

Elusione fiscale cinque anni dopo: dalla depenalizzazione alla rilevanza penale delle operazioni simulate.

di Gloria De Santis

Sommario: *1. Premessa – 2. Abuso del diritto ed elusione fiscale nella giurisprudenza penale – 3. La riforma del 2015 – 4. La giurisprudenza post-riforma: efficacia temporale – 4.1 La giurisprudenza post-riforma: area di rilevanza penale.*

1. Premessa.

Nel 2015, il legislatore è intervenuto con un'importante riforma dell'istituto dell'elusione fiscale, a cui è seguito, con l'art. 39, comma 1, lett.d) e lett. g), del d.l. n. 124 del 2019, conv. in l. n. 157 del 2019, un innalzamento della pena edittale, una riduzione delle soglie di punibilità e l'esclusione della punibilità solo quando le valutazioni *complessivamente* considerate (non più *singolarmente* considerate) differiscono in misura inferiore al 10% da quelle corrette.

Gli obiettivi dichiarati della riforma del 2015 erano il superamento dell'incertezza applicativa dell'istituto dell'elusione fiscale e la riorganizzazione del sistema sanzionatorio nel senso di una sua maggiore effettività, proporzionalità e certezza.

A cinque anni dall'entrata in vigore della riforma, il presente contributo si pone l'obiettivo di ripercorrere in chiave pratica le tappe normative e i principali arresti giurisprudenziali che hanno contribuito a modellare la categoria dell'elusione fiscale fino alla riforma del 2015, per poi analizzare le prime pronunce di legittimità che hanno fatto applicazione della novella, al fine di valutare l'effettivo raggiungimento dei suddetti obiettivi.

In realtà, come si vedrà, alla *restrizione normativa* del perimetro applicativo dell'elusione fiscale è corrisposto, al contrario, un *ampliamento dell'area del penalmente rilevante per mano della giurisprudenza*.

Ma procediamo con ordine.

2. Abuso del diritto ed elusione fiscale nella giurisprudenza penale.

L'evoluzione giurisprudenziale in questo ambito – dopo una serie di pronunzie contrastanti con riferimento alla rilevanza penale o no dell'elusione fiscale – è approdata alla celebre sentenza Dolce & Gabbana¹ con la quale si faceva riferimento ad una equivalenza esplicita tra elusione ed evasione.

Per l'abuso del diritto non tipizzato e non preso in considerazione specificamente dalla legge, la giurisprudenza penale ha riconosciuto che non è possibile costruire una fattispecie penalmente sanzionata, perché manca una norma di divieto. Viceversa, per le ipotesi di elusione previste dall'articolo 37-*bis*, d.p.r. n. 600 del 1973², la Cassazione ha ritenuto sufficiente questo appiglio normativo per

¹ Cfr. Cass. Pen., sez. II, 22 novembre 2011 – dep. 28 febbraio 2012, n. 7739.

² L'art. 37*bis* del d.p.r. 600/1973, intitolato "disposizioni antielusive", dispone:

1. Sono inopponibili all'amministrazione finanziaria gli atti, i fatti e i negozi, anche collegati tra loro, privi di valide ragioni economiche, diretti ad aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario e ad ottenere riduzioni di imposte o rimborsi, altrimenti indebiti.

2. L'amministrazione finanziaria disconosce i vantaggi tributari conseguiti mediante gli atti, i fatti e i negozi di cui al comma 1, applicando le imposte determinate in base alle disposizioni eluse, al netto delle imposte dovute per effetto del comportamento inopponibile all'amministrazione.

3. Le disposizioni dei commi 1 e 2 si applicano a condizione che, nell'ambito del comportamento di cui al comma 2, siano utilizzate una o più delle seguenti operazioni:

