Rivista Telematica di
Diritto Tributario
Pacini Giuridica

Profili penal-tributari dell'assoggettamento a PEX di una cessione di partecipazioni

Criminal law aspects related to the sale of equity investments in "participation exemption" regime

di Lorenzo Imperato - Enrico Marello – 27 settembre 2021

Abstract
Il lavoro indaga l'eventuale rilevanza penal-tributaria della cessione di partecipazioni in regime di participation exempion (PEX).
Parole chiave: cessione di partecipazioni, dichiarazione infedele, *participation exemption*.

Abstract
This article is devoted to research the potential criminal offence related to the sale of participation in participation exemption.
Keywords: *sale of equity investments, unfaithful declaration, participation exemption*

SOMMARIO: 1. Premessa - **2.** Il requisito di commercialità ai fini PEX e le società non operative - **3.** Precisazioni in materia di questioni di classificazioni, elusione e dolo - **4.** Conclusioni.

1. La sentenza n. 20001/2021 della terza Sezione penale della Cassazione presenta diversi profili che meritano di essere inquadrati e discussi.
La decisione trae origine dall'impugnazione di un'ordinanza del Tribunale di Modena, su un riesame di sequestro disposto dal G.i.p. I capi dell'imputazione hanno per oggetto i delitti di cui all'art. 2 e dell'art. 4 D.Lgs. n. 74/2000. In particolare, viene contestato il delitto di dichiarazione infedele in relazione ad una cessione di partecipazioni che il contribuente aveva assoggettato al regime della *participation exemption* (di seguito, PEX).
Il giudice di merito ha ritenuto sussistente "la finalità elusiva dell'operazione", ravvisando nelle caratteristiche delle società ("*piccole aziende in forte crisi economica, senza dipendenti o con unico dipendente, con bilanci negativi e/o titolari di un patrimonio immobiliare di entità nettamente superiore rispetto alla limitata entità dei dichiarati ricavi dell'attività produttiva"*) gli elementi che farebbero qualificare queste società come società di mero godimento ("*così da delineare chiari indizi dell'esercizio di un'attività di mero godimento di immobili*"). Nel caso di specie, mancherebbe, quindi, la commercialità della società partecipata, che, come si dirà oltre, costituisce uno dei requisiti per la fruizione della PEX.

Quindi, secondo il Tribunale, la "classificazione" (così la sentenza) delle partecipazioni aveva come unico risultato quello di rendere applicabile il regime di PEX.
Inoltre, il giudice di merito ritiene che le caratteristiche professionali dell'indagato lo ponessero in una necessaria condizione di conoscenza dei risvolti fiscali dell'operazione di cessione: "*l'esperienza qualificata dell'indagato nel settore dell'alta finanza rendeva non ipotizzabile che il predetto avesse posto in essere operazioni produttive di plusvalenze da milioni di euro, senza una previa accurata indagine sulle caratteristiche e condizioni economiche delle società partecipate dalla holding di cui intendeva cedere le quote, onde verificare il regime di tassazione applicabile all'ingente somma così conseguita nell'interesse della società*".
Infine, la Cassazione dà conto del fatto che il Tribunale non abbia ritenuto sussistente nel caso di specie un abuso del diritto (e quindi non sarebbe applicabile la causa di esclusione della punibilità di cui all'art. 10-*bis* L. n. 212/2000), anche se non è indicata la motivazione di questo capo della decisione.
La Cassazione avalla la decisione del giudice di merito, senza grandi motivazioni, confermando quindi la tesi del giudice di merito, secondo cui quanto occorso nella cessione di partecipazioni non può integrare "*un mero errore di valutazione giuridico-tributaria*": non saremmo dinanzi ad una questione di classificazione. Dall'altra, la Corte ricorda che la causa di esclusione della punibilità, prevista per le operazioni abusive dall'art. 10-*bis* L. n. 212/2000, non si applica in caso di operazioni fraudolente o simulate.

