

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

**DOTTORATO DI RICERCA IN
DIRITTO TRIBUTARIO EUROPEO**

Ciclo XXIII

**Settore Concorsuale di afferenza: 12/D2
Settore Scientifico disciplinare: IUS/12**

Profili giuridici del coordinamento tra sistemi reddituali
nell'Unione Europea

Presentata da: Michele Marzano

**Coordinatore Dottorato
Prof. Adriano Di Pietro**

**Relatore
Prof. Adriano Di Pietro**

**Correlatore
Prof. Philippe Marchessou**

Esame finale anno 2012

**PROFILI GIURIDICI DEL COORDINAMENTO TRA SISTEMI
REDDITUALI NELL'UNIONE EUROPEA**

INDICE

Introduzione e premesse di metodo	8
Prima Parte	14
Capitolo I - Il “coordinamento” impositivo tra Stati nei rapporti tributari internazionali.....	15
1. L’endiadi tassazione mondiale/tassazione territoriale nel quadro dei modelli di “coordinamento” tra sistemi impositivi.....	16
1.1. <i>Capital import vs. capital export neutrality.....</i>	<i>19</i>
1.2. <i>Esenzione e credito d’imposta quali proiezioni del modello di politica fiscale prescelto dallo stato di residenza</i>	<i>21</i>
1.3. <i>Crisi del modello di tassazione mondiale nel paese della residenza e tendenze attuali degli ordinamenti.....</i>	<i>23</i>
2. Il “coordinamento” dal punto di vista delle scienze giuridiche. Diversità di approcci e (mancanza di un) inquadramento generale del tema	26
3. Aspetti unilaterali del “coordinamento” impositivo: (i) la territorialità dell’imposta.....	28
3.1. <i>L’efficacia e l’estensione della norma tributaria nello spazio.....</i>	<i>31</i>
3.2. <i>Le diverse varianti della territorialità: la territorialità in senso formale... ..</i>	<i>33</i>
3.3. <i>... E la territorialità in senso materiale.....</i>	<i>35</i>
4. (segue) Gli strumenti unilaterali del “coordinamento”: (ii) l’eliminazione della doppia imposizione (e della doppia non imposizione) internazionale	42
4.1. <i>La doppia imposizione (e la doppia non imposizione) giuridica internazionale</i>	<i>44</i>
4.2. <i>Apprezzamento dei fenomeni di doppia imposizione e doppia non imposizione nell’unilaterale prospettiva dello stato della fonte reddituale.....</i>	<i>46</i>
4.3. <i>L’eliminazione della doppia imposizione internazionale nell’unilaterale apprezzamento dello stato di residenza del reddituario.....</i>	<i>47</i>

4.3.1. Il credito d'imposta	48
4.3.2. Cenni al foreign tax credit riconosciuto nell'ordinamento italiano (art. 165, D.P.R. n. 916/1986, c.d. testo unico delle imposte sui redditi)	50
4.3.3. L'esenzione	56
4.4. <i>Ulteriori propaggini del "coordinamento" impositivo nell'unilaterale prospettiva dello stato di residenza</i>	57
4.4.1. Le discipline cfc	58
4.4.2. La disciplina sulle società controllate e collegate estere prevista dall'ordinamento italiano	59
4.4.3. Il "coordinamento" impositivo nella tassazione degli utili di fonte estera	62
5. Riflessioni intermedie sul "coordinamento" impositivo nella prospettiva unilaterale. La tendenziale (im)permeabilità della pretesa impositiva nazionale rispetto alla pretesa impositiva aliunde generata	64
6. Il "coordinamento" in chiave bilaterale. Le convenzioni contro le doppie imposizioni. Il Modello OCSE	65
6.1. <i>Articolazione delle convenzioni internazionali basate sul Modello di Convenzione OCSE</i>	67
6.2. <i>Convenzioni bilaterali e coordinamento nei casi di doppia residenza</i>	68
6.3. <i>Convenzioni bilaterali, regole distributive e metodi per l'eliminazione della doppia imposizione nel Modello di Convenzione OCSE. La tendenziale recessività dell'interesse fiscale dello stato della fonte</i>	70
6.3.1. <i>Regole distributive</i>	72
6.3.2. <i>Metodi per l'eliminazione della doppia imposizione internazionale. Peculiarità e rapporti con i metodi prescelti dall'ordinamento interno</i> .	77
Seconda Parte	81
Capitolo II - Il coordinamento nel diaframma del diritto dell'Unione Europea. Premesse comuni	82
1. Il coordinamento impositivo: il passaggio dai moduli atomistici e consensualistici a quello "comunitario"	82
2. Precisazioni preliminari sulla struttura e sull'oggetto del diritto dell'Unione Europea	85

3. <i>Il duplice livello di incidenza del diritto europeo sulla fiscalità domestica, in particolare nell'ambito delle imposte dirette</i>	92
Capitolo III - L'incidenza "dall'alto"	99
1. <i>La strada dell'armonizzazione. Il coordinamento impositivo tra Stato di residenza dell'impresa e Stato della fonte dei redditi nelle direttive comunitarie in materia di tassazione diretta</i>	99
2. <i>Il coordinamento impositivo nella direttiva n. 90/435 (direttiva "madre-figlia")</i>	102
3. <i>Il coordinamento impositivo nella direttiva n. 90/434 (c.d. direttiva "fusioni")</i>	107
4. <i>Il coordinamento impositivo nella direttiva n. 2003/49 (c.d. direttiva "interessi e canoni")</i>	111
5. <i>Il coordinamento impositivo nella convenzione n. 90/436 (c.d. convenzione sui prezzi di trasferimento)</i>	113
6. <i>La soft law. Il coordinamento impositivo tra Stato di residenza dell'impresa e Stato della fonte dei redditi negli atti non vincolanti delle istituzioni comunitarie</i>	115
7. <i>La proposta di direttiva sulla Common Consolidated Corporate Tax Base per i gruppi più grandi</i>	117
Capitolo IV - L'incidenza "dal basso"	119
1. <i>Il coordinamento della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Efficacia e relativi limiti.</i>	120
2. <i>Coordinamento e principi del Trattato. L'apparente antinomia tra coesistenza e integrazione e l'equidistanza del diritto europeo rispetto alle scelte di politica fiscale internazionale degli stati membri</i>	126
2.1. <i>Negazione della tesi che scorge nel diritto europeo l'affermazione di un modello di capital import neutrality</i>	131
2.2. <i>Quadro di sintesi</i>	132
3. <i>Il divieto comunitario di aiuti di stato e sua (ir)rilevanza nell'ambito del coordinamento tra sistemi reddituali</i>	134
4. <i>Libertà comunitarie, divieto di discriminazione e coordinamento tra sistemi impositivi. Preliminari considerazioni sulla libertà prescelta</i>	138
5. <i>Il rilievo dell'approccio prescelto</i>	143

5.1. <i>Approccio overall. Critica</i>	143
5.2. (segue) <i>E approccio per country. L'esistenza di una discriminazione e la (ir)rilevanza della doppia imposizione internazionale</i>	148
5.3.(segue) <i>Approccio per country. L'esistenza di discriminazione e la (ir)rilevanza di misure compensative aliunde adottate</i>	151
6. <i>Approccio per country e restrizioni discriminatorie. La comparabilità</i>	153
6.1. <i>Il giudizio di comparabilità. La declinazione delle categorie della fonte e della residenza nel diaframma della discriminazione</i>	154
6.2. (Segue) <i>Comparabilità e differenti tecniche impositive</i>	161
6.3. (Segue) <i>Comparabilità e alternative tra regimi impositivi</i>	164
7. <i>La rilevanza dell'approccio "per country" (anche nell'apprezzamento delle cause di giustificazione)</i>	169
7.1. <i>La coerenza fiscale dei sistemi tributari interni</i>	170
7.1.2. <i>Una peculiare traduzione del principio di coerenza fiscale. La territorialità dell'imposta</i> ...	172
7.2. (Segue) <i>Il rischio di evasione o elusione fiscale internazionale e la (il)legittimità di misure nazionali antiabuso meramente compensatorie del prelievo estero (reputato) non congruo</i>	173
8. <i>Osservazioni intermedie sull'approccio "per country" ...</i>	177
9. <i>"Aperture", presunte o reali, all'approccio overall</i>	178
9.1. <i>La territorialità da causa di giustificazione a principio coordinatore delle rispettive sfere d'imposizione. Il caso del trasferimento di residenza</i>	179
9.1.1. (segue) <i>La dissociabilità delle vicende reddituali nell'ordinamento di destinazione dagli effetti tributari provocati nello stato di origine. Il trasferimento di impresa dall'estero in Italia</i>	181
9.1.2. (segue) <i>Profili problematici della coniugazione in chiave temporale del principio di territorialità, rispetto alla valorizzazione dei beni da parte dell'ordinamento di destinazione: (indiretta) convalida della tesi che dissocia gli</i>	

effetti tributari nell'ordinamento di destinazione da quelli formati nell'ordinamento di partenza.	184
9.2. Propagazioni del principio di territorialità nel contesto di alcune discipline specifiche. La simmetria tra redditi e perdite nelle discipline sulle controlled foreign companies	185
9.3. Il superamento della territorialità. La (parziale) reviviscenza dell'approccio overall nel riconoscimento delle perdite infragruppo tra stato di residenza e stato di stabilimento (in forma di controllata o stabile organizzazione). Critica	187
9.4. La progressiva approssimazione al criterio metodologico per country nelle fattispecie concernenti i dividendi in entrata	188
10. Conclusioni	194

-

INTRODUZIONE E PREMESSE DI METODO

1. Quando, circa tre anni fa, ho intrapreso la ricerca i cui frutti sono confluiti in queste pagine, era mio interesse verificare i profili di incidenza del diritto europeo sulla tassazione dei redditi d'impresa nello stato della fonte. Stabilire, cioè, se il diritto comunitario prefigurasse dei limiti – diversi da quelli desumibili dai principi tributari interni, nonché dalle regole indicate nelle cc.dd. convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni – alla tassazione territoriale dei redditi imprenditoriali con carattere transnazionale.

Queste prime riflessioni si riallacciavano ad alcuni rilevanti arresti della Corte di Giustizia delle (allora) Comunità Europee, con cui, gradualmente, venivano erosi gli spazi di sovranità impositiva degli stati membri allorquando questi esercitassero tale sovranità come “stato della fonte” reddituale, ossia nella fissazione della pretesa fiscale vantata nei riguardi dei non residenti.

Tra le tante, le pronunce *Schumacker*, *Denkavit International*, *Amurta*, *Scorpio*, *Bouanich*, *Gerritse*, offrivano alcuni spunti per ripensare in chiave antidiscriminatoria e concorrenziale i sistemi di tassazione reddituale alla fonte, superando le rigidità connesse all'applicazione del principio di non discriminazione di matrice convenzionale – indissolubilmente legato, come noto, ad un criterio di nazionalità⁽¹⁾ – e

¹ L'articolo 24 del Modello di Convenzione OCSE, al paragrafo 1, nella sua versione inglese recita: “*Nationals of a Contracting State shall not be subjected in the other Contracting State to any taxation or any requirement connected therewith, which is other or more burdensome than the taxation and connected requirements to which nationals of that other State in the same circumstances, in particular with respect to residence, are or may be subjected. This provision shall, notwithstanding the provisions of Article 1, also apply to persons who are not residents of one or both of the Contracting States*”. Il Commentario all'art. 24 del Modello interpreta nel senso, radicale, di escludere qualsiasi comparabilità tra residenti e non residenti. Difatti, mentre il paragrafo 1

svalutando la portata degli accordi bilaterali quale strumento elettivo per l'eliminazione della doppia imposizione internazionale.

Il diritto europeo, del resto, si era da tempo imposto come fonte o formante del diritto tributario, metabolizzando, così, il definitivo tramonto della concezione kelseniana, monista, della potestà fiscale intesa come espressione tipica e inscindibile della norma d'imperio statale⁽²⁾.

L'idea che lo stato non dovesse dar conto della propria politica fiscale ad altri che a sé stesso (ossia, ai principi dell'ordinamento nazionale) ed ai propri governati – con la garanzia di un controllo affidato al consenso democratico⁽³⁾ – si rivelava, infatti, incompatibile con le prerogative di un ordinamento proteso a tutelare valori eteronomi

del Commentario all'art. 24 – nella sua forma più recente (luglio 2010) – evidenzia che “*the Article should not be unduly extended to cover so called indirect discrimination*”, il paragrafo 7 chiarisce esplicitamente che l'espressione “*in the same circumstances would be sufficient by itself to establish that a taxpayer who is resident of a Contracting State and one who is not a resident of that State are not in the same circumstances*”.

Sul principio di non discriminazione di fonte convenzionale si cfr., tra gli altri, K. VAN RAAD, *Issue in the Application of Tax Treaty Non-Discrimination Clauses*, in *Bulletin for International fiscal Documentation*, 1988, 347; K. VOGEL, *On Double Taxation Conventions*, Londra, 1997, 1286; P. ADONNINO, *General Report – Non Discrimination Rules in International Taxation*, in *IFA Cahiers de Droit Fiscal International*, Deventer, 1993; C. SACCHETTO, *Italy – Non Discrimination Rules in International Taxation*, in *IFA Cahiers cit.*; L. HINNEKENS, P. HINNEKENS, *General Report – Non-discrimination at the Crossroads of International Taxation*, in *IFA Cahiers*, 2008, Rotterdam; L. DELL'ANESE, *Il principio di non-discriminazione nel diritto internazionale tributario*, in *Dir. Prat. Trib. Int.*, 2001, I, 70; F. AMATUCCI, *Il principio di non discriminazione fiscale*, Padova, 1998, passim; ID., *La discriminazione di trattamento nel Modello OCSE*, in V. Uckmar (coordinato da), *Diritto Tributario Internazionale*, Padova, 2005, 771. Cfr. inoltre, sulle diverse configurazioni del principio di non discriminazione, B. SANTIAGO, *Non-Discrimination Provisions at the Intersection of EC and International Tax Law*, in *European Taxation*, 2009, 249.

² Tra i numerosi scritti, cfr., diffusamente, H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, 1952.

³ Sul punto, cfr. A. DI PIETRO, *Il consenso all'imposizione e la sua legge*, in *Rass. trib.*, 2012, 11.

ed antinomici rispetto all'interesse erariale, di impronta essenzialmente liberista.

Insomma, si andava sempre più diffondendo l'idea che il diritto europeo contenesse *in nuce* i principi per sostenere l'esistenza di limiti ben precisi alla potestà impositiva nazionale, e che cifra caratterizzante di quest'incidenza fosse il suo articolarsi con paradigmi originali e tendenzialmente sconosciuti alle tradizionali esperienze di allocazione internazionale della pretesa tributaria.

2. L'interesse per il tema che qui si affronta nasce da alcune considerazioni ulteriori.

Una volta appurata la rilevanza dei principi comunitari quali limiti alla formazione della pretesa fiscale, pareva meritevole di considerazione se il diritto europeo promuovesse, esso stesso, dei criteri per la *coesistenza* tra i differenti sistemi reddituali degli stati membri.

La coesistenza tra differenti sistemi reddituali, e la sovrapposizione tra pretese impositive che ne consegue, infatti, sembrano destinate, strutturalmente, ad entrare in conflitto con un ordinamento promotore dell'integrazione economica.

Occorre dunque stabilire se il diritto europeo, in chiave con dette esigenze, possa avanzare soluzioni per la ripartizione della potestà impositiva tra i diversi stati membri; più in particolare, se la coesistenza implichi, come suo contraltare (imposto dal diritto comunitario), il necessario riconoscimento di una priorità nella tassazione dei redditi transnazionali, in capo ad uno piuttosto che all'altro stato membro.

Quesiti cui va data risposta senz'altro positiva se si guarda al diritto comunitario derivato.

Invero, ancorché non pensate per ragioni fiscali, ma per soddisfare esigenze proprie del mercato interno (soprattutto con riguardo alle attività economiche strutturate in forma di gruppo), le direttive in materia di fiscalità diretta suggeriscono chiari modelli di riparto della pretesa impositiva tra stati, individuando criteri di priorità/esclusività nella tassazione di determinate categorie reddituali (in questo senso, le direttive cc.dd. "madre-figlia" e "interessi e canoni"), sì da concentrare il prelievo della ricchezza in un unico stato membro.

Di contro, i principi fondamentali del diritto europeo – indicati nei Trattati istitutivi delle Comunità e dell’Unione Europea e, ora, nel Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea – non offrono appigli sicuri per affermare l’esistenza di analoghi parametri di ripartizione, su di un piano più generale: è, cioè, ben più arduo stabilire se gli stessi principi del diritto europeo sottintendano un insieme di regole di coordinamento⁽⁴⁾, cui dovrebbe essere conformata la pretesa impositiva degli stati membri e, in particolare, se il diritto europeo primario obblighi gli stati a rispettare certi paradigmi di simmetria o complementarietà degli imponibili e delle imposte reddituali.

3. Il tentativo che qui ci si propone è ricostruire, in chiave sistematica, le regole giuridiche del coordinamento impositivo nella tassazione reddituale, verificando se il diritto europeo, nel suo attuale stadio di evoluzione, stabilisca criteri originali per il riparto della potestà impositiva tra gli stati membri.

Una riflessione di questo tipo non può, a mio avviso, ignorare quanto accade nel diritto interno e nel diritto internazionale, cui è dedicata la **Prima Parte** del lavoro.

Qui, emergono forme improprie e, per dir così, acerbe, di coordinamento impositivo, giacché, in quest’ambito, non si rintraccia una tendenza al soddisfacimento di istanze superiori e condivise: a differenza che nel contesto comunitario, infatti, la composizione degli interessi fiscali lasciata a iniziative unilaterali (le quali appaiono, invero, concettualmente antitetiche rispetto ad una soluzione di “coordinamento”) o bilaterali, obbedisce a istanze *proprie* dei singoli

⁴ Nella dottrina, sono occasionali gli studi organici del fenomeno giuridico del coordinamento. In tutti, vi è la consapevolezza che, pur volendo ricavare un concetto utilizzabile nell’ordinamento giuridico, tale concetto sarebbe necessariamente mobile in relazione alle esigenze del singolo ambito normativo al cui interno esso trova applicazione. Secondo V. BACHELET, *Coordinamento (voce)*, in Enc. Dir., X, Milano, 1962, 631, la parola coordinamento ha una larga diffusione nel linguaggio comune, sia in relazione ai rapporti tra pubblici poteri e iniziativa personale e di gruppo, sia in rapporto al necessario riassetto organico da dare all’azione dei pubblici poteri per evitare conflitti contraddizioni, interventi a fini contrastanti.

stati della comunità internazionale e ne rispecchia l'assetto che essi stessi scelgono di dare alla *propria* politica fiscale internazionale.

Si noterà, in particolare, che la prima ed embrionale manifestazione del coordinamento deve rintracciarsi nella territorialità dell'imposta e nelle categorie – residenza, fonte, tassazione mondiale e territoriale, esenzione e credito d'imposta – che ad essa si riannodano. In quest'ambito, i criteri del coordinamento sono individuati, unilateralmente, dallo stato impositore, tramite l'adeguamento della propria pretesa a quella fissata da altri stati di pari grado. Il coordinamento, qui, è proteso alla realizzazione di prerogative, squisitamente interne, di equilibrata e perequata ripartizione dei carichi pubblici, in chiave con esigenze di eguaglianza, solidarietà e giustizia (anche sostanziale) del prelievo⁽⁵⁾.

Nel quadro internazionale e, in particolare, nelle convenzioni contro le doppie imposizioni, il coordinamento aderisce a criteri in parte analoghi: invero, le convenzioni internazionali rispondono a esigenze di tutela dell'interesse fiscale nazionale, nonché di massimizzazione del reddito nazionale reale acquisibile a tassazione in ciascuno stato, nella convinzione che ciò accresca l'efficienza nell'allocazione delle risorse nell'economia internazionale ed il reddito reale distribuibile tra gli stati che a questa economia partecipano⁽⁶⁾.

4. Fatte queste premesse, si vedrà che solo nel diritto europeo (**Seconda Parte**), il coordinamento nella tassazione reddituale obbedisce a criteri distinti dall'interesse fiscale.

In questo scenario, un rinnovato interesse per il coordinamento impositivo discende, appunto, dall'esistenza di un ordinamento sovranazionale, dai tratti peculiari e originali (**Capitolo II**), con cui l'interesse degli stati deve confrontarsi e conformarsi. Un ordinamento che nasce, anzi, per la tutela di diritti e libertà economiche strutturalmente antitetici rispetto all'interesse fiscale, che, per sua stessa indole, appare come un elemento distorsivo del mercato interno e non

⁵ Su questi profili, cfr., da ultimo, F. GALLO, *Disuguaglianze, giustizia distributiva e principio di progressività*, in *Rass. trib.*, 2012, 287.

⁶ In questi termini, E. LANCELLOTTI, *Accordi internazionali in materia tributaria*, in *Enc. Giur. Treccani*.

neutrale sulle relazioni economiche tra stati membri. Un ordinamento, inoltre, la cui caratteristica saliente consiste, come noto, nell' idoneità a generare situazioni giuridiche soggettive direttamente in capo ai singoli, che se ne possono avvalere, anche davanti ai giudici nazionali. nei confronti degli stati membri e delle istituzioni comunitarie.

Insomma, in quest'ambito il coordinamento non è né semplice adeguamento della pretesa fiscale (com'era in chiave unilaterale), né strumento di riparto delle pretese fiscali (com'era in prospettiva bilaterale), ma si atteggia a categoria giuridica originale e tipica del diritto europeo, che proprio in questa veste traduce esigenze di *market access* e *market equality* proprie del mercato interno.

Come si è già indicato, la valutazione del coordinamento, in questo contesto, non può tuttavia prescindere dalla considerazione degli strumenti giuridici (diritto primario, diritto derivato, *soft law*) impiegati per realizzarlo.

A questi profili saranno dedicati i **Capitoli III e IV**.

PRIMA PARTE

- CAPITOLO I -
IL “COORDINAMENTO” IMPOSITIVO TRA STATI NEI RAPPORTI
TRIBUTARI INTERNAZIONALI

Sommario: 1. *L'endiadi tassazione mondiale/tassazione territoriale nel quadro dei modelli di “coordinamento” tra sistemi impositivi* - 1.1. *Capital import vs. capital export neutrality* - 1.2. *Esenzione e credito d'imposta quali proiezioni del modello di politica fiscale prescelto dallo stato di residenza* - 1.3. *Crisi del modello di tassazione mondiale nel paese della residenza e tendenze attuali degli ordinamenti* - 2. *Il “coordinamento” dal punto di vista delle scienze giuridiche. Diversità di approcci e (mancanza di un) inquadramento generale del tema* - 3. *Aspetti unilaterali del “coordinamento” impositivo: (i) la territorialità dell'imposta* - 3.1. *L'efficacia e l'estensione della norma tributaria nello spazio* - 3.2. *Le diverse varianti della territorialità: la territorialità in senso formale...* - 3.3. *... E la territorialità in senso materiale* - 4. (segue) *Gli strumenti unilaterali del “coordinamento”: (ii) l'eliminazione della doppia imposizione internazionale* - 4.1. *La doppia imposizione (e la doppia non imposizione) giuridica internazionale* - 4.3. *L'eliminazione della doppia imposizione internazionale nell'unilaterale apprezzamento dello stato di residenza del reddituario* - 4.3.1. *Il credito d'imposta* - 4.3.2. *Cenni al foreign tax credit riconosciuto nell'ordinamento italiano (art. 165, D.P.R. n. 916/1986, c.d. testo unico delle imposte sui redditi)* - 4.3.3. *L'esenzione* - 4.4. *Ulteriori propaggini del “coordinamento” impositivo nell'unilaterale prospettiva dello stato di residenza* - 5. *Il “coordinamento” nelle convenzioni contro le doppie imposizioni. Il Modello OCSE* - 5.1. *Articolazione delle convenzioni internazionali basate sul Modello di Convenzione OCSE* - 5.2. *Convenzioni bilaterali e coordinamento nei casi di doppia residenza* - 5.3. *Convenzioni bilaterali e regole distributive. La tendenziale recessività dell'interesse fiscale dello stato della fonte* - 5.4. *Specificità del credito d'imposta e dell'esenzione nelle convenzioni internazionali basate sul Modello di Convenzione OCSE*

1. L'endiadi tassazione mondiale/tassazione territoriale nel quadro dei modelli di "coordinamento" tra sistemi impositivi

Nel diritto tributario internazionale⁷) è avvertita, molto più che in altri settori dell'ordinamento, l'esigenza di sondare le «leggi

⁷ La formula riportata nel testo, diritto tributario internazionale, tende oggi verso un significato onnicomprensivo, il quale accoglie sia le manifestazioni del diritto tributario interno volte a disciplinare fenomeni con elementi di ultraterritorialità (ossia, il diritto tributario internazionale in senso proprio), sia gli aspetti – in genere denominati con la diversa formula diritto internazionale pubblico – che attengono il diritto internazionale pubblico nella materia tributaria. Secondo la dottrina più risalente, d'altro canto, quest'ultima locuzione si presta(va) a indicare un fenomeno ancora diverso, riguardante l'insieme delle norme internazionali che disciplinano l'imposizione e la riscossione dei tributi internazionali dovuti da soggetti dell'ordinamento internazionale; potendo quindi utilizzarsi la locuzione di diritto internazionale tributario solo riconoscendo la natura tributaria ai contributi internazionali dovuti dagli Stati alle organizzazioni internazionali di cui sono membri.