- a) trasformazioni, fusioni, scissioni, liquidazioni volontarie e distribuzioni ai soci di somme prelevate da voci del patrimonio netto diverse da quelle formate con utili;
- b) conferimenti in società, nonché negozi aventi ad oggetto il trasferimento o il godimento di aziende;
- c) cessioni di crediti;
- d) cessioni di eccedenze d'imposta;
- e) operazioni di cui al decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 544, recante disposizioni per l'adeguamento alle direttive comunitarie relative al regime fiscale di fusioni, scissioni, conferimenti d'attivo e scambi di azioni, nonché il trasferimento della residenza fiscale all'estero da parte di una società;
- f) operazioni, da chiunque effettuate, incluse le valutazioni e le classificazioni di bilancio, aventi ad i beni ed i rapporti di cui all'art. 81, comma 1, lettere da c) a c-*quinqüies*), del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917;

f-*bis*) cessioni di beni e prestazioni di servizi effettuate tra i soggetti ammessi al regime della tassazione di gruppo di cui all'articolo 117 del testo unico delle imposte sui redditi;

f-*ter*) pagamenti di interessi e canoni di cui all'art. 26-*quater*, qualora detti pagamenti siano effettuati a soggetti controllati direttamente o indirettamente da uno o più soggetti non residenti in uno Stato dell'Unione europea;

f-*quater*) pattuizioni intercorse tra società controllate e collegate ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, una delle quali avente sede legale in uno Stato o territorio diverso da quelli di cui al decreto ministeriale emanato ai sensi dell'articolo 168-*bis* del testo unico delle imposte sui redditi, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917, aventi ad oggetto il pagamento di somme a titolo di clausola penale, multa, caparra confirmatoria o penitenziale .

configurare un divieto di condotta, sulla cui violazione fondare la sanzione penale per dichiarazione infedele.

Tutto ciò prestava il fianco a non infondate critiche sotto il profilo della conformità ai principi fondamentali del diritto penale: per irrogare una sanzione penale è necessario un fondamento normativo chiaro e univoco³.

Tanto è vero che la Cassazione – con una successiva pronuncia nel segno di un “ritorno alla legalità” – recependo le preoccupazioni della dottrina penalistica, in netta rottura con la sentenza Dolce & Gabbana, statuisce che il generico divieto di abuso del diritto è assolutamente inidoneo a fondare la rilevanza penale di condotte elusive⁴.

In un siffatto contesto interpretativo, dunque, vi sono solo due *certezze*: l'*incertezza* del diritto e l'*incalcolabilità* del rischio penale della propria condotta. E tutto ciò in un settore – quello penaltributario – che incide anche, e soprattutto, sulle attività imprenditoriali e, dunque, sulla pianificazione economica dell'attività d'impresa; nonché, più in generale, sul principio del legittimo affidamento del contribuente che è inevitabilmente compromesso in un periodo storico di grave crisi dell'economia.

In definitiva, la noncuranza rispetto ai principi cardine del diritto penale già da tempo aveva portato la dottrina più avveduta a reclamare l'intervento del legislatore, l'unico reale detentore del potere di criminalizzazione demandato di fatto, attraverso delle *criptodeleghe* in bianco, all'interprete.

3. La riforma del 2015.

Come anticipato, è con l'art. 1 del d.lgs. 5 agosto 2015, n. 128, recante *Disposizioni sulla certezza del diritto nei rapporti tra fisco e contribuente*, che viene “risolta” la *vexata quaestio* della rilevanza penale o no dell'elusione fiscale, pratica che la giurisprudenza, pur in assenza di una formale incriminazione, sulla base di esigenze di lotta al fenomeno tanto odioso quanto in crescente espansione dell'evasione fiscale, puniva attraverso il ricorso all'ampia formulazione del delitto di dichiarazione infedele.

L'art. 1 del decreto legislativo 128/2015, in particolare, introduce tre importanti innovazioni di stretto interesse penalistico.

³ Cfr. FLICK, *Reati fiscali, principio di legalità e ne bis in idem: variazioni italiane su un tema europeo*, 2014, *penalecontemporaneo.it*.

⁴Cfr. Cass. pen., sez. V, 16 gennaio 2013, n. 36859, nota di TROYER/CAVALLINI, in *penalecontemporaneo.it*.

Innanzitutto, con il comma 1, si inserisce nella legge n. 212 del 2000 (c.d. Statuto dei diritti del contribuente), il nuovo articolo 10-*bis*, rubricato *Disciplina dell'abuso del diritto o⁵ elusione fiscale* e, nell'ambito dei 13 commi che compongono questa disposizione si possono individuare due delle innovazioni citate: cioè, è stata formulata una definizione unica di abuso del diritto ed elusione fiscale (comma 1, art. 10-*bis* cit.) e il Governo ha chiarito *expressis verbis* che l'elusione fiscale non costituisce reato (comma 13, art. 10-*bis* cit.).