2. Venendo ai profili tributari che sono in vario modo connessi alla decisione, merita rendere conto, in sintesi, di questi argomenti: (A) il requisito di commercialità richiesto per la PEX e (B) la qualificazione sistematica della legislazione sulle società di comodo.
(A) La *participation exemption* (PEX) è disciplinata dall'art. 87 TUIR e costituisce uno dei rimedi utili a limitare la doppia imposizione nei sistemi, come quello italiano successivo alla riforma Tremonti del 2003, improntati alla tassazione nel momento della produzione. La PEX mira quindi a evitare che utili già tassati o utili futuri, riflessi nel prezzo della partecipazione e quindi nella plusvalenza, siano colpiti due volte: una prima volta con l'imposizione degli utili societari e una seconda con la plusvalenza sulla cessione (non si tratta di una disposizione di favore, quindi, ma di un necessario coordinamento logico: INGRAO G., *La tendenza del sistema all'irrilevanza fiscale delle componenti reddituali su partecipazioni e la valenza del periodo minimo di detenzione,* in *Dialoghi trib*., 2012, 2, 162 ss.)
Lo strumento attraverso cui si raggiunge questo fine è la limitazione dell'imponibilità della plusvalenza realizzata dalle società, su alcuni tipi di titoli, al 5% (esentando, quindi, il 95% della plusvalenza). Per fruire della PEX occorre che si integrino quattro requisiti indicati dall'art. 87, di cui quello che ci interessa è disciplinato dalla lett. d): "*esercizio da parte della società partecipata di un'impresa commerciale secondo la definizione di cui all'articolo 55*" (la legge delega richiedeva come requisito "*esercizio*

da parte della società partecipata di un'effettiva attività commerciale": art. 4, comma 1, lett. c), L. n. 80/2003).
La disposizione richiama strettamente l'art. 55, che non include l'organizzazione tra i requisiti necessari alla qualificazione del reddito di impresa (per cui potrebbero fruire della PEX anche partecipazioni in imprese sprovviste di organizzazione). L'Agenzia delle Entrate ha optato però per un'estensione (illegittima) di tale disposizione, per cui l'impresa sarebbe configurabile solo in presenza di una "*struttura operativa idonea alla produzione e/o alla commercializzazione di beni o servizi potenzialmente produttivi di ricavi*" (così la circ. n. 7/E/2013; per una critica a questa impostazione v. TARGHINI M., *La participation exemption, il "requisito organizzativo" e la co-legislazione per via amministrativa e giurisprudenziale*, in *Dir. prat. trib.*, 2019, 1, I, 29 ss.).
Sempre la lett. d) contempla una presunzione assoluta di non commercialità, per le partecipazioni in società "*il cui valore del patrimonio è prevalentemente costituito da beni immobili diversi dagli immobili alla cui produzione o al cui scambio è effettivamente diretta l'attività dell'impresa, dagli impianti e dai fabbricati utilizzati direttamente nell'esercizio d'impresa. Si considerano direttamente utilizzati nell'esercizio d'impresa gli immobili concessi in locazione finanziaria e i terreni su cui la società partecipata svolge l'attività agricola*". Ad avviso dell'Agenzia, questa sarebbe una disposizione anti-elusiva (così la circ. n. 36/E/2004, richiamata plurime dagli atti di interpretazione successiva): la *ratio* starebbe nella "*volontà di impedire che la cessione della partecipazione nella società immobiliare si ponga su un piano di teorica equivalenza rispetto alla cessione degli immobili e che, quindi, tramite la cessione della partecipazione si trasferiscano in esenzione i beni di primo grado che il titolo rappresenta*" (così ris. n. 152/E/2004). La dottrina che più diffusamente si è occupata del tema vede nella disposizione una conseguenza logica della *ratio*: la partecipazione in società senza impresa romperebbe l'equivalenza plusvalenza-dividendi, perché non avremmo dividendi riflessi nella plusvalenza (VIOTTO A., *Il regime tributario delle plusvalenze da partecipazioni*, Torino, 2013, 159-160), anche se poi si riconosce nella disposizione una matrice anti-elusiva (VIOTTO A., *Il regime tributario delle plusvalenze*, cit. 162 e nota 26, dove si nota che l'art. 87 ha - in questa prospettiva - un'affinità con le disciplina delle società non operative).
L'interpretazione amministrativa è da diverso tempo orientata nel senso di escludere la sussistenza della commercialità per le ipotesi di mera gestione (sin da circ. n. 36/E/2004) sebbene poi la distinzione tra gestione ed attività commerciale "tipica" sia tutt'altro che facile (la circ. n. 36/E/2004 era dedicata alla valutazione di un'attività immobiliare, per cui la gestione non rilevante ai fini PEX era individuata nel godimento degli immobili, includendo la semplice locazione; opera già interessanti distinzioni la circ. n. 7/E/2013 che ritiene rilevante, in senso positivo, accanto alla "gestione passiva" consistente nella percezione dei canoni di locazione, delle attività commerciali amministrative promozionali finanziarie "*funzionali alla utilizzazione unitaria del complesso immobiliare*").

