

Il fenomeno della c.d. esterovestizione: riflessi fiscali e risvolti sanzionatori (1)

di Alberto Maria Gaffuri*

1. Definizione – 2. Esterovestizione e controllo societario – 3. Esterovestizione e fruizione di un regime fiscale straniero di favore. Interrelazioni con la disciplina CFC – 4. Casi dubbi sul luogo di collocazione della sede amministrativa – 5. Esterovestizione e attività di direzione e coordinamento – 6. Sede amministrativa, residenza e *holding* – 7. Esterovestizione e reato di omessa dichiarazione.

Per una società abbandonare o evitare la residenza in Italia ed acquisirla in uno Stato munito di un regime tributario di favore comporta un cospicuo risparmio fiscale. La società si sottrae, infatti, all'assoggettamento alla tassazione in Italia in relazione a tutto il reddito prodotto, in qualunque parte del mondo conseguito. Se, poi, le fonti genetiche del reddito sono collocate al di fuori del territorio nazionale, la società estera non deve pagare alcuna imposta in Italia. Occorre verificare, a tale riguardo, se l'assenza di legami di natura soggettiva con il nostro ordinamento sia effettiva o sia invece fittizia. Le regole interne ed internazionali sulla c.d. esterovestizione prendono appunto di mira le società che soddisfano le condizioni per essere considerate residenti in Italia (o in un altro Stato), ma lo nascondono.

For a company, to leave or to avoid the residence in Italy and to become resident in a country where the level of taxation is low implies a significant fiscal and economic advantage. The company avoids the taxation in Italy on the whole revenue obtained, everywhere

* Docente di Diritto Tributario presso l'Università degli Studi di Milano-Bicocca.

(1) Articolo tratto dalla relazione tenuta al convegno promosso dall'ANTI-sez. Lombardia sul tema: "Verso una nuova fiscalità internazionale". Milano, 27 febbraio 2018.

the sources of the revenue are located in the word. Furthermore, if the sources of the revenue are located out of the domestic boundaries, no direct tax is due in Italy. It is necessary to verify if the lack of personal links with our jurisdiction is genuine or artificial. The internal and international rules regarding the so called phenomenon of “esterovestizione” apply to the companies that try to hide their links with the domestic jurisdiction, to restore the correct taxation of their income.

1. DEFINIZIONE

La Corte di Cassazione, nella sentenza 7 febbraio 2013, n. 2869, fornisce una concisa, ma esaustiva descrizione dei caratteri salienti della situazione (fiscalmente illecita) definita, con formula verbale sintetica, esterovestizione. In tale pronuncia si precisa che la condotta consiste nella fittizia localizzazione della residenza fiscale di una società all'estero, preferibilmente in un Paese che concede un trattamento tributario più vantaggioso di quello applicato nello Stato con cui sono intrattenuti rapporti effettivi ma maliziosamente celati al Fisco, allo scopo di sottrarsi al più gravoso regime impositivo domestico.

Si tratta, ad avviso della Suprema Corte, di una tipica manifestazione di abuso del diritto, il cui divieto può dirsi ormai pacificamente riconosciuto come principio generale nel diritto tributario europeo (che oltrepassa i confini delle imposte armonizzate); esso, di conseguenza, va catalogato, almeno in via tendenziale, come canone universale anche nell'ordinamento dei singoli Stati membri, come sancito dalla Corte di Cassazione, sez. un., nella decisione 23 dicembre 2008, n. 30055, secondo la quale il divieto di adottare “scorciatoie” fiscali senza valide ragioni economiche si traduce in un precetto immanente antielusivo, che trova fondamento, in tema di tributi non armonizzati, nelle regole costituzionali di capacità contributiva e di progressività dell'imposizione.

Nella sua essenza, quindi, il fenomeno è caratterizzato dall'apparente perdita o assenza dei requisiti per il possesso della residenza in Italia. Una società – la quale può realmente soddisfare le condizioni per essere annoverata tra i soggetti residenti in uno Stato estero – conserva o soddisfa anche (o, al

limite, solo) un collegamento di natura personale con il territorio italiano (2), il quale viene occultato al Fisco.

La società esterovestita è un contribuente italiano a tutti gli effetti, che però nasconde i suoi legami con l'ordinamento tributario domestico, artatamente travestito da soggetto puramente estero.

2. ESTEROVESTIZIONE E CONTROLLO SOCIETARIO

In linea generale, la sussistenza di una partecipazione di controllo in una società estera non consente ovviamente di inferire, dalla mera posizione di subalternità del soggetto collettivo straniero rispetto ad un socio di riferimento italiano, la natura di ente fittiziamente privo di legami connettivi con l'Italia della partecipata.