Stante l'equiordinazione e reciproca indipendenza degli Stati della comunità internazionale, tuttavia, la stessa dottrina escludeva che nel contesto internazionale potessero verificarsi fenomeni analoghi a quelli oggetto del diritto tributario nazionale, dovendosi concludere, quindi, per l'inesistenza di un diritto internazionale tributario nel senso poc'anzi inteso. Cfr., tra gli altri, G. TESAURO, *Il finanziamento delle organizzazioni internazionali*, Napoli, 1969, 8; M. UDINA, *Diritto internazionale tributario*, Padova, 1949, *passim*. Secondo una visione più ampia – fatta propria dalla stessa dottrina citata (cfr., in particolare, M. UDINA, *Diritto internazionale tributario (voce)*, in *Nov.mo Dig. Italiano*, V, Torino, 1964, 932, che ravvisava l'inadeguatezza di una formula nel senso innanzi inteso – tuttavia, il diritto internazionale tributario dovrebbe comprendere le norme dell'ordinamento internazionale che hanno lo scopo di disciplinare l'esercizio della attività dei singoli Stati diretta all'emanazione delle normative interne in materia tributaria e all'attuazione delle norme stesse. In questo senso, M. CHRETIEN, *A la recherche du droit International commun*, Paris, 1955, *passim*. Cfr., al riguardo, l'esauriente ricostruzione di G.C. CROXATTO, *Diritto internazionale tributario (voce)*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. comm.*, IV, Torino, 1989. G.A. MICHELI, *Profili critici in tema di potestà di imposizione*, in *Riv. Dir. Fin. Sc. Fin.*, 1964, I, 16; ID., *Problemi attuali di diritto tributario nei rapporti internazionali*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1965, I, 222.

economiche che costituiscono il presupposto e il substrato delle norme giuridiche positive»⁽⁸⁾.

In questo settore del diritto contemporaneo, è, infatti, immediatamente apprensibile la contaminazione di idee sviluppatesi nell'analisi economica e l'ibridismo concettuale che connotano la ricerca⁽⁹⁾, nonché l'urgenza di soluzioni giuridiche che appaghino i modelli economici di partenza.

Lo stesso filone di indagine che qui ci proponiamo di sviluppare, riguardante il coordinamento dei sistemi impositivi nella tassazione reddituale, ha ampiamente attinto – e in parte risentito, aspetto sul quale vi è consapevolezza diffusa da parte dei cultori della nostra materia⁽¹⁰⁾ – dalla coeva riflessione sugli assetti di politica economica preferibili sul piano internazionale.

A beneficio di un approccio unitario alla materia, che ricompona la contrapposizione tradizionalmente intesa tra le due varianti della fiscalità internazionale – il diritto tributario internazionale e il diritto internazionale tributario, nel senso poc'anzi inteso – milita la dottrina più recente (cfr., tra gli altri, R. CORDEIRO GUERRA, *Diritto tributario internazionale – Istituzioni*, Padova, 2012, 16).

⁸ Così, G.A. MICHELI, *Corso di diritto tributario*, Torino, 1970, 11.

⁹ D'altra parte, considerazioni analoghe valgono per tutti il diritto tributario – che è ramo dell'ordinamento funzionale all'acquisizione delle risorse che permettono il sostenimento dell'ordinamento – nel cui ambito hanno evidente e innegabile rilevanza concetti mutuati dall'economia delle finanze e dal diritto finanziario.

¹⁰ Nel recente *General Report*, in *Key practical issues to eliminate double taxation of business income*, IFA Cahiers vol. 96b, 2011, The Hague, G. BLANLUET e P. DURAND evidenziano (pagina 19): “*Although double taxation is a recurrent theme in international taxation, the various methods for relief of double taxation have never been studied by IFA as such. One reason may be that such a topic raises fundamental questions that have a lot to do with politics and economics but little with taxation. Interestingly enough, the famous distinction between capital export neutrality and capital import neutrality, which is still unanimously cited as supporting rationale for adopting an exemption or credit system, was invented and popularized by Richard Musgrave and his wife Peggy Musgrave, who were both economists, such as the so called capital ownership neutrality or national ownership neutrality theories*”.

Del resto, una consapevolezza di come argomenti prettamente economici abbiano influito sul dibattito tra gli studiosi del diritto tributario in chiave

In specie, la ricerca di soluzioni giuridiche al “problema” del coordinamento, fino a tempi recenti, è stata centrata sulla contrapposizione tra i modelli di *capital import* (neutralità fiscale esterna) e *capital export neutrality* (neutralità fiscale interna), e sulle ricadute che detti modelli hanno sulla distribuzione tra stati (importatori di capitali ed esportatori di capitali) della ricchezza reale⁽¹¹⁾⁽¹²⁾.

internazionale, era già ben radicata. Al riguardo, si v., tra gli altri, lo storico contributo di K. VOGEL, *Worldwide vs. source taxation of income – A review and re-evaluation of arguments (Part I)*, in *Intertax*, 8-9/1988, 216 ss., il quale esordisce evidenziando come “*neutrality, or its underlying basic criterion, efficiency of capital allocation, clearly is an economic aspect*” e che “*policy discussion on matters of international taxation has been almost exclusively pursued by economists*”.

¹¹ Immanente all’enunciazione di siffatti modelli, come noto, sta(va) la considerazione che le imposte reddituali non potessero mai ritenersi completamente neutrali rispetto alle scelte di investimento, rendendosi così necessaria una verifica di quale, tra *capital import* e *capital export neutrality*, implicasse minori distorsioni nell’allocazione geografica di fonti e impieghi, nonché quale di essi meglio potesse generare una solidarietà interstatale volta alla crescita delle economie emergenti e sottosviluppate (c.d. *internation equity*), al di là dei particolarismi nazionali e delle politiche protezionistiche.

La riflessione condotta nell’ambito delle scienze economiche obbediva, quindi, essenzialmente, alla ricerca di un ottimo nella dislocazione interstatale dei redditi reali, sì da orientare gli investimenti nei paesi in cui la redditività attesa, al lordo delle imposte, fosse più elevata; e nella parallela – ma non sempre con la prima conciliabile – ambizione a favorire lo sviluppo delle economie più arretrate attraverso manovre sulla variabile fiscale.

¹² La riflessione attorno ai richiamati modelli è stata guidata, in particolare, dagli economisti statunitensi. Tra gli altri, oltre agli studi di Richard e Peggy Musgrave di cui abbiamo già detto, cfr. J.G. GRAVELLE, *Foreign Tax Provisions of the American Jobs Act of 1996*, 72 *Tax Notes*, 1996, 1165; D.J. ROUSSLANG, *Deferral and the Optimal Taxation of International Investment Income*, 53 *National Tax Journal*, 2000, 589; M.A. SULLIVAN, *Economic Analysis: A Challenge to Conventional International Tax Wisdom*, 113 *Tax Notes*, 2006, 951; H. GRUBERT, J. MUTTI, *Do Taxes Influence Where U.S. Corporations Invest?*, 53 *National Tax Journal*, 2000, 825.

Sicché è da qui che occorre partire per consentire un migliore e congruo inquadramento del fenomeno che qui occupa; consapevoli, tuttavia, che le categorie che ci apprestiamo a esaminare esauriscono la loro valenza in un contesto meta-giuridico e possono, tutt'al più, rilevare come parametro di valutazione di conformità della norma tributaria (con caratteri di ultraterritorialità) alla propria *ratio* economica.

1.1. Capital import vs. capital export neutrality

Con il sintagma *capital import neutrality*, come noto, si indica il modello di politica economica e tributaria incline a garantire l'eguale trattamento del capitale investito all'interno dello stato, a prescindere dalla sua provenienza; con esso viene dunque conferito rilievo al luogo in cui l'investimento è effettuato senza tener conto dello stato di residenza o domicilio dell'investitore⁽¹³⁾.

La *capital import neutrality*, si è sostenuto, consentirebbe ai capitali, quale ne sia la provenienza, di competere in posizione di parità in uno stesso mercato domestico. In questo senso, come si è suggestivamente argomentato, "*business competes with business, not owners with owners*"⁽¹⁴⁾.

La *capital export neutrality* denomina, di converso, il modello di politica economica internazionale contrassegnato dall'indifferenza del prelievo rispetto alle scelte di localizzazione dell'investimento: nella prospettiva del singolo stato, l'investitore o l'impresa (nazionale o residente subisce il medesimo carico impositivo qualsiasi sia la provenienza (i.e. la fonte) dei propri redditi⁽¹⁵⁾.

Laddove il primo criterio tende, dunque, a soddisfare la neutralità del prelievo in relazione all'ubicazione dell'impresa o

¹³ Cfr., tra gli altri, E. KEMMEREN, *Principle of Origin in Tax Conventions: a rethinking of models*, Dongen, 2001, 33.

¹⁴ Cfr., tra gli altri, M.J. GRAETZ, M.M. O'HEAR, *The "Original Intent" of US International Taxation*, in *Duke Law Journal* 1997 (46), 1036, i quali mutuano l'espressione da T.S. ADAMS, *Fundamental Problems of Federal Income Taxation*, in *Quarterly Journal of Economics* 1921 (35), 542.

¹⁵ Cfr., in questo senso, B.J. ARNOLD-M.J. MC INTYRE, *International Tax Primer*, Kluwer Law International, 2002.

dell'investitore (in relazione, quindi, alla "residenza"), il secondo è orientato a ottenere la neutralità in relazione al collocamento del capitale (in relazione, cioè, per impiegare la terminologia più comune tra gli studiosi, alla "fonte" di reddito).

Prima di procedere oltre, conviene, d'altra parte, precisare un punto.

Quale che sia il modello di politica fiscale prescelto (*capital import* o *capital export neutrality*), v'è unanime consenso tra gli studiosi delle scienze economiche sulla correttezza della tassazione del reddito nel paese in cui lo stesso è stato prodotto, a prescindere da chi (residente o non residente) abbia contribuito a produrlo, in particolare nei casi in cui lo stesso derivi da un'attività di tipo imprenditoriale: sul fatto, cioè, che lo stato che ha apprestato le condizioni economiche e giuridiche perché il reddito potesse sorgere – condizioni delle quali il contribuente ha beneficiato – possa altresì esigerne la relativa "compensazione", i.e. i tributi⁽¹⁶⁾.

¹⁶ Tra gli altri, si v. D. PINTO, *Exclusive source or residence based taxation – is a new and simpler world tax order possible?*, in *Bulletin for International Taxation*, 2007, 7, 277: "it is the source country, as the place of income generating activity, rather than the country in which the income producer resides (i.e. residence country) that economically contributes to the production of income: therefore the source country should be compensated for its contribution". In termini analoghi, K. VOGEL, *Worldwide vs. source taxation of income*, cit., 217. Profilo distinto, rispetto a quello testé accennato, risiede invece nello stabilire le condizioni alle quali un reddito possa essere considerato prodotto in un determinato stato. Si tratta, come presto vedremo, di un profilo che investe la territorialità materiale dei tributi, ossia i limiti che ogni ordinamento incontra nella selezione dei criteri in base ai quali un reddito è "collegato" al territorio, e giustificata (o giustificabile), quindi, è la tassazione di detto reddito. In relazione alle varie forme di reddito, i criteri reali di collegamento (ossia i criteri in funzione dei quali ciascuno stato decide che un reddito è prodotto nel proprio territorio), sono diversi: si pensi ai redditi prodotti da diritti reali su beni immobili, per i quali è pacifico collocare la fonte laddove si trova il bene; o ai redditi da interessi o da canoni di licenza, per i quali la fonte (cioè l'attività produttiva del reddito) potrebbe ritenersi collocata nel luogo di residenza del debitore, nel luogo in cui è stipulato il contratto o in quello, ancora diverso, in cui si trova il bene.

La disputa tra i sostenitori dell'uno e dell'altro modello di neutralità fiscale si è dunque risolta presto in un confronto sui criteri che lo *stato di residenza* del reddituario avrebbe dovuto adottare per neutralizzare la doppia imposizione internazionale, vale a dire sui termini e la misura del riconoscimento, da parte di codesto paese, dell'imposta assolta nel c.d. *stato della fonte*⁽¹⁷⁾.

Gli estremi della disputa dottrinarica si sono, insomma, polarizzati attorno ai due opposti metodi – rilevanti, come detto, nella prospettiva dello stato di residenza – dell'esenzione e del credito d'imposta, il primo rispondente a prerogative di *capital import neutrality* ed il secondo posto a presidio di obiettivi di *capital export neutrality*⁽¹⁸⁾.

1.2. Esenzione e credito d'imposta quali proiezioni del modello di politica fiscale prescelto dallo stato di residenza

Il meccanismo di esenzione, è noto, comporta che lo stato di residenza (o nazionalità) dell'investitore si astenga dal sottoporre a imposizione redditi che hanno la loro fonte al di fuori dei propri confini territoriali. Attraverso l'esenzione, vi è una ripartizione dell'imponibile tra stato di residenza del contribuente e stato della fonte del reddito, tale per cui la tassazione alla fonte "chiude" il ciclo impositivo del reddito.

In questo modo, è stato sostenuto, il capitale investito in un determinato territorio sarebbe messo in condizione di competere in posizione di parità con tutti i capitali investiti in quel territorio⁽¹⁹⁾, non subendo i condizionamenti di un ulteriore gravame fiscale nel paese di residenza dell'investitore o dell'impresa (e, ciò, indipendentemente dalla presenza o meno di un successivo "rimpatrio" dei redditi in codesto paese di residenza).

Con il meccanismo del credito d'imposta, di converso, lo stato di residenza del reddituario, una volta assoggettato a tassazione l'intero

¹⁷ Infatti, se c'è consenso sul fatto che lo stato della fonte possa sempre tassare il reddito prodotto nei propri confini, allora la pratica attuazione della neutralità interna ed esterna dipendono dall'adoperarsi, in uno o nell'altro senso, dello stato di residenza del reddituario.

¹⁸ Sul punto, cfr., diffusamente, K. VOGEL, *Worldwide vs. source taxation of income*, cit., 311.

¹⁹ In particolare, secondo R. MUSGRAVE, *Criteria for Foreign Tax Credit*, cit., 85.

reddito dei propri residenti, indipendentemente dalla localizzazione della relativa fonte (in applicazione del criterio c.d. *worldwide*), concede un credito sull'imposta così determinata, per tener conto dell'onere delle imposte già prelevate nello stato estero (o negli stati esteri) della fonte.

Tuttavia, il credito (secondo il criterio dell'imputazione c.d. "ordinaria") è, nella grande maggioranza dei paesi, contenuto nella misura dell'imposta che sarebbe stata prelevata ove l'investimento fosse localizzato nel medesimo stato di residenza – quello, cioè, concessore del credito – senza, dunque, pervenire ad una compensazione, da parte di codesto stato, del prelievo eventualmente maggiore altrove generato (il quale rimane, così, addossato al contribuente)⁽²⁰⁾.

In sostanza, la scelta del credito fa sì che la divergenza tra l'aliquota d'imposta dello stato di residenza e quella, eventualmente inferiore, dello stato della fonte gravi, per intero, sul contribuente che sceglie di esercitare la propria attività o collocare i propri investimenti all'estero, ponendosi, tra l'altro, a presidio di esigenze di perequatività del sistema, e propendendo ad assicurare la giustizia distributiva del prelievo tra i consociati (residenti) che, delle pubbliche spese, beneficiano direttamente.

I sostenitori di detto modello⁽²¹⁾ ritengono che esso meglio si presti a garantire l'efficienza allocativa, dacché, almeno in linea di

²⁰ Il metodo del credito d'imposta è di origine anglosassone. Tale metodo è stato introdotto fin dal 1916 in Grand Bretagna, peraltro con ambito limitato ai domini britannici. Solo dal 1950 la Gran Bretagna decise di estendere il metodo del credito nei confronti di altri Stati seguendo l'esempio degli Stati Uniti, ove già dal 1918 erano state adottate misure di questo tipo per eliminare la doppia imposizione dei redditi tra gli Stati federali. Cfr., per una ricostruzione storica, V. UCKMAR, G. CORASANITI, P. DÈ CAPITANI DI VIMERCATE, C. CORRADO OLIVA, *Diritto tributario internazionale*, Padova, 2012, 105 ss.

²¹ Si segnala, tra loro, la prof.ssa Peggy MUSGRAVE, la quale approfondisce i modelli di *capital import* e *capital export neutrality* elaborati, per l'ambito fiscale, dal marito Richard MUSGRAVE, stabilendo l'intima preferenza per un modello di questo secondo tipo.

Ancorché non espressa con riferimento ai richiamati modelli di politica fiscale internazionale, è identica la posizione espressa dai professori BRUINS,

principio, la scelta dell'investitore non dovrebbe essere influenzata dal livello di tassazione dei paesi in cui colloca il capitale – non tenendo ovviamente conto di altri fattori che possono orientarne le scelte (quali il rischio politico, i costi e le difficoltà amministrative e di gestione, e via discorrendo).

D'altra parte, è evidente come la sua adozione riduca l'attrattività di investimenti localizzati in paesi che applicano trattamenti impositivi più favorevoli. Difatti, la convenienza fiscale di investimenti collocati in questi paesi viene assorbita dal prelievo compiuto dallo stato di residenza dell'investitore⁽²²⁾, il quale assume una sedicente funzione "equalizzatrice".

Contro una tale evenienza, si è diffusa tra gli stati esportatori di capitale la tendenza a concedere un c.d. *tax sparing credit* per gli investimenti esteri; in virtù di codesto sistema, viene concesso un credito d'imposta agevolato a beneficio dei soggetti che investono in paesi sottosviluppati o in via di sviluppo, in misura superiore a quella che occorrerebbe per neutralizzare l'imposizione estera, derivandone, così, il rimborso, da parte dello stato di residenza, di imposte che non sono mai state versate.

1.3. Crisi del modello di tassazione mondiale nel paese della residenza e tendenze attuali degli ordinamenti

L'opzione per l'uno o l'altro modello non è scevra da assunzioni valoriali di fondo, che riflettono non solo la preferenza per un modello di politica fiscale, ma anche l'immanente predilezione per un certo modello di sviluppo economico e sociale.

Non è un caso che, contro l'approccio *worldwide* – abbinato al meccanismo del credito – suggerito per la prima volta nel Rapporto sulla Doppia Imposizione redatto dai Proff. BRUINS, EINAUDI, SELIGMAN E STAMP nel 1923⁽²³⁾, si sia schierata unanime la dottrina dei Paesi

EINAUDI, SELIGMAN E STAMP nel *Report on Double Taxation* presentato alla Commissione finanziaria della Lega delle Nazioni, a Ginevra, il 5 aprile 1923.

²² Non può, del resto, neppure essere taciuto il rischio che i paesi importatori "abusino" della leva fiscale per attrarre investimenti esteri, ancorché privi di una reale sostanza economica.

²³ Ci si riferisce a BRUINS, EINAUDI, SELIGMAN E STAMP, *Report on Double Taxation*, presentato alla Commissione finanziaria della Lega delle Nazioni, a

latinoamericani⁽²⁴⁾, la quale ha intravisto nel sistema del credito una forma di affermazione dell'imperialismo occidentale e di preservazione della supremazia dei Paesi sviluppati rispetto a quelli in via di sviluppo.

Oggi, la grande maggioranza degli Autori sembra propendere, pur con alcuni temperamenti, per un approccio *source-based*⁽²⁵⁾, in risposta alla crisi del modello di tassazione mondiale nel paese di residenza⁽²⁶⁾, alla polverizzazione delle fonti di reddito⁽²⁷⁾ e alla smaterializzazione dello stesso concetto di residenza.

Molti teorici, così, evidenziano un ritorno alle "origini", ossia a modelli di tassazione territoriale (reale) pura, nei quali il reddito venga

Ginevra, il 5 aprile 1923.

²⁴ Cfr. PALAMARUCHUK, *Plurimposición Internacional*, in *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, 10/1959, 949 ss.

²⁵ Tra gli Autori ad avvertire l'esigenza di "smantellare il dogma" della tassazione mondiale, si segnalano, in particolare, K. VOGEL, *op. loc. ult. cit.*, 217. In alcuni ordinamenti, il tema è stato assegnato all'analisi di commissioni indipendenti. Cfr., tra gli altri, UNITED KINGDOM'S INLAND REVENUE, *Double Taxation Relief for Companies*, 1999, che però conclude per la preferibilità di un sistema basato sulla residenza e sul credito d'imposta.

²⁶ Cfr., per tutti, C. SACCHETTO, *L'evoluzione del principio di territorialità e la crisi della tassazione del reddito mondiale nel Paese di residenza*, in *Riv. Dir. Trib. Int.*, 2001, 46, ove ulteriori riferimenti alla dottrina economica sul tema.

²⁷ La crisi del modello di tassazione mondiale è stata propiziata in particolare dalla volatilizzazione delle fonti reddituali, evidenziandosi, in particolare, la difficoltà dei sistemi di tassazione mondiale nello stato di residenza, di intercettare le fonti dei redditi finanziari. È stato in proposito osservato che, "*while traditional taxation on income does not pose major difficulties regarding immovable factors (real property) or slowly movable factors (labour), the situations tends to be rather more complex with movable factors because of the ease with which they move around a world where financial markets operate 24 hours a day, and because of the strong competition to attract capital flows and the mimetic effect afforded by modern financial instruments. Given such asymmetrical effects on capital and labour, states are tempted to shift tax burdens from highly movable factors to relatively slowly movable ones, such as labour, in trying to sustain their revenue base*" (in questi termini, A. SCHINDEL, A. ATCHABAHIAN, *General Report*, in *Source and residence: new configuration of their principles*, IFA Cahiers 90a, 2005, 31).

tassato esclusivamente al momento del “distacco” dalla relativa fonte, con attenuazione delle difficoltà operative connesse al “ricongiungimento” dei diversi redditi in capo alla persona, fisica o giuridica, e con la certezza che il reddito, così tassato, sia assoggettato ad almeno un prelievo.

Tali correnti non hanno tuttavia avuto decisiva presa sugli stati esportatori di capitali, alcuni dei quali hanno anzi – se vogliamo, controcorrente – creato “nuovi” modelli di residenza, in chiave antielusiva⁽²⁸⁾, ampliando la sfera dei soggetti nei cui confronti applicare la potestà impositiva mondiale⁽²⁹⁾.

Per altro verso, in alcune esperienze normative sembrano affermarsi tendenze eccentriche⁽³⁰⁾.

²⁸ V., tra gli altri, in questo senso, G. MARINO, *La residenza nel diritto tributario*, Padova, 1999, *passim*.

²⁹ Per tutti, possa valere l'esempio dell'Italia, che nel 2006 ha introdotto nuovi parametri per la fissazione della sede dell'amministrazione – e dunque della residenza – di società ed enti soggetti all'imposta sul reddito delle società. Al riguardo, i commi 5-*bis* e 5-*ter* dell'art. 73, del testo unico delle imposte sui redditi, indicano nel controllo societario un ulteriore parametro per verificare la sede dell'amministrazione. Dette disposizioni hanno, per stessa ammissione dei coevi chiarimenti ministeriali (Circ. n. 28/E del 2006), carattere antielusivo; sono in particolare finalizzate ad agevolare il compito dell'amministrazione finanziaria nel colpire quelle fattispecie in cui le plusvalenze sono realizzate per il tramite di società interposte esterovestite – le quali rivestono funzioni di *conduit* – aggirando il regime di imponibilità delle plusvalenze vigente nell'ordinamento tributario italiano. In argomento, si v. G. CORASANITI, P. DÈ CAPITANI DI VIMERCATE, *La nuova presunzione di residenza fiscale dei soggetti IRES*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2007, 97; M. ANTONINI, *Note critiche sulla presunzione in tema di residenza fiscale di società ed enti introdotta dal D.L. 4 luglio 2006, n. 223*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2006, IV, 178; D. STEVANATO, *La presunzione di residenza delle società esterovestite: prime riflessioni critiche*, in *Corr. Trib.*, 2006, 2953; G. MARINO, R. LUPI, *Quale valore sistematico per le nuove disposizioni sulla residenza in Italia delle “holding” estere?*, in *Dial. Dir. Trib.*, 2006, 1013; A. VIOTTO, *Considerazioni di ordine sistematico sulla presunzione di residenza in Italia delle società holding estere*, in *Riv. dir. trib.*, 2007, I, 269.

³⁰ Un rapporto del 2003 (*Draft manual for negotiation of bilateral tax treaties between developed and developing countries*, United Nations) indica come Stati che

La progressiva convergenza di alcune giurisdizioni fiscali, dichiaratamente ispirate a criteri di tassazione mondiale (cui si correla la concessione di un credito per i redditi esteri), su schemi esentativi applicati in relazione ad alcune tipologie di redditi, e la speculare tendenza dei sistemi a base territoriale verso forme di accreditamento dell'imposta estera, attenuano il rigore delle classificazioni tradizionali, lasciando emergere soluzioni spurie non estranee a considerazioni di effettività e pratica attuabilità del prelievo tributario.

In questo quadro, sono significative le esperienze tributarie francese, tedesca e brasiliana, che – pur in principio aderendo ad un modello di tassazione mondiale – esentano il reddito d'impresa residenti prodotto mediante stabili organizzazioni localizzate all'estero; oppure il regime anglosassone dei c.d. soggetti "*resident not domiciled*", i quali sono tassati sui redditi di fonte estera solo al momento in cui rimpatriano detti redditi nel territorio del Regno Unito, virando, così, su moduli di reddito-consumo.

2. Il "coordinamento" dal punto di vista delle scienze giuridiche. Diversità di approcci e (mancanza di un) inquadramento generale del tema

Le suggestioni provenienti dal dibattito, di matrice economica, tra sostenitori della *capital import* e *capital export neutrality*, sono per lungo tempo rimaste "sotto pelle" nella riflessione giuridica circa la corretta articolazione dei poteri impositivi nello scenario internazionale.

La costante, sia pure talvolta inespressa, esigenza della dogmatica tradizionale di giustificare modelli e strumenti (esistenti, i.e. *de iure condito*) di tale articolazione facendo riferimento ai suddetti modelli di politica fiscale internazionale⁽³¹⁾ e la correlata tendenza ad approcci

assoggettano a tassazione il reddito su base esclusivamente territoriale i seguenti: Bolivia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Hong Kong, Kenya, Malaysia, Nicaragua, Panama, Paraguay, Singapore e Uruguay.

³¹ Al riguardo, G. FRANSONI, *La territorialità nel diritto tributario*, cit., 403, evidenzia come nella elaborazione dei principi ai quali deve essere ispirato il coordinamento attuato tramite le convenzioni contro le doppie imposizioni, il dibattito si concentri essenzialmente sull'alternativa tra *capital export neutrality* e *capital import neutrality*, ossia concetti che riflettono esigenze proprie del mercato e

ibridi⁽³²⁾, hanno sottratto energie alla ricerca degli strumenti e dei modelli giuridici attraverso cui il coordinamento tra sistemi impositivi avrebbe potuto, in concreto, realizzarsi.