Poi, con il comma 2, art. 1 del d.lgs. 128/2015, è stata abrogata⁶ la clausola generale antiabuso, l'art. 37-*bis* del d.p.r. 600 del 1973, grimaldello per mezzo del quale la giurisprudenza aveva forzato i cancelli della legalità penale introducendo il reato di elusione fiscale, creato appunto dal combinato disposto della clausola generale abrogata con l'art. 4 del d.lgs. 74/2000, vale a dire il delitto di dichiarazione infedele. E le disposizioni che richiamano la clausola generale abrogata – recita l'art. 1, comma 2, d.lgs. 128 cit. – si intendono riferite all'articolo 10-*bis* della legge 27 luglio 2000, n. 212 (c.d. Statuto dei diritti del contribuente).

La collocazione di queste importanti novità nella legge 212 del 2000 (c.d. Statuto dei diritti del contribuente) deriva dall'indicazione di cui all'art. 5 della legge delega e indica che queste si applicano tendenzialmente a tutti i tributi, salvo alcune limitazioni in relazione ai diritti doganali.

Si richiedeva, infatti, al Governo delegato di introdurre un istituto che unificasse i concetti di elusione e di abuso, in modo da conferire allo stesso una valenza generale con riferimento a tutti i tributi: vale a dire, sia quelli “armonizzati”, per i quali l'abuso trova fondamento nei principi dell'ordinamento dell'Unione europea; sia quelli “non armonizzati”, per i quali il fondamento è stato individuato dalla Corte di Cassazione nel principio costituzionale della capacità contributiva (art. 53 Cost.)⁷.

A questo punto della trattazione, dunque, non resta che analizzare la portata del nuovo art. 10-*bis* della legge 212 del 2000 (c.d. Statuto dei diritti del contribuente).

Innanzitutto, il comma 1 della disposizione normativa in questione contiene la definizione “sintetica” (nel senso di comprensiva tanto del concetto di abuso del diritto, quanto di quello di elusione) di abuso del diritto o elusione: «*configurano abuso del diritto una o più operazioni prive di sostanza economica che, pur nel rispetto formale delle norme fiscali, realizzano essenzialmente vantaggi fiscali indebiti*».

⁵ La Relazione illustrativa al decreto legislativo n. 128/2015, sottolinea la congiunzione disgiuntiva «o» posta tra la locuzione «abuso del diritto» e la locuzione «elusione fiscale», perché: «mette in evidenza l'unificazione della nozione di abuso del diritto con quella di elusione fiscale. Ne deriva che nell'articolato normativo i due termini sono equipollenti e utilizzati indifferentemente».

⁶ Peraltro, la disposizione di cui al comma 2 dell'art. 1, d.lgs. 128/2015 dispone altresì che le disposizioni che richiamano l'art. 37-*bis* d.p.r. 600/1973 si intendono riferite all'articolo 10-*bis*, in quanto compatibili.

⁷ Cfr. Cass. civ., sez. un., 23 dicembre 2008, nn. 30055, 30056 e 30057.

Pertanto, per la sussistenza dell'abuso è necessario il ricorso cumulativo di tre presupposti: assenza di sostanza economica dell'operazione; realizzazione di un vantaggio fiscale indebito; la circostanza che l'indebito vantaggio fiscale sia l'effetto essenziale dell'operazione.

In secondo luogo, dalla formulazione letterale del comma 3, art. 10-*bis* della legge 212/2000 (c.d. Statuto dei diritti del contribuente), l'esistenza cumulativa delle tre circostanze menzionate, pur essendo una condizione necessaria, non è ancora di per sé sufficiente perché possa parlarsi di abuso del diritto o elusione.

Il comma 3, art. 10-*bis* cit., infatti, afferma che non si considerano abusive «in ogni caso» – e, dunque, anche allorquando ricorrano i tre presupposti menzionati, di cui al comma 1 della disposizione in esame – le operazioni giustificate dalla presenza di «valide ragioni extrafiscali, non marginali, anche di ordine amministrativo e gestionale, che rispondono a esigenze di miglioramento strutturale o funzionale dell'impresa». In altri e più chiari termini, dunque, la clausola di esclusione di cui al comma 3, art. 10-*bis* cit. potrà trovare applicazione anche con riferimento a un'operazione priva di sostanza economica, produttrice di un vantaggio fiscale indebito quale effetto essenziale dell'operazione medesima.