In dottrina, anche il comma 2 dell'art. 87, che richiede che la commercialità sussista dall'inizio del terzo periodo d'imposta anteriore al realizzo, è interpretato in prospettiva anti-elusiva (BEGHIN M., *Conferimento di azienda, cessione delle partecipazioni in PEX ed esercizio dell'attività commerciale della partecipata tra dottrina del Fisco e predeterminazioni normative*, in *Riv. dir. trib.*, 2020, 5, II, 293 ss.; peraltro la violazione di una disposizione specifica, quale l'art. 87, comma 2 avrebbe una matrice evasiva e non elusiva: PEDROTTI F., *Conferimento di azienda e cessione delle partecipazioni in Pex fra norme antielusive specifiche sviste interpretative*, in *Riv. Tel. Dir. Trib*, 2020, 5, II, 282)
(B) La qualificazione del regime delle società di comodo, cui occhieggia la Cassazione, non è immediata. L'art. 30 L. n. 724/1994, soprattutto nelle sue ultime articolazioni, è tutto tranne che perspicuo. La disposizione prevede che le società si qualifichino come non operative se non superano un test di redditività (si considerano altresì non operative le società in perdita sistematica, su cui cfr. le note critiche di PERRONE L., *Le società non operative e le perdite di periodo: aspetti problematici*, in *Rass. trib.*, 2021, 1, 33 ss.); se la società non supera il test, viene attribuito alla stessa un reddito minimo presunto
La maggior parte della dottrina vede nell'art. 30 un rimedio anti-evasivo e non uno strumento anti-elusivo (cfr. in tal senso, *ex multis*, TASSANI T., *Autonomia statutaria delle società di capitali e imposizione sui redditi*, Milano, 2007, 154 ss.; MARCHESELLI A., *Le presunzioni nel diritto tributario: dalle stime agli studi di settore*, Torino, 2008, 141 ss.; RENDA A., *La disciplina delle società non operative e l'abuso del diritto un difficile connubio*, in *Dir. prat. trib.*, 2012, 6, 997 ss.). E' vero che lo strumento disapplicativo (oggi interpello probatorio, in precedenza interpello *ex* art. 37-*bis* D.P.R. n. 600/1973) potrebbe indurre ad una certa confusione, ma è altrettanto vero che per ravvisare nella disciplina delle società di comodo una matrice anti-elusiva, occorrerebbe ritenere che ad essere oggetto di abuso è la costituzione stessa della società, che intenderebbe raggiungere il risultato delle regole sulla comunione (su questi temi, diffusamente: RONCO S.M., *Forma commerciale e impresa nell'imposizione sui redditi*, Pacini, 2021, 131 ss.).
Per inciso, merita ricordare che nel diritto commerciale vi è una certa opposizione a configurare ipotesi di simulazione del contratto sociale, al di là delle cause tipiche di nullità elencate dall'art. 2332 c.c. (FAUCEGLIA G.B., *Riflessioni in tema di nullità della società di capitali e valutazione del conferimento del bene in natura*, in *Le Società*, 2017, 8/9, 993 ss.; in ambito tributario v. poi VIGNOLI A., *Le società di mero godimento tra assegnazione agevolata e trasformazione in società semplice*, in *Rass. trib*., 1998, 3, 749 ss.; da prospettiva commerciale, sulla società semplice di mero godimento CACIOLLI T., *La società semplice, tra mero godimento e attività economica commerciale*, in *Le Società*, 2017, 7, 856 ss.; RIGANTI F., *La società semplice di godimento. Spunti di riflessione*, in *Contr. impr*., 2019, 1, 236 ss.).

3. La sentenza in commento interessa, quanto alla contestazione dell'art. 4 D.Lgs. n. 74/2000, tre rilevanti profili di interpretazione.