È un'evenienza consueta – e non varrebbe neppure la pena di menzionarla, se non fosse per alcune disposizioni recate dall'art. 73 del D.P.R. n. 917 del 1986, cui si accennerà tra poco – che una società italiana si trovi in posizione dominante nei confronti di un'entità giuridica straniera genuinamente ubicata oltre confine.

Tuttavia, occorre considerare che, in forza dell'art. 73, comma 5-*bis*, del TUIR, salvo prova contraria, si presume collocata nel territorio dello Stato la sede amministrativa di società ed enti stranieri, che detengono quote partecipative di controllo, ai sensi dell'art. 2359, comma 1, c.c., nei soggetti di cui alle lett. a) e b) del comma 1 del medesimo art. 73 (3), se, in alternativa, a loro volta:

(2) Si rammenta che, ai sensi dell'art. 73 del D.P.R. n. 917 del 1986, tre sono i criteri connettivi di natura soggettiva con l'ordinamento italiano per le entità collettive: il possesso nel territorio dello Stato, per la maggior parte del periodo d'imposta, della sede legale, della sede amministrativa o dell'oggetto principale. Questi criteri sono alternativi; basta perfezionare uno solo dei tre presupposti per acquisire la residenza in Italia.

(3) Si tratta delle società e degli enti commerciali residenti in Italia.

- a) sono controllati, anche indirettamente, ai sensi del medesimo art. 2359, comma 1, c.c., da contribuenti che risiedono nel territorio dello Stato;
- b) sono governati da un consiglio di amministrazione, o altro organo di gestione, composto in prevalenza di membri residenti nello spazio territoriale domestico.

La norma contempla due situazioni differenti: nella prima si considera residente entro i confini domestici una società estera che svolge il ruolo di *sub-holding*, poiché si trova al centro di una catena partecipativa, essendo controllata da un contribuente italiano (indifferentemente una persona fisica o un ente collettivo, esercente o non esercente attività d'impresa) ed essendo, contemporaneamente, socio dominante di una società o di un ente commerciale italiano; nella seconda ipotesi, la posizione di residente è attribuita ad una società estera che è, come nel caso precedente, controllata da un soggetto italiano e che è gestita da un apparato di comando formato prevalentemente da membri aventi la residenza nel territorio dello Stato.

In entrambe le fattispecie, si presume che il possesso della qualifica di residente domestico dipenda dalla ubicazione in Italia della sede amministrativa.

La presunzione su cui è imperniata la norma ha natura – non potrebbe essere altrimenti – relativa. Essa può essere superata, dimostrando che l'organo di governo della società straniera svolge le sue funzioni istituzionali oltre confine, nonostante la maggioranza dei suoi componenti abbiano la residenza nel nostro Paese.

3. ESTEROVESTIZIONE E FRUIZIONE DI UN REGIME FISCALE STRANIERO DI FAVORE. INTERRELAZIONI CON LA DISCIPLINA CFC

Spesso la sede di una società esterovestita è collocata in un territorio caratterizzato da un livello di tassazione modesto o comunque assai più contenuto rispetto all'entità del prelievo che si subirebbe in Italia.

Questa circostanza, tuttavia, non è determinante nella genesi e nella repressione del fenomeno di cui si sta trattando.

L'esterovestizione non è tollerata, non perché la società straniera fruisce di un sistema fiscale di favore, ma perché occulta i suoi legami con il territorio italiano.

A tale proposito, va ricordato che, a giudizio della Corte di Cassazione (sent. 7 febbraio 2013, n. 2869), ai fini della configurazione di un abuso del diritto di stabilimento, l'elemento cruciale non è la sussistenza o meno di ragioni economiche diverse da quelle relative alla convenienza fiscale, ma è la falsità dell'apparente possesso della (sola) residenza oltre confine. Occorre verificare se l'esclusiva ubicazione all'estero – dichiarata nelle carte societarie – corrisponda alla realtà, se, cioè, l'operazione non sia meramente artificiosa (*wholly artificial arrangement*), consistendo nella creazione di una situazione giuridica apparente che non riproduce una corrispondente e genuina realtà economica.