Peraltro, in linea con quanto già previsto dall'abrogata clausola generale di cui all'art. 37-*bis* d.p.r. 600/1973, il comma 1 dell'art. 10-*bis* cit., prosegue affermando che «*le operazioni abusive non sono opponibili all'amministrazione finanziaria, che ne disconosce i vantaggi, determinando i tributi sulla base delle norme e dei principi elusi e tenuto conto di quanto versato dal contribuente per effetto delle medesime operazioni*». In altri termini, l'individuazione della condotta abusiva non rende nulli i negozi conclusi dal contribuente, ma li rende inefficaci ai soli fini tributari.

L'opzione legislativa di formulare un'unica definizione onnicomprensiva e generale di abuso del diritto, a ben vedere, pare essere stata determinata da spinte sovranazionali.

In particolare, il riferimento è alla Raccomandazione della Commissione europea del 6 dicembre 2012 sulla pianificazione fiscale aggressiva (2012/772/UE): il considerando n. 8, infatti, raccomanda «l'adozione, da parte degli Stati membri, di una norma antiabuso generale comune intesa anche a evitare la complessità di molte norme diverse» e l'art. 4, rubricato «norma generale antiabuso», peraltro, suggerisce una formulazione tipo⁸.

Proviamo a questo punto a tirare le fila del discorso: nella vigenza della clausola antielusiva, di cui all'art. 37-*bis* d.p.r. 600/1973, vi era stata la *patogenesi* del reato di elusione fiscale fondato dalla giurisprudenza sulla distinzione tra abuso del diritto – concetto di genere di derivazione pretoria – non penalmente sanzionabile,

⁸ Cfr. Art. 4, Raccomandazione 2012/772/UE.

perché incompatibile con il principio di determinatezza; ed elusione fiscale – concetto di specie – penalmente sanzionata ogni qual volta fosse sussumibile nell’ambito di una delle operazioni tipizzate nel comma 3, art. 37-*bis* d.p.r. cit., in omaggio a una “sembianza” di principio di determinatezza.

Le modifiche testuali al nucleo della definizione di abuso del diritto/elusione, dunque, sono il preludio alla *novità* – rispetto all’assetto delineato dalla giurisprudenza nella vigenza dell’art. 37-*bis* d.p.r. cit. – contenuta nel comma 13 dell’art. 10-*bis* l. 212/2000 (c.d. Statuto dei diritti del contribuente).

O, più semplicemente, le modifiche in discorso non sono altro che un *chiarimento*, in funzione di interpretazione autentica da parte del legislatore delegato.

Con questa disposizione, infatti, sono stati “ribaltati” i rapporti tra la categoria dell’abuso del diritto e la materia penale, per come intesi dal combinato disposto – di matrice pretoria – della clausola di cui all’art. 37-*bis* d.p.r. cit. e del reato di dichiarazione infedele (art. 4, d.lgs. 74/2000).

Il Governo, infatti, ha chiarito *espressamente* che «le operazioni abusive non danno luogo a fatti punibili ai sensi delle leggi penali tributarie» (comma 13, art. 10-*bis*, l. 212/2000)⁹ e, anzi, la violazione di una legge penale tributaria costituisce circostanza impeditiva per l’integrazione dell’abuso (comma 12, art. 10-*bis*, l. 212/2000).

Pertanto, dal combinato disposto dei commi 12 e 13 dell’art. 10-*bis*, si evince che i rapporti fra il campo di applicazione dell’abuso del diritto e l’intervento penale sono improntati alla *mutua esclusione*: l’abuso del diritto non può essere contestato se l’operazione perseguita dal soggetto agente è suscettibile di ingenerare responsabilità penale; quest’ultima, d’altro canto, non può poggiare su di una contestazione di abuso del diritto che, però – è esplicito sul punto il comma 13 dell’art. 10-*bis* – potrà comportare, qualora ne ricorrano i presupposti, l’applicazione delle sanzioni amministrative (comma 13, art. 10-*bis*)¹⁰.

L’opzione del legislatore delegato nel senso dell’irrelevanza penale dell’elusione fiscale, peraltro, è confermata dal nuovo testo del già citato art. 1, d.lgs. n. 74/2000, lett. g-*bis*, che definisce le «operazioni simulate oggettivamente o soggettivamente» come «operazioni apparenti, diverse da quelle disciplinate dall’art. 10-*bis* della l. 27 luglio 2000, n. 212, poste in essere con la volontà di non realizzarle in tutto o in parte ovvero le operazioni riferite a soggetti fittiziamente interposti», ponendo quindi una evidente contrapposizione tra integrazione del reato e fattispecie abusiva/elusiva.