In primo luogo, la portata dell'istituto disciplinato dall'art. 4, comma 1-*bis*, del decreto.
In secondo luogo, la rilevanza penale dell'elusione fiscale.
Infine, la prova del dolo del delitto di dichiarazione infedele.
Quanto al primo aspetto, la sentenza della Suprema Corte non contiene – così come rispetto agli altri profili – una motivazione autonoma, limitandosi ad affermare che "*la motivazione del Tribunale è corretta ed in linea con i principi affermati da questa Corte* in subiecta materia".
Di fatto, la motivazione rilevante nel caso è quella fornita dal Tribunale del Riesame di Modena.
Ciò precisato, la sentenza stabilisce che il caso non possa essere risolto invocando il comma 1-*bis* dell'art. 4 D.Lgs. n. 74/2000, non versandosi in un'ipotesi di "*un mero errore di valutazione giuridico-tributaria in ordine alla classificazione di plusvalenze fiscalmente indeducibili*".
Questa considerazione impone una sintetica riflessione in ordine alla natura dell'istituto disciplinato dal comma 1-*bis* dell'art. 4 (sull'istituto cfr. CARACCIOLI I., *I nuovi reati tributari*, Milano, 2016, 114 ss.; PERINI A., *I nuovi reati tributari*, Milano, 2016, 135 ss.; ANDREAZZA G., *La disciplina penale in materia di imposte dirette e I.v.a.*, a cura di SCARCELLA A., Torino, 2019, 151 ss.; GAMBOGI G., *La riforma dei reati tributari*, Milano, 2016, 91 ss.; GIANONCELLI S., in *Trattato di diritto sanzionatorio tributario*, diretto da GIOVANNINI A., Tomo I, *Diritto penale e processuale*, Milano, 2016, 703 e 725 ss.).
A tal fine ci sembra importante, anzitutto, la lettera della disposizione: "*Ai fini dell'applicazione della disposizione del comma 1, non si tiene conto della non corretta classificazione di elementi attivi o passivi oggettivamente esistenti*". L'espressione: "*non si tiene conto"* induce a ritenere, con una certa sicurezza, che il Legislatore della riforma del 2015 abbia inteso introdurre un limite negativo della fattispecie penale. Con la conseguenza che, nelle ipotesi disciplinate, l'impatto sulla determinazione dell'imposta evasa e degli elementi attivi sottratti all'imposizione necessari per la configurazione del reato non debba considerare gli elementi oggetto di "classificazione".
Allo stesso modo, intervenendo sul perimetro della condotta punibile, il verificatore non è tenuto, a nostro avviso, a trasmettere al P.M. la denunzia di reato, qualora essa si debba fondare, anche solo in parte (quella sufficiente ad integrare le soglie di punibilità), sugli elementi – attivi o passivi – che ai sensi del comma 1-*bis* non possono avere rilevanza ai fini dell'integrazione della fattispecie.
Pertanto, la norma, *in parte qua*, non delinea una speciale ipotesi di errore extrapenale sulle norme tributarie, ma un limite oggettivo di (ir)rilevanza del fatto.
Alla prima opzione, invece, sembra alludere la motivazione (sia pur indirettamente, come avvisato) della sentenza in commento, quando menziona il "*mero errore di valutazione giuridico-tributaria*".
Insomma, la non punibilità non deriva in questo caso dalla correttezza o meno dell'operazione di classificazione di un elemento del reddito o dell'imposta (ché, a

tacer d'altro, della norma non si sentirebbe il bisogno, traducendosi questa situazione in un'ipotesi di carenza di dolo), ma proprio e specificamente perché *tutte* le operazioni di classificazione di elementi oggettivamente esistenti non possono dar luogo a responsabilità penale.
La sentenza in commento, peraltro, complica il quadro, poiché legittima un'interpretazione particolare, che merita di essere esaminata.
Il comma 1-*bis*, come detto, non sarebbe invocabile, ad avviso della Suprema Corte, nel caso di specie, nel quale si può ravvisare "*la rilevanza penale del fatto perché dissimulante un'operazione volta all'elusione fiscale*".
La sentenza della Suprema Corte, dopo aver dribblato l'applicazione dell'art. 4, comma 1-*bis*, D.Lgs. n. 74/2000, supera di slancio anche la (sembrerebbe necessitata, stanti i presupposti stabiliti nella sentenza) applicazione dell'art. 10-*bis*, comma 13, L. n. 212/2000 che, come noto, ha statuito l'irrilevanza penale dell'elusione fiscale.
Qualora si potesse affermare che la disciplina della PEX abbia anche una finalità antielusiva, dovrebbe giocoforza operare la clausola di non punibilità introdotta nel 2015 nello Statuto del Contribuente.
Non è tutto.
Chiamata a giustificare questa decisione, la Suprema Corte riproduce un passaggio – frutto del consolidamento di una posizione interpretativa contenuta in precedenti decisioni – che desta un certo sconcerto: "*l'istituto dell'abuso del diritto di cui alla* L. 27 luglio 2000, n. 212, art. 10-bis *(...) esclude ormai la rilevanza penale delle condotte ad esso riconducibili, ha applicazione solo residuale rispetto alle disposizioni concernenti comportamenti fraudolenti, simulatori o comunque finalizzati alla creazione e all'utilizzo di documentazione falsa di cui al D.Lgs. 10 marzo 2000, n. 74, cosicché esso non viene mai in rilievo quando i fatti in contestazione integrino le fattispecie penali connotate da tali elementi costitutivi*".
Si pongono una questione di linguaggio e due questioni di interpretazione.
Sul piano linguistico, la fraudolenza cui accenna la Suprema Corte nella sentenza in commento dovrebbe essere rinvenuta nelle condotte punite dagli artt. 2 e 8 D.Lgs. n. 74/2000. In quanto tali, queste condotte non dovrebbero mai poter porre un problema di interferenza con condotte elusive che, per definizione, non sono mai fraudolente, nel senso che non si fondano mai sulla falsità ideologica o materiale (così Cass. pen. n. 38016/2017). Sappiamo anche, peraltro, che la fraudolenza invocata in ambito tributario, soprattutto ad opera della normativa e della giurisprudenza unionale, ha diverso contenuto ed una diversa portata rispetto a quella che deriva dalle norme penali (v. racc. 6 dicembre 2012, n. 2012/772/UE).
Sul piano interpretativo, poi, occorre ricordare che la contestazione provvisoria mossa nei confronti del ricorrente riguardava il delitto di cui all'art. 4 D.Lgs. n. 74/2000: fattispecie incriminatrice che espressamente – in forza dell'iniziale clausola di riserva – prescinde sia dalla fraudolenza, sia dalla simulazione (che appartiene alla disciplina dell'art. 3), sia dalla creazione e dall'utilizzo di documentazione falsa.