Tuttavia, l'essere destinatario di una tassazione reddituale mite, se non è un fattore decisivo ai fini dell'operatività delle regole dettate contro l'esterovestizione, è un dato dirimente per soddisfare le condizioni di applicabilità di un'altra disciplina diretta a contrastare pratiche abusive fiscali a livello internazionale, quella sulle c.d. società controllate estere (d'ora innanzi indicate come CFC), racchiusa nell'art. 167 del TUIR.

In estrema sintesi, quest'ultimo precetto stabilisce che i redditi di una società controllata straniera, allorché questa risieda in uno Stato a bassa fiscalità (4), sono imputati al controllante italiano al termine del periodo d'imposta, indipendentemente dalla distribuzione.

Tra l'altro, non vi è la possibilità di ottenere la disapplicazione del regime CFC, se la controllata estera trae più della metà dei suoi proventi dalla gestione, dalla detenzione o dall'investimento in titoli, partecipazioni, crediti o altre attività finanziarie, dalla cessione o dalla concessione in uso di diritti su beni immateriali (brevetti, marchi e altre posizioni soggettive riguardanti la proprietà industriale, letteraria o artistica), nonché dalla prestazione di servizi nei confronti di altre società del gruppo (5).

(4) Intendendosi per tale qualunque Stato in cui il livello di imposizione nominale è inferiore al cinquanta per cento di quello vigente in Italia.

(5) La disposizione che impedisce di sottrarsi alle conseguenze stabilite dall'art. 167 del TUIR è fortemente sospetta di contrarietà ai principi costituzionali e comunitari.

4. CASI DUBBI SUL LUOGO DI COLLOCAZIONE DELLA SEDE AMMINISTRATIVA

Come si è precedentemente illustrato, le regole stabilite dall'art. 73 del D.P.R. n. 917 del 1986, per ostacolare il tentativo di celare la sussistenza dei presupposti per l'attribuzione della residenza in Italia, sono incentrate sull'ipotetico possesso, nel territorio dello Stato, della sede amministrativa.

Quest'ultima, come già accennato, si identifica con il luogo dove l'organo deputato alla gestione dell'ente svolge la sua funzione precipua e compie le attività pratiche e giuridiche necessarie per consentire all'ente stesso di attuare il suo oggetto.

Nell'ambito dell'attività demandata a tale organo, si può distinguere, a grandi linee, tra i compiti di alta amministrazione (riguardanti l'assunzione delle decisioni strategiche e fondamentali per la vita dell'ente) e gli incarichi di amministrazione ordinaria, consistente nel disbrigo delle incombenze gestionali minute e quotidiane, dirette a consentire al soggetto collettivo di operare in concreto, risolvendo tutti i problemi pratici e giuridici che si frappongono nell'effettivo raggiungimento del suo scopo.

Ci si domanda, qualora i due tipi di funzioni siano espletati in luoghi diversi (6), quale delle due prevalga ai fini dell'attribuzione della residenza.

Innanzitutto, tutte e due sono attività imprescindibili per il conseguimento delle finalità attribuite alla società.

In secondo luogo, le poche indicazioni che si rinvergono a questo proposito nella normativa non sono affatto univoche e dirimenti in un senso o nell'altro.

L'art. 4 del testo delle convenzioni contro la doppia imposizione internazionale dispone, laddove occorra risolvere i casi di duplice attribuzione della residenza alle società e agli enti collettivi, di fare riferimento alla col-

(6) Il consiglio di amministrazione, investito dei poteri di alta amministrazione, si potrebbe riunire in un luogo diverso da quello in cui opera l'amministratore delegato, che si occupa di mettere in pratica le decisioni consiliari.

locazione della sede di direzione effettiva (*place of effective management*). Lo Stato dove si trova tale sede può continuare a trattare l'entità, ai fini fiscali, come soggetto residente; l'altro deve recedere dai suoi propositi di tassare il contribuente sul presupposto del possesso della residenza.

La sede di cui si discorre coincide, secondo il commentario OCSE al modello convenzionale, con il sito geografico dove vengono assunte le decisioni fondamentali riguardanti l'impresa. È agevole dunque identificare il luogo indicato dai trattati con quello nel quale viene espletata l'attività di alta amministrazione.

Tuttavia, l'Italia, mediante un'apposita osservazione inserita nel par. 25 del Commentario, ha dichiarato di attribuire particolare rilievo, ai fini dell'individuazione del "*place of effective management*", proprio alla località spaziale dove si realizza l'attività principale e sostanziale dell'impresa.

Ad avviso dei commentatori, la suddetta osservazione rende palese una particolare attenzione verso il luogo dove si mette in condizioni l'ente di agire per il concreto raggiungimento delle finalità decise dai soci.

