

# Esterovestizione e abuso del diritto: rapporto di *species a genus* o del tutto autonome?

Ricostruzione giurisprudenziale e note in punto di *thema probandum*

di Anna Miotto

## Abstract

Il presente contributo si propone di affrontare l'annosa questione relativa al rapporto che intercorre - in punto di accertamento - tra esterovestizione e abuso del diritto, quindi, tra disciplina della residenza fiscale delle società di cui all'art. 73, co. 3, del TUIR e clausola generale antiabuso prevista dall'art. 10-bis della L. 212/2000 (Statuto dei diritti del contribuente).

La naturale riflessione che discende da questo parallelismo è se e in quale misura l'accertamento dell'esterovestizione possa (o debba) essere ricondotto in via interpretativa all'alveo dell'abuso del diritto, ovvero se i due istituti debbano essere mantenuti distinti in ragione della loro diversa *ratio*, funzione sistematica e logica applicativa.

La ricostruzione dei rapporti tra esterovestizione e abuso del diritto non può prescindere *in primis* dal principio di libertà di stabilimento sancito dagli artt. 49 e 54 TFUE, che garantiscono alle imprese il diritto di scegliere liberamente lo Stato membro in cui localizzare la propria sede e svolgere la propria attività economica e, in secondo luogo, la facoltà per il contribuente di optare per l'assetto organizzativo e fiscale meno oneroso, purché tale scelta si collochi entro i confini consentiti dall'ordinamento (cfr. tra le tante Corte di giustizia 12 settembre 2006 Cadbury Schweppes e Cadbury Schweppes Overseas, Causa C-196/04; Corte di giustizia 28 giugno 2007, Planzer Luxembourg Sarl, Causa C-73/06).

Ne discende che la mera ricerca di un regime fiscale più favorevole, in sé considerata, non può integrare un comportamento abusivo né giustificare automaticamente una compressione della libertà di stabilimento, imponendosi un delicato bilanciamento tra l'esigenza di contrasto alle pratiche elusive e il rispetto delle libertà fondamentali riconosciute dall'ordinamento unionale.

Il punto di partenza, quindi, è l'analisi della nozione di abuso del diritto che ha origine civilistica - ancorché mai codificata - e si è evoluta nell'ordinamento italiano grazie all'importante lavoro interpretativo squisitamente giurisprudenziale.

Essa ha trovato il proprio nucleo originario in ipotesi tipiche di limitazione dell'esercizio dei diritti soggettivi, quali gli atti emulativi di cui all'art. 833 c.c., fattispecie tuttavia estremamente circoscritta. Di qui dottrina, e soprattutto giurisprudenza, hanno ampliato l'ambito applicativo della nozione che è stata ricondotta a un criterio guida per l'esercizio dei diritti interpretato alla luce dei principi di correttezza, buona fede e solidarietà, desumibili dall'ordinamento e valorizzati anche in chiave costituzionale.

Ne deriva la configurazione dell'abuso del diritto quale principio generale dell'ordinamento, idoneo limite all'esercizio dei diritti soggettivi con modalità incompatibili con i valori fondamentali dell'ordinamento giuridico.

Il legislatore tributario è stato il solo che, nel 2015, ha codificato tale istituto con l'introduzione dell'art. 10-bis nello Statuto dei diritti del contribuente ed ancorandolo a criteri

qualificatori ben precisi quali la compresenza di un vantaggio fiscale indebito e la mancanza di valide ragioni extrafiscali non marginali. Tale disciplina si colloca nel solco dei principi costituzionali di capacità contributiva e di tutela dell'affidamento, nonché nel più ampio contesto dei principi elaborati in sede unionale in materia di libertà di stabilimento e divieto di pratiche abusive.

Su un piano diverso si colloca, invece, la disciplina della residenza fiscale delle società - e, quindi, delle contestazioni di esterovestizione - che l'art. 73, co. 3, del TUIR fonda su criteri di collegamento alternativi, oggettivi e sostanziali (sede legale, sede dell'amministrazione e oggetto principale), volti a individuare il luogo di effettivo radicamento del soggetto passivo nell'ordinamento statale.