Pertanto, l'argomento addotto dalla Suprema Corte – frutto di una giurisprudenza che sembra consolidarsi (sulla scorta, talvolta, di una più approfondita analisi di contesto) – non era applicabile alla fattispecie concreta oggetto di giudizio.
L'accenno alla fraudolenza richiama, poi, il dettato dell'art. 8 L. n. 23/2014, la legge delega di riforma del sistema sanzionatorio, secondo il quale si sarebbe dovuto attribuire rilievo, "*tenuto conto di adeguate soglie di punibilità, alla configurazione del reato per i comportamenti fraudolenti, simulatori o finalizzati alla creazione e all'utilizzo di documentazione falsa*". Disposizione dettata a tutt'altri fini ed in particolare per orientare le linee della riforma e non certo per limitare la portata dell'innovativa irrilevanza penale dell'elusione fiscale (in disparte l'inconciliabilità strutturale fra elusione ed evasione penalmente rilevante).
Da ultimo, la sentenza si occupa anche dell'accertamento del dolo del delitto di dichiarazione infedele.
Esso viene ritenuto sussistente ed accertato – nell'ambito, peraltro, di una decisione di natura cautelare, per la quale si impone una valutazione di segno contrario rispetto a quella di merito: il dolo può essere escluso anche in sede cautelare, quando *prima facie* esso appaia insussistente, e non quando vi sia il dubbio circa la sua sussistenza – sulla scorta di due circostanze di fatto: la pregressa, qualificata, esperienza del ricorrente nel settore dell'alta finanza; l'ingente valore economico delle operazioni produttive di plusvalenza.
In punto di fatto, nessuna della due circostanze appare significativa del dolo del delitto in esame: l'esperienza nel settore dell'alta finanza non implica di per sé il possesso delle competenze, giuridiche e non finanziarie, per valutare il requisito della "commercialità" della partecipazione; il valore economico dell'operazione non incide in quanto tale sul citato requisito della commercialità, che può o meno sussistere, a prescindere dal valore della plusvalenza.
Piuttosto, è su un altro piano che la decisione non convince.
In primo luogo, perché sembra stabilire una sorta di presunzione di dolo, ricorrendo certe caratteristiche personologiche del contribuente, potenziale soggetto attivo del reato. Il contribuente avveduto ed esperto dovrebbe ritenersi consapevole, in quanto tale, dell'illiceità di una certa operazione, perché in grado di comprenderla. Il dolo, invece, quale componente essenziale del reato, deve essere oggetto di accertamento del quale sia onerata compiutamente e soltanto la pubblica accusa, senza utilizzo di meccanismi probatori dal sapore presuntivo.
In secondo luogo, entrambe le circostanze di fatto appena ricordate evocano un dovere di attenzione, il cui inadempimento nel caso concreto viene rimproverato dal giudice sotto forma di imputazione dolosa del fatto. Ed infatti, la sentenza, al riguardo, accolla al ricorrente di aver operato "*senza previa ed accurata indagine*". In questo modo, peraltro, si corre il rischio di trasformare l'incriminazione dolosa in colposa, in contrasto con il dettato normativo: il soggetto esperto di alta finanza, che si trovi ad occuparsi di operazioni di ingente valore, deve agire con una perizia di livello superiore, essendo parificabile ad un "agente modello" particolarmente qualificato. Ma, come si vede, questo è un addebito di natura colposa e non di natura dolosa.