Per di più, gli interpreti mettono in evidenza che, in seno all'OCSE, si è progressivamente fatta strada l'opinione secondo cui il criterio più adeguato per la corretta allocazione della residenza sia rappresentato dal *day-to-day management*. La gestione quotidiana è un parametro valutativo, per sua stessa natura, da un canto, di facile accertamento, dall'altro, di arduo aggiramento.

Si aggiunga, ancora, che il nuovo testo del modello di convenzione elaborato dall'OCSE (7) introduce una rilevante novità con riferimento ai criteri per la determinazione della residenza fiscale dei soggetti diversi dalle persone fisiche. Il paragrafo 3 dell'art. 4, nella sua formulazione più recente, prescrive che, per le entità collettive, la localizzazione della residenza fiscale non debba più essere operata attraverso il rinvio automatico

(7) Nel dicembre 2017, l'OCSE ha pubblicato la nuova versione del *Model Tax Convention on Income and Capital (Condensed version)*, che recepisce al suo interno anche le misure adottate a conclusione dei lavori del progetto OECD/G20 BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*).

alla *tie-breaker rule* del *Place of Effective Management* (PoEM); la questione deve essere definita addivenendo ad un apposito accordo (*mutual agreement*) tra le Autorità competenti degli Stati contraenti. Viene dunque adottato un approccio di tipo casistico, che mira risolvere il conflitto (positivo) di competenze a tassare tra gli Stati sottoscrittori del trattato, prendendo in considerazione le caratteristiche pratiche di ciascuna situazione concreta. I Paesi contraenti dovranno individuare, in collaborazione tra loro, il luogo di effettiva residenza fiscale, esaminando attentamente una serie di parametri illustrati nel commentario (8), che pongono in primo piano, in modo scontato, chi detiene i poteri gestionali, quali sono quei poteri e dove sono esercitati.

Considerato l'assetto normativo e le sue linee evolutive, al quesito formulato all'inizio di questo paragrafo può essere fornita la seguente risposta: il luogo che, sia all'interno (9) sia all'esterno (10) dell'organizzazione del soggetto collettivo, è naturalmente percepito come quello da cui promana la volontà del soggetto collettivo medesimo è il luogo dove agisce l'amministratore delegato o colui cui è affidata la gestione ordinaria, purché sia quello il luogo nel quale sono conclusi i contratti e sono intrattenute le relazioni materiali in rappresentanza e nell'interesse dell'ente; in tal modo quest'ultimo è messo nelle condizioni di perseguire tangibilmente i suoi scopi.

In quella sede può dirsi che vi sia il centro propulsivo dell'attività gestionale agli occhi dei terzi e delle componenti dell'apparato produttivo.

(8) Il commentario OCSE mette in risalto le seguenti circostanze e i luoghi in cui queste si concretizzano: le riunioni del consiglio di amministrazione; l'espletamento delle funzioni dell'eventuale amministratore delegato e dei dirigenti; l'ubicazione della sede centrale; la conservazione della documentazione contabile.

Il nuovo commentario sottolinea, tuttavia, che gli Stati contraenti rimangano comunque liberi di mantenere la formulazione originaria dell'art. 4 ed il riferimento al criterio del *Place of Effective Management*.

(9) Si pensi ai dipendenti o ai collaboratori.

(10) Il riferimento è ai rapporti con i clienti e i fornitori.

Ad eccezione, dunque, del caso in cui l'amministratore delegato o colui cui è affidata la cura degli affari correnti sia un mero esecutore delle direttive dettagliate ricevute dal consiglio di amministrazione o dall'organo di governo che definisce (anche) le linee strategiche dell'ente, nel luogo dove espleta le sue funzioni la persona investita dei poteri di ordinaria amministrazione si radica la sede amministrativa, in linea con le osservazioni espresse dall'Italia all'art. 4 delle convenzioni e agli aggiornamenti al modello di trattato elaborati dall'OCSE.

5. ESTEROVESTIZIONE E ATTIVITÀ DI DIREZIONE E COORDINAMENTO

L'opera di direzione e coordinamento di cui all'art. 2497 c.c. consiste nella definizione delle essenziali linee d'azione che devono seguire le società appartenenti ad uno stesso gruppo e nella ripartizione sapiente dei rispettivi campi d'azione e delle funzioni individuali.

La direzione e coordinamento è un'incombenza diversa dall'amministrazione di un ente, anche se, per certi versi, potrebbe confondersi con i compiti di alta gestione.