⁹ Sul tema, cfr. DONELLI, *Irrelevanza penale dell’abuso del diritto tributario: entra in vigore l’art. 10-*bis* dello Statuto del contribuente*, in *penalecontemporaneo.it*.

¹⁰ In questi termini, cfr. URBANI, *Elusione fiscale alla luce del nuovo art. 10-*bis*: qualche margine residuo di rilevanza penale?*, in *Cass. Pen.*, 2016, n.3, 941 ss. Analizza il coordinamento delle nuove disposizioni in materia di abuso del diritto tributario, CONTRINO, *La trama dei rapporti tra abuso del diritto, evasione fiscale e lecito risparmio d’imposta*, in *Dir. prat. trib.*, 4/2016, 1407 ss.

E, se non bastasse, alla lett. g-ter si chiarisce che nella nozione di «*mezzi fraudolenti*» rientrano quelle «*condotte artificiose attive nonché quelle omissive realizzate in violazione di uno specifico obbligo giuridico, che determinano una falsa rappresentazione della realtà*».

4. La giurisprudenza post-riforma: efficacia temporale.

La disposizione di cui al comma 13 dell'art. 10-*bis* dello Statuto dei diritti del contribuente è stata applicata, il primo giorno di vigenza del d.lgs. 128/2015 (1° ottobre 2015), dalla Terza sezione penale della Corte di Cassazione che ha dichiarato l'irrilevanza penale dell'elusione fiscale, delitto, si ribadisce, di matrice giurisprudenziale¹¹.

I giudici di legittimità dovevano pronunciarsi sulla rilevanza penale o no di un'operazione di *stock lending*. Si tratta di un contratto costituito da un prestito di titoli a fronte del pagamento di una commissione (*fee*) e contestuale costituzione da parte del mutuatario (*borrower*) di una garanzia (rappresentata da denaro o da altri titoli di valore complessivamente superiore a quello dei titoli ricevuti in prestito), chiamata *Collaterale*, a favore del mutuante (*tender*), a garanzia dell'obbligo di restituzione dei titoli ricevuti. Alla scadenza il mutuatario restituisce al mutuante altrettanti titoli della stessa specie e quantità dei titoli ricevuti e il mutuante ritrasferisce al mutuatario i beni oggetto della garanzia. L'attività di *stock lending* permette al soggetto che presta i titoli (*tender*) di beneficiare di margini reddituali senza assumere ulteriori rischi di mercato – rispetto a quelli già presenti in portafoglio – mantenendo inalterata la flessibilità nella gestione dell'investimento e senza ostacolare in alcun modo le scelte operative.

La Cassazione, innanzitutto, rende conto delle innovazioni intervenute in materia di abuso del diritto ad opera della riforma del 2015, in vigore a partire da quello stesso giorno e, poi, procede a verificare se l'operazione di *stock lending* posta in essere nel caso concreto sia o no un'operazione *abusiva*, ai sensi del nuovo art. 10-*bis* dello Statuto dei diritti del contribuente (l. 212/2000).

La nuova definizione, *onnicomprensiva*, di abuso del diritto ed elusione, come anticipato, richiede che l'operazione presenti, per potersi definire abusiva, due *caratteristiche* positive e due negative: assenza di una sostanza economica dell'operazione; realizzazione di un vantaggio fiscale indebito; la circostanza che la realizzazione del vantaggio fiscale sia il risultato essenziale dell'operazione; e, infine, l'assenza di valide ragioni extrafiscali, non marginali, anche di ordine

¹¹ Cass. pen., sez. III, 1 ottobre 2015 (dep. 7 ottobre 2015), n. 40272, in *Cassazione penale*, fasc. 3, 927.

amministrativo e gestionale, che rispondono a esigenze di miglioramento strutturale o funzionale dell'impresa. Ebbene, l'operazione di *stock lending* all'attenzione della Corte integrava i caratteri indicati e, pertanto, doveva essere inquadrata come operazione abusiva o elusiva, ex art. 10-bis, comma 1, l. 212/2000, così come modificato dal d.lgs. 128/2015.