Ed infine, soprattutto il riferimento alle particolari conoscenze del soggetto attivo indirizza l'analisi non tanto all'accertamento del dolo, quanto piuttosto all'accertamento della sussistenza dei c.d. requisiti minimi di conoscenza del precetto (intendendosi per tale il precetto normativo nascente dal combinato disposto della norma penale e dell'art. 87 TUIR, nella parte in cui disciplina i requisiti cui è subordinata la PEX). Fenomeno distinto da quello del dolo, per essere da questo presupposto: la conoscibilità del precetto può incidere sul fenomeno della c.d. ignoranza incolpevole della norma penale, che, se ritenuta insussistente, non implica automaticamente dimostrata la volontà colpevole del soggetto attivo (LOGOZZO M., *L'ignoranza della legge penale tributaria*, Milano, 2002, 93 ss.).

4. Quanto esposto sopra consente di offrire una valutazione a più livelli della decisione in esame.
(a) Se effettivamente l'art. 87 TUIR possiede una matrice antielusiva, sul piano penalistico dovrebbe essere automatico rivolgere l'attenzione all'art. 10-*bis*, comma 13, dello Statuto del Contribuente. La giurisprudenza mantiene una posizione di grande prudenza, che tocca il confine dell'interpretazione antiletterale, così come fa, lo si è visto, la sentenza in commento.
Sembra che si manifesti il timore che l'elusione fiscale, sul piano penale, consenta una "scappatoia" alla repressione: sul piano pratico, un "lasciapassare" per evitare il sequestro preventivo proiettato alla confisca del profitto, ossia della imposta evasa (come è accaduto nel caso di specie), oltre che, ovviamente, l'irrogazione della pena criminale. Sequestro che, in questa forma, è consentito solo se si ravvisi il *fumus* di un reato tributario.
L'elusione, peraltro, non è una scappatoia, né un figlio minore dell'evasione, ma un fenomeno completamente diverso da essa. La distinzione fra la fraudolenza, la simulazione e la creazione e l'utilizzo di documentazione falsa e l'elusione può apparire comprensibile, ma non ha in realtà ragion d'essere.
Si tratta di fenomeni inconciliabili.
L'elusione implica rispetto delle norme e si traduce, in estrema sintesi, in una violazione della loro *ratio*. Le ipotesi di fraudolenza, simulazione, creazione ed utilizzo di documentazione falsa, invece, implicano una immutazione della realtà, per lo più sul piano fattuale, ma anche sul piano giuridico.
Sotto questo profilo emerge la nozione di simulazione, che provoca grande "preoccupazione" al legislatore, come è dimostrato dalle norme che ad essa sono dedicate.
L'art. 1, lett. *g-bis*, D.Lgs. n. 74/2000 si preoccupa di stabilire che le operazioni simulate penalmente rilevanti sono diverse da quelle disciplinate dall'art. 10-*bis* L. n. 212/2000: da cui deriva che può configurarsi simulazione non penalmente rilevante.
La simulazione penalmente rilevante si distingue, perché produce una immutazione della realtà, a differenza dell'elusione. Infatti, la norma definitoria contenuta nell'art. 1 D.Lgs. n. 74/2000 si basa su "operazioni apparenti" (tali non sono quelle elusive), poste in essere con la volontà di non realizzarle in tutto o in parte (a differenza di

quelle elusive, i cui effetti sono voluti dalle parti), ovvero si riferiscono ai soggetti fittiziamente interposti (a differenza di quanto possa accadere per le operazioni elusive, per le quali i soggetti sono realmente interposti e, soprattutto, sono gli effettivi partecipanti alle operazioni che li coinvolgono).
Nel nostro caso non è possibile parlare di simulazione. La cessione delle partecipazioni era voluta in quanto tale, non simulandosi alcun altro negozio giuridico.
Si discuteva della qualificazione/classificazione delle partecipazioni oggetto della cessione, se dotate o meno del requisito della "commercialità": di qui l'applicazione – sul piano penale – dell'art. 4, comma 1-*bis*, D.Lgs. n. 74/2000.
(b) Lungo una diversa direttrice, potremmo ritenere che nel caso di specie non si possa parlare di abuso.
Infatti, dalla descrizione del fatto sembrerebbe che una parte delle società potesse rientrare nella presunzione assoluta di non commercialità PEX (per prevalenza di immobili, anche se non è chiaro se nella fase di indagini sia stata compiuta una precisa ricostruzione contabile) ed una parte invece potesse rientrare nella disciplina delle società non operative. Se così fosse, in entrambi i casi non ricorrerebbe un abuso: essendo in presenza di disposizioni espresse che regolano le due fattispecie (descritte sopra al par. 2), logicamente sarebbe complesso configurare un abuso, in quanto la violazione diretta di disposizione esplicita non può costituire aggiramento della disposizione (come rilevato anche dalla dottrina prevalente sull'interpretazione della società di comodo citata sopra).
In questa prospettiva, si dovrebbero comunque trarre conclusioni opposte rispetto a quelle della sentenza in esame, in quanto si ricadrebbe nella via strette delle questioni di classificazioni.
Sarebbe infatti stato necessario:

- per la valutazione della non commercialità ai fini PEX: un'attività complessa di interpretazione, classificazione e valutazione tesa a determinare: l'oggetto principale dell'impresa, la qualificazione degli immobili in relazione all'attività (beni merce, beni strumentali, beni meramente patrimoniali), la prevalenza degli immobili non utilizzati direttamente rispetto al resto del compendio aziendale;
- per la qualificazione delle società non operative: la valutazione della commercialità alla luce dei vari test indicati sopra al § 2.
- In entrambi i casi, sembra difficile non ravvisare in queste operazioni, che il contribuente ha dovuto compiere per presentare la propria dichiarazione, una classificazione ed una qualificazione interpretativa, che ci conduce direttamente alla causa di non punibilità su cui ci si è spesi al § 3.

(c) La definizione del requisito della commercialità ai fini PEX è stata oggetto di numerosi interventi dell'Agenzia dell'Entrate, a dimostrare che si tratta di un concetto ricadente in quell'area del dubbio che usiamo chiamare condizione di incertezza (l'Agenzia si è occupata del concetto in questione in almeno nove diversi atti di interpretazione pubblicati: circ. n. 36/E/2004, ris. n. 152/E/2004, ris. n. 163/E/2005, ris. n. 165/E/2005, ris. n. 323/E/2007, ris. n. 226/E/2009, circ. n. 7/E/2013, Risposta ad interpello 28 novembre 2019, n. 502, Risposta ad interpello 11 gennaio 2021, n.

33). Appare quindi semplicistica la conclusione assunta dai giudici, secondo cui la qualificazione professionale dell'amministratore avrebbe dovuto portare a risolvere immediatamente la questione: se anche l'Amministrazione finanziaria ricerca costantemente di chiarire la definizione del requisito di commercialità, significa che questo requisito di immediata comprensione non è.
La questione, se inquadrata nell'ambito delle operazioni di classificazione, rientra nell'ambito dell'art. 4, comma 1-*bis*, D.Lgs. n. 74/2000, con riflesso sui limiti della tipicità penale del fatto e non solo sul piano del dolo.
Ed in effetti, stanti le difficoltà di inquadramento documentate dagli atti di interpretazione dell'Agenzia, tornerebbe applicabile l'art. 15 D.Lgs. n. 74/2000, secondo il quale, "*al di fuori dei casi in cui la punibilità è esclusa a norma dell'art. 47, terzo comma, del codice penale, non danno luogo a fatti punibili ai sensi del presente decreto le violazioni di norme tributarie dipendenti da obiettive condizioni di incertezza sulla loro portata e sul loro ambito di applicazione*".
Si riscontra, dunque, parallelismo fra la disposizione rilevante per le sanzioni tributarie amministrative e l'art. 15 D.Lgs. n. 74/2000 appena ricordato.
È una norma di garanzia per il contribuente, che dovrebbe impedire l'irrogazione della sanzione penale, qualora il precetto non sia comprensibile ed afferrabile.
È espressione del principio di legalità, che implica, anche, prevedibilità della condotta vietata, che presuppone comprensibilità del testo normativo.
Nel caso che ci interessa l'afferrabilità del testo normativo non concerne direttamente la norma penale (l'art. 4), quanto la norma tributaria rilevante ai fini dell'eventuale applicazione della norma penale: l'art. 87 TUIR.
Vero che l'art. 15 D.Lgs. n. 74/2000 fa espressa riserva per l'ipotesi che si renda applicabile l'art. 47, comma 3, c.p., in materia di errore sul fatto determinato da errore sulla norma extrapenale, ma è altrettanto vero che, su questo piano, l'art. 15 realizza una doppia garanzia, atteso che l'interpretazione della disposizione codicistica ha da sempre sofferto del limite derivante dalla teoria dell'incorporazione della norma extrapenale in quella penale, implicante lo sbarramento realizzato dall'art. 5 cod. pen.
Ciò precisato, le qualità soggettive del contribuente (fondanti nella pronuncia in commento l'accertamento incidentale del coefficiente soggettivo doloso) perdono rilevanza, assumendo, invece, rilievo le caratteristiche oggettive della norma extrapenale, che deve poter essere comprensibile per chiunque o, al più, meglio comprensibile da taluno, ma certo comprensibile per tutti (cfr. GAMBOGI G., *La riforma dei reati tributari*, cit., 411 ss.; LOGOZZO M., *L'ignoranza della legge tributaria*, cit., 121 ss.).
Nella sentenza il ragionamento è rovesciato, in quanto dalle caratteristiche soggettive, peraltro incoerenti rispetto all'oggetto del tema di prova (l'accertamento del dolo), viene fatta derivare *in sfavor* la presunzione dell'atteggiamento doloso, come se la norma extrapenale possa essere accessibile soltanto a pochi, qualificati, soggetti: tra i quali rientra anche il contribuente protagonista del caso oggetto della pronuncia in commento.