In tal senso, l'esterovestizione si configura quale fenomeno di fittizia localizzazione della residenza fiscale all'estero, indipendentemente dalle finalità soggettive perseguiti dal contribuente o, quantomeno, con il solo fine di non essere soggetti all'imposizione in Italia. Tale conclusione ben si presta ad una ricostruzione interpretativa dei criteri di accertamento che l'Agenzia utilizza per contestare l'esterovestizione, avallata da alcune pronunce giurisprudenziali.

Invero, parte della giurisprudenza riconduce l'esterovestizione nell'ambito dell'abuso del diritto, ritenendo necessario verificare la presenza di strutture meramente artificiali di concerto con la presenza di un vantaggio fiscale indebito.

Al contrario, altra parte della giurisprudenza (cfr. Cass. n. 32155/2025); Cass. n. 2869/2013; Cass. n. 33234/2018) riafferma l'autonomia concettuale e applicativa dell'esterovestizione rispetto all'abuso del diritto, valorizzando la natura sostanziale e oggettiva dei criteri di collegamento previsti dall'art. 73 del TUIR.

In tal senso, correttamente, viene sottolineato come l'accertamento della residenza fiscale non richieda alcuna indagine sulle finalità del contribuente né sulla sussistenza di un vantaggio fiscale indebito, risolvendosi in una verifica fattuale del luogo in cui si svolgono le funzioni di direzione, amministrazione e gestione della società.

La condivisione dell'una o dell'altra prospettiva portano a conclusioni ben diverse in punto di *thema probandum*.

Infatti, aderendo all'interpretazione giurisprudenziale che consente di sussumere le fattispecie di esterovestizione nelle categorie dell'abuso del diritto, anzitutto si restringe l'ambito applicativo del primo istituto: si avrebbe esterovestizione ogniqualvolta e solamente laddove la fittizia localizzazione sia preordinata - e consenta di ottenere - ad un indebito vantaggio economico. Conseguenza di ciò è che al contribuente basterà provare di non aver ottenuto alcun vantaggio fiscale o, in via residuale, che l'operazione è giustificata da valide ragioni extrafiscali non marginali per far venire meno ogni contestazione, nonostante a livello di collegamento sia in ogni caso violato il disposto dell'art. 73 del TUIR. In tal senso, quindi, il contribuente sarà esente dal dover provare l'effettiva localizzazione della sede legale, della sede dell'amministrazione o dell'oggetto principale dell'attività, divenendo questi criteri del tutto secondari e marginali.

In altri termini, laddove non si rinvenga alcun vantaggio economico indebito, non sarebbe possibile ravvisare alcun fenomeno di esterovestizione.

La tesi tuttavia più convincente è quella dell'orientamento giurisprudenziale che mantiene le due categorie ben distinte ed oggetto di separato accertamento.

Aderendo a tale tesi, si amplia l'ambito di applicazione del fenomeno dell'esterovestizione fino a ricoprire operazioni di delocalizzazione che non sono preordinate né concedono alcun beneficio fiscale. D'altra parte, ancorare l'esterovestizione ai criteri di collegamento oggettivi di cui all'art. 73 del TUIR consente di concludere nel senso che l'oggetto di accertamento non è l'effettivo adempimento degli obblighi tributari in altre giurisdizioni, ma la sottrazione della società al potere impositivo italiano, indipendentemente dalla sussistenza di vantaggi economici.

In tale prospettiva, si assiste ad un ampliamento dell'onere probatorio in capo al contribuente, chiamato a dimostrare l'effettiva localizzazione della sede legale, della sede dell'amministrazione e dell'oggetto principale dell'attività per escludere i rilievi di esterovestizione e, in un momento successivo, a comprovare l'assenza di un indebito vantaggio fiscale ovvero la sussistenza di valide ragioni extrafiscali non marginali, al fine di sottrarsi a contestazioni di abuso del diritto.

Il presente contributo si propone di ricostruire in maniera critica l'evoluzione giurisprudenziale relativa ai due orientamenti sopradescritti alla luce della diversa *ratio* e funzione delle norme coinvolte, nonché nella valorizzazione della natura non elusiva dell'esterovestizione. L'analisi contribuisce così al dibattito scientifico proponendo una lettura che, senza assumere toni assertivi, restituisce autonomia all'istituto della residenza fiscale e ne sottrae l'interpretazione a improprie contaminazioni con la categoria dell'abuso del diritto.