Fino a tempi recenti, infatti, era convinzione diffusa che il coordinamento impositivo tra stati dovesse essere concepito secondo chiavi di lettura proprie del diritto internazionale pubblico, e che l'interfaccia elettiva del coordinamento fosse riducibile a quelle manifestazioni di volontà – sottoforma di accordi bi- o multi-laterali – con cui gli stati acconsentissero ad una limitazione reciproca (all'esercizio) della rispettiva sovranità fiscale.

In questa cornice, era predominante l'idea che i modelli di coordinamento dovessero ricalcare gli evocati principi economici di neutralità fiscale, e che gli strumenti precipui per poterlo conseguire fossero rintracciabili negli accordi internazionali (multilaterali, o, più spesso, bilaterali) contro le doppie imposizioni.

Invero, la crescente permeabilità degli ordinamenti domestici a regole eteronome e a soluzioni giuridiche non normativizzate, anche in aree tradizionalmente refrattarie all'erosione di spazi di sovranità, sembrano oggi suggerire un atteggiamento diverso, non monolitico, di fronte ai fenomeni del coordinamento impositivo.

In questa diversa ottica, il coordinamento dovrebbe essere inteso come fenomeno mobile, che si presta ad essere descritto in funzione delle contrapposte categorie dell'arretramento e dell'espansione: l'una (arretramento) a indicare le situazioni in cui uno stato declina la propria pretesa impositiva rispetto a quella di altri stati (ad esempio rinunciando al prelievo su materia imponibile già *aliunde* tassata); l'altra (espansione) da individuarsi nelle ipotesi in cui uno stato attrae nella propria sfera impositiva fattispecie che, altrimenti, ne sarebbero escluse (quelle fattispecie che, in sostanza, derogano alla struttura del prelievo che lo stesso stato si è scelto di attribuire).

Poste tali premesse, si cercherà di valorizzare, di seguito, tre distinti livelli di indagine.

della concorrenza.

³² Per tutti, cfr., ancora, K. VOGEL, *Worldwide vs. source taxation of income*, cit., 217.

Occorrendo tenere separati, in specie: (i) un aspetto domestico del coordinamento, (ii) un aspetto bilaterale e, infine, (iii) un aspetto comunitario.

Tenuto conto dei differenti sistemi di valori cui ciascuno aderisce, sia sul piano del diritto interno, sia sotto il profilo degli assetti convenzionali (bilaterali o multilaterali), sia, infine, sul piano dell'ordinamento comunitario, è possibile concepire strumenti e modelli di coordinamento – questi direttamente implicati dai primi – specifici e, reciprocamente, non interferenti.

Procediamo con ordine.

3. Aspetti unilaterali del “coordinamento” impositivo: (i) la territorialità dell'imposta

Se si esamina il coordinamento in una prospettiva unilaterale, ossia considerando gli strumenti (e corrispondenti modelli) di cui ogni stato dispone per articolare (delimitandola o espandendola) la propria pretesa fiscale in relazione a quella espressa da altri ordinamenti, si rileverà subito come la prima ed embrionale – ancorché sottintesa – manifestazione del coordinamento possa rintracciarsi nel principio di territorialità dell'imposta.

Nella sua variante materiale⁽³³⁾, detto principio, come noto, obbedisce all'esigenza di giustificare il prelievo in funzione di indici di

³³ L'aspetto materiale è solo una delle molteplici variabili della territorialità. Difatti, in primo luogo, si parla di territorialità in senso formale per indicare il limite all'efficacia, o secondo una diversa prospettiva alla validità, delle norme tributarie nello spazio; sempre di territorialità in chiave formale, si parla quando ci si riferisce ai limiti di efficacia o validità degli atti amministrativi di accertamento o di riscossione del credito tributario. A fronte della concezione “formale” della territorialità, ve n'è poi una materiale, che riguarda, nello specifico, i contenuti che la legge tributaria può assumere, ossia gli atti, fatti e accadimenti che possono assurgere ad oggetto della stessa. Sul tema, su cui si ritornerà diffusamente nel prosieguo, si cfr., senza pretese di esaustività, C. SACCHETTO, *Territorialità (diritto tributario)*, in Enc. Dir., XLIV, Milano, 1992, 304; R. LUPI, *Territorialità del tributo*, in Enc. Giur. Treccani, XXXI, Roma, 1994; A. MANGANELLI, *Territorialità dell'imposta*, in Dig. Disc. Priv., sez. comm., XV, Torino, 1998, 366; G.C. CROXATTO, *La imposizione delle imprese con attività internazionale*, Padova, 1965, 21; G.A. MICHELI, *Problemi*

appartenenza del contribuente alla collettività (politica), le cui spese è chiamato a finanziare.

Come tale, la territorialità è espressione di solidarietà tributaria e di capacità contributiva, intesa quest'ultima quale criterio di riparto dei carichi pubblici⁽³⁴⁾ – entrambi, pur con sfumature e significati differenti, presenti nelle tradizioni giuridiche più radicate⁽³⁵⁾ – dando rilevanza alla causa finanziaria del prelievo⁽³⁶⁾.

La territorialità sarebbe intesa, dunque, a dare ingresso a esigenze ordinamentali essenzialmente divaricate rispetto a quella, parimenti avvertita, ma inesprimibile coi richiamati criteri dell'appartenenza e

attuali di diritto tributario nei rapporti internazionali, in *Dir. Prat. Trib.*, 1965, I, 217; G. FRANSONI, *La territorialità nel diritto tributario*, Milano, 2004, e R. BAGGIO, *Il principio di territorialità ed i limiti alla potestà tributaria*, Milano, 2009.

³⁴ Sarebbero, cioè, questi stessi principi – in particolare quello che impone il riparto delle pubbliche spese in ragione della capacità contributiva individuale – a esigere una relazione tra presupposto e collettività, essendo il dovere tributario riferibile solo ai soggetti appartenenti alla collettività organizzata, la quale, di regola, è identificabile con riferimento ad un determinato territorio. In questi termini, G. FRANSONI, *La territorialità nel diritto tributario*, Milano, 2004, 391. L'Autore aggiunge che "là dove sussiste effettiva appartenenza alla collettività secondo il diritto interno e, quindi, il tributo risulti al tempo stesso complessivamente coerente rispetto al sistema tributario dello stato, la legittimità dell'applicazione del tributo non dovrebbe risultare dubbia neppure dal punto di vista del diritto internazionale"; e ciò "nel senso di ritenere lecito, secondo il diritto internazionale, l'esercizio della *jurisdiction* tutte le volte che la disciplina normativamente introdotta, al di là del suo specifico contenuto, sia idonea a realizzare o promuovere uno specifico interesse dello stato giudicabile come «*sufficiently strong*» ovvero avente una «*reasonable relation*» con l'insieme degli interessi riferiti alla collettività".

³⁵ Sul tema, cfr., tra gli altri, V. UCKMAR, *Principi comuni di diritto costituzionale tributario*, Padova, 1999, *passim*.

³⁶ Sulla capacità contributiva quale canone di riparto delle pubbliche spese in linea con criteri di ragionevolezza, cfr. F. MAFFEZZONI, *Il principio di capacità contributiva nel diritto finanziario*, Torino, 1973, *passim*; F. MOSCHETTI, *Il principio di capacità contributiva*, Padova, 1973, *passim*; ID., *Capacità contributiva*, in *Enc. Giur. Treccani*, V, Roma, 1988.

della solidarietà tributaria, concernente la ripartizione interstatale delle pretese impositive⁽³⁷⁾.

Nondimeno, diversi commentatori hanno ritenuto che il principio di territorialità potesse valere come criterio equilibratore delle diverse potestà impositive anche su un piano internazionale, ipotizzandosi, in specie, una sua valenza a delimitare lo spazio di intervento dello stato rispetto ad accadimenti estranei al proprio territorio⁽³⁸⁾: in particolare, il recepimento generalizzato un principio di tassazione strettamente territoriale – in funzione del quale l’oggetto delle leggi d’imposta può essere costituito dalle sole fonti di reddito collocate nel territorio dello stato possono essere – in contrapposizione al principio di tassazione mondiale – che viceversa attira nel presupposto dell’imposta anche fatti materiali accaduti altrove – avrebbe reso, di fatto, superflua ogni forma di coordinamento impositivo tra stati, dacché nessun attrito tra pretese concorrenti avrebbe potuto determinarsi in una simile situazione. La territorialità avrebbe, per dir così, assolto la funzione di “valvola regolatrice” delle rispettive pretese d’imposta.

Come si vedrà più avanti, la territorialità, intesa nella sua variante materiale, è criterio che produce i predetti effetti solo in parte; da sola, cioè, non crea armonia, non dissolve le sovrapposizioni di pretese impositive né si presta a colmare i cc.dd. vuoti d’imposta.

Prima, però, di guardare a questo profilo, conviene fare chiarezza sul concetto (materiale) di territorialità delimitandolo rispetto agli affini

³⁷ Invero, la solidarietà e l’appartenenza si misurano rispetto alla collettività statale, e non rispetto ad una, peraltro non meglio precisata, comunità internazionale.

³⁸ In particolare, cfr. C. SACCHETTO, *Territorialità (diritto tributario) (voce)*, cit., evidenza che, con l’affermarsi delle scuole di dottrina anglosassone, più attente agli aspetti empirici ed operativi, il principio di territorialità, pur esaminato come una delle categorie fondamentali del pensiero giuridico, degrada da “principio” a “criterio” di politica economica, inteso a ripartire tra le potestà di imposizione dei diversi stati materia imponibile avente carattere di internazionalità, nell’intento pratico di realizzare da un lato la neutralità fiscale negli scambi commerciali internazionali e dall’altro l’equità in senso verticale (in capo al singolo operatore internazionale), mentre in precedenza la preoccupazione era di realizzare l’equità in senso orizzontale (tra stati).

ambiti – entrambi involgenti la dimensione spaziale dell’obbligazione d’imposta – dell’efficacia della norma tributaria nello spazio e della territorialità in senso formale.

3.1. L’efficacia e l’estensione della norma tributaria nello spazio

L’efficacia della legge tributaria nello spazio indica l’idoneità della norma tributaria a esplicare effetti in tutto il territorio dello stato impositore, e soltanto in esso.

Si tratta, com’è evidente, di questione distinta rispetto all’identificazione dei fatti che la legge tributaria statale può regolare, la quale attiene, più propriamente, l’estensione di codesta legge nello spazio (anche riferita come territorialità in senso materiale)⁽³⁹⁾.

Tale distinzione assume grande rilievo, essendo netta la differenza tra i limiti dell’ambito territoriale entro cui può essere esercitata la potestà tributaria espressione di sovranità – coincidenti con il territorio statale – ed i limiti, tendenzialmente assai più ampi, dello spazio nel quale accadono i fatti che ogni legislatore statale può assumere a fondamento della propria pretesa tributaria.

Secondo la dottrina più risalente⁽⁴⁰⁾, in particolare, l’individuazione dei primi evocherebbe un problema eminentemente giuridico, attenendo la definizione geografico-materiale del “territorio dello stato”, e risolvendosi, dunque, nell’interpretazione ed applicazione di norme generali del diritto pubblico; di converso, il secondo problema (quello attinente l’estensione della norma tributaria) sarebbe, essenzialmente, di carattere politico.

L’indagine concernente l’individuazione dell’efficacia della norma tributaria nello spazio si risolve, dunque, nella ricerca dei confini entro i quali può esplicarsi il potere sovrano dello stato.

³⁹ A tal riguardo, cfr., tra i primi Autori a tracciare tale distinzione, A. BERLIRI, *Principi di diritto tributario*, Milano, 1952, 103; A.D. GIANNINI, *Istituzioni di diritto tributario*, Milano, 1972, 39, e, in termini generali, R. MONACO, *L’efficacia della legge nello spazio*, Torino, 1952.

⁴⁰ Sul punto, cfr. ancora, A. BERLIRI, *op. loc. ult. cit.*, 103, nonché A.D. GIANNINI, *op. loc. ult. cit.*, 40; U. FORTI, *Il diritto dello Stato sul territorio*, in *Studi di diritto pubblico*, Roma, I, 1937; T. PERASSI, *Paese, territorio e signoria nella dottrina dello Stato*, in *Riv. Dir. pubbl.*, 1912, I, 147.

Questa ricerca – se pure si volesse aderire ad una concezione mobile tra i concetti di sovranità e territorio⁽⁴¹⁾ – non potrà che essere risolta sul piano del diritto internazionale pubblico: la porzione di territorio nella quale può essere esercitata la sovranità risulta inscindibilmente implicata da una situazione di effettivo ed incontrastato possesso, la quale può conseguire soltanto ad un riconoscimento (anche implicito), da parte della comunità internazionale, del potere ivi esercitato dallo stato⁽⁴²⁾.

Ne segue che l'unico spazio in cui la norma tributaria esplica la propria efficacia è dato dai confini nazionali, e all'interno di tali confini non potrà darsi – se non in ipotesi eccezionali⁽⁴³⁾ – l'efficacia di altre

⁴¹ Rileva, tra gli altri, M. MANETTI, *Territorio dello Stato*, in Enc. Giur. Treccani, che nonostante la descrizione del fenomeno "Stato" contenga abitualmente un riferimento al concetto di territorio, resta spesso ambigua la natura della relazione che unisce i due termini, data la molteplicità di significati che alla luce del pensiero giuridico si intrecciano nell'espressione territorio.

⁴² Secondo D. DONATI, *Stato e territorio*, Roma, 1924, 248, le norme interne potrebbero, astrattamente, anche affermare la sovranità dello stato su zone che ad esso non spettano in base al diritto internazionale; ma tali norme, benché valide per i sudditi dello stato – costituiscono una finzione giuridica rispetto agli altri stati, che non ne sono vincolati. Pertanto, salvo casi eccezionali, l'ordinamento interno non determina autonomamente l'estensione del territorio, ma rinvia al diritto internazionale generale o pattizio, in modo da garantirsi anche contro le ingerenze degli altri stati.

⁴³ A.D. GIANNINI, *op. loc. ult. cit.*, 41, identificava, in proposito, alcune situazioni paradigmatiche: «a) anzitutto per effetto dell'occupazione bellica può cessare o subire una diminuzione la sovranità dello stato, il cui territorio sia in tutto o in parte occupato; e, viceversa, l'occupante può estendere le sue leggi al territorio, sul quale esercita, sia pure provvisoriamente, la sovranità; b) possono, poi, le leggi stesse dello stato escludere determinate porzioni del territorio statale dall'applicazione di singole imposte: così, ad esempio, l'art. 1 della legge 17 luglio 1942, n. 907, esenta dal monopolio di stato sul sale i territori della Sicilia, Sardegna e delle minori isole ad esse adiacenti nonché dei comuni di Livigno e Campione d'Italia; e l'art. 1 della legge 25 settembre 1940, n. 1424, indica i territori che, essendo considerati fuori della linea doganale, sfuggono all'applicazione dei singoli tributi.»

norme tributarie se non quelle poste dallo stato. Ci si riferisce, qui, alla esclusività della norma tributaria nel territorio dello stato.

Concepita in questi termini, l'efficacia della norma tributaria nello spazio appare una tematica esteriore alla questione, che qui si affronta, del coordinamento impositivo. Invero, l'impermeabilità di ogni stato all'efficacia giuridica (ossia al vincolo) di leggi tributarie che promanano da altri ordinamenti, rende ultronea la verifica del coordinamento tra i rispettivi spazi di efficacia delle norme nazionali. D'altro canto, l'eventuale "eccesso" di sovranità rispetto a tali limiti statali, regolabile secondo assetti propri della territorialità formale (che qui di seguito ci si accinge a trattare), metterà normalmente capo ad una violazione dell'altrui sovranità e ad un illecito secondo il diritto internazionale generale.

3.2. Le diverse varianti della territorialità: la territorialità in senso formale...

Come noto, si suole distinguere un aspetto formale della territorialità, da uno – quello che in questa sede più da vicino interessa – materiale.

La territorialità in senso formale riguarda il problema dei limiti territoriali della potestà di attuazione del prelievo, da intendersi come potere di dare, alle norme tributarie, concreta attuazione nell'ambito del territorio su cui è riconosciuta ed esercitata la sovranità⁽⁴⁴⁾.

Invero, la proiezione dello stato nella comunità internazionale, nella quale interagisce con altri soggetti dotati delle medesime caratteristiche, evoca, di per sé, l'idea che debbano esserci dei limiti – oltre che al potere di detto Stato di istituire tributi relativamente a presupposti che si realizzano in tutto o in parte al di fuori dei propri confini – all'attività amministrativa volta all'esazione concreta del debito tributario⁽⁴⁵⁾.

⁴⁴ Naturalmente, l'attuazione della norma prescinde dalla In questo senso, è interesse dello Stato recuperare le imposte anche nei confronti di soggetti non (più) residenti nel proprio territorio.

⁴⁵ Cfr. G.C. CROXATTO, *La imposizione delle imprese con attività internazionale*, Padova, 1965; A. MICHELI, *Problemi attuali di diritto tributario nei rapporti internazionali*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1965, 217; C. SACCHETTO, *Territorialità (diritto tributario) (voce)*, cit., 305.

Sicché, la pretesa impositiva di uno stato non potrà essere concretamente realizzata – attraverso l’espletarsi di atti di accertamento o di esazione del credito tributario – all’interno del territorio di un diverso stato senza che questo appresti la sua necessaria collaborazione, acconsentendo alla cooperazione delle sue autorità amministrative con quelle dello stato esigente la realizzazione della propria pretesa fiscale e, in particolare, dando esecuzione all’interno dei propri confini dei comandi da quest’ultimo posti.

Del resto, la valutazione d’illiceità dell’esercizio della coercizione all’esterno dei confini territoriali è un *proprium* del diritto internazionale pubblico, che impregna, come tale, (anche) la disciplina dell’attività di attuazione dei tributi all’estero⁴⁶).

Com’è stato osservato, infatti, vuoi che si intenda il territorio come ambito della “giurisdizione” nel senso più ampio del termine, come ambito di competenza, oppure, ancora, come qualità

Secondo la dottrina più risalente, un problema di territorialità si presenterebbe esclusivamente nel momento “formale”, ossia in sede di pratica attuazione dell’obbligo d’imposta. Tra gli altri, G.C. CROXATTO, *La imposizione*, cit., 47, evidenziava che «per il diritto internazionale le norme hanno semplicemente natura di un programma di future azioni, per cui ad esempio una norma che ricollega una obbligazione tributaria ad una fattispecie che si verifica all'estero o nei confronti di residenti all'estero, corrisponderebbe ad una dichiarazione dello Stato che esso procederà allo svolgimento delle attività connesse all'imposizione, ma che appunto in quanto non è che mera dichiarazione preventiva del comportamento dello Stato, essa non produce alcuna conseguenza dal punto di vista dell'ordinamento internazionale. Si avrebbe violazione del diritto internazionale solo nel caso in cui lo Stato volesse attuare la suddetta norma, svolgendo la propria attività in territorio soggetto alla esclusiva sovranità di un altro Stato senza che esso vi consenta». Nello stesso senso S. STEVE, *Sulla tutela internazionale della pretesa tributaria*, in *Riv. Dir. Fin. Sc. Fin.*, 1940, I, 246; C. BERLIRI, *Principi di diritto tributario*, Milano, 1952, 119; A.D. GIANNINI, *I concetti fondamentali del diritto tributario*, Torino, 1956.

⁴⁶ Sul tema, tra gli altri, C. SACCHETTO, *La tutela all'estero dei crediti tributari dello Stato*, Padova, 1978, *passim*; ID., *L'evoluzione della cooperazione internazionale tra le Amministrazioni finanziarie statali in materia di IVA e imposte dirette: scambio di informazioni e verifiche incrociate internazionali*, in *Boll. Trib.*, 1990, 492 ss..

dell'ordinamento, in tutti i casi l'ente territoriale è dotato di un potere esclusivo di governo del territorio medesimo e non è possibile ammettere che altro ente vi svolga attività materiale, in genere, ed attività coercitive in particolare⁽⁴⁷⁾. Ogni forma di intromissione implica la lesione dell'altrui sovranità, costituendo un illecito secondo il diritto internazionale⁽⁴⁸⁾.

Fatte queste premesse, si noterà che il principio di territorialità concepito in chiave formale, al pari dell'efficacia della norma tributaria nello spazio, della quale costituisce corollario, non si presta ad assumere alcun rilievo nel quadro del coordinamento tra potestà impositive statuali, in quanto non implica alcun arretramento/espansione delle pretese fiscali coinvolte.

Qui viene in rilievo un problema distinto, ossia quello del coordinamento (o, meglio, della cooperazione) tra autorità amministrative tributarie, che va, più correttamente, inteso come verifica dei presupposti, dei limiti e degli effetti, secondo il diritto interno e internazionale, dell'attività amministrativa svolta a beneficio di autorità fiscali (e, quindi, di pretese fiscali) estere.

3.3. ... E la territorialità in senso materiale

Veniamo, dunque, all'aspetto che in questa sede maggiormente interessa.

Come altri settori dell'ordinamento, rispetto ai quali rilevano vicende connotate da elementi di transnazionalità⁽⁴⁹⁾ – o, se si preferisce,

⁴⁷ Cfr. G. FRANSONI, *La territorialità nel diritto tributario cit.*, 60, nonché la dottrina citata alla nota 131 (tra gli altri, L. FUMAGALLI, *Conflitti di giurisdizione nell'assunzione di prove all'estero*, Padova, 1990, 121).

⁴⁸ In questi termini, cfr. G. FRANSONI, *op. loc. ult. cit.*, 60 s., il quale rammenta, alla nota 132, come vengano fatte salve alcune ipotesi di particolare rilevanza come i casi in cui vengano in rilievo delitti contro l'umanità o quando il potere è esercitato nell'interesse comune della comunità internazionale. Cfr., anche, B. CONFORTI, *International law and the role of domestic legal systems*, Dordrecht-Boston-London, 1993, 152.

⁴⁹ Il pensiero corre, in primo luogo, al diritto internazionale privato. In questa branca del diritto, come noto, è frequente il richiamo alla legge di ordinamenti rispetto ai quali la fattispecie – negoziale, matrimoniale, societaria, e via

di estraneità rispetto ad un unico ordinamento – anche il diritto tributario valorizza, come rilevanti ai fini della delimitazione del presupposto d'imposta, episodi materiali dotati di "punti di contatto" con il territorio dello stato⁽⁵⁰⁾.

L'individuazione dell'elemento territoriale dell'imposizione sui redditi risponde all'esigenza di individuare un legame ragionevole tra la capacità contributiva manifestata dal presupposto e l'ordinamento cui la norma che disciplina il tributo appartiene, delimitando così la sfera di applicazione del tributo nazionale⁽⁵¹⁾.

Per diverso tempo, la dottrina si è interrogata sui margini di discrezionalità del legislatore nella selezione dei parametri territoriali occorrenti all'affermazione del vanto impositivo.

Nelle prime trattazioni sul tema, la territorialità in senso materiale, ricondotta al concetto generale di sovranità, è stata intesa in un'accezione assai ristretta, che ammetteva tra i presupposti impositivi unicamente fatti collocabili nel territorio dello stato; in particolare, si riteneva che ciascuno stato non potesse esercitare la propria sovranità che entro il proprio territorio, e, costituendo tale sovranità il fondamento della potestà tributaria, ne conseguiva la delimitazione territoriale della potestà (normativa) tributaria⁽⁵²⁾. Un simile modello,

discorrendo – presenta punti di contatto.

⁵⁰ In questi termini si esprime G. FRANSONI, *La territorialità nel diritto tributario cit.*, 2.

⁵¹ Cfr. *inter alia*, A. FANTOZZI, *Il diritto tributario*, Torino, 2003, 206; C. SACCHETTO, *Territorialità (dir. trib.) (voce)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1992, 312; R. LUPI, *Territorialità del tributo*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1994; G. FRANSONI, *La territorialità nel diritto tributario*, Milano, 2004, 5 ss.; G. MARINO, *La relazione di controllo nel diritto tributario*, Padova, 2008, 297; M. UDINA, *Diritto internazionale tributario, cit.*, 183 ss.

Sull'esigenza di giustificare costituzionalmente del prelievo in termini di capacità contributiva, e sulla necessaria partecipazione alle spese pubbliche di quei soggetti per i quali si presuppone un rapporto solidale e quindi una partecipazione alla comunità sociale, v. F. MOSCHETTI, *Il principio della capacità contributiva*, Padova, 1973, 213.

⁵² Cfr., sul tema, A. MANGANELLI, *Territorialità dell'imposta (voce)*, in *Dig. Disc. Comm.*, Torino, 1998.

com'è intuibile, gemmava da contesti economici caratterizzati dall'immobilità delle fonti di ricchezza (dunque, in sistemi a prevalente vocazione agricola o nelle prime economie industriali), cui era consequenziale abbinare moduli impositivi di marca squisitamente reale⁽⁵³⁾.

L'evoluzione delle economie moderne verso una maggiore integrazione dei mercati, e la contestuale progressione dei sistemi tributari moderni verso forme di tassazione personale ha gradualmente provocato l'abbandono di una concezione rigida di territorialità, a beneficio di impostazioni più blande e pragmatiche⁽⁵⁴⁾.

All'inizio, è addirittura prevalsa l'idea che la legislazione tributaria dovesse essere completamente scevra da qualunque vincolo nella fissazione dei presupposti territorialmente rilevanti⁽⁵⁵⁾. Limiti che, invece, rivivevano tutti nella fase di pratica attuazione del prelievo (ossia sotto il profilo sopra trattato della territorialità in senso formale).

Metabolizzato, di seguito, il concetto che la legislazione tributaria non fosse immune a vincoli di carattere territoriale alla stregua di qualsiasi emanazione della sovranità statale, si è ritenuti operanti detti limiti in ipotesi, comunque, assai sfumate.

⁵³ Sull'interrelazione tra forme di ricchezza e moduli impositivi, cfr., tra gli altri, E. FAZZINI, *Attività economiche ed imposizione fiscale, Profili storico-sistematici*, Padova, 2005, passim. Cfr., inoltre, A. FEDELE, *Imposte reali ed imposte personali nel sistema tributario italiano*, in Riv. dir. fin. sc. fin., 2002, 451.