Tanto è vero che i giudici concludono che la stipula del contratto di prestito delle azioni *essenzialmente* per il conseguimento di un vantaggio fiscale non può integrare una condotta penalmente rilevante, in quanto il nuovo art. 10-bis dello Statuto dei diritti del contribuente (l. 212/2000), al comma 13, esclude *espressamente* che le operazioni che siano prive di sostanza economica e realizzino vantaggi fiscali indebiti possano dar luogo a fatti punibili ai sensi delle leggi penali tributarie.

Ciò posto, la Terza sezione penale della Cassazione affronta la questione dell'efficacia temporale della riforma. *Melius*, della duplice efficacia temporale della riforma: per le norme di diritto tributario, la nuova legge sarà efficace dal 1 ottobre 2015; l'*irrilevanza penale* del delitto di matrice *pretoria* di elusione fiscale, invece, sarà regolata dall'art. 2 c.p., vale a dire dal principio della retroattività della legge più favorevole.

Questa disciplina del fenomeno di successione di leggi – sostiene la Corte – si evince dall'art. 1, comma 5, d.lgs. 128/2015, interpretato in senso costituzionalmente conforme.

La norma citata stabilisce che le disposizioni del nuovo art. 10-bis dello Statuto dei diritti del contribuente «hanno efficacia a decorrere dal primo giorno del mese successivo alla data di entrata in vigore del presente decreto [9 settembre 2015 n.d.r.] e si applicano anche alle operazioni poste in essere in data anteriore alla loro efficacia per le quali, alla stessa data, non sia stato notificato il relativo atto impositivo».

Pertanto – osservano i giudici della Cassazione – l'art. 1, comma 5 d.lgs. cit. regola esclusivamente la successione nel tempo delle leggi tributarie.

In termini più chiari, la disciplina tributaria dell'abuso del diritto, di cui all'art. 10-bis, sarà applicata a tutte le operazioni poste in essere a partire dal 1 ottobre 2015, in ossequio al principio del *tempus regit actum* o di irretroattività della legge sopravvenuta, di cui all'art. 11 delle Preleggi.

Per contro, la disposizione del comma 13, art. 10-bis, che reca la statuizione di *irrilevanza penale delle operazioni abusive*, è destinata ad esplicare effetto, oltre che naturalmente per le nuove operazioni abusive poste in essere dalla data del 1° ottobre 2015, anche per quelle poste in essere prima di tale data e per le quali sia stato già emanato il relativo atto impositivo, in ossequio all'art. 2 c.p., interpretato in senso *costituzionalmente* conforme.

La Cassazione, infatti, ritiene che interpretare la norma di diritto intertemporale di cui al d.lgs. 128/2015 – l'art. 1, comma 5 – nel senso della inoperatività della previsione di irrilevanza penale delle operazioni abusive poste in essere prima del 1 ottobre 2015 e per le quali sia stato emanato l'atto impositivo violerebbe, almeno con riferimento a due parametri, l'art. 117 Cost. il quale obbliga il legislatore a conformarsi – oltre che alla Costituzione e al diritto dell'Unione – agli obblighi internazionali. E proprio sul fronte del diritto internazionale un'interpretazione diversa da quella prospettata risulterebbe – a parere della Corte – inaccettabile.

Come ormai noto, infatti, la gamma dei riferimenti normativi del principio di legalità si estende anche a livello sovranazionale, in molteplici fonti sia europee che internazionali: l'art. 11, comma 2 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo; nell'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (c.d. Carta di Nizza); l'art. 15 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici; nonché, nell'art. 7 della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (c.d. Cedu). La Terza sezione della Cassazione, infatti, nella pronuncia in esame, ha fatto riferimento proprio agli ultimi due parametri menzionati: art. 15 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici e art. 7 Cedu.

Sebbene l'art. 25, comma 2 Cost., base “costituzionale” del principio di legalità nel nostro ordinamento, positivizzi espressamente il solo principio del divieto di retroattività sfavorevole, attraverso la *giurisprudenza fonte* della Corte europea dei diritti dell'uomo, per mezzo dell'art. 7 Cedu, norma interposta, il principio di legalità è stato ulteriormente arricchito di significato dal riconoscimento del corollario della *retroattività della disciplina più favorevole* per il reo, prima della pronuncia definitiva di condanna (sentenza *Scoppola c. Italia*). Ed infatti, la Corte di Strasburgo ha espresso l'avviso che tale disposizione sancisce non solo «il principio della irretroattività delle leggi penali più severe, ma anche, e implicitamente, il principio della retroattività della legge penale meno severa» e che «se la legge penale in vigore al momento della perpetrazione del reato e le leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia di una sentenza definitiva sono diverse, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli all'imputato».