In primo luogo, quest'ultima concerne una sola società, mentre l'altra coinvolge una pluralità di enti, essendo rivolta a stabilire le direttrici operative, a livello globale, per tutti i membri di un gruppo, le cui attività sono trattate come segmenti combinati di un processo imprenditoriale unitario, cui ciascuna consociata fornisce un contributo sotto il controllo della società di vertice, onde evitare sprechi e dannose sovrapposizioni; in secondo luogo, le istruzioni provenienti dalla società incaricata della direzione e coordinamento sono, di consueto, assai più generiche di quelle elaborate dall'organo preposto all'attività di alta amministrazione; in terzo luogo, solo gli amministratori attendono alla realizzazione pratica dell'oggetto della società all'apice organizzativo della quale sono posti. Il compito della capogruppo si ferma, al massimo, alla indicazione degli scopi cui deve tendere un ente subordinato; il loro raggiungimento dipende esclusivamente dal lavoro e dall'impegno degli amministratori. Quand'anche ricevano (diversamente

dal solito) direttive sufficientemente dettagliate dalla capogruppo, gli amministratori, di regola con un adeguato margine di autonomia, mettono in pratica quelle direttive mediante l'adozione degli indispensabili atti strumentali, giuridici e/o materiali.

Dunque l'attività descritta nell'art. 2497 c.c. non provoca l'acquisizione della residenza, da parte della società sottoposta all'azione direttiva, nello Stato da cui provengono le linee guida (11).

Una società straniera che riceve indicazioni sugli obiettivi fondamentali dalla capogruppo italiana non può essere considerata esterovestita per questo solo fatto.

6. SEDE AMMINISTRATIVA, RESIDENZA E *HOLDING*

Nonostante, talora, la limitatezza dell'apparato strumentale, non si può escludere che una società *holding* sia un'entità realmente operativa, dotata di un effettivo centro decisionale; se collocata all'estero, quindi, non se ne può predicare la fittizietà della residenza oltre confine, in ragione di questa naturale scarsità di componenti strutturali.

Statuisce la Corte di Cassazione (sent. 28 dicembre 2016, n. 27113), invero, che, “quando una società riveste la qualità di *holding* o *sub-holding* di pura partecipazione, l'operatività e il possesso di una «sede di direzione effettiva» non possono essere esclusi per il solo fatto della mancanza di dipendenti e di una significativa struttura organizzativa; della esiguità di costi gestionali e di crediti operativi; occorre considerare il luogo di effettiva adozione delle decisioni direttive, amministrative e di coordinamento delle partecipazioni possedute, compreso l'impiego dei dividendi percepiti (nonché l'attività di direzione e coordinamento), dalla società madre percipiente, secondo l'attività tipica di *holding* da quest'ultima esercitata”.

(11) Salvo che gli amministratori della partecipata siano privi di ogni margine di discrezionalità ed indipendenza nell'adozione delle scelte gestionali.

Se la gestione delle posizioni soggettive connesse con la titolarità di quote del capitale di società o enti e l'eventuale attività di coordinamento delle entità partecipate sono compiti cui realmente attende l'organo amministrativo all'estero, non vi è spazio per sostenere l'esterovestizione della *holding*.

Tuttavia, ancora una volta, occorre prestare attenzione alle interrelazioni con la disciplina CFC.

La *holding* potrebbe rientrare nel raggio d'azione di tale disciplina, dal momento che l'art. 167 del TUIR dispone, come già accennato, che sono soggette alla regola dell'automatica imputazione dei loro redditi ai soggetti controllanti residenti le società straniere che ottengono più della metà dei loro guadagni dalla detenzione di partecipazioni e di strumenti finanziari e dalla prestazione di servizi infragruppo.

La norma è particolarmente (ed eccessivamente) severa, poiché non prevede, nel caso specifico, alcuna possibilità per il socio italiano di sottrarsi all'inesorabile meccanismo della tassazione per trasparenza.

7. ESTEROVESTIZIONE E REATO DI OMESSA DICHIARAZIONE

Se una società, nonostante sia apparentemente residente (solo) all'estero, instaura o mantiene un saldo legame di natura personale con l'ordinamento nazionale, essa è tenuta a presentare la dichiarazione in Italia, quand'anche le fonti produttive dei suoi redditi siano collocate in altri Stati. Se non si compila quel documento riepilogativo annuale, si rischia di commettere il reato di cui all'art. 5 del D.Lgs. n. 74 del 2000.

In forza di tale norma – si rammenta – è punito con la reclusione da un anno e sei mesi a quattro anni chiunque, al fine di evadere le imposte sui redditi o sul valore aggiunto, non presenta, essendovi obbligato, una delle dichiarazioni relative a dette imposte, quando la somma sottratta a tassazione è superiore, con riferimento a taluno dei singoli tributi, ad euro cinquantamila.

Si aggiunga che, ai sensi dell'art. 1 del medesimo D.Lgs. n. 74 del 2000, per "imposta evasa" si intende la differenza tra l'imposta effettivamente

dovuta e quella indicata nella dichiarazione. Nel caso in cui quest'ultimo documento non sia presentato al Fisco, il parametro quantitativo per stabilire il superamento della soglia di rilevanza criminale della condotta omissiva è ovviamente dato dall'intera imposta dovuta, al netto delle somme eventualmente già versate dal contribuente al Fisco.

Quindi, (...) laddove l'importo del tributo non denunciato all'Autorità fiscale sorpassi i limiti dimensionali sanciti dall'art. 5, l'esterovestizione, nonostante la sua proclamata natura di condotta elusiva, assurge ad illecito avente rilevanza penale.

La tesi è confermata dalla Suprema Corte, nella sentenza 22 gennaio 2018, n. 2407, nella quale si afferma che “non sussistano dubbi (...) circa la configurabilità del delitto in esame” (di cui all'art. 5 citato), in quanto “la quasi totalità delle *e-mail* riferibili” ad una società tedesca “controllata da una italiana – provenivano dal territorio nazionale; i numeri di telefono e *fax* risultavano riferibili indifferentemente all'una ed all'altra società; in Italia risulta siano stati accesi i cc/cc personali dell'indagato ed altri rapporti intestati alla società tedesca su cui transitavano gli incassi delle vendite effettuate in Italia; emergeva, pertanto, che pur avendo formalmente la sede in un altro Paese membro dell'Ue”, la società tedesca “avesse il proprio centro operativo e decisionale in Italia, Paese in cui svolgeva l'oggetto principale della sua attività (...); ne conseguiva, pertanto, anche per la società tedesca l'obbligo di presentare la dichiarazione annuale IVA avendo «stabile organizzazione» (12) in Italia, dove avveniva la gestione amministrativa e la programmazione di tutti gli atti necessari per il raggiungimento del fine sociale.

(12) Qui la Cassazione si confonde. Nel caso della esterovestizione, una società straniera non ha in Italia una stabile organizzazione (altrimenti manterrebbe *lo status* di un ente straniero a tutti gli effetti, con una sede di affari complessivamente marginali nel nostro Paese), ma possiede nel territorio dello Stato – in contrasto con la qualifica formale – la residenza fiscale, la quale implica l'instaurazione con l'Italia di un legame ben più profondo e strutturato della semplice collocazione, entro la linea confinaria, di un'installazione dedita ad un'attività secondaria. Basti citare, come già ricordato, il collegamento costituito dal possesso nel territorio della Repubblica della sede dell'attività principale o del luogo dove agisce l'organo amministrativo.

(...) Si deve ritenere la non invocabilità del disposto dell'art. 10-*bis*, della Legge n. 212 del 2000, nella specie con riferimento al comma 13 invocato dalla difesa dell'indagato. Ed invero, sul punto, bene osserva il Tribunale del riesame laddove evidenzia come secondo il comma 12 le operazioni abusive possono configurarsi solo quando non possano contestarsi violazioni di specifiche disposizioni tributarie, nelle quali – sottolinea l'ordinanza impugnata – rientrano anche le norme penali in materia tributaria”.

La Cassazione penale mette in dubbio, dunque, che l'esterovestizione sia un comportamento elusivo.

Questa incertezza è più che fondata.

Si insegna tradizionalmente che si ha elusione, quando il contribuente si sottrae al pagamento dell'imposta, evitando di realizzare il presupposto impositivo, attraverso l'uso distorto di mezzi giuridici in se stessi leciti, senza valide ragioni economiche di carattere extrafiscale.

Nell'evasione, invece, il contribuente perfeziona la fattispecie da cui discende l'obbligo di versare il tributo, ma nasconde questa situazione al Fisco e non paga l'imposta dovuta.

È esattamente quanto accade nel caso di una società esterovestita, in cui la società, in realtà residente in Italia, contrariamente ai suoi doveri, non dichiara il reddito prodotto, il quale, in tal modo, viene fatto sfuggire al prelievo diretto nel nostro Stato, nonostante vi siano i presupposti per la sua tassazione.