⁵⁴ Cfr., ancora, A. FEDELE, *Imposte reali ed imposte personali nel sistema tributario italiano*, cit., 451.

⁵⁵ Notava A.D. GIANNINI, *Istituzioni di diritto tributario*, cit., 41, che il principio di sovranità statale, di cui la potestà tributaria costituisce una delle più salienti manifestazioni, importa che lo stato, e più precisamente il suo potere legislativo, non incontra alcun vincolo giuridico nel collegare un tributo ad una qualsiasi situazione di fatto ovunque si verifichi, a meno che non si tratti di uno stato a sovranità limitata, ovvero di uno stato federale, ove la Costituzione o la legge in genere determinano l'ambito della potestà dello stato stesso nei confronti di quella degli altri stati membri o nei rapporti di questi ultimi fra loro. Pur nello stato sovrano e unitario, però, è regola politica, non giuridica, che il tributo debba colpire una situazione di fatto che si verifichi nell'ambito del suo territorio.

Nella grande maggioranza degli Autori moderni e contemporanei – e nonostante punti di partenza differenti – è, infatti, prevalsa la tesi che giustifica il prelievo sulla scorta di un nesso ragionevole (*genuine or effective link*) tra presupposto e territorio dello stato impositore⁵⁶.

In alcuni, la necessità di siffatto collegamento ragionevole è stata ricondotta ad una consuetudine internazionale, simile a quella, sussistente nel diritto internazionale generale, che vieta di imporre allo straniero prestazioni o comportamenti che non si giustificano con una “sufficiente relazione” dello stesso (o dei suoi beni) alla comunità

⁵⁶ Nel diritto internazionale pubblico, si contrappongono, come noto, una visione – basata sugli esiti della giurisprudenza *Lotus* (Corte permanente di giustizia internazionale, sentenza n. 9 del 7 settembre 1927) – tendente ad escludere la presenza di limiti di diritto internazionale alla potestà legislativa nazionale, ed una che, viceversa, ritiene che la potestà normativa debba reggersi su un sostrato di collegamento effettivo tra fatto e territorio.

La richiamata sentenza *Lotus*, affermato l’obbligo di non esercitare il potere di governo in territorio altrui, non implica che lo Stato non possa esercitare, nel suo territorio, la sua “giurisdizione” relativamente ai fatti verificatisi ed ai soggetti esistenti all’estero, trattandosi di una prerogativa che si fonda sul concetto di sovranità. In particolare, la Corte ha osservato che, “lungi dal negare in via generale agli Stati di estendere le proprie leggi e la propria giurisdizione a persone, beni ed atti al di fuori del territorio, è loro lasciata, a questo riguardo, un’ampia libertà, che non è limitata se non in qualche caso da norme cogenti; negli altri casi, ciascuno Stato resta libero di adottare i principi che esso giudichi i migliori e i più utili” (traduzione dal testo francese). Cfr., al riguardo, R. BAGGIO, *Il principio di territorialità ed i limiti alla potestà tributaria*, Milano, 2009, 9, nota 23.

La seconda impostazione testé richiamata considera, viceversa, lecita l’attività legislativa statale solo quando siano utilizzati criteri di collegamento che esprimano un “contatto effettivo” tra il fatto con elementi di estraneità e lo Stato che intende disciplinarlo.

Tesi analoghe sono germinate nella materia tributaria, affermandosi, da un lato e in epoca più risalente, l’inesistenza di limiti di diritto internazionale all’attività legislativa statale (cfr., nella dottrina italiana, S. STEVE, *Sulla tutela internazionale della pretesa tributaria*, in Riv. Dir. Fin. Sc. Fin., 1940, I, 259), dall’altro, l’opposta necessità della sussistenza di un legame ragionevole o effettivo con il territorio (c.d. *reasonable or genuine link*).

territoriale⁽⁵⁷⁾. Per questa parte della dottrina, posto che non vi sarebbero motivi per non applicare simile principio anche alla materia fiscale, avrebbe dovuto affermarsi l'impossibilità di esigere nei riguardi delle genti straniere prestazioni tributarie non giustificate dalla loro stabile presenza, dal compimento di attività, dal possesso o dalla produzione di beni o di redditi nel territorio dello Stato⁽⁵⁸⁾.

Secondo altri, l'affermata esigenza di un collegamento effettivo tra fatto e territorio sarebbe, di converso, stata implicata dalle caratteristiche precipue dell'obbligazione tributaria e dai principi che ne sorreggono l'attuazione.

L'effettività della norma tributaria – cioè, l'idoneità di questa ad essere attuata ed applicata dallo stato attraverso la normale attività dei suoi organi amministrativi – sarebbe inconciliabile con la previsione di fattispecie imponibili prive di qualsiasi concreto collegamento tra presupposto e l'ordinamento giuridico o il territorio dello stato⁽⁵⁹⁾⁽⁶⁰⁾.

Gli stessi principi costituzionali di solidarietà e capacità contributiva comporterebbero, d'altra parte, la necessità di una relazione, percepibile come ragionevole, tra il presupposto d'imposta e (ente pubblico esponenziale della) collettività di appartenenza del contribuente, poiché il dovere tributario è riferibile solo ai soggetti

⁵⁷ Cfr., tra gli altri, B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Torino, 2002, 229; B. NASCIMBENE, *Il trattamento dello straniero nel diritto internazionale ed europeo*, Milano, 1984, 27.

⁵⁸ Cfr., tra gli altri, M. UDINA, *Il diritto internazionale tributario*, Padova, 1949, 85; BISCOTTINI, *Diritto amministrativo internazionale*, Padova, 1966, 364; V. UCKMAR, *La tassazione degli stranieri in Italia*, Padova, 1955, 22; F.A. MANN, *The doctrine of jurisdiction in international law*, in *Studies in International Law*, Oxford, 1973, 96; per una esauriente sintesi ricostruttiva, cfr., inoltre, R. BAGGIO, *Il principio di territorialità ed i limiti alla potestà tributaria*, Milano, 2009, 15 ss.

⁵⁹ Tra gli altri suoi scritti, si cfr. G.A. MICHELI, *Corso di diritto tributario*, Torino, 1984, 95.

⁶⁰ Secondo il chiaro Autore, l'esigenza di un concreto collegamento tra il presupposto ed il territorio sembrerebbe, quindi, prodromica al soddisfacimento dell'interesse pubblico alla concreta esecuzione del prelievo, la quale sarebbe del tutto velleitaria ove il vanto della pretesa tributaria fosse espresso nei riguardi di un soggetto privo di alcun rilevante legame con il territorio dell'ordinamento.

inseriti nella collettività organizzata, identificabile con riferimento ad un determinato territorio⁽⁶¹⁾.

Quale che sia, ad ogni modo, la giustificazione sottesa alla teoria del "nesso ragionevole", nessuno più dubita che codesto nesso sussista nella gran parte delle legislazioni tributarie nazionali: queste, come noto, fondano il prelievo delle imposte reddituali sulle categorie della fonte e della residenza. E, salvo che i criteri costitutivi dell'una e dell'altra siano effimeri o puramente casuali⁽⁶²⁾, vi è un generale consenso sull'idoneità di tali categorie a caricarsi di un legame ragionevole o genuino tra presupposto e territorio⁽⁶³⁾.

⁶¹ Così, G. FRANSONI, *La territorialità nel diritto tributario*, Milano, 2004, 391, il quale specifica che "là dove sussiste effettiva appartenenza alla collettività secondo il diritto interno e, quindi, il tributo risulti al tempo stesso complessivamente coerente rispetto al sistema tributario dello stato, la legittimità dell'applicazione del tributo non dovrebbe risultare dubbia neppure dal punto di vista del diritto internazionale"; e ciò "nel senso di ritenere lecito, secondo il diritto internazionale, l'esercizio della *jurisdiction* tutte le volte che la disciplina normativamente introdotta, al di là del suo specifico contenuto, sia idonea a realizzare o promuovere uno specifico interesse dello stato giudicabile come «*sufficiently strong*» ovvero avente una «*reasonable relation*» con l'insieme degli interessi riferiti alla collettività".

⁶² Questa eventualità, d'altronde, non è remota. Si pensi, ad esempio, alla nozione di "residenza fiscale" esistente nel nostro ordinamento, il cui riferimento alla "iscrizione anagrafica" può determinare, in capo ad un soggetto che abbia trasferito residenza e domicilio civilistici all'estero rimanendo semplicemente iscritto nell'anagrafe della popolazione residente, la tassazione sui redditi ovunque prodotti. A tacer dei profili costituzionali interni, non v'è dubbio che anche sul piano internazionale l'iscrizione anagrafica mal s'attagli a legittimare un prelievo tributario sui redditi ovunque prodotti, avendo essa finalità essenzialmente statistiche per consentire alla pubblica amministrazione di avere in ogni momento una relativa certezza sulla composizione e sui movimenti della popolazione. Su tali profili, cfr. G. MELIS, *Vincoli internazionali e norma tributaria interna*, in Riv. Dir. Trib., 2004, I, 1083.

⁶³ Certo è – ma si tratta di profilo che la brevità di queste riflessioni non consente di approfondire adeguatamente – che, pur nella loro astratta adeguatezza ad esprimere un legame di appartenenza del contribuente alla collettività statale – ai cui fabbisogni è chiamato a concorrere – non si può in assoluto escludere che, negli

Bisogna poi prendere atto – ai fini che qui più da vicino occupano – di come, benché sorretta da argomenti persuasivi, la teoria del *genuine or effective link*, al di là di casi sporadici (quali, ad esempio, l'intangibilità degli stranieri per motivi di mero transito⁶⁴), l'immunità fiscale degli Stati⁶⁵ e dei diplomatici⁶⁶), non sembra comunque poter ambire a "criterio ordinatore delle concorrenti potestà di imposizione degli Stati"⁶⁷.

Difatti, l'appurata genuinità del vincolo tra presupposto e territorio non esclude che uno stesso fatto sia assunto come *elemento* del presupposto d'imposta da parte di diversi stati – come accade,

aspetti di dettaglio – ossia nell'individuazione dei criteri rivelatori della residenza (ad esempio, per le società, la sede dell'amministrazione) e della fonte (ad esempio, la stipulazione di un contratto) – le enunciate categorie non presentino profili di criticità.

⁶⁴ Su questi profili, cfr., per tutti, V. UCKMAR, *La tassazione degli stranieri in Italia*, Padova, 1955.

⁶⁵ In giurisprudenza, vedi Cass., sez I civ., 3 maggio 1978, n. 2051, in Dir. Prat. Trib., 1981, 463 ss., secondo la quale "posto che per consuetudine costituente principio del diritto internazionale generale, fra le immunità riconosciute a favore degli Stati e dei soggetti sovrani di diritto internazionale è da ricomprendersi quella tributaria, e che detta immunità si estende agli enti pubblici da tali soggetti costituiti secondo il proprio ordinamento, va negata l'assoggettabilità a prelievi tributari delle attività svolte, nel perseguimento, anche indiretto, dei propri fini istituzionali, dall'Associazione dei Cavalieri italiani del Sovrano Militare Ordine di Malta". Vedi anche Cass., sez. I, 5 novembre 1991, n. 11788.

⁶⁶ Secondo M. UDINA, *Diritto internazionale tributario*, Padova, 1949, 157, la concessione dell'immunità fiscale a beneficio dei diplomatici di altri stati configurerebbe un comportamento dettato da mera cortesia e non derivante da un obbligo giuridico; così anche G.C. CROXATTO, *Diritto internazionale tributario*, cit.; SACCHETTO, *Territorialità*, cit., 327 ss. Secondo B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, cit., 216, si tratterebbe invece di un limite previsto dal diritto consuetudinario.

⁶⁷ L'espressione, richiamata da C. SACCHETTO, *Territorialità (diritto tributario) (voce)*, in Enc. Dir., XLIV, 1992, è di H. DORN, *Welche Grundsätze empfehlen sich für da internationale Vertragrecht zur Vermeidung internationaler Doppelbesteuerung bei Einzelpersonen und Körperschaften, insbesondere bei gewerblichen Betrieben?*, in Verhandlungen des 33. Deutschen Juristentages, Berlin-Leipzig, 1925, 495.

tipicamente, nel caso in cui lo stato di residenza del contribuente assume a fondamento della propria pretesa un accadimento, riferibile al contribuente stesso, già formante oggetto della pretesa tributaria dello stato (della fonte) in cui si è manifestato – e che, quindi, in relazione al medesimo si verifichi un concorso di pretese impositive.

Insomma, la territorialità materiale, salvo non si ritorca in una radicale compartimentazione delle rispettive potestà tributarie – secondo la concezione, oggi superata, secondo cui la territorialità materiale dei tributi calca esattamente la sovranità dello stato⁽⁶⁸⁾ – non appaga le esigenze del coordinamento impositivo, rendendo necessari ulteriori strumenti per ovviare al suo problema.

4. (segue) Gli strumenti unilaterali del “coordinamento”: (ii) l’eliminazione della doppia imposizione (e della doppia non imposizione) internazionale

Venuto, dunque, meno il tentativo di estrapolare dalle regole della territorialità dell’imposta un valido criterio di coordinamento impositivo, la soluzione al problema è stata ricercata sotto il profilo, concettualmente distinto ancorché logicamente consequenziale, della (neutralizzazione della) doppia imposizione giuridica internazionale⁽⁶⁹⁾⁽⁷⁰⁾.

⁶⁸ Al riguardo, converrà ricordare ancora una volta che la concezione – sostenuta vivacemente dalla dottrina latinoamericana (cfr. PALAMARUCHUK, *Plurimposición Internacional*, in *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, 10/1959, 949 ss.) – secondo cui la fissazione dei criteri di collegamento del tributo allo stato dovesse osservare parametri di stretta territorialità, è una diretta proiezione del principio di sovranità. Sul punto, v. A. FANTOZZI, K. VOGEL, *Doppia imposizione internazionale*, in *Dig. Disc. Priv. Sez. comm.*, V, Torino, 1990, 183.

⁶⁹ Trattasi di tema concettualmente distinto, perché mentre la territorialità riguarda la selezione dei presupposti che ricadono nella sfera impositiva dello stato (quindi, *l’an*), la doppia imposizione riguarda la misura della tassazione (il *quantum*); logicamente consequenziale, poiché detta duplice imposizione postula il concorso di territorialità, cioè la coesistenza di pretese impositive distinte in ragione di vicende che le medesime assumono come elemento del presupposto d’imposta (ossia, per entrambi, territorialmente rilevante).

Il coordinamento si manifesta qui, tipicamente, sottoforma di arretramento (totale o parziale) della pretesa impositiva statutale rispetto all'imposizione di fattispecie già *aliunde* tassate.

D'altra parte, il tema in questione richiama pure il problema, esattamente speculare, della doppia non imposizione internazionale, declinato nell'area concettuale dell'elusione o dell'evasione fiscale internazionale⁷¹), ma, in un senso più ampio, riconducibile al fenomeno del coordinamento impositivo.

Nel contrastare fenomeni di doppia non imposizione internazionale, difatti, lo stato non abdica ma sopperisce alla potestà impositiva *aliunde* non esercitata, colmando un vuoto impositivo ed

⁷⁰ D'altra parte, come si vedrà, neppure il percorso ricostruttivo così tracciato si presta a risolvere tutti i problemi di coordinamento impositivo tra stati, lasciando scoperte alcune aree della tassazione (quali, ad esempio, la circolazione delle perdite d'impresa, l'imposizione dei plusvalori emergenti all'atto dei trasferimenti di residenza, la continuità dei valori fiscali nelle vicende riorganizzative del patrimonio aziendale) di rilievo non secondario, che esigono un coordinamento ulteriore da parte degli stati coinvolti.

⁷¹ Sul tema dell'elusione fiscale, dell'abuso del diritto e dell'evasione fiscale internazionale, i contributi sono sterminati. Senza pretese di completezza, di cfr., tra gli altri, P. PISTONE, *L'abuso delle convenzioni internazionali in materia fiscale*, in V. UCKMAR (coordinato da), *Corso di diritto tributario internazionale*, Padova, 1999, 483 ss.; A proposito dell'impiego del concetto di abuso nella giurisprudenza comunitaria, si cfr. F. VANISTENDAEL, *Halifax and Cadbury Schweppes: one single European theory of abuse in tax law?*, in *EC Tax Review*, 2006, 192; P. PISTONE, *L'elusione fiscale come abuso del diritto: certezza giuridica oltre le imprecisioni terminologiche della Corte di Giustizia Europea in tema di IVA*, in *Riv. dir. trib.*, 2007, IV, 18; M. POGGIOLI, *La Corte di Giustizia elabora il concetto di "comportamento abusivo" in materia IVA e ne tratteggia le conseguenze sul piano impositivo: epifania di una clausola generale antielusiva di matrice comunitaria?*, in *Riv. dir. trib.*, 2006, III, 122; per quanto attiene specificamente la trasposizione del concetto di abuso nella giurisprudenza italiana, si v. A. LOVISOLO, *Il principio di matrice comunitaria dell'abuso del diritto entra nell'ordinamento giuridico italiano: norma antielusiva di chiusura o clausola generale antielusiva? L'evoluzione della giurisprudenza della Suprema Corte*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2007, II, 736.

espandendo la propria pretesa rispetto a fattispecie che, strutturalmente, ne sarebbero altrimenti escluse.

4.1. La doppia imposizione (e la doppia non imposizione) giuridica internazionale

Com'è noto, si parla in genere di doppia imposizione giuridica internazionale quando i presupposti di imposta in due o più stati si sovrappongono e quindi le diverse leggi nazionali assoggettano due o più volte a tassazione la stessa ricchezza⁽⁷²⁾.

Sebbene fenomeni di doppia imposizione possano verificarsi anche in ambiti distinti da quello reddituale, è nel campo dei tributi diretti (in particolare nelle imposte sul reddito e sul patrimonio) che la doppia imposizione raggiunge dimensioni maggiori. La grande maggioranza degli stati combina, infatti, i criteri della tassazione del reddito mondiale per i residenti (o nazionali) e della tassazione territoriale dei redditi conseguiti da soggetti non residenti o stranieri, profilandosi così la plausibile coesistenza di pretese fiscali distinte sui medesimi accadimenti economici. D'altra parte, è evidente come effetti di doppia imposizione possano fermentare anche in ipotesi in cui non v'è sovrapposizione tra sistemi impositivi distinti (uno mondiale e uno territoriale), come potrebbe accadere, ad esempio, nel caso in cui due stati impieghino il criterio della tassazione mondiale con riferimento ad un *medesimo soggetto*, oppure entrambi considerino uno *stesso fatto economico* come scaturigine di un reddito tassabile⁽⁷³⁾.

Nonostante l'acquisito consenso circa l'indesiderabilità della doppia imposizione internazionale, la dottrina pressoché unanime⁽⁷⁴⁾

⁷² Così, A. FANTOZZI, K. VOGEL, *Doppia imposizione internazionale*, cit., 182.

⁷³ Si cfr., al riguardo, R. BAGGIO, *Il principio di territorialità ed i limiti alla potestà tributaria*, cit., 72, ove esempi nelle note.

⁷⁴ Di recente, una parte della dottrina – cfr., in particolare, P. TARIGO, *Il concorso dei fatti imponibili nei trattati contro le doppie imposizioni*, Torino, 2008, passim; ID., *La doppia imposizione giuridica internazionale come fattispecie disciplinata nei trattati bilaterali*, in Riv. dir. trib., 2009, III, 902 – tende a dissociarsi dalla più risalente impostazione secondo cui “quella di doppia imposizione non è un'espressione utilizzata da una norma giuridica e da cui dunque derivano effetti giuridici” – in questi termini A. FANTOZZI, K. VOGEL, *Doppia imposizione internazionale*, cit., 186; A. MIRAULO, *Doppia imposizione internazionale*, Milano, 1990,

ritiene che l'espressione abbia valenza meramente descrittiva, non prestandosi a enunciare uno specifico concetto giuridico⁽⁷⁵⁾, e che non esista alcuna norma di diritto internazionale generale che faccia divieto della doppia imposizione⁽⁷⁶⁾.

Ciò non ha impedito di enunciare i caratteri salienti del fenomeno, comunemente ricondotti alla (i) applicazione di imposte comparabili (ii) da parte di due o più stati (iii) a carico dello stesso contribuente (iv) per lo stesso presupposto (v) e lo stesso periodo d'imposta⁽⁷⁷⁾. Elementi che, sommati assieme, fanno sì che l'imposizione complessiva che risulta dalla tassazione del reddito in due o più stati superi quella che risulterebbe dall'imposizione complessiva da parte di ciascuno di essi⁽⁷⁸⁾.

12 – contrapponendovi la tesi per cui la doppia imposizione costituirebbe una vera e propria "fattispecie" disciplinata dai trattati internazionali, cui è ricollegato l'obbligo alla sua eliminazione.

⁷⁵ Così, A. FANTOZZI, K. VOGEL, *op.loc. ult. cit.*, 186. In proposito, è nota la distinzione tra fenomeno – non oggetto di una specifica disciplina giuridica – e fattispecie, su cui cfr., *inter alia*, A. CATAUDELLA, *Fattispecie (voce)*, in Enc. Dir. XVI, Milano, 1967; R. SCOGNAMIGLIO, *Fattispecie (voce)*, in Enc. Giur. Treccani XIV, Roma, 1989; R. MOSCHELLA, *Fatto giuridico (voce)*, in Enc. Giur. Treccani XIV, Roma, 1989.

⁷⁶ Invero, se esistesse un simile divieto di fonte consuetudinaria, dovrebbe parimenti provvedersi all'enunciazione dello stato (della fonte o di residenza) tenuto a eliminare la doppia imposizione. Le convenzioni bilaterali contro le doppie imposizioni, poi, rappresentano l'ulteriore riprova che, nel diritto internazionale generale, non esiste alcun divieto di questo genere. Sull'argomento, tra i tanti, cfr. S. STEVE, *Sulla tutela internazionale della pretesa tributaria, cit.*, 256; G.A. MICHELI, *Problemi attuali di diritto tributario nei rapporti internazionali*, in Dir. Prat. Trib., 1965, I, 217; CHRETIEN, *A la recherche du droit International fiscal comun, cit.*, 208; P. ADONNINO, *Doppia imposizione*, in Enc. Giur. Treccani, XII, Roma, 1989; NORR, *Jurisdiction to Tax and International Income*, in Tax Law Review, 1962, 431; C. SACCHETTO, *Le fonti del diritto tributario internazionale*, in SACCHETTO-ALEMANNI (a cura di), *Materiali di diritto tributario internazionale*, Milano, 2002, 6; A. MIRAULO, *Doppia imposizione internazionale, cit.*, 11; A. FEDELE, *Appunti dalle lezioni di diritto tributario*, Parte I, Torino, 2003.

⁷⁷ In questi termini, ancora, A. FANTOZZI, K. VOGEL, *op.loc. ult. cit.*, 186.

⁷⁸ Cfr., in questo senso, sempre A. FANTOZZI, K. VOGEL, *op.loc. ult. cit.*, 186.

4.2. Apprezzamento dei fenomeni di doppia imposizione e doppia non imposizione nell'unilaterale prospettiva dello stato della fonte reddituale

Benché la neutralizzazione dei richiamati fenomeni di doppia imposizione evochi, in linea di principio, l'attivarsi dello stato di residenza del reddituario – della quale ci occuperemo a breve –, non è *a priori* da escludere l'eventualità che lo stesso stato della fonte si adoperi per conseguire l'eliminazione della doppia imposizione giuridica internazionale insistente sui flussi di reddito che originano nel proprio territorio; il che può avvenire, talora per il tramite di una rinuncia ad assoggettare a tassazione codesti flussi reddituali – una volta, beninteso, verificata l'imposizione dei medesimi nello stato cui sono destinati⁽⁷⁹⁾ – talaltra, più di frequente, mediante l'adeguamento della misura del prelievo alla fonte al livello di imposizione gravante sul reddito nello stato di residenza del reddituario.

Come vedremo più avanti, la (totale o parziale) rinuncia da parte dello stato della fonte all'esercizio della potestà impositiva relativamente a fattispecie reddituali che originano nel proprio territorio, è una delle caratteristiche salienti delle convenzioni bilaterali contro le doppie imposizioni – in particolare quelle radicate sul Modello OCSE di convenzione – nelle quali, l'inespressa preferenza per un modello di tassazione mondiale nel paese di residenza del reddituario spiega la dimensione tendenzialmente recessiva dell'interesse fiscale del paese di origine del reddito.

Tuttavia, detta totale o parziale rinuncia non è prerogativa unitaria ed esclusiva delle convenzioni bilaterali, manifestandosi anche in una prospettiva unilaterale laddove lo stato della fonte valorizzi gli effetti tributari *aliunde* provocati da fattispecie reddituali che hanno origine nel proprio territorio.

Al riguardo, mette conto operare un cenno a quelle discipline, come il regime italiano concernente i redditi di capitale di fonte interna corrisposti a beneficio di soggetti residenti all'estero, che apprezzano

⁷⁹ Gli Stati Uniti applicano l'esenzione su alcuni redditi di capitale di fonte interna conseguiti da soggetti privi della cittadinanza statunitense. Al riguardo, cfr. L.J. MARSHALL, *The United States as a Tax Haven for Many Foreign Persons: Practical International Tax Planning*, Practising Law Institute, 194.

come rilevanti, ai fini della fissazione della misura del prelievo cedolare applicato sulle rendite “in uscita”, il livello d’imposizione gravante sul reddituario straniero, in specie assumendo l’eventuale sua dislocazione in uno stato o territorio a regime fiscale privilegiato a circostanza legittimante l’applicazione di un’imposta maggiore.

In realtà, in questo caso, la considerazione della doppia imposizione viene rilievo per il verosimile manifestarsi del suo opposto, ossia la doppia non imposizione.

In particolare, nel contesto esaminato, sembrerebbe che l’inferiorità del prelievo estero rispetto a quello applicato nel territorio dello stato italiano – la quale assurge a elemento costitutivo della fattispecie – anche alla luce della funzione in senso ampio compensatoria della norma, sia da intendere come antecedente logico-fattuale necessario alla modifica dell’aliquota d’imposta.