Peraltro, anche la Corte Costituzionale ha espressamente riconosciuto che il principio di retroattività della legge penale meno severa sancito dall'art. 7 della Cedu, così come interpretato dalla Corte Edu, è riconducibile in virtù dell'art. 117 Cost., fra i principi costituzionali a cui deve conformarsi il legislatore italiano, pur con la facoltà di introdurre deroghe o limitazioni a tale principio che devono però essere soggette ad un necessario vaglio di ragionevolezza, vale a dire che le deroghe «devono essere sorrette da giustificazioni oggettivamente ragionevoli e, in

particolare, dalla necessità di preservare interessi, ad esso contrapposti, di analogo rilievo»¹².

E proprio con riferimento al profilo della derogabilità al principio della retroattività della *lex mitior*, la Cassazione sottolinea, da un lato, che l'art. 15 del Patto internazionale «non ammette deroghe» e, dall'altro, che comunque una deroga non risponderebbe al principio di ragionevolezza: «infatti, è evidente che sarebbe del tutto irragionevole far dipendere l'applicazione di un deteriore trattamento penale di un'operazione asseritamente abusiva da un fatto – e cioè quello della notifica di un atto impositivo – che non solo è rimesso alla discrezionalità dall'Agenzia delle Entrate che è libera di decidere quando procedere alla sua notifica entro il termine perentorio di legge, ma non è comunque tale da poter giustificare tale deteriore trattamento penale, essendo la notifica di un tale atto del tutto irrilevante a questi effetti».

Pertanto, è da ritenere che il comma 5 dell'art. 1 del d.lgs. n. 128 del 2015 abbia inteso introdurre una limitazione temporale esclusivamente alla efficacia retroattiva della disciplina tributaria dell'abuso del diritto e non anche a quella penale. Come dire, la notifica dell'atto impositivo costituisce un limite all'applicazione retroattiva del dell'art. 10-*bis* con riferimento alle disposizioni tributarie e non anche per il comma 13 che, invece, è una norma penale e, in quanto tale, soggetta alle garanzie del *nullum crimen sine lege* e, in particolare, al corollario della retroattività della legge più favorevole.

La ricostruzione interpretativa dell'art. 1 comma 5, d.lgs. 128/2015 operata dalla Corte di Cassazione nell'ambito della sentenza in esame, se è condivisibile con riferimento al risultato della retroattività del comma 13, art. 10-*bis* l. 212/2000, non porta però il ragionamento fino alla sua “naturale” conclusione.

Come detto, l'irrilevanza penale dell'elusione fiscale anche per le operazioni poste in essere prima del 1° ottobre 2015 e per le quali sia stato emanato un atto impositivo – nell'interpretazione che pare darne in questa sentenza la Cassazione – deriverebbe dall'applicazione del principio di retroattività della legge più favorevole al reo, essendo intervenuta una ‘*sostanziale*’ abolizione di una incriminazione prima esistente: proprio l'aggettivo ‘*sostanziale*’ che caratterizza l'abolizione, sembra intendere che la regola successiva volta a regolare il fenomeno sia quella del comma 4, art. 2 che, come ben noto, soffre il limite del giudicato. Questa conclusione, infatti, pare essere confermata dal richiamo alla menzionata giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sul punto, la quale esclude che il principio di retroattività possa travolgere il giudicato¹³.

¹² Corte Cost., sentenza n. 236 del 19 luglio 2011; in precedenza, nello stesso senso, cfr. Corte Cost., sentenza n. 72 del 2008; n. 393 del 2006.

¹³ Cfr. MARINUCCI/DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte Generale*, Milano, 2012, 104 ss.

La Corte di Cassazione, in verità, avrebbe dovuto dire che con la riforma del 2015 il legislatore ha fornito una sorta di *interpretazione autentica* del d.lgs. 74/2000, con riferimento ai limiti di rilevanza penale del delitto di dichiarazione infedele (art. 4), nell'ambito dei quali – oggi lo ha detto espressamente – non vi sono mai rientrate le operazioni abusive. Ma, forse, chiedere una simile ammissione a quella stessa giurisprudenza *creatrice* dell'incriminazione per elusione fiscale, sarebbe troppo.