Non può essere, insomma, il possesso da parte del contribuente di determinate conoscenze a fondare il dolo, quanto, piuttosto, deve essere la norma (extrapenale, in questo caso) a non essere *obiettivamente incerta*, per ciascun contribuente.

BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

AGOVINO L., *Il requisito della commercialità per l'accesso al regime pex: riflessioni al margine della recentissima risposta a interpello dell'11 gennaio 2021, n. 33 dell'Agenzia delle Entrate*, in *Riv. Tel. Dir. Trib.*, 5 marzo 2021
ANDREAZZA G., *La disciplina penale in materia di imposte dirette e I.v.a.*, a cura di SCARCELLA A., Torino, 2019, 151 ss.
BEGHIN M., *Conferimento di azienda, cessione delle partecipazioni in PEX ed esercizio dell'attività commerciale della partecipata tra dottrina del Fisco e predeterminazioni normative*, in *Riv. dir. trib.*, 2020, 5, II, 293 ss.
CACIOLLI T., *La società semplice, tra mero godimento e attività economica commerciale*, in *Le Società*, 2017, 7, 856 ss.
CARACCIOLI I., *I nuovi reati tributari*, Milano, 2016, 114 ss.
FAUCEGLIA G.B., Riflessioni in tema di nullità della società di capitali e valutazione del conferimento del bene in natura, in *Le Società*, 2017, 993 ss.
GAMBOGI G., *La riforma dei reati tributari*, Milano, 2016 91 ss.
GIANONCELLI S., in *Trattato di diritto sanzionatorio tributario*, diretto da GIOVANNINI A., Tomo I, *Diritto penale e processuale*, Milano, 2016, 703 e 725 ss.
INGRAO G., *La cessione delle partecipazioni nella disciplina di* participation exemption*: spunti per una modifica normativa*, in *Riv. dir. trib*., 2016, 6, 755-777;
INGRAO G., *La tendenza del sistema all'irrilevanza fiscale delle componenti reddituali su partecipazioni e la valenza del periodo minimo di detenzione*, in *Dialoghi trib.*, 2012, 2, 162 ss.
LOGOZZO M., *L'ignoranza della legge tributaria*, Milano, 2002, 93 ss.
MARCHESELLI A., *Le presunzioni nel diritto tributario: dalle stime agli studi di settore*, Torino, 2008, 141 ss.
PEDROTTI F., *Conferimento di azienda e cessione delle partecipazioni in Pex fra norme antielusive specifiche sviste interpretative*, in *Riv. Tel. Dir. Trib,* 2020, 5, II, 275 ss.
PERINI A., *I nuovi reati tributari*, Milano, 2016, 135 ss.
PERRONE L., *Le società non operative e le perdite di periodo: aspetti problematici*, in *Rass. trib.*, 2021, 1, 33 ss.
RENDA A., *La disciplina delle società non operative e l'abuso del diritto un difficile connubio*, in *Dir. prat. trib.*, 2012, 6, 997 ss.
RIGANTI F., *La società semplice di godimento. Spunti di riflessione*, in *Contr. impr*., 2019, 1, 236 ss.

RONCO S.M., *Forma commerciale e impresa nell'imposizione sui redditi*, Pisa, 2021, 131 ss.
TARGHINI M., *La participation exemption, il "requisito organizzativo" e la co-legislazione per via amministrativa e giurisprudenziale*, in *Dir. prat. trib.*, 2019, 1, I, 29 ss.
TASSANI T., *Autonomia statutaria delle società di capitali e imposizione sui redditi*, Milano, 2007, 154 ss.
VIGNOLI A., *L'attività commerciale della partecipata nell'interpretazione della giurisprudenza di legittimità*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2015, 3, 723 ss.
VIGNOLI A., *Le società di mero godimento tra assegnazione agevolata e trasformazione in società semplice*, in *Rass. trib.*, 1998, 3, 749 ss.
VIOTTO A., *Il regime tributario delle plusvalenze da partecipazioni*, Torino, 2013