

**CORTE DI CASSAZIONE**  
**SEZIONI UNITE**  
**Sentenza del 23 dicembre 2008, n. 30056**

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE  
SEZIONE UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:  
Dott. CARBONE Vincenzo - Primo Presidente  
Dott. PREDEN Roberto - Presidente di sezione  
Dott. FELICETTI Francesco - Consigliere  
Dott. DE MATTEIS Aldo - Consigliere  
Dott. AMATUCCI Alfonso - Consigliere  
Dott. MACIOCE Luigi - Consigliere  
Dott. BUCCIANTE Ettore - Consigliere  
Dott. MALPICA Emilio - Consigliere  
Dott. D'ALESSANDRO Paolo - rel. Consigliere  
ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso 6532/2000 proposto da:

AMMINISTRAZIONE DELLE FINANZE, in persona del Ministro pro tempore, UFFICIO DELLE IMPOSTE DIRETTE DI (OMISSIS), in persona del legale rappresentante pro tempore, domiciliati in ROMA, VIA DEI PORTOGHESI 12, presso l'AVVOCATURA GENERALE DELLO STATO, che li rappresenta e difende, ope legis;  
- ricorrenti -

contro

(...);

- controricorrente -

avverso la sentenza n. 229/1999 della COMMISSIONE TRIBIBUTARIA REGIONALE di FIRENZE, depositata il 14/12/1999;  
udita la relazione della causa svolta nella pubblica udienza del 02/12/2008 dal Consigliere Dott. D'ALESSANDRO Paolo;  
uditi gli avvocati GENTILI dell'Avvocatura Generale dello Stato, CONSOLO Claudio, TIEGHI Roberto, AMATUCCI Arnaldo;  
udito il P.M. in persona dell'Avvocato Generale Dott. IANNELLI Domenico, che ha concluso per l'accoglimento del ricorso.

Svolgimento del processo

La (...) 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 (OMISSIS), conseguente ad un verbale di constatazione della Guardia di Finanza.

Con detto accertamento l'Ufficio, ai sensi del combinato disposto del D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, art. 6, comma 2, del TUIR e del D.P.R. n. 600 del 1973, art. 37, comma 3, disconosceva come fiscalmente deducibili le minusvalenze conseguenti ad operazioni di acquisto e rivendita di titoli, dopo la riscossione dei dividendi, effettuate con la IMIGEST 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 (...), solo successivamente contemplata come operazione elusiva dal D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, art. 14, comma 6 bis, del TUIR, aggiunto dal D.L. n. 372 del 1992, art. 7 bis, convertito con modificazioni dalla L. 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 (...) 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 c.p.c..

Motivi della decisione

1.- Con l'unico motivo il Ministero ricorrente lamenta la violazione e falsa applicazione degli artt. 2350 e 2433 c.c. , del D.P.R. n. 917 del 1986, art. 14, commi 1 e 4, art. 56, comma 2, art. 66, comma 1, e art. 95 e del D.P.R. n. 600 del 1973, art. 37, comma 3, 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. 20516/06).

Siffatto principio, che si 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 vuoi 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. 14381/07, 13559/07, SSU 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. 89/07, 11550/07, 12398/07) - la sicura rilevanza 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 affermato nella giurisprudenza della Sezione tributaria (si veda, da ultimo, Cass. 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 Cost. , comma 1) e di progressività dell'imposizione ( art. 53 Cost. , comma 2) 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 giustificano 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 del D.L. n. 372 del 1992, art. 1 bis, convertito con modificazioni dalla L. n. 429 del 1992 ) nel D.P.R. n. 917 del 1986, art. 14, comma 6 bis, abbia grandemente ridotto (ma non del tutto eliminato) la convenienza fiscale delle operazioni di dividendi washing, espressamente escludendo il credito

d'imposta per i dividendi relativamente alle azioni oggetto di acquisto da fondi comuni di investimento o SICAV, 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.

Nè 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 SICAV, al fine di escludere l'attribuzione del credito di imposta di cui dello stesso art. 14, comma 1.

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 SICAV 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 SICAV non godrebbe (ai sensi della *L. 23 marzo 1983, n. 77, art. 9, comma 1*), 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 vuoi 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 la *L. n. 408 del 1990, art. 10, comma 1*, - nel testo dapprima sostituito dalla *L. n. 724 del 1994, art. 28, comma 1*, e poi modificato alla *L. n. 662 del 1996, art. 3, comma 26*, - e il *D.P.R. n. 600 del 1973, art. 37 bis*, introdotto dal *D.Lgs. n. 38 del 1997, art. 7*) 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 rilevanza 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. 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.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio delle sezioni unite civili, il 2 dicembre 2008.

Depositato in Cancelleria il 23 dicembre 2008