4.1 La giurisprudenza post-riforma: area di rilevanza penale.

L'atteggiamento interventista della giurisprudenza della Cassazione, a ben vedere, pare non cedere neanche di fronte alla presa di posizione del legislatore – che si voglia leggere come interpretazione autentica o come *abolitio criminis* – nel senso della *irrelevanza* penale dell'elusione fiscale.

Ci riferiamo a tre recenti pronunce della Corte di Cassazione, sempre Terza sezione penale, nelle quali si asserisce che sebbene il riformato comma 13, art. 10-*bis* dello Statuto dei diritti del contribuente rechi testualmente «*le operazioni abusive non danno luogo a fatti punibili ai sensi delle leggi penali tributarie*», in realtà tale affermazione implicherebbe che in tutti quei casi in cui siano riscontrabili comportamenti simulatori preordinati alla *immutatio veri* del contenuto della dichiarazione, si fuoriesca automaticamente dal perimetro dell'elusione fiscale per restare, al contrario, nell'ambito proprio del diritto penale tributario¹⁴.

Insomma, *alcune* condotte seppur *prive di sostanza economica, essenzialmente finalizzate ad ottenere un vantaggio fiscale indebito, poste in essere in assenza di ragioni extrafiscali*, cioè quelle condotte che, si è visto, il legislatore ha qualificato *elusive*, nonostante l'intervento riformatore che – come ammette la stessa Cassazione – ha comportato una sostanziale abolizione della rilevanza penale dell'elusione fiscale, continuerebbero, invece, ad avere rilevanza penale. Peraltro, in assenza di criteri tipizzati per distinguere tra condotte elusive penalmente *rilevanti* e condotte elusive penalmente *irrelevanti*, questa valutazione sarà rimessa alla discrezionalità del giudice.

Per meglio comprendere l'operazione di ortopedia giuridica effettuata dai giudici della Terza sezione penale della Cassazione, è opportuno fare un breve cenno al caso concreto oggetto di attenzione della più recente delle tre pronunce in esame¹⁵.

¹⁴ Cass. pen., sez. III, 20 novembre 2015 (dep. 5 ottobre 2016), n. 41755; Cass. pen., sez. III, 20 aprile 2016, n. 48293; Cass. pen., sez. III, 21 aprile 2017, n. 38016.

¹⁵ Così, Cass. pen., sez. III, 21 aprile 2017, n. 38016, con nota di VIGLIONE, in Cass. pen., n. 12 del 2017, 4486 ss..

Il reato di dichiarazione infedele deriverebbe, nell'interpretazione della Cassazione, dall'indebita indicazione della plusvalenza ottenuta in regime di esenzione parziale (con tassazione al cinque per cento) anziché ordinaria. Più in particolare, attraverso un'operazione di scissione societaria, gli imputati avrebbero ottenuto un consistente risparmio di imposta attuato grazie al conferimento in società di fabbricati e terreni agricoli, poi trasferiti con una simulazione di cessione della suddetta partecipazione societaria. In tal modo si sarebbe eluso l'obbligo di corrispondere l'imposta in misura piena sulla plusvalenza ordinaria ottenuta. E la Corte esclude l'applicabilità dell'art. 10-*bis* dello Statuto dei diritti del contribuente per via del mendacio che rivelerebbe una intrinseca illiceità dell'operazione tale da escludere l'abuso del diritto.

Pertanto, la Corte, seppure in presenza di effettive operazioni commerciali, finisce con il confondere le condotte abusive con il reato tributario, per di più riconducendo il fatto nei confini della dichiarazione infedele che, specie nell'attuale contesto normativo, nessuna attinenza manifesta rispetto alla simulazione.

La giurisprudenza ancora una volta va oltre il dato normativo e *crea* lo statuto del fenomeno all'attenzione che ritiene più *giusto* sulla base di supposte esigenze di *giustizia sostanziale*.

In conclusione, il descritto orientamento giurisprudenziale finisce col determinare la sostanziale coincidenza dei fatti di abuso del diritto con le condotte costituenti reato, con il rischio, più che concreto, di far rivivere proprio i dubbi e le incertezze che la riforma era volta a fugare, producendo l'effetto opposto di dilatare eccessivamente l'area di intervento del giudice penale.