità dell'art. 1344 c.c. – è sostanzialmente la stessa: necessità di individuare uno strumento generale di contrasto del fenomeno elusivo.