Talché, la presenza di una tassazione congrua nello stato di destinazione del provento – o in ordinamenti, diversi da quello, dove il beneficiario effettivamente risiede ed è soggetto passivo d’imposta (in relazione a quello specifico reddito) – dovrebbe essere apprezzata come fatto idoneo ad escludere la maggiorazione dell’imposta alla fonte.

4.3. L’eliminazione della doppia imposizione internazionale nell’unilaterale apprezzamento dello stato di residenza del reddituario

Ferme le riflessioni fin qui svolte, resta persuasione preponderante quella per cui l’eliminazione della doppia imposizione internazionale presupponga l’adoperarsi in tal senso dello stato della residenza del reddituario.

È infatti radicata la visione che riconduce l’eliminazione della doppia imposizione agli strumenti dell’esenzione e del credito d’imposta, misure che, come noto, ricadono sotto la responsabilità dello stato di residenza – il che peraltro non esclude che gli stessi strumenti possano essere attivati anche da parte di stati diversi da quello di residenza del reddituario, come può avvenire, ad esempio, nelle ipotesi in cui dette misure siano riconosciute da parte dello stato di localizzazione della stabile organizzazione.

Prima di indugiare sull’analisi di tali strumenti, conviene, d’altra parte, riflettere sulle sottese giustificazioni di ordine costituzionale, verificando in specie quali garanzie, sotto questi profili, verrebbero

pregiudicate ove il legislatore non preveda alcuna forma di attenuazione dell'obbligazione tributaria *aliunde* posta.

Come si vedrà appresso riguardo al regime di c.d. *foreign tax credit* di cui all'art. 165 del testo unico delle imposte sui redditi italiano, diverse possono essere le giustificazioni all'adozione di uno piuttosto che l'altro criterio di eliminazione della doppia imposizione. Resta ferma l'impressione che gli strumenti unilaterali di eliminazione della doppia imposizione internazionale non obbediscano a ragioni squisitamente fiscali, ma soddisfino prerogative di politica economica inesprimibili con i principi di eguaglianza e capacità contributiva che permeano le costituzioni tributarie dei paesi più evoluti.

4.3.1. *Il credito d'imposta*

Iniziamo, dunque, dal credito d'imposta⁽⁸⁰⁾.

Tale metodologia di eliminazione della doppia imposizione risponde a prerogative di *capital export neutrality* garantendo l'indifferenza del prelievo sui residenti rispetto alla localizzazione dei redditi, e, in tal guisa, consente di scomputare dall'imposta nazionale il tributo assolto, in un diverso stato, sui redditi colà aventi la propria fonte.

È un paradigma accolto dalla generalità degli stati che applicano codesto metodo di eliminazione della doppia imposizione, quello per cui il credito d'imposta non conduca al rimborso della parte di imposta estera eccedente quella nazionale. Il credito, cioè, è limitato alla sola quota "capiente" nella corrispondente imposta nazionale⁽⁸¹⁾.

⁸⁰ Al riguardo, conviene fin da subito evidenziare il contrasto di vedute circa la funzione del credito d'imposta (o dell'esenzione) concesso unilateralmente, tra chi (tra gli altri, M. INGROSSO, *Il credito d'imposta*, Milano, 1984, 102 ss.) ritiene che lo strumento configuri una forma di agevolazione e chi (tra gli altri, A. FANTOZZI, *Il diritto tributario*, Torino, 2003, 593) ritiene che lo stesso costituisca una condizione di razionalità del sistema. Senza prendere una specifica posizione, al riguardo, cfr., anche per una sintesi ricostruttiva, M. TURCHI, *Crediti d'imposta*, in Dig. Disc. Priv. Sez. Comm., IV, Torino, 1989, 206.

⁸¹ Al riguardo, conviene infatti osservare che la funzione del credito risiede nell'evitare un cumulo di prelievi, che innalzerebbe il livello complessivo di imposizione rispetto a quello previsto in ciascuno dei due stati, e non quella di rimborsare, per dire così "di tasca propria" al proprio contribuente le maggiori

Peraltro, a fronte di situazioni di c.d. “incapienza”, sono normalmente previsti correttivi atti a impedire che codesta imposta estera sia, radicalmente, “perduta”.

Un primo correttivo – trattasi della soluzione accolta dall’art. 165 (ex art. 15), del D.P.R. n. 917/1986 (c.d. testo unico delle imposte sui redditi) – consiste nel consentire il c.d. “riporto” dell’imposta estera incapiente nei periodi successivi a quello cui codesta imposta è riferita, così da permettere il riconoscimento integrale della tassazione estera quale che sia il livello attuale d’imposizione nello stato di residenza.

Una diversa soluzione potrebbe consistere nel ritenere l’imposta estera non capiente, alla stregua di un elemento negativo di reddito: rimedio che, quand’anche non espressamente accolto in chiave positiva, potrebbe peraltro discendere dalla struttura stessa del reddito assunto a presupposto d’imposta, in particolare nei casi – com’è quello del reddito d’impresa – in cui le entrate debbano essere depurate di tutti i costi che hanno contribuito a determinarle. D’altra parte, l’eventuale presenza, nel sistema reddituale, di norme (com’è l’art. 99 del testo unico delle imposte sui redditi) che escludono dal computo della base imponibile gli oneri di carattere tributario⁽⁸²⁾, non pare di decisivo ostacolo ad una soluzione positiva al quesito che occupa, fintantoché si considera l’imposta estera non alla stregua di un’erogazione del reddito, ma come un fatto economico necessario alla sua produzione⁽⁸³⁾.

imposte che questi ha pagato effettuando l’investimento all’estero anziché nello stato in cui risiede. Posto, ad esempio, il caso in cui un residente produca tutto il reddito in un paese estero che applica aliquote più elevate di quelle applicate nello stato di residenza, codesto stato, mediante il sistema del credito, eviterà di chiedergli imposte aggiuntive, ma non gli rimborserà le maggiori imposte pagate all’estero rispetto a quelle che avrebbe pagato in patria.

⁸² Com’è noto, l’art. 99 del testo unico delle imposte sui redditi stabilisce che “Le imposte sui redditi e quelle per le quali è prevista la rivalsa, anche facoltativa, non sono ammesse in deduzione. Le altre imposte sono deducibili nell’esercizio in cui avviene il pagamento”.

⁸³ Sembra propendere per una soluzione di questo tipo R. LUPI, *Rapporti internazionali e imposte sui redditi: regole interne e convenzionali sull’individuazione degli imponibili e sui criteri di tassazione*, in L. CARPENTIERI, R. LUPI, D. STEVANATO, *Il diritto tributario nei rapporti internazionali*, Milano, 2003, 150. D’altronde, un ulteriore

4.3.2. *Cenni al foreign tax credit riconosciuto nell'ordinamento italiano (art. 165, D.P.R. n. 916/1986, c.d. testo unico delle imposte sui redditi)*

Fatte tali premesse, conviene soffermarsi brevemente sulle caratteristiche salienti dello schema optato dal legislatore italiano, contenute all'art. 165 (*ex art. 15*), del testo unico delle imposte sui redditi, mettendone in risalto gli aspetti più critici e verificandone la coerenza rispetto ai principi che sottendono la disciplina, dai quali conviene partire.

Nella relativa indagine, possono valorizzarsi diverse prospettive.

Una prima prospettiva lega la previsione del credito d'imposta al principio di capacità contributiva di cui all'art. 53 della Costituzione: secondo questa ricostruzione, la previsione del credito sarebbe implicata dal canone di effettività, ossia l'esigenza che il prelievo sia fondato su una capacità contributiva reale e non meramente supposta, e che tale non sarebbe, invece, la forza economica già, in parte, decurtata del prelievo estero⁽⁸⁴⁾.

Al riguardo, sotto un primo profilo è immediato constatare che, laddove il tributo estero venisse concepito come fattore diminutivo della capacità contributiva, sarebbe maggiormente coerente una sua configurazione come costo incidente sulla produzione del reddito (onere

argomento favorevole alla computabilità dell'imposta estera ai fini della determinazione del reddito imponibile del soggetto residente potrebbe conseguire al riconoscimento della natura di "fatto" all'imposta estera non accreditata.

⁸⁴ V., tra gli altri, A.M. GAFFURI, *La tassazione dei redditi d'impresa prodotti all'estero*, Milano, 2008, 383, il quale evidenzia che il tenore letterale dell'art. 53 deve dimostrare un'attitudine a contribuire, cioè la disponibilità di mezzi, tratti dal presupposto, per fronteggiare adeguatamente il pagamento. Se si accede all'opinione tradizionale e più diffusa che esalta la capacità di sostenere l'obbligo fiscale – prosegue l'Autore – la concessione del credito d'imposta per eliminare la doppia tassazione internazionale è una misura indispensabile. Il reddito prodotto fuori dai confini nazionali subisce il depauperamento causato dal prelievo fiscale dello stato in cui si trova la fonte del guadagno. La frazione d'imposta italiana gravante sulla parte di reddito di cui si appropria il fisco straniero incide perciò su un elemento materiale e monetario che non è nella disponibilità del contribuente, il quale se ne è sprossato per sostenere altro prelievo.

che avrebbe potuto ridondare sull'imponibile o sull'imposta⁽⁸⁵⁾; ma, in questo secondo caso, verosimilmente non avrebbe inciso in misura integrale sull'imposta, ma solo in quota percentuale) piuttosto che come misura di abbassamento del debito d'imposta: conclusione che, oltretutto, si rivela collimante con la struttura del presupposto delle imposte reddituali, da individuarsi – secondo la dottrina più autorevole e maggioritaria⁽⁸⁶⁾ – nella titolarità giuridicamente qualificata della fonte reddituale e non (come sembrerebbe doversi ricavare accedendo alla tesi obiettata) nella sua disponibilità materiale.

D'altra parte, non può omettersi di constatare – e lo apprezziamo qui come dato di fatto – che la giurisprudenza costituzionale più recente ritiene preservato il principio di capacità contributiva ogniqualvolta la fissazione del presupposto economico obbedisca ad un ragionevole criterio di riparto⁽⁸⁷⁾.

Non provoca antinomie rispetto alla tesi qui sostenuta ritenere che detto criterio di riparto debba essere riferito al presupposto e non all'imposta: difatti, l'omissione di un meccanismo attenuativo della tassazione estera potrebbe, invero, pregiudicare la capacità contributiva solo se, di tale imposta, non si prevedesse alcuna materiale rilevanza al fine della fissazione del presupposto, cioè neppure in qualità di costo incidente sulla produzione del reddito. Si ritiene non contrasti in maniera decisiva con tale prospettazione la previsione, recata dall'art. 165, comma 4⁽⁸⁸⁾, che subordina la concessione del credito alla

⁸⁵ A seconda della struttura che si sceglie di conferire al sistema reddituale, essendo nota in proposito la maggiore propensione delle detrazioni a conseguire la progressività del tributo. Sul punto, tra gli altri, cfr. G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario, Parte generale*, Padova, 2011, *passim*.

⁸⁶ V. tra gli altri, M. MICCINESI, *Le plusvalenze d'impresa – Inquadramento teorico e profili ricostruttivi*, Milano, 1993, *passim* e in particolare 66 ss.

⁸⁷ Tra tutte, cfr. la discussa sentenza n. 156/2001, con cui la Corte costituzionale ha respinto le censure di incostituzionalità dell'imposta sulle attività produttive.

⁸⁸ Il comma 4 dell'art. 165 stabilisce che "La detrazione di cui al comma 1 deve essere calcolata nella dichiarazione relativa al periodo d'imposta cui appartiene il reddito prodotto all'estero al quale si riferisce l'imposta di cui allo stesso comma 1, a condizione che il pagamento a titolo definitivo avvenga prima della sua presentazione. Nel caso in cui

definitività del pagamento dell'imposta estera – la quale, peraltro, è pure oggetto di un'eccezione specifica per le rilevanti ipotesi che riguardano la produzione all'estero dei redditi d'impresa⁽⁸⁹⁾. Difatti, l'avvenuto pagamento definitivo dell'imposta estera appare una mera condizione obiettiva di "procedibilità" del credito d'imposta, dettata da ragioni di cautela fiscale e, come tale, non determinante sulla *ratio* costituzionale della previsione del testo unico.

Per concludere, l'art. 53 resta un appiglio senz'altro valido, ma da solo non sufficiente a spiegare l'opzione del legislatore italiano per il credito d'imposta – in luogo di altri meccanismi di considerazione della doppia imposizione internazionale, quali l'esenzione o la decurtazione del reddito in ragione dell'imposta *aliunde* assolta.

V'è poi, verso questa prima prospettiva, chi intravede nell'art. 165 una manifestazione dell'art. 11, secondo periodo, della Costituzione.

La norma, come noto, "*consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni*"⁽⁹⁰⁾. Sennonché, anche questa suggestione

il pagamento a titolo definitivo avvenga successivamente si applica quanto previsto dal comma 7".

⁸⁹ Il comma 5 dell'art. 165 stabilisce che "*Per i redditi d'impresa prodotti all'estero mediante stabile organizzazione o da società controllate di cui alla sezione III del capo II del Titolo II, la detrazione può essere calcolata dall'imposta del periodo di competenza anche se il pagamento a titolo definitivo avviene entro il termine di presentazione della dichiarazione relativa al primo periodo d'imposta successivo. L'esercizio della facoltà di cui al periodo precedente è condizionato all'indicazione, nelle dichiarazioni dei redditi, delle imposte estere detratte per le quali ancora non è avvenuto il pagamento a titolo definitivo*".

⁹⁰ In questo senso, cfr., in particolare, R. BAGGIO, *Il principio di territorialità ed i limiti alla potestà tributaria*, Milano, 2009, 234, il quale tuttavia sembra rivedere tale impostazione nella parte in cui si avvede che "parimenti conformi potrebbero considerarsi le norme interne che consentono al soggetto residente di detrarre dall'imposta italiana i tributi corrisposti all'estero in via definitiva sui redditi che concorrono a formare il reddito complessivo tassato in Italia (come quella contenuta nell'art. 165 t.u.i.r.), se non fosse che tale previsione opera anche in assenza di un sistema analogo adottato dallo Stato estero impositore, venendo meno il principio della reciprocità nella limitazione della sovranità fiscale".

appare incompleta nella parte in cui non considera che, rispetto alla versione originaria (contenuta agli artt. 18, D.P.R. n. 597/1973 e 9, D.P.R. n. 598/1973) – la quale riconosceva il credito d'imposta a condizione che nell'ordinamento della "fonte" reddituale vigesse un analogo metodo di estinzione della doppia imposizione (oppure un metodo di esenzione)⁹¹ – l'attuale istituto del credito d'imposta non contempla alcuna condizione di reciprocità; in sostanza, il credito d'imposta è ora riconosciuto anche nei riguardi di residenti che possiedono redditi in stati che, viceversa, non riconoscono alcuna forma analoga di eliminazione o attenuazione della doppia imposizione; dunque non si ataglia al richiamato precetto costituzionale nella parte in cui questo postula "le limitazioni di sovranità in condizioni di parità con gli altri Stati".

Torna, allora, l'imperativo di ricercare, nella norma in esame, la *ratio* economica che la giustifica, secondo l'insegnamento del MICHELI riportato in apertura di questo capitolo: l'intento, sotteso alla norma, di preservare la neutralità fiscale interna (*capital export neutrality*), suggerisce di valorizzare parametri costituzionali di carattere squisitamente economico, meritando particolare risalto, in proposito, il principio di eguaglianza (art. 3, Cost.) nella cornice della libera di iniziativa economica privata (art. 41, Cost.): principi che dovrebbero implicare – in un quadro di crescente *favor* per la concorrenza e, in particolare, per l'imprenditorialità all'estero – la rimozione dei vincoli all'esercizio della libertà di investimento in una dimensione di pari accesso al mercato, conseguendone la tendenziale eliminazione anche di quei vincoli – come la doppia imposizione internazionale – che impediscono una libera scelta della localizzazione delle fonti di reddito.

In buona sostanza, rispetto alla sua giustificazione in ragione dei principi costituzionali in materia tributaria (artt. 3 e 53, Cost.), potrebbe privilegiarsi una chiave di lettura della disposizione coerente con

⁹¹ Più di preciso, nella sua versione originaria – contenuta agli artt. 18, D.P.R. n. 597/1973 e 9, D.P.R. n. 598/1973 – il meccanismo del credito d'imposta prevedeva una condizione di reciprocità che decurtava il credito del 75 per cento per l'ipotesi in cui lo stato estero della fonte non avesse previsto misure analoghe per i propri residenti possessori di redditi di fonte italiana. Tale condizione di reciprocità è stata prima attenuata, per effetto del D.P.R. n. 897/1980, poi definitivamente abbandonata con l'entrata in vigore dell'art. 15 del D.P.R. n. 917/1986.

l'intento di favorire il sistema produttivo nel suo complesso, in conformità con la struttura del credito come istituto tendente alla neutralità fiscale esterna.

Veniamo, quindi, alle antinomie dell'istituto rispetto a quest'intento.

Tale sembra essere, tra le altre, il meccanismo di reciprocità stabilito all'art. 165, comma 2⁽⁹²⁾: il credito è concesso solamente in relazione ai redditi che si considerano prodotti all'estero in base a criteri reciproci a quelli fissati per la localizzazione nel territorio dello stato italiano dei redditi prodotti da soggetti non residenti⁽⁹³⁾.

Non tutti i redditi che all'estero hanno subito una tassazione permetterebbero, cioè, l'accreditamento della relativa imposta, bensì solo quelli in relazione ai quali operano, specularmente, i criteri di collegamento previsti dall'art. 23 del testo unico (in sintesi riconducibili, a seconda comunque delle specifiche tipologie reddituali, al luogo di

⁹² Il meccanismo di reciprocità è stato inserito nel testo dell'art. 165 del testo unico solo a seguito della c.d. Riforma Ires 2003. Prima di tale riforma, il precedente articolo 15 – norma omologa all'attuale 165 – non prevedeva alcun criterio di questo tipo. Nel silenzio dell'amministrazione finanziaria, la dottrina aveva elaborato spunti per giungere all'individuazione dei criteri di collegamento in virtù dei quali il reddito avrebbe potuto considerarsi come prodotto all'estero. Il ventaglio di proposte si estendeva dalla posizione di chi (G. MAISTO, *Imposizione dei redditi prodotti all'estero e competitività internazionale*, in Dir. Prat. Trib., 1981) riteneva che dovesse privilegiarsi il criterio della "fonte materiale da cui originano i redditi"; a quella di chi (S. MAYR, *La tassazione dei redditi esteri per le società di capitali*, in Boll. Trib., 1978) considerava, invece, che la configurazione di un reddito prodotto all'estero dovesse reggersi su criteri di collegamento analoghi a quelli previsti dall'allora art. 20 del testo unico per i redditi di fonte italiana prodotti da soggetti non residenti; infine, all'impostazione di chi (S. MANTOVANO, *Aspetti problematici dell'attuale disciplina del credito d'imposta*, in Fisco n. 3/1990, 360), ancora oltre, privilegiava un criterio empirico in funzione del quale dovesse valorizzarsi il "luogo di pagamento dell'imposta".

⁹³ L'art. 165, comma 2, del testo unico delle imposte sui redditi, stabilisce che "i redditi si considerano prodotti all'estero sulla base di criteri reciproci a quelli previsti dall'articolo 23 per individuare quelli prodotti nel territorio dello stato".

esercizio dell'attività, al luogo di localizzazione del bene, o al luogo di residenza del soggetto che eroga il reddito).

Colpisce, in questo contesto, la non accreditabilità di tutte quelle imposte estere che, essendo riferite a redditi non inquadrabili in alcuna delle categorie reddituali italiane o delle singole fattispecie menzionate nel citato articolo 23⁽⁹⁴⁾, mettono concretamente capo a situazioni di doppio d'imposta, la più evidente delle quali si verifica in relazione ai redditi d'impresa conseguiti senza la mediazione di una stabile organizzazione estera: infatti, in tali casi, (i) i redditi conseguiti all'estero dall'impresa residente incorreranno, nello stato della fonte, in un "trattamento isolato"; (ii) i redditi così prodotti si riterranno attratti al regime tributario d'impresa nei riguardi del soggetto residente; (iii) tuttavia, non si potranno ritenere come "prodotti all'estero", stante l'inesistenza di una stabile organizzazione cui poterli riferire. Insomma, l'asimmetria nella qualificazione reddituale tra stato della residenza e stato della fonte impedirebbe, aderendo all'impostazione più rigorosa del criterio di reciprocità, l'accREDITamento dell'imposta estera.

Sennonché, un'evenienza di questo tipo, priva di una *ratio* percepibile e criticata dalla dottrina unanime, contravviene le esigenze strutturali del credito d'imposta, rendendo inattuale e distorsiva la previsione stessa del rilevato criterio di reciprocità e traducendosi, inoltre, in una sanzione impropria – caratterizzata dal doppio d'imposta – per il mantenimento, da parte di imprese residenti in Italia, di fonti di impiego in stati esteri senza la contestuale fissazione di una sede d'affari che ne intermedia il possesso.

Invero, una soluzione coerente con la *ratio* dell'istituto, impone di coniugare il più volte richiamato criterio di reciprocità in chiave con l'esigenza di eliminare la doppia imposizione giuridica, sì da soddisfare, inoltre, la neutralità del prelievo rispetto alla localizzazione delle fonti di investimento; sicché, l'unica interpretazione che consentirebbe la parità di trattamento tra imprese munite di fonti passive nel territorio dello stato e imprese munite di fonti passive all'estero consisterebbe nel garantire, alle seconde, l'accREDITamento (ordinario, ossia fino al limite della corrispondente imposta nazionale) dell'imposta assolta all'estero

⁹⁴ Cfr., sul punto, A. CONTRINO, *Il credito per le imposte assolte all'estero*, in Aa.Vv. (diretto da F. Tesaurò), *L'imposta sul reddito delle società*, Bologna, 2007.

anche nei casi in cui queste non vi possiedano una stabile organizzazione.

4.3.3. L'esenzione

Rispetto al credito d'imposta, come noto, l'esenzione ambisce a conseguire la neutralità fiscale esterna (*capital import neutrality*).

Il sistema, consistente nella esclusione, dalla base imponibile del soggetto residente dei redditi conseguiti all'estero, è tuttora impiegato dalla maggior parte dei Paesi dell'America Latina, e, in relazione a talune fonti reddituali, anche da alcuni Paesi Europei⁽⁹⁵⁾.

In questo caso, è evidente, non si pone alcun problema di capienza dell'imposta estera in quella nazionale, dacché, diversamente dal sistema del credito d'imposta, il metodo in esame investe direttamente la misura dell'imponibile da assoggettare a imposizione nello stato di residenza.

Cionondimeno, permangono, in questa prospettiva, alcuni inconvenienti quali: (a) la (asimmetria nella) fissazione delle fonti reddituali estere; (b) la tendenziale impermeabilità del reddito interno rispetto alle vicende reddituali *aliunde* formate, e la conseguente non compensabilità "orizzontale" delle perdite estere (fenomeno da taluno suggestivamente descritto con il brocardo "*unicuique suum*", a ciascuno il suo)⁽⁹⁶⁾.

⁹⁵ Tra gli altri, la Francia utilizza il criterio dell'esenzione per i redditi d'impresa conseguiti all'estero, da propri residenti, mediante stabile organizzazione. Al riguardo, va dato comunque atto di come questo Paese – normalmente tendente a escludere dalla base imponibile i benefices tratti dalle proprie imprese domestiche all'estero – per contro assoggetti tali profitti a imposizione nel quadro delle convenzioni bilaterali contro la doppia imposizione, mettendo capo ad un'ipotesi singolare di ampliamento della potestà impositiva per effetto delle norme convenzionali (e ciò in netto contrasto con le suggestioni provenienti dalla prevalente dottrina internazionale: cfr. K. VOGEL, *On Double Taxation Conventions*, London, 1997, *passim*; K. VAN RAAD, *International coordination of tax treaty interpretation and application*, in AA.VV., *International and comparative taxation*, London, 2002, 218). Sul punto, cfr., per la dottrina francese, J. GROSCLAUDE, P. MARCHESSOU, *Droit fiscal général*, Paris, 2009, 20 ss.

⁹⁶ Al riguardo, cfr. G. MELIS, *Perdite intracomunitarie, potestà impositiva e principio di territorialità: unicuique suum?*, in *Rass. Trib.*, 2008, 1486, in commento alla

Il primo profilo (a) può metter capo a fenomeni di c.d. “doppia fonte”. Laddove, cioè, lo stato subordini l'esenzione alla verifica di una fonte estera in base a criteri speculari a quelli previsti, dallo stesso stato, per la tassazione territoriale dei non residenti – in applicazione di un criterio di reciprocità simile a quello previsto dal menzionato art. 165 del testo unico delle imposte sui redditi – è verosimile imbattersi in ipotesi di duplice imposizione. Una soluzione a questo problema, d'altra parte, può rintracciarsi nell'impiego di una metodologia di determinazione della fonte non “a specchio” (ossia in base ad un criterio di reciprocità), bensì “per difetto”: considerando, in sostanza, prodotti all'estero tutti i redditi che non si considerano prodotti nel territorio dello stato in base ai criteri di territorialità stabiliti per i non residenti. Aderendo ad un simile schema impositivo, ne deriverebbe un modello – unilaterale – di coordinamento in grado di eliminare fenomeni di doppia imposizione.

Il secondo profilo (b) può tradursi in ipotesi di duplice irrecuperabilità delle perdite. Difatti, nel caso in cui lo stato estero della fonte non ammetta, rispetto a tali perdite, alcuna compensazione – ad esempio, per il decorso del tempo massimo per effettuare il *carry-over* delle perdite pregresse – le stesse non potrebbero neppure venire assorbite dallo stato di residenza, indifferente alle determinazioni della base imponibile estera.

Rispetto a una tale eventualità, non sono, del resto, sconosciuti correttivi che agiscono direttamente sul meccanismo di esenzione, facendo sì che l'esenzione agisca sull'imposta, più che sulla base imponibile.

4.4. Ulteriori propaggini del “coordinamento” impositivo nell'unilaterale prospettiva dello stato di residenza

Esenzione e credito d'imposta non esauriscono il novero delle fattispecie in cui lo stato della residenza apprezza come rilevanti – ai fini dell'imposizione nazionale – i gravami impositivi subiti dal reddito al di fuori dei propri confini.

In questo contesto, un particolare rilievo è rivestito dalle norme di contrasto ai cc.dd. “paradisi fiscali”, connotate dall'unilaterale

sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 15 maggio 2008, causa C-414/06.

apprezzamento, da parte dell'ordinamento di residenza, della effettività e congruità dell'imposizione subita dal reddito in stati esteri: elementi, questi, la cui assenza (o mancata dimostrazione) diviene, spesso, un indice presuntivo di condotte elusive, determinando, così, l'adozione di misure unilaterali, in senso lato compensatorie, mediante le quali si cerca di riequilibrare la mancata o ridotta imposizione del reddito nello stato della fonte.

In questo quadro, il coordinamento si traduce nell'unilaterale reviviscenza della potestà impositiva rispetto a vicende reddituali nelle quali è concreto il rischio di un vuoto d'imposta. In genere, lo stato di residenza altera la struttura del prelievo per far fronte a simili situazioni di vuoto.

4.4.1. *Le discipline cfc*

Significativa e meritevole di nota, da questo punto di vista, è l'esperienza dei cc.dd. regimi *cfc*, che oramai la maggior parte dei paesi occidentali include nel proprio bagaglio di misure di contrasto all'elusione fiscale internazionale.

Come noto, per effetto di tali regimi – perlomeno laddove viene seguito il c.d. *jurisdictional approach*⁹⁷ – il reddito conseguito da imprese ubicate in stati o territori a regime fiscale privilegiato è imputato, per trasparenza – senza, dunque, attendere la distribuzione dell'utile – in capo al soggetto partecipante, residente nello stato che applica la *cfc rule*.

⁹⁷ Nel contesto delle misure *cfc*, il c.d. *jurisdictional approach* – il quale seleziona gli ordinamenti esteri rispetto ai quali applicare il regime di imputazione per trasparenza, in funzione dell'aliquota d'imposta ivi vigente, e/o in relazione alla presenza, in detti ordinamenti, di ostacoli allo scambio di informazioni – è in genere contrapposto al c.d. *global approach*. Secondo tale diverso approccio, prediletto dalla legislazione statunitense, il regime *cfc* viene applicato quale che sia il livello di imposizione incombente sull'impresa estera. Su queste tematiche, cfr., tra gli altri, R. FRANZÉ, *Il regime di imputazione dei redditi dei soggetti partecipati residenti o localizzati in «paradisi fiscali»*, in UCKMAR (a cura di), *Diritto tributario internazionale*, Padova, 2005, 940; A. BALLANCIN, *Note ricostruttive sulla ratio sottesa alla disciplina italiana di imputazione dei redditi dei soggetti partecipati residenti o localizzati in “paradisi fiscali”*, in Riv. dir. trib., 2008.

Si tratta, com'è evidente, di un regime derogatorio rispetto agli ordinari criteri di imputazione del reddito⁽⁹⁸⁾, che si giustifica in relazione alla scarsa o inesistente imposizione del reddito nello stato della fonte del reddito d'impresa (*rectius*, di residenza dell'impresa controllata)⁽⁹⁹⁾ e al potenziale elusivo espresso da strutture di controllo transitanti da paesi a fiscalità privilegiata.

Concepito nei termini che precedono, lo strumento che stiamo esaminando appare funzionale al coordinamento della pretesa impositiva dello stato di residenza in relazione agli effetti tributari *aliunde* generati, onde conseguire la congruità del carico impositivo globale, eliminando i rischi di potenziale doppia non imposizione del reddito.

4.4.2. *La disciplina sulle società controllate e collegate estere prevista dall'ordinamento italiano*

La disciplina sulle *controlled foreign companies* è stata introdotta nell'ordinamento italiano ad opera della Legge n. 342/2000, la quale ha inserito nel testo unico delle imposte sui redditi l'art. 127-bis (nella numerazione vigente anteriormente alla Riforma Ires del 2003; 167 in quella successiva).

La disposizione – in deroga agli ordinari criteri di imputazione reddituale, radicati sul “possesso del reddito” – stabilisce l'imputazione per trasparenza, in capo al soggetto partecipante residente nel territorio dello Stato ed in proporzione alla quota di partecipazione da costui detenuta, dei redditi conseguiti dalle società controllate estere residenti in Stati o territori diversi da quelli indicati nella c.d. *white list*.

⁹⁸ Detti criteri sono basati, nella grande maggioranza dei paesi, sulla titolarità giuridica del reddito, o sulla disponibilità economica dello stesso. Titorità e disponibilità che, però, senz'altro difettano rispetto a redditi conseguiti da un soggetto controllato ma pur sempre autonomo giuridicamente dal reddituario residente.

⁹⁹ Cfr., con particolare riguardo alla disciplina *cfc* italiana, R. CORDEIRO GUERRA, *Riflessioni critiche e spunti sistematici sulla introducenda disciplina delle Controlled foreign companies (art. 127-bis del T.U.I.R.)*, in *Rass. trib.*, 2000, 1399; D. STEVANATO, *Controlled Foreign Companies: concetto di controllo e imputazione del reddito*, in *Riv. dir. trib.*, 2000, I, 799.

Tale imputazione per trasparenza (e la conseguente immediata tassazione) può essere evitata dal contribuente dimostrando in alternativa, con istanza di interpello preventiva rivolta all'amministrazione finanziaria⁽¹⁰⁰⁾, che: (i) il soggetto partecipato estero svolge un'effettiva attività industriale o commerciale, come sua principale attività, nello Stato o nel territorio nel quale ha sede (c.d. prima esimente); (ii) dalle partecipazioni non consegue l'effetto di localizzare i redditi in Stati o territori diversi da quelli appartenenti alla *white list* (c.d. seconda esimente) (art. 167, comma 5, t.u.i.r.).

La disciplina *cfc* è stata poi estesa alle ipotesi di collegamento societario con l'introduzione dell'art. 168 del testo unico ad opera del decreto legislativo n. 344/2003.

Al fine di ricostruire la *ratio* sottesa al regime *cfc*, la dottrina italiana si è mossa lungo due direttrici fondamentali: secondo un primo indirizzo interpretativo, la finalità della disciplina risiederebbe nell'assoggettare a tassazione in Italia i redditi di fonte estera impedendo la fittizia delocalizzazione degli stessi all'estero, mediante l'imputazione a società domiciliate in Paesi a bassa fiscalità di redditi nella sostanza prodotti o riferibili al soggetto italiano controllante⁽¹⁰¹⁾; un secondo orientamento di converso attribuisce alle regole *cfc* la funzione di evitare il c.d. *tax deferral*, ovvero il differimento *ad libitum* della distribuzione di utili accumulati presso la società estera controllata conseguendone una sostanziale immunità fiscale dei redditi realizzati per il tramite di essa⁽¹⁰²⁾.

¹⁰⁰ Sul punto, cfr., fra gli altri, F. PISTOLESI, *Gli interpelli tributari*, Milano, 2007, 162, il quale condivisibilmente evidenzia (nota 16) che, sebbene la norma postuli la preventività dell'interpello, occorre riconoscere che l'eventuale responso positivo valga pure ad avallare, *ex post*, l'operato del contribuente che abbia disapplicato la norma prima di avanzare la domanda di interpello. Contra, R. LUPI, *Principi generali in tema di C.F.C. e radicamento territoriale delle imprese*, in *Rass. trib.*, 2000, 1738, nonché A. GIOVANNINI, *L'interpello preventivo all'Agenzia delle Entrate (C.F.C. e Statuto dei diritti del contribuente)*, in *Rass. trib.*, 2002, 449.

¹⁰¹ Tale è ad esempio la ricostruzione fatta da R. CORDEIRO GUERRA, *Riflessioni critiche e spunti sistematici sulla introducenda disciplina delle Controlled foreign companies* (art. 127-bis del T.U.I.R.), in *Rass. trib.*, 2000, 1399.

¹⁰² In questo senso, D. STEVANATO, *Controlled Foreign Companies: concetto di*

Invero, alla luce dell'estensione della disciplina *cfc* ai rapporti di collegamento societario, le suddette tesi devono essere rimediate considerando le peculiarità di tale ampliamento: difatti, se nelle ipotesi di controllo societario è comprensibile la preoccupazione del Legislatore di anticipare il prelievo, mediante imputazione del reddito per trasparenza al socio italiano, a fronte di possibili *tax deferral* o abusi realizzati per il tramite di società interposte in ordinamenti a bassa fiscalità, tali preoccupazioni vanno ridimensionate al cospetto di fattispecie di mero collegamento, nelle quali risulta più difficile rinvenire nel socio italiano un potere decisionale, venendo conseguentemente meno la sua capacità di interporre la società partecipata estera nella gestione o nella delocalizzazione fittizia dei c.d. *passive income*.

La più recente dottrina, basandosi su una disamina complessiva delle norme che disciplinano la partecipazione al patrimonio o al capitale dei soggetti residenti o domiciliati in paesi aventi un regime fiscale privilegiato, ritiene che l'allargamento della disciplina *cfc* alle ipotesi di collegamento sarebbe «inquadrabile nel contesto di una *tax policy* che intende garantire uno standard di prelievo indipendentemente dal luogo di produzione del reddito» e «la scelta dello strumento (imputazione diretta del reddito ovvero tassazione integrale dei dividendi, quando percepiti, e delle plusvalenze, quando realizzate) sarebbe solo finalizzata ad avvicinare il più possibile il momento di produzione del reddito (estero) a quello di effettiva tassazione in Italia»⁽¹⁰³⁾.

Tale impostazione indugia in particolar modo sul ruolo della c.d. seconda esimente. La quale, come si è visto, è comune a tutte le fattispecie che disciplinano la partecipazione al patrimonio o al capitale dei soggetti residenti o domiciliati in paesi aventi regime fiscale privilegiato: mediante la previsione di codesta esimente, difatti, il Legislatore intende valorizzare la tassazione subita dal gruppo nel suo complesso, ammettendo una deroga al regime *cfc* laddove il

controllo e imputazione del reddito, in Riv. dir. trib., 2000, I, 799.

¹⁰³ In questi termini, R. FRANZÈ, *Il regime di imputazione dei redditi dei soggetti partecipati residenti o localizzati in «paradisi fiscali»*, in Aa. Vv. (a cura di V. Uckmar), *Diritto tributario internazionale*, Padova, 2005, 940.

contribuente riesca a dimostrare che dalle partecipazioni detenute (siano esse di controllo, di collegamento oppure non qualificate) non deriva l'effetto di assoggettare i redditi a regimi fiscali di favore.

Se ne trova indiretta conferma in una prassi amministrativa ⁽¹⁰⁴⁾, la quale, esprimendosi riguardo al caso di una società italiana la quale indirettamente controllava una società di diritto cipriota per il tramite di una società statunitense, ha riconosciuto la sussistenza della seconda esimente, potendo essa “(...) discendere anche da una valutazione concreta dei complessivi risultati fiscali derivanti da una determinata struttura del gruppo societario”; difatti “(...) la ratio della disposizione dell'articolo 167, comma 5, lett. b), del t.u.i.r., in sostanza, è quella di garantire che i redditi prodotti all'estero siano tassati almeno una volta in misura congrua. (...) L'esimente in parola tende ad escludere dall'ambito applicativo del provvedimento anche i gruppi che dimostrino di subire, comunque, una tassazione congrua all'estero o per i quali la localizzazione di imprese in “paradisi fiscali” costituisce una modalità legata al loro assetto operativo” ⁽¹⁰⁵⁾. Nella medesima risoluzione l'Amministrazione afferma che “(...) occorre valutare il carico fiscale complessivamente gravante sul gruppo, in relazione al reddito prodotto dalla controllata (...)”, donde è possibile escludere l'applicazione della normativa *cfc* allorché la localizzazione dei redditi in un Paese a fiscalità privilegiata sia controbilanciata dalla tassazione degli stessi in un Paese a fiscalità ordinaria, pur se in capo ad un soggetto diverso.

Nelle ipotesi *cfc*, insomma, il coordinamento della pretesa impositiva statutale è mobile, articolandosi in relazione ad una specifica attività del contribuente volta alla dimostrazione della congruità del carico tributario estero.

4.4.3. Il “coordinamento” impositivo nella tassazione degli utili di fonte estera

Non dissimile, rispetto alla funzione testé accennata, appare quella delle disposizioni – se ne hanno esempi agli artt. 87 e 89 del testo unico delle imposte sui redditi – che condizionano l'applicazione di

¹⁰⁴ Agenzia delle Entrate, risoluzione 28 marzo 2007, n. 63/E.

¹⁰⁵ Per un commento alla risoluzione 28 marzo 2007, n. 63/E si veda D. STEVANATO, R. LUPI, *Regole CFC, controllo indiretto ed esimenti*, in *Dial. Dir. Trib.*, 2007, n.4.

taluni regimi di esenzione (sui dividendi o sulle plusvalenze), alla presenza di una tassazione congrua del reddito alla fonte.

In questo senso, il legislatore si premura che, almeno in un ordinamento, il reddito venga assoggettato a imposizione in misura ordinaria, allo stesso tempo facendo carico del relativo onere probatorio il contribuente che intenda avvalersi del regime di esenzione.

Difatti, una delle condizioni per poter beneficiare del regime di parziale esenzione delle plusvalenze (art. 87 t.u.i.r.) e (di parziale esclusione dalla formazione del reddito d'impresa) dei dividendi (art. 89 t.u.i.r.) è che la società partecipata risieda in uno degli Stati compresi nella c.d. *white list* di cui all'art. 168-*bis* del t.u.i.r. (ossia l'elenco degli Stati che consentono un adeguato scambio di informazioni e nei quali il livello di tassazione non è sensibilmente inferiore a quello applicato in Italia).

Ne consegue che, laddove la società partecipata non sia residente in uno Stato *white list*, le plusvalenze e i dividendi riconnessi a tale partecipazione saranno integralmente assoggettati a tassazione in capo al socio italiano non potendo godere di alcuno sgravio fiscale.

L'esclusione dai benefici della *participation exemption* relativamente alle partecipazioni in soggetti *non-white listed* rappresenta logico corollario del principio ispiratore del regime d'esenzione, così come elaborato in seno alla Riforma fiscale del 2003.

E' noto che tale regime intende sostituire il previgente sistema del credito d'imposta sui dividendi come strumento per mitigare la doppia tassazione economica dell'utile societario – doppia tassazione che si avrebbe nel caso in cui l'utile d'impresa, già tassato in capo alla società al momento della sua produzione, lo fosse nuovamente in carico al socio nel momento della sua distribuzione; in particolare, nell'introdurre la *p.ex.*, il Legislatore ha inteso fondare “*un nuovo assetto nei rapporti tra fiscalità delle società e fiscalità dei soci che si basa sul criterio di tassazione del reddito al momento della produzione e non all'atto della sua distribuzione*”⁽¹⁰⁶⁾.

Se lo scopo perseguito, dunque, è quello di tassare il reddito al momento della sua produzione, ne deriva che, laddove siffatto reddito non sia stato assoggettato ad imposizione in tale momento, occorre

¹⁰⁶

Così, Agenzia delle Entrate, Circ. 4 agosto 2004, n. 36/E.

tassarli in capo al percettore quando conseguito – sotto forma di dividendi o plusvalenze – onde evitare una doppia non imposizione. Si comprende così la scelta di includere sia le plusvalenze sia i dividendi relativi a partecipazioni in società “paradisiache” nella determinazione della base imponibile dei soggetti passivi dell’imposta societaria (c.d. I.re.s.).

In relazione a quanto appena detto, sussiste la possibilità per il contribuente di dimostrare, attraverso una procedura amministrativa di interpello che dalle partecipazioni detenute non è conseguito l’effetto di localizzare i redditi in Stati o territori in cui sono assoggettati a regimi fiscali privilegiati (si tratta della c.d. “seconda esimente” di cui all’art. 167, comma 5, t.u.i.r.). Previsione che appare coerente con il quadro descritto, in quanto – a fronte di investimenti localizzati in paradisi fiscali, potenzialmente immuni da tassazione – consente al contribuente di dimostrare che i redditi ad essi riconnessi sono a loro volta formati in prevalenza da utili già tassati nel Paese della fonte, che non esigono dunque un nuovo assoggettamento ad imposta.

Da questa preliminare disamina emerge l’intento del Legislatore italiano di assicurare un livello di tassazione “congrua” dei redditi societari a prescindere dallo Stato di loro produzione.

Anche codeste norme, insomma, rispondono all’intento di coordinare la pretesa impositiva italiana con quella *aliunde* formata.

5. Riflessioni intermedie sul “coordinamento” impositivo nella prospettiva unilaterale. La tendenziale (im)permeabilità della pretesa impositiva nazionale rispetto alla pretesa impositiva *aliunde* generata

Arrivati a questo punto, si rendono opportune alcune riflessioni circa la completezza o la parzialità del coordinamento impositivo laddove realizzato nell’unilaterale prospettiva domestica.

Abbiamo visto che l’ordinamento interno, almeno in linea di principio non scosso dagli effetti giuridici del prelievo tributario realizzato all’estero – stante, pacifica, la considerazione di esclusività della legge tributaria – tende ad apprezzarne le conseguenze alla stregua di fatti (economici) rilevanti ai fini della fissazione della pretesa interna.

D’altro lato, diversa è la rilevanza, ai fini della costruzione della fattispecie tributaria interna, degli effetti impositivi

Se prendiamo l'ordinamento italiano, tale adeguamento si desume immediatamente nella disposizione concernente il credito d'imposta estero.

La concessione di detto credito, come riferito, è subordinata alla verifica che il reddito – cui correlare il credito d'imposta – possa ritenersi “prodotto all'estero”, nonché alla verifica della definitività del prelievo *aliunde* formato.

La verifica della prima circostanza – i.e. che i redditi possano ritenersi “prodotti all'estero” – postula l'applicazione di criteri speculari a quelli previsti per la determinazione dei redditi di fonte interna posseduti da soggetti non residenti; la definitività, perlomeno secondo l'accezione diffusa nella prassi amministrativa nazionale, viene apprezzata secondo logiche puramente domestiche, considerando, cioè, definitivo, il debito d'imposta non più ripetibile.

Donde la completa irrilevanza, ai fini della definizione dei presupposti applicativi della fattispecie di credito, delle vicende che riguardano – non il debito d'imposta, bensì – la stessa legge tributaria straniera.

Un esempio può essere d'aiuto: se il credito d'imposta fosse concesso in relazione ad un'imposta estera che, successivamente, con efficacia retrospettiva, viene dichiarata incostituzionale, tale declaratoria non sortirebbe alcuna apprezzabile conseguenza sulla spettanza del credito, non incidendo né sulla specularità dei criteri di fissazione della fonte reddituale, né tantomeno sulla definitività. Concetto, quest'ultimo, che proprio laddove venga descritto secondo categorie puramente interne, dovrebbe ritenersi non immedesimato in vicende nelle quali sia

6. Il “coordinamento” in chiave bilaterale. Le convenzioni contro le doppie imposizioni. Il Modello OCSE

All'inizio di questo lavoro, si è visto che il coordinamento realizzato in chiave bilaterale non si scosta molto da quello “unilaterale”: entrambi, infatti, sono protesi alla tutela di esigenze squisitamente interne, riconducibili, in sintesi, alla effettività del prelievo, alla massimizzazione della ricchezza reale investita nel territorio dello stato, a prerogative di eguaglianza, giustizia distributiva

e perequazione dei carichi domestici. Insomma, tutte traduzioni, in un modo o nell'altro, dell'interesse fiscale.

In effetti, anche le convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni, obbediscono a istanze di massimizzazione del reddito nazionale reale acquisibile a tassazione in ciascuno stato, nella convinzione che ciò accresca l'efficienza nell'allocazione delle risorse nell'economia internazionale ed il reddito reale distribuibile tra gli stati che a questa economia partecipano⁽¹⁰⁷⁾.

Le convenzioni bilaterali, come noto, non fissano – come, invece, fanno le norme di diritto internazionale privato rispetto a fattispecie (privatistiche) caratterizzate da elementi di estraneità rispetto ad un unico ordinamento⁽¹⁰⁸⁾ – la norma tributaria applicabile alla singola fattispecie reddituale, ma delimitano l'operatività delle norme interne col fine precipuo di eliminare la doppia imposizione⁽¹⁰⁹⁾.

Ne segue che l'assetto delineato dalle convenzioni bilaterali non determina alcuna erosione della potestà impositiva statale, ma esclusivamente una forma di auto-limitazione secondo logiche di ripartizione interstatale degli imponibili e dell'imposta.

¹⁰⁷ In questi termini, E. LANCELLOTTI, *Accordi internazionali in materia tributaria*, in Enc. Giur. Treccani.

¹⁰⁸ L'operatività delle norme di diritto internazionale privato (e in particolare delle norme concernenti le obbligazioni non contrattuali) in ambito tributario è generalmente esclusa dalla dottrina. Sul punto, tra i tanti, si v. A. FANTOZZI, *Diritto tributario*, Torino, 1991, 158; G.A. MICHELI, *Problemi attuali di diritto tributario nei rapporti internazionali*, in Dir. Prat. Trib., 1965, I, 217; M. UDINA, *Diritto internazionale tributario*, Padova, 1949, 103.

¹⁰⁹ Questo, per il semplice motivo che il prelievo del tributo avviene sempre e solo in base alla legge interna, talché non è prospettabile l'ipotesi – che metterebbe capo ad una fattispecie di ultrattività spaziale della norma tributaria – che la legge tributaria di uno stato prevalga rispetto alla legge tributaria dello stato contraente. Per intendersi, le norme stabilite dalla convenzione italo-tedesca non stabiliscono se ad una fattispecie – rilevante per entrambe le legislazioni – debba applicarsi la legge tributaria italiana o quella tedesca, ma stabiliscono esclusivamente se e in quale misura il Fisco italiano e quello tedesco possano esercitare, rispetto a tale fattispecie, la propria potestà impositiva.

L'assetto combinatorio esprime, cioè, una consensuale ripartizione degli imponibili ad opera degli stati contraenti, ciascuno dei quali *rinuncia* (non *perde*) all'esercizio di una parte della propria sovranità impositiva, a condizioni di reciprocità⁽¹¹⁰⁾. Talché, a fronte dell'inadempimento di uno dei due stati contraenti, la reazione tipica dell'altro stato, adempiente, consiste nella "sospensione" dei benefici convenzionali nei riguardi dei soggetti "appartenenti" alla collettività dello stato inadempiente.

Ad ulteriore coronamento del principio di bilateralità, v'è la tendenziale irrilevanza degli effetti impositivi estranei all'accordo, quali sono quelli che, tipicamente, si verificano in stati terzi (dove, ad esempio, l'irrisolvibilità, attraverso lo strumento convenzionale, della doppia imposizione nelle cc.dd. situazioni triangolari).

Com'è noto, la gran parte delle convenzioni internazionali attualmente in vigore è formulata sulla base del Modello di Convenzione OCSE. Le riflessioni che seguono prendono spunto da detto Modello.

6.1. Articolazione delle convenzioni internazionali basate sul Modello di Convenzione OCSE

Gli approcci convenzionali all'eliminazione della doppia imposizione giuridica internazionale non si scostano in maniera significativa rispetto agli omologhi approcci unilaterali.

¹¹⁰ Per avvedersene, sia sufficiente rilevare che le convenzioni non quantificano infatti mai l'ammontare di imposta che può essere prelevato nello Stato della fonte (o della residenza) sui redditi ivi localizzati, rinviando a tal fine all'ordinamento tributario di tali Stati. Laddove le Convenzioni intervengono sul "*quantum*" (ad esempio, nei pagamenti di dividendi, interessi e *royalties*), non si tratta di vere e proprie "*taxing rules*", poiché in tali casi l'imposizione prescinde dalla localizzazione del reddito, attribuendosi allo Stato del pagatore un limitato diritto di prelievo sui redditi invece localizzati, *ergo* imponibili, nello Stato del beneficiario. La sovranità dello Stato nel quale il reddito viene convenzionalmente localizzato non viene così ad essere incisa nella determinazione dell'ammontare del prelievo, sicché esso sarà libero di applicare le proprie norme interne di trattamento, coordinate con le norme convenzionali di localizzazione, e riguardanti sia la determinazione della base imponibile del tributo che l'aliquota d'imposta.

Com'è al riguardo noto, le convenzioni internazionali prevedono in linea di massima tre gruppi di regole strumentali alla soluzione dei contrasti impositivi tra stati: (i) un primo gruppo (artt. 1-5) concerne le definizioni rilevanti, ivi comprese quelle necessarie alla soluzione degli eventuali conflitti di residenza tra stati contraenti: (ii) un secondo gruppo (artt. 6-22) contiene le ccdd. "regole distributive", riguardanti la ripartizione della potestà impositiva tra stato della fonte e della residenza rispetto a singole fattispecie reddituali (artt. 6-21) e patrimoniali (art. 22); (iii) il terzo gruppo (artt. 23A-23B) racchiude la disciplina relativa all'eliminazione, nello stato di residenza del reddituario, dell'eventuale doppia imposizione scaturente dal concorso di pretese tributarie.

Rispetto agli strumenti unilaterali di eliminazione della doppia imposizione internazionale, d'altra parte, vanno apprezzate alcune notevoli divergenze.

6.2. Convenzioni bilaterali e coordinamento nei casi di doppia residenza

Nella dimensione convenzionale sono proposti metodi per la soluzione delle questioni di doppia residenza, aspetto, viceversa, sconosciuto alle legislazioni nazionali. Più di preciso, l'art. 4 del Modello di Convenzione OCSE, ordina un insieme di criteri da valorizzare nella fissazione della residenza delle persone fisiche e degli enti, stabilendo, al contempo, i principi dirimenti per le ipotesi in cui l'adozione di siffatti criteri non risolve il potenziale conflitto di residenza.

Al riguardo, un ruolo peculiare deve essere assegnato alle regole stabilite per la soluzione dei casi di doppia residenza delle società e, più in generale, dei soggetti diversi dalle persone fisiche: qui, assume rilevanza centrale la nozione di "sede di direzione effettiva" ("*place of effective management*")⁽¹¹¹⁾.

Tale nozione, da diversi anni, è al centro di fervente interesse in seno all'OCSE.

La sua evoluzione passa attraverso due snodi cruciali, che delineano altrettante fasi nella riflessione condotta in ambito OCSE: ad

¹¹¹ Su tale nozione, cfr., per tutti, J.F. AVERY JONES, *Place of effective management as a residence tie-breaker*, in *Bulletin for International Taxation*, 2005, 20.

una prima fase, culminata con le proposte di modifica al Commentario elaborate nel 2003 dal *Technical Advisory Group*⁽¹¹²⁾, e caratterizzata da una elevata elasticità del concetto di sede di direzione effettiva, ne è seguita una più prudente, nella quale sono state abbandonate numerose delle proposte del 2003.

In questa seconda fase, conclusasi nel maggio 2008 con la pubblicazione delle bozze di aggiornamento al Commentario all'art. 4 del Modello, si riscontra l'impossibilità di una visione condivisa tra gli Stati membri dell'OCSE circa i criteri per l'individuazione della sede di direzione effettiva. Nella proposta di modifica al Commentario è espunto il riferimento al luogo in cui la persona o il gruppo di persone che esercitano le funzioni di rango più elevato (a titolo semplificativo, un consiglio di amministrazione), prende le sue decisioni ed unico rinvio è fatto al luogo in cui sono assunte di fatto le principali decisioni di tipo gestionale e commerciale necessarie per la conduzione dell'insieme delle attività dell'impresa.

La proposta di Commentario, inoltre, propone un terzo paragrafo dell'art. 4 sostitutivo all'attuale, ove la composizione delle controversie inerenti l'identificazione della sede di direzione effettiva è devoluta al meccanismo della procedura amichevole, volta a valorizzare un bilanciamento di interessi fiscali secondo un approccio casistico, adagiato al singolo caso concreto.

Mette conto rilevare l'elenco – contenuto nel proposto paragrafo 24.1 del Commentario - delle situazioni di fatto che devono essere prese in considerazione dalle Amministrazioni finanziarie coinvolte per stabilire la sede della direzione effettiva: in particolare, il luogo in cui sono tenuti i consigli di amministrazione, il luogo in cui l'amministratore delegato o altri dirigenti delegati svolgono abitualmente le loro attività, luogo in cui è svolta la gestione direttiva quotidiana dell'impresa, luogo in cui è ubicato il quartier generale

¹¹² Ci si riferisce, in specie, al *Discussion draft* presentato in data 27 maggio 2003 dal titolo *Place of Effective Management Concept: suggestions for changes to the OECD Model Tax Convention* (su cui cfr. J. BURGERS, *Some thoughts on further refinement of the concept of place of effective management for tax treaties purposes*, in *Intertax*, 2007, 378).

dell'impresa, lo Stato la cui legge regola l'ente ed infine il luogo in cui sono tenuti i libri contabili dello stesso.

Da quanto visto, si rileva immediatamente la parzialità degli approcci offerti nella prospettiva bilaterale al coordinamento di pretese impositive nei casi di doppia residenza: questa, in sostanza, viene ridotta ad un contemperamento di interessi fiscali che trova soddisfazione solo a seguito di una specifica, e non breve, procedura amichevole.

6.3. Convenzioni bilaterali, regole distributive e metodi per l'eliminazione della doppia imposizione nel Modello di Convenzione OCSE. La tendenziale recessività dell'interesse fiscale dello stato della fonte

Nel quadro del Modello di Convenzione OCSE, la rinuncia alla tassazione viene, di norma, addossata allo stato della fonte reddituale.

In effetti, la tendenziale recessività dell'interesse fiscale dello stato "convenzionale" della fonte rispetto a quello di residenza, affiora sotto diversi profili.

Anzitutto, una rapida scorsa alle cc.dd. "regole distributive" evidenzia che, nella maggior parte dei casi, la potestà impositiva dello stato della fonte è solo concorrente – quando addirittura non esclusa per effetto di un criterio di esclusività del potere impositivo dello stato di residenza (v., tra gli altri, le regole concernenti i redditi d'impresa, art. 7, e quelle relative alle *royalties*, art. 12) – e, talora, limitata nel *quantum* (cfr., ad esempio, le fattispecie reddituali dei dividendi e degli interessi); derivandone, in specie, che, laddove codesto stato della fonte "ecceda" la propria potestà impositiva convenzionale ed ancorché tale eccesso trovi, per dir così, avallo nella propria norma interna, lo stato di residenza non sarà tenuto ad attuare le misure – convenzionali – per porre rimedio all'eventuale doppia imposizione che ne scaturisce⁽¹¹³⁾; in

¹¹³ Ciò si evince agevolmente dall'impiego, negli artt. 23A e 23B del Modello (concernenti rispettivamente i metodi dell'esenzione e del credito d'imposta) della formula "*in conformità alle previsioni della presente Convenzione*": solo ove lo stato della fonte abbia agito in conformità alla convenzione – ossia tassando solo quelle fattispecie reddituali che la convenzione stessa gli consente di assoggettare a imposizione, e nella misura ivi stabilita – lo stato di residenza è obbligato a concedere l'esenzione o il credito d'imposta.

tale caso, il contribuente potrà domandare il rimborso dell'imposta eccedente i limiti convenzionali unicamente allo stato della fonte.

Milita poi, a beneficio di tale conclusione, la tesi – sostenuta dalla dottrina dominante – secondo cui lo stato di residenza non è obbligato ad approvare la qualificazione che, ad una certa fattispecie reddituale, viene conferita dallo stato della fonte¹¹⁴; donde la verosimiglianza di

¹¹⁴ In mancanza di una definizione autonoma di un termine tecnico-giuridico impiegato all'interno di una convenzione bilaterale, come noto, detto termine viene interpretato secondo il diritto interno dello stato contraente che applica la convenzione, salvo che il contesto non esiga una diversa interpretazione. In questi termini si esprime l'art. 3, par. 2, del Modello di Convenzione OCSE contro le doppie imposizioni.

Nella sua versione attuale, emergente dalle modifiche intervenute al testo originario (del 1963) prima nel 1977, poi nel 1995, la norma, anzitutto, fa salve "le espressioni espressamente definite", sancendo così, relativamente a tali termini, che la definizione fornita dalla convenzione deve prevalere su ogni altra forma di rinvio al diritto interno. Tale precisazione rende inoperante il rinvio alla normativa dello stato che applica la convenzione ogniqualvolta la convenzione stessa rinvii, a sua volta, alla legislazione di uno specifico stato per la definizione dei termini in essa contenuti; ciò che avviene, ad esempio, all'art. 6, par. 2, del Modello, laddove la definizione di redditi fondiari viene formulata con riguardo alla legislazione dello stato nel cui territorio l'immobile è localizzato.

L'art. 3, par. 2, poi, nel ritenere operante il rinvio alla "legislazione di detto stato relativamente alle imposte cui la convenzione si applica", precisa che debba prevalere "ogni significato attribuito dalle leggi fiscali applicabili di detto stato sul significato dato al termine nell'ambito di altre leggi di detto stato".

Sui profili che precedono, cfr., senza pretese di esaustività, J. AVERY JONES, *The interpretation of tax treaties with particular reference to article 3(2) of the OECD Model*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1984, I, 1625; F. ENGELEN, *Interpretation of tax treaties under International law, A study of Articles 31, 32 and 33 of the Vienna Convention on the law of treaties and their application to tax treaties*, Amsterdam, 2004; M. ANTONINI, *Sull'interpretazione delle convenzioni tributarie in materia di imposte sul reddito e sul patrimonio*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2004, IV, 3; F.M. GIULIANI, *L'interpretazione delle convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, in Uckmar, (coordinato da), *Corso di diritto tributario internazionale*, Padova, 1999, 289; G. MELIS, *L'interpretazione delle convenzioni internazionali in materia di imposte sul reddito e sul*

situazioni di doppio d'imposta, cagionate dal multilivello interpretativo proprio dei testi convenzionali, irrimediabili se non mediante l'attivazione di specifiche procedure amichevoli tra gli stati contraenti.

Si pensi all'ipotesi paradigmatica nella quale lo stato della fonte consideri il flusso reddituale alla stregua di un interesse, e quindi lo assoggetti a tassazione in attuazione della relativa disposizione convenzionale⁽¹¹⁵⁾, mentre lo stato di residenza inquadri il medesimo flusso reddituale nella disposizione convenzionale relativa alle cc.dd. *royalties*⁽¹¹⁶⁾: in tal caso, l'asimmetria qualificatoria si tradurrebbe immediatamente in un doppio d'imposta, giacché lo stato di residenza, una volta obiettata la validità dell'inquadramento effettuato dallo stato della fonte, negherebbe altresì la legittimità convenzionale del relativo prelievo, e dunque non attiverebbe alcun metodo per eliminare la doppia imposizione.

Ma procediamo con ordine.

6.3.1. Regole distributive

Le regole distributive, come noto, indicano le disposizioni convenzionali che ripartiscono il potere impositivo tra gli stati contraenti, localizzando le varie reddituali all'interno dell'uno o dell'altro sulla base di determinati criteri di collegamento e stabilendo, rispetto ad esse, quale dei due stati può o non può esplicitare la propria sovranità tributaria. Più nel dettaglio, a ciascuna categoria reddituale – sia essa definita autonomamente oppure per effetto del rinvio interpretativo (art. 3, par. 2, del Modello OCSE) agli ordinamenti interni – viene abbinato un peculiare criterio di collegamento e specifiche regole di ripartizione del potere impositivo.

Lasciando da parte l'elencazione puntuale delle regole distributive presenti nel Modello OCSE, dalla semplice loro verifica è

patrimonio, in Rass. Trib., 2005, 1955.

¹¹⁵ Come noto, laddove adeguata all'art. 11 del Modello di Convenzione OCSE, tale disposizione ammetterebbe il prelievo compiuto dallo stato della fonte nella misura del 10% sull'interesse lordo in presenza di un "beneficiario effettivo" nello stato di residenza del percettore.

¹¹⁶ L'art. 12 del Modello di Convenzione OCSE, per le *royalties*, stabilisce una potestà impositiva esclusiva dello stato di residenza del percettore, negando, così, la competenza impositiva dello stato della fonte.

immediato avvedersi della prevalenza delle disposizioni che indicano il potere impositivo dello stato della fonte come "concorrente" (contrassegnate dalla formula "*may be taxed*"; tra le altre, l'art. 6 concernente i redditi immobiliari; l'art. 7, par. 2, concernente gli utili d'impresa, il quale stabilisce la potestà impositiva dello stato della stabile organizzazione; gli artt. 10 e 11, riguardanti, rispettivamente, dividendi e interessi), rispetto alla sola (l'art. 19, concernente i salari e stipendi ricevuti nell'esercizio di funzioni pubbliche) che ne riconosce il potere impositivo in maniera "esclusiva" (contrassegnate dalla formula "*shall be taxable only*")¹¹⁷).

Ben più numerose, sono, per giunta, le ipotesi nelle quali il Modello OCSE riconosce una potestà impositiva esclusiva dello stato di residenza (tra le altre, l'art. 7, par. 1, conferisce una potestà impositiva esclusiva allo stato di residenza dell'impresa nell'ipotesi in cui non

¹¹⁷ Nei casi in cui lo stato di residenza del reddituario assoggetti a tassazione – per effetto della potestà concorrente – fattispecie reddituali già tassate nello stato della fonte, è poi, di regola, previsto un credito d'imposta. Al riguardo, merita notare che numerose Convenzioni prevedono l'operare del meccanismo del credito d'imposta "*a meno che espresse disposizioni della presente Convenzione non stabiliscono diversamente*". Questo inciso deve essere riferito a quei redditi imponibili "soltanto" nello Stato della fonte, i quali devono ritenersi implicitamente "esenti" da imposta nello Stato di residenza. In alcune Convenzioni esiste peraltro una norma (ad esempio, l'art. 22 par. 4 della Convenzione con la Spagna) che consente di tener conto di tali redditi esentati ai fini della determinazione dell'imposta così da rispettare il principio di "progressività". Sul punto, vedi A. FANTOZZI, K. VOGEL, *Doppia imposizione internazionale*, cit., 193 ss. e Nota min. fin., 15 febbraio 1984, n. 12/1259, in Dir. prat. trib., 1984, 552. È interessante notare che l'esenzione del reddito si estende anche alla ritenuta alla fonte: con riferimento ai dividendi corrisposti a società italiana da società brasiliana, esenti da imposizione in Italia ai sensi dell'art. 23, par. 3 della Convenzione Italia-Brasile del 3 ottobre 1978, vedi Ris. min. fin., 4 giugno 1985, n. 12/250, in Dir. prat. trib., 1985, 1303, dove si sottolinea che "sarebbe illogico, oltre che contrario alla *ratio* dell'ordinamento, assoggettare ad un prelievo fiscale anticipato singoli redditi che, non concorrendo alla determinazione dell'imposta (complessivamente) dovuta, neppure possono usufruire dello scomputo del prelievo subito".

operi, nello stato della fonte, mediante stabile organizzazione; l'art. 12, concernente le *royalties*). Tra queste ultime, preme segnalare, ad ulteriore conferma dell'intima predilezione del Modello OCSE per la tassazione nello stato di residenza del reddituario, l'art. 21 del Modello di Convenzione OCSE; detta norma, nel riferirsi alle c.d. fattispecie "residuali" (ossia tutte quelle che sfuggono alla disciplina posta dagli artt. dal 6 al 20 del Modello OCSE), attribuisce potestà impositiva esclusiva allo stato di residenza del percettore.

Esistono, poi, regole distributive che indicano non solo l'*an* dell'imposizione, ma, altresì, il *quantum* della pretesa impositiva che può, in base alla convenzione, plausibilmente essere esercitata dallo stato della fonte.

Com'è noto, il Modello di Convenzione OCSE, per talune fattispecie reddituali, prevede un argine quantitativo – ad esempio nell'ipotesi di dividendi (art. 10) e interessi (art. 11) – alla tassazione del reddito nel paese di origine. Argine che rappresenta il tetto massimo della tassazione nel paese della fonte, che non può essere sopravanzato dall'imposizione stabilita per norma interna; ciò, tuttavia, non significa che lo stato della fonte sia libero di innalzare l'aliquota nazionale fino al limite stabilito dalla norma convenzionale⁽¹¹⁸⁾.

¹¹⁸ Ad esempio, se la norma interna stabilisce una tassazione in uscita degli interessi pari al 5% dell'ammontare lordo, e la norma convenzionale prevede la diversa soglia del 10%, lo stato della fonte dovrà comunque limitare il prelievo all'aliquota fissata per norma interna (5%), non potendo invocare a proprio vantaggio la disposizione convenzionale (10%). Tale circostanza discende, peraltro, dai principi generali che sovrintendono l'applicazione delle convenzioni contro le doppie imposizioni, essendo comunemente accettato – da taluni anche come norma consuetudinaria (cfr. G. MELIS, *Vincoli internazionali e norma tributaria interna*, in Riv. Dir. Trib., 2004, I, 1119) – il principio per cui dalle convenzioni non può discendere un aggravamento della posizione fiscale del contribuente. Tale principio trova, comunque, alcune vistose eccezioni nella prassi di taluni stati. Per tutti, cfr. la legge francese 28 dicembre 1959, n. 1472, la quale consente espressamente di tassare, ai fini delle imposte sui redditi, un reddito localizzato in Francia in base ad una convenzione contro la doppia imposizione anche laddove le disposizioni interne non prevedono tale tassazione. Sul punto, cfr., tra gli altri, GOUTHIER, *Les impôts dans les affaires internationales*, Parigi, 1995, § 536.3; GEST-TIXIER, *Droit fiscal International*,

Ora, mette conto notare come la delineata recessività dell'interesse fiscale del paese convenzionale della fonte contraddica il principio, da più parti accolto, della tassazione territoriale: ossia il principio per cui lo stato che ha fornito i mezzi per la produzione del reddito possa altresì esigere, in relazione ad essi e al beneficio che il contribuente ne ha tratto, i connessi tributi.

Come se, avuto riguardo alle regole distributive in cui si manifesta siffatta recessività, la fonte – sotto il profilo convenzionale – non fosse idonea ad esprimere un collegamento ragionevole tra presupposto e territorio, e dunque la tassazione quivi pretesa debba retrocedere rispetto a quella dello stato di residenza del reddituario.

Nondimeno, è immediato constatare l'assenza – nell'attuale versione del Modello di Convenzione OCSE – di regole che determinino la riespansione del potere impositivo dello stato della fonte nelle ipotesi in cui lo stato di residenza non assoggetti a tassazione, oppure non tassi adeguatamente, i redditi.

Né una simile funzione sembrerebbe potersi assegnare alle clausole di c.d. "*beneficial ownership*" (recate dagli articoli 10, 11 e 12 del Modello OCSE, concernenti, rispettivamente, i dividendi, gli interessi e le *royalties*)⁽¹¹⁹⁾, le quali, ancorché munite di valenza antielusiva⁽¹²⁰⁾, non

Parigi, 1990, 45.

¹¹⁹ Con formule analoghe, le menzionate disposizioni convenzionali subordinano la limitazione del prelievo alla fonte (per i dividendi, nella misura del 5 o del 15 per cento, a seconda dell'entità della partecipazione; per gli interessi, nella misura del 10 per cento; per le *royalties*, l'esenzione) alla circostanza che il reddituario sia "*beneficial owner*", i.e. beneficiario effettivo, del flusso di reddito considerato. La dottrina oramai prevalente (cfr., tra gli altri, K. VOGEL, *On Double Taxation Conventions*, cit., 562; J.D.B. OLIVER, J.B. LIBIN, S. VAN WEEGHEL, C. DU TOIT, *Beneficial Ownership*, in *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 2000 (7), 317) ritiene che il termine assuma un significato specifico ai fini convenzionali. Un primo filone interpretativo, di matrice prevalentemente anglosassone (C. DU TOIT, *Beneficial Ownership of Royalties in Bilateral Tax Treaties*, Amsterdam, 1999, 237), ritiene che detta nozione convenzionale dovrebbe comunque essere mutuata da quella rinvenibile negli ordinamenti di *common law*. Altra parte della dottrina (K. VOGEL, *On Double Taxation Conventions*, cit., 562) privilegiando un approccio sostanziale, fa coincidere la figura del beneficiario effettivo col soggetto che abbia il

possono per altro verso implicare il riconoscimento, in capo allo stato della fonte, del potere di negare o limitare l'applicazione dei benefici convenzionali in presenza di una tassazione (dallo stesso ritenuta) non congrua nello stato convenzionale di residenza del percettore.

Al riguardo, è significativo rilevare come tali clausole, inserite solo a partire dalla seconda versione del Modello di Convenzione OCSE (anno 1977), abbiano comportato il superamento delle cc.dd. "*subject to tax clauses*", indicate dalla precedente versione del Modello (anno 1965), le quali, viceversa, consentivano allo stato della fonte una – ancorché parziale – verifica in ordine all'assoggettamento a imposta del reddituario nello stato di residenza.

Come più avanti vedremo, spetta in principio allo stato di residenza del contribuente, da un lato eliminare la doppia imposizione provocata dal concorso di pretese impositive, dall'altro eventualmente variare – secondo il c.d. meccanismo *switch-over* – il metodo a tal uopo prescelto, dall'esenzione al credito d'imposta, per tenere conto degli effetti impositivi *aliunde* generati.

potere di decidere se utilizzare personalmente o rendere disponibili ad altri il capitale o altri beni, oppure che abbia il potere di decidere come utilizzare i redditi scaturenti da questi, ovvero entrambi i poteri. Altri ancora (J.D.B. OLIVER, J.B. LIBIN, S. VAN WEEGHEL, C. DU TOIT, *Beneficial Ownership*, cit., 321) attribuiscono alla nozione in esame un significato volto ad escludere solo l'agente o il fiduciario. V'è chi (J.B. LIBIN, in J.D.B. OLIVER, J.B. LIBIN, S. VAN WEEGHEL, C. DU TOIT, *Beneficial Ownership*, cit., 322), infine, intravede nel beneficiario effettivo la persona alla quale è imputato il reddito secondo il diritto interno dello stato contraente.

¹²⁰ Il nuovo paragrafo 12 del Commentario all'articolo 10 del Modello di Convenzione OCSE (così come il nuovo paragrafo 8 del Commentario all'articolo 11 ed il paragrafo 4 del Commentario all'art. 12) specifica, al riguardo, che il termine "*beneficial owner*" non deve essere inteso in senso prettamente tecnico, bensì in un senso conforme alla funzione antielusiva della Convenzione, evidenziando la non conformità alle finalità pattizie dell'esclusione da imposta nello Stato della fonte qualora il percettore del reddito sia un mero agente od un intermediario.

6.3.2. *Metodi per l'eliminazione della doppia imposizione internazionale. Peculiarità e rapporti con i metodi prescelti dall'ordinamento interno*

L'equidistanza dell'OCSE rispetto alla scelta del metodo per l'eliminazione della doppia imposizione – e, con esso, del modello di neutralità fiscale che si sceglie di percorrere in chiave convenzionale – si rivela nell'art. 23 del Modello di Convenzione. La cui lettera A indica presupposti, effetti e modalità applicative del metodo di esenzione, mentre la lettera B reca previsioni analoghe relativamente al modello del credito d'imposta.

Agli stati contraenti la scelta dell'uno o dell'altro.

Al riguardo, vanno subito evidenziati alcuni aspetti, di immediata apprensibilità, ma di rilievo non secondario.

La scelta di uno stato contraente per un metodo non sortisce alcuna diretta implicazione sulla scelta del metodo da parte dell'altro stato contraente: in sostanza, nella convenzione possono coesistere il metodo dell'esenzione – applicato da uno stato contraente – e il metodo del credito – applicato dall'altro. Tale autonomia di scelta si salda con la natura delle convenzioni quale strumento bilaterale, dunque di coordinamento delle rispettive pretese (e connesse politiche) fiscali, e non, invece, quale mezzo di armonizzazione delle rispettive legislazioni.

Merita per altro verso segnalare la tendenza di alcuni ordinamenti – segnatamente, la Francia – a scostarsi, nella redazione delle clausole convenzionali concernenti i metodi per l'eliminazione della doppia imposizione, dai propri stessi assetti di politica fiscale internazionale.

Ad esempio, ordinamenti ispirati alla *capital import neutrality* possono convergere, in sede convenzionale, su un metodo di credito d'imposta, alterando così – sia pure limitatamente al contesto convenzionale considerato – il proprio riferimento di neutralità fiscale. Naturalmente, una simile scelta non è priva di conseguenze, dacché – almeno in principio – le convenzioni non si prestano a introdurre trattamenti peggiorativi per i contribuenti (rispetto alla legislazione domestica); sicché, l'opzione convenzionale per il metodo del credito d'imposta potrebbe rivelarsi non fruttuosa o, comunque, priva di efficacia; ciò nella misura in cui lo stato, per poter garantire un trattamento non deteriore in rapporto (a quello consentito dalla norma

domestica, debba poi “ripristinare” l’esenzione a beneficio del propri residenti.

Un secondo profilo merita attenzione.

Com’è chiaro, l’attivazione alle disposizioni che stiamo esaminando, si rende necessaria unicamente nei casi in cui un flusso di reddito soggiaccia a potestà impositiva concorrente degli stati della fonte e di residenza; essendo questo il caso, infatti, la duplicazione dell’imposta è connaturale alla scelta stessa compiuta dagli stati nella redazione della regola distributiva considerata, che contiene in se le condizioni per provocare un “concorso” di pretese impositive.

Non si verifica una situazione di questo tipo, ad esempio, nei casi di *royalties* (art. 12), oppure di plusvalenze su beni mobili – ivi comprese, ad esempio, le partecipazioni societarie – (art. 13): situazioni nelle quali la stessa convenzione prevede una potestà impositiva esclusiva dello stato di residenza; parimenti, laddove la convenzione attribuisca una competenza impositiva esclusiva a beneficio dello stato della fonte reddituale, è giocoforza ravvisare l’inerzia dei metodi per l’eliminazione della doppia imposizione internazionale (esenzione e credito) richiesti allo stato di residenza.

Nel Modello di Convenzione OCSE, sia l’esenzione sia il credito d’imposta sono subordinati alla circostanza che lo stato della fonte abbia esercitato la propria potestà impositiva “*in conformità alle previsioni della presente Convenzione*” (nel testo inglese, “*in accordante with the provisions of this Convention*”). In sostanza, solo qualora l’imposizione dello stato della fonte sia allineata alle disposizioni convenzionali, lo stato di residenza potrà essere chiamato a eliminare la tassazione così generatasi sul flusso considerato. In ipotesi contraria, lo stato di residenza verrebbe chiamato a compensare, per dir così “di tasca propria”, la pretesa tributaria (convenzionalmente) illegittima formatasi nello stato della fonte reddituale.

Si prenda, ad esempio, il caso in cui lo stato della fonte prelevi un’imposta sugli interessi che eccede la misura convenzionale del 10% del provento lordo (art. 11 del Modello OCSE), venendo così meno alla sua obbligazione convenzionale: in tal caso, il credito d’imposta non potrà comunque eccedere la frazione d’imposta che avrebbe potuto essere prelevata, alla fonte, in conformità alla convenzione. Ci si potrebbe anzi domandare se, in un caso del genere, sia condizionata non

solo la misura del credito (il *quantum*), ma, per intero, lo stesso credito convenzionale (ossia, *l'an*).

Laddove la “*conformità* [della tassazione nello stato della fonte, ndr] *alle previsioni della presente Convenzione*” venga intesa quale presupposto obiettivo di applicabilità dell’esonero o del credito, ne deriverebbe, senza dubbio, l’impossibilità di attivare il relativo strumento convenzionale.

A favore di una soluzione tenue militano ragioni di proporzionalità tra inadempimento dell’obbligazione (internazionale) e suoi rimedi, nonché argomenti di interpretazione sistematica del testo convenzionale: la doppia imposizione dovrebbe essere eliminata nella misura in cui sia cagionata da un concorso delle pretese impositive coordinate nel testo convenzionale.

È inoltre da domandarsi se lo stato di residenza possa essere chiamato ad effettuare una compensazione di questo tipo nell’evenienza – rara ma comunque plausibile – in cui la pretesa esercitata dallo stato della fonte, legittima sotto il profilo convenzionale (si pensi ad un’imposizione degli interessi in misura inferiore al 10 per cento, come raccomanda l’art. 11 del Modello di Convenzione OCSE), sia invece illegittima agli effetti dell’ordinamento interno del medesimo stato della fonte, ad esempio perché la norma istitutiva tale prelievo è stata dichiarata incostituzionale.

Ebbene, in tal caso, si deve ritenere che, agli effetti convenzionali, il prelievo compiuto dallo stato della fonte resti comunque legittimo ed ammissibile, e pertanto lo stato di residenza sarà tenuto a effettuare l’imputazione (credito d’imposta), nel caso in cui applichi un criterio di tassazione mondiale, o a esentarlo, nel caso in cui si rifaccia ad un modello di territorialità pura.

Difatti, l’ordinamento tributario interno è, in linea di principio, insensibile alla declaratoria di illegittimità di una legge tributaria straniera; né gli effetti di una simile declaratoria sembrano prestarsi a ridondare sulla validità ed efficacia dell’accordo inizialmente intrapreso tra lo stato della residenza e lo stato della fonte.

SECONDA PARTE

- CAPITOLO II -
IL COORDINAMENTO NEL DIAFRAMMA DEL DIRITTO
DELL'UNIONE EUROPEA. PREMESSE COMUNI

Sommario: *1. Il coordinamento impositivo: il passaggio dai moduli atomistici e consensualistici a quello "comunitario" - 2. Precisazioni preliminari sulla struttura e sull'oggetto del diritto dell'Unione Europea - 3. Il duplice livello di incidenza del diritto europeo sulla fiscalità domestica, in particolare nell'ambito delle imposte dirette*

1. Il coordinamento impositivo: il passaggio dai moduli atomistici e consensualistici a quello "comunitario"

Nella Prima Parte di questo lavoro, abbiamo visto come il tema del coordinamento dei sistemi reddituali nazionali evocò, almeno nell'accezione più tradizionale, un'attività degli stati protesa al conseguimento del maggior benessere (inteso come ricchezza reale) e della più efficace ed efficiente ripartizione dello stesso tra i soggetti della comunità internazionale, e tra questi e i loro cittadini.

Si è notata, in proposito, la radicata tendenza a presentare il coordinamento tra sistemi impositivi (in particolare nella fiscalità diretta) in funzione di categorie e modelli squisitamente economici. In un contesto contrassegnato dalla centralità dell'endiadi *capital import/capital export neutrality* – espressioni che, come si è riferito, denotano modelli di politica fiscale internazionale – domina, infatti, l'idea che (anche) il coordinamento sia uno strumento di politica fiscale ed economica, che riflette prerogative tipiche della sovranità; che,

pertanto, esso costituisca – non tanto uno strumento di articolazione della pretesa fiscale rispetto alla sovranità impositiva altrui, finalizzato alla soddisfazione di interessi comuni e armonici, quanto piuttosto – un mezzo di affermazione di obiettivi atomistici e unilaterali, in un quadro che resta frammentario e disintegrato.

Basta ricordare alcuni degli aspetti salienti delle convenzioni contro le doppie imposizioni. In esse:

(i) permangono le divergenze tra stati nella scelta e nella strutturazione dei metodi per l'eliminazione della doppia imposizione internazionale; infatti, la convenzione non implica una rinuncia dello stato al proprio modello di politica fiscale internazionale, derivandone che, nel medesimo testo convenzionale, possono convivere metodo dell'esenzione e metodo del credito d'imposta, a seconda dello stato che applica l'accordo stesso;

(ii) l'interpretazione delle disposizioni convenzionali, secondo la tesi maggiormente diffusa nella dottrina, segue regole proprie di ciascun ordinamento – ammenocchè la stessa convenzione non detti criteri interpretativi specifici – che possono, dunque, metter capo a soluzioni asimmetriche;

(iii) la soluzione dei contrasti relativi alla fissazione dei criteri di territorialità (fonte e residenza) – e, più in generale, dei contrasti qualificatori – è assegnata alla procedura amichevole.

Il modello della procedura amichevole, del resto, è la rappresentazione più evidente dei limiti – se non, addirittura, della “negazione” – del coordinamento, sottintendendo l'incomprimibilità dell'interesse fiscale nazionale anche di fronte a fattispecie i cui effetti sono antitetici rispetto agli obiettivi dell'accordo bilaterale.

Invero, tale procedura, destinata a sciogliere i contrasti tra stati nell'applicazione della convenzione, non garantisce il superamento della situazione di *impasse*; nei casi, anche non sporadici, in cui le amministrazioni fiscali degli stati interessati non giungano alla conclusione della procedura – per disaccordo, ad esempio, sul *quantum* della rispettiva pretesa tributaria – le conseguenze negative sono destinate a gravare unilateralmente sul contribuente che, confidando nell'effettività dell'accordo, si è avvalso delle disposizioni convenzionali.

Insomma, è evidente che, nella dimensione appena tracciata, il coordinamento appare solidamente ancorato a ragioni di preservazione dell'interesse fiscale nazionale. Essendo dunque agevole arguire che il coordinamento realizzato per il tramite delle convenzioni bilaterali contro le doppie imposizioni, non si discosta sensibilmente da quello che si realizza con strumenti normativi di matrice prettamente interna, giacché la volontà sottesa a entrambi riflette esigenze di politica fiscale e, in ultima analisi, prerogative finanziarie di ciascuno stato.

Dalle convenzioni, in particolare, non consegue la tutela generalizzata dei contribuenti impegnati in attività internazionali, né può desumersi l'immanenza di un principio di eliminazione della doppia imposizione, proteso alla soddisfazione degli interessi di tali categorie di contribuenti.

La realizzazione di detto principio non può prescindere dagli specifici assetti formali che gli stati aderenti all'accordo decidono di imprimere nelle singole fattispecie; talché la doppia imposizione internazionale non verrà eliminata ogniqualvolta si sia in presenza di un concorso di pretese impositive tra stati, ma solo nella misura in cui il fatto reddituale sia munito di specifica regolamentazione nel testo dell'accordo⁽¹²¹⁾.

Arrivati al termine di questo breve riepilogo, si deve prendere atto, dunque, che il coordinamento impositivo è descrivibile – almeno nell'ottica fin qui esposta – in termini di opportunità, quanto alle ragioni che lo sostengono, e di parzialità, quanto ai risultati che ne conseguono. Opportunità, e non vincolo giuridico – quello stesso vincolo che nascerebbe se si riconoscesse come operante un principio di eliminazione della doppia imposizione giuridica internazionalmente

¹²¹ Ad esempio, residuano spazi di doppia imposizione internazionale – non risolvibili tramite le convenzioni contro le doppie imposizioni – relativamente alle operazioni transnazionali di fusione e scissione societaria, in quanto tali episodi sono privi di una specifica sistemazione a livello convenzionale. Analogamente prive di puntuale inclusione negli accordi internazionali sono le vicende – alle quali pure si deve l'insorgenza di fenomeni di doppia imposizione – di trasferimento all'estero della sede societaria (che, come vedremo, costituiscono capitolo specifico della fiscalità internazionale in chiave comunitaria).

riconosciuto – perché l’adoperarsi per il coordinamento resta una facoltà e non un obbligo degli stati. Parzialità, e non globalità di approcci, perché non esiste garanzia di soddisfazione degli obiettivi cui le convenzioni internazionali pure si dicono indirizzate.

Resta da chiedersi – e lo faremo di qui a breve – se un vincolo giuridico al coordinamento impositivo possa germinare altrove, con strumenti giuridici non classici né puntualmente pensati a tale fine, e per verificare, una volta individuati tali strumenti, l’efficacia delle soluzioni giuridiche che ne scaturiscono. Ben consapevoli che, nel contesto attuale, la sovranità tende a “deterritorializzarsi”⁽¹²²⁾, non essendo più lo stato il luogo privilegiato di formazione del diritto, ed essendo sempre più evanescente la stessa identificazione di un monopolio del legislatore nazionale nella formazione dei precetti tributari⁽¹²³⁾.

Lo faremo con riferimento specifico al diritto dell’Unione Europea, terreno fertile per riconsiderare, da un lato, la tenuta sistematica delle soluzioni classiche del coordinamento, dall’altro, quello che qui maggiormente interessa, se ed in che termini lo stesso diritto comunitario possa offrire, nel suo attuale stadio di evoluzione, strumenti giuridici finalizzati al coordinamento impositivo tra stati. Non prima di ricordare, brevemente, la struttura e l’oggetto del diritto dell’Unione Europea, per averne presenti le differenze rispetto agli strumenti che abbiamo tratteggiato fino a questo punto.

2. Precisazioni preliminari sulla struttura e sull’oggetto del diritto dell’Unione Europea

Quale che sia l’approccio, monista⁽¹²⁴⁾ o dualista⁽¹²⁵⁾, allo studio dei rapporti tra ordinamento interno e ordinamento europeo, nessuno

¹²² Per utilizzare una espressione di G. MONTEDORO, *Il regime processuale dell’atto nazionale anticomunitario. I poteri del giudice nel contenzioso implicante l’applicazione del diritto dell’UE*, in Riv. It. Dir. pubbl. comun., 2011, 1393.

¹²³ In questo senso, cfr., tra gli altri, A. DI PIETRO, *Il consenso all’imposizione e la sua legge*, in Rass. trib., 2012, 11.

¹²⁴ Per orientamento “monista” si intende, come noto, l’interpretazione che assume il rapporto tra ordinamento nazionale e comunitario come interamente osmotico, talché gli stati nazionali non potrebbero opporre alcuna fondata resistenza

alla penetrazione delle regole di matrice comunitaria, perlomeno nelle materie nelle quali (e di esse non fa parte quella fiscale) essi hanno rinunciato ad una porzione del loro potere sovrano.

L'orientamento monista è stato decisamente sostenuto dalla giurisprudenza comunitaria.

In una prima, fondamentale, pronuncia, la Corte di Giustizia delle (allora) Comunità Europee (sentenza 5 febbraio 1963, causa C-26/62, *Van GenD & Loos*), ritenne che *“la Comunità economica europea costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale a favore del quale gli Stati membri hanno rinunciato, seppure in settori limitati, ai loro poteri sovrani ed al quale sono soggetti non solo gli Stati membri, ma pure i loro cittadini”*.

In una seconda, parimenti rilevante, decisione, (sentenza 5 luglio 1964, causa C-6/64, *Costa*), la Corte di Giustizia afferma che, *“a differenza dei comuni trattati internazionali, il trattato CEE ha istituito un proprio ordinamento giuridico, integrato nell'ordinamento giuridico degli Stati membri all'atto dell'entrata in vigore del Trattato e che i giudici nazionali sono tenuti a osservare. Istituito una comunità senza limiti di durata, dotata di propri organi, di personalità, di capacità giuridica, di capacità di rappresentanza sul piano internazionale, ed in specie di poteri effettivi provenienti da una limitazione di competenza o da un trasferimento di attribuzioni dagli Stati alla Comunità, questi hanno limitato, sia pure in campi circoscritti, i loro poteri sovrani e creato quindi un complesso di diritto vincolante per i loro cittadini e per loro stessi”*. Secondo la Corte, in particolare, *“il trasferimento effettuato dagli Stati a favore dell'ordinamento giuridico comunitario, dei diritti e degli obblighi corrispondenti alle disposizioni del Trattato, implica quindi una limitazione definitiva dei loro poteri sovrani”*; pertanto, *“l'obbligo imposto agli Stati membri dal Trattato CEE è integrato nell'ordinamento giuridico degli Stati membri, ha in questi un valore imperativo e riguarda direttamente i loro cittadini, ai quali attribuisce dei diritti individuali che i giudici nazionali devono tutelare”*.

Tale posizione, rimasta sostanzialmente immutata nel corso del tempo, si è solidificata prevedendosi un vero e proprio obbligo, da parte dei giudici appartenenti alle giurisdizioni dei singoli stati membri, di *“garantire la piena efficacia di tali norme [i.e. le disposizioni di diritto comunitario, ndr], disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale”* (Corte di Giustizia, sentenza 9 marzo 1978, causa C-106/77, *Simmenthal*).

¹²⁵ Con l'orientamento dualista si denomina la teoria, sostenuta

più nega l'originalità dell'assetto giuridico sorto con l'adozione dei Trattati istitutivi (e modificativi delle compagine) delle Comunità Europee e dell'Unione Europea¹²⁶) e della pregnanza che il diritto

prevalentemente dalle cori nazionali, secondo cui l'ordinamento nazionale e quello comunitario rappresentano sistemi separati.

La teoria della separazione degli ordinamenti, affermata senza mezzi termini nella giurisprudenza tedesca, francese e anglosassone, è stata sostanzialmente sposata anche dalla Corte costituzionale italiana.

Nella decisione n. 170/1984, la Corte costituzionale, pur riconoscendo la competenza del giudice nazionale a dare piena e immediata applicazione alla norma comunitaria disapplicando la norma interna – vuoi anteriore o successiva – che si riveli con essa configgente, ha comunque ribadito (ciò che aveva già statuito con la sentenza n. 183/1973, ossia) l'esistenza di cc.dd. controlimiti all'operare indiscriminato delle norme comunitarie, individuabili nei *"principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale o i diritti inalienabili della persona umana"*. Alla base di tale teoria, vi sarebbe la considerazione che *"l'ordinamento comunitario e quello nazionale sono ordinamenti distinti ancorché comunicanti e collegati (per mezzo dei Trattati) e che la norma comunitaria è prodotta da una fonte comunitaria, cioè da un ordinamento distinto, ancorché coordinato, rispetto all'ordinamento statale"*.

¹²⁶ Ci si riferisce, in particolare, a:

- Il Trattato CECA (Comunità europea del carbone e dell'acciaio), firmato a Parigi il 18 aprile 1951, entrato in vigore il 23 luglio 1952, insieme ai Protocolli sullo Statuto della Corte di Giustizia e sui privilegi e sulle immunità; il Trattato, la cui durata è stata stabilita in 50 anni, è giunto alla sua naturale scadenza, in forza dell'art. 97, il 23 luglio 2002;
- I Trattati CEE (Comunità economica europea, poi solo Comunità Europea, CE) e CEEA (Comunità europea dell'energia atomica o Euratom), firmati a Rooma il 25 marzo 1957, entrati in vigore il 1 gennaio 1958, insieme allo Statuto della Corte di Giustizia, nonché alla Convenzione sulle istituzioni comuni; successive modificazioni e integrazioni sono intervenute con il Trattato sulla fusione degli esecutivi (Consiglio e Commissione) e con l'Atto unico europeo (AUE) del 17-28 febbraio 1986, entrato in vigore il 1 luglio 1987;
- Il Trattato sull'Unione Europea (TUE), firmato a Maastricht il 7 febbraio 1992 ed è entrato in vigore il 1 novembre 1993;
- I Trattati che hanno successivamente modificato il TUE ed i Trattati CE, e

europeo assume, in misura sempre maggiore, nel regolare aspetti della vita di relazione tradizionalmente attratti nella sfera d'imperio dei singoli stati membri⁽¹²⁷⁾.

Sebbene, difatti, sia pacifica l'idea che i momenti "genetici" delle Comunità Europee e dell'Unione Europea, non si discostino dai più classici moduli del diritto internazionale generale (quelli della negoziazione e dell'accordo internazionale)⁽¹²⁸⁾ e che la modifica degli originari impegni intrapresi sia strettamente implicata dall'adozione di tali moduli⁽¹²⁹⁾, è parimenti avvertita la percezione che l'esperienza comunitaria rappresenti un *unicum* nel panorama giuridico internazionale e non abbia termini reali di confronto nelle altre iniziative, anche rilevanti, di cooperazione organizzata, specie se si

cioè il Trattato di Amsterdam (firmato il 2 ottobre 1997 ed entrato in vigore il 1 maggio 1999) ed il Trattato di Nizza (firmato il 26 febbraio 2001 ed entrato in vigore il 1 febbraio 2003), nonché i vari Trattati di adesione degli Stati membri entrati successivamente ai sei Paesi fondatori (Trattato di adesione di Regno Unito, Irlanda e Danimarca del 22 gennaio 1972; di Repubblica Ellenica del 24-28 maggio 1979; di Spagna e Portogallo del 25 giugno 1985; di Austria, Finlandia e Svezia del 14 giugno 1994; di Cipro, Estonia, Lettonia, Lituania, Malta, Repubblica Ceca, Polonia, Slovenia, Slovacchia e Ungheria, del 16 aprile 2003; di Romania e Bulgaria, del 25 aprile 2005);

- Il Trattato di Lisbona, firmato il 13 dicembre 2007, entrato in vigore il 1 dicembre 2009, che, oltre a modificare il Trattato sull'Unione Europea, ha modificato e sostituito il Trattato CE con il Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea ed ha attribuito lo stesso valore dei Trattati alla Carta dei diritti fondamentali, proclamata a Nizza dal Parlamento europeo, dalla Commissione e dal Consiglio il 7 dicembre 2000.

¹²⁷ Sul tema della natura giuridica dell'ordinamento comunitario, cfr., tra i primi, BISCOTTINI, *La natura giuridica delle Comunità europee*, in *Dir. int.*, 1980, 229.

¹²⁸ In specie, gli accordi istitutivi e modificativi dell'assetto europeo sono accordi multilaterali, che seguono le normali procedure del negoziato, della firma, della ratifica.

¹²⁹ Difatti, nella modifica degli assetti istituzionali dell'Unione Europea non si prescinde, così come nella fase genetica, da un negoziato e dal conseguente accordo.

guarda ai profili e agli effetti più strettamente giuridici dell'integrazione europea, alla luce della sua attuale evoluzione⁽¹³⁰⁾.

Invero, al pari degli accordi istitutivi di organizzazioni internazionali, i Trattati non si limitano a creare obblighi e diritti reciproci degli Stati aderenti, ma contengono la definizione di un complesso istituzionale deputato ad esercitare le competenze dell'organizzazione (Consiglio, Commissione, Parlamento, e via dicendo).

Inoltre, pur essendo l'Unione Europea un organismo a finalità non universale, ma definita e sottoposta al principio delle competenze di attribuzione – che dunque opera nei limiti di esse – l'ampiezza ed incisività delle prefigurate competenze, così come le modalità e i mezzi attribuiti per il loro esercizio vanno al di là del modello tradizionale di organizzazione internazionale⁽¹³¹⁾: in questa chiave, il regolamento delle politiche degli stati membri e l'armonizzazione delle relative legislazioni non è il fine precipuo dell'organizzazione, bensì un mezzo necessario al conseguimento degli ulteriori obiettivi di integrazione (che sono, al tempo stesso, politici, economici e giuridici) fissati, all'origine dell'esperienza (comunitaria ed) europea, dagli stati membri.

Complemento indispensabile di tale percorso è l'*incidenza diretta e immediata* dell'ordinamento europeo sulla situazione giuridica soggettiva, oltreché delle Istituzioni europee e degli stati membri, anche

¹³⁰ In questi termini, in particolare, G. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2010, 2, il quale mette in luce come l'Europa comunitaria presenti il livello di realizzazioni concrete e in definitiva di integrazione reale di gran lunga più elevato, soprattutto quanto alla posizione giuridica e agli interessi dei singoli, dei cittadini. Il metodo "comunitario", infatti, proprio perché si fonda su una logica di forte integrazione, è caratterizzato da alcune peculiarità che non si riscontrano in alcuna forma di cooperazione intergovernativa. Il sistema giuridico dell'Unione è caratterizzato da un procedimento di formazione delle norme, dunque del consenso, che nella grande maggioranza dei casi non è di tipo convenzionale, con la presenza ed il ruolo attivo del Parlamento eletto a suffragio universale; dall'ampio utilizzo di atti direttamente applicabili ed efficaci negli Stati membri e da un sistema di tutela giurisdizionale pieno ed effettivo, con diverse e pari responsabilità del giudice comunitario e di quello nazionale.

¹³¹ In questi termini, cfr. sempre G. TESAURO, *op. loc. ult. cit.*, 89.

dei singoli. Caratteristica saliente e indiscutibile del diritto europeo è, infatti, quella di poter fissare situazioni giuridiche soggettive in capo agli individui (non limitandosi a regolare quelle poste dagli stati), senza l'intermediazione dello stato membro che vi esercita la propria sovranità⁽¹³²⁾, nonché la prerogativa di interpretare, in linea con l'impronta finalistica che sottende l'ordinamento europeo, lo stesso diritto interno in modo da dare compiuto ingresso alle istanze ad esso (ordinamento europeo) sottese⁽¹³³⁾.

Insomma, se è vero che il percorso giuridico europeo ha fondamento volontaristico, la sua evoluzione si scosta da tale modulo, mettendo capo a quello che, da parte di diversi Autori⁽¹³⁴⁾ e nella giurisprudenza⁽¹³⁵⁾, è stato definito come un "processo irreversibile" di integrazione comunitaria.

A tale processo non sono rimasti immuni settori giuridici che, come quello della fiscalità diretta, riflettendosi direttamente sulla pianificazione della finanza pubblica domestica, hanno sempre posto forti resistenze al realizzarsi di istanze comuni (tarie), di impronta per giunta spiccatamente liberista, dunque fisiologicamente antinomiche rispetto alla preservazione di politiche protezionistiche, che possono realizzarsi anche e soprattutto mediante la leva tributaria.

Non mancano, tuttavia, soprattutto di recente, posizioni eccentriche rispetto alla tendenza testé evocata.

¹³² L'effetto diretto del diritto europeo, prerogativa dei cc.dd. regolamenti emanati dalle istituzioni dell'Unione, è stato gradualmente esteso anche a quei principi contenuti nel Trattato, e alle norme recate dalle direttive comunitarie, sufficientemente dettagliati e precisi, sì da non necessitare di un intervento di adeguamento da parte della legislazione statale.

¹³³ Si spiega, in tal modo, anche la crescente propensione della Corte di Giustizia a coinvolgere giudici e autorità amministrative domestiche nell'attuazione del diritto europeo.

¹³⁴ In tal senso, cfr. M. FRAGOLA, *Temi di diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2008, 5; G. TESAURO, *Sovranità degli stati e integrazione comunitaria*, Napoli, 2006, 248.

¹³⁵ Nella notissima sentenza 7 marzo 1964, causa 14/64, *Costa v. Enel*, la Corte di Giustizia affermava la "limitazione definitiva" dei poteri sovrani degli stati membri.

Con la sentenza del 30 giugno 2009 sul Trattato di Lisbona⁽¹³⁶⁾, la Corte Costituzionale Federale tedesca – invertendo rotta rispetto a sue precedenti pronunce, nelle quali era fortemente radicata la valorizzazione della diretta incidenza dell’ordinamento europeo in quello interno – ha negato autonomia all’ordinamento europeo, valorizzando la matrice volontaristica dello stesso e considerandolo, quindi, una mera concessione degli stati membri; con ciò, ponendo limiti assai stringenti al processo di integrazione europea, che, secondo i Giudici tedeschi, troverebbe un ostacolo invalicabile in quelle materie sensibili, delle quali fa parte anche quella fiscale, che il diritto europeo non potrebbe scalfire senza l’avallo puntuale dei governi nazionali.

Sebbene l’arresto promani da un organo particolarmente autorevole, non è d’altra parte il caso di estremizzarne i contenuti.

Da un lato, infatti, è noto come la dogmatica tedesca abbia sempre teso a giustificare e preservare un nocciolo duro di interessi pubblici incomprimibili per effetto delle istanze comunitarie: il superamento storico della concezione dello stato (totalitario e) totalizzante non ha, infatti, spostato la validità assiologica di quelle tesi sulla sovranità che, proprio nella dottrina tedesca, hanno avuto e continuano ad avere una forte pregnanza suggestiva.

D’altra parte, la decisione dei giudici costituzionali tedeschi si inserisce in un panorama giurisprudenziale decisamente sbilanciato a favore delle prerogative comunitarie: in questo scenario, la posizione della Corte Federale è in assoluto minoritaria, dovendosi prendere atto di come, al contrario, da più parti – non solo dalla Corte di Giustizia dell’Unione Europea – si venga consolidando l’idea del primato indiscusso del diritto europeo e della sua diretta penetrazione negli ordinamenti giuridici nazionali⁽¹³⁷⁾.

¹³⁶ In dottrina, su questa sentenza, cfr. M.P. MADURO, G. GRASSO, *Quale Europa dopo la sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona?*, in *Il Diritto dell’Unione Europea*, n. 13/2009, 503. Cfr., inoltre, S. DORIGO, *Il ruolo del diritto dell’Unione Europea*, in R. CORDEIRO GUERRA (a cura di), *Diritto tributario internazionale*, Padova, 2012.

¹³⁷ A tale proposito, basta menzionare le decisioni delle corti costituzionali italiana (ordinanza n. 103/2008) e ceca (decisione n. 19/08 del 26 novembre 2008) che registrano la decisa influenza dell’ordinamento europeo in quelli interni.

La materia fiscale, dunque, nella maggior parte degli ordinamenti domestici, non sfugge alla regola che vuole verificata la “tenuta” della norma – non solo riguardo ai principi costituzionali⁽¹³⁸⁾, ma anche – all’ordinamento europeo nel suo complesso.

Interessa, quindi, verificare le attuali linee evolutive dell’ordinamento europeo in questa materia, per poi analizzarne gli aspetti di dettaglio nei capitoli seguenti, rispetto al coordinamento impositivo che qui specificamente interessa.

3. Il duplice livello di incidenza del diritto europeo sulla fiscalità domestica, in particolare nell’ambito delle imposte dirette

Com’è noto, l’intenzione originaria del Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea (e, di seguito, dell’Unione Europea) non comprendeva la creazione di una fiscalità comunitaria, strumentale alla soddisfazione di interessi finanziari *propri* del neointrodotta organismo⁽¹³⁹⁾; né ad un simile risultato hanno condotto i successivi, sia pur penetranti, interventi di modifica ed ampliamento del Trattato comunitario e del Trattato dell’Unione Europea.

Nell’impianto giuridico originario, d’altra parte, nulla lasciava presagire gli effetti di incidenza del diritto europeo sulla fiscalità dei singoli stati membri; perlomeno, non nella misura in cui ciò non fosse

¹³⁸ Detti principi, per giunta, potrebbero direttamente implicare l’esigenza di conformità delle “nuove” leggi ai principi di estrazione europea, come ad esempio avviene nell’ordinamento italiano, laddove l’art. 117, Cost., stabilisce che i legislatori nazionali e regionali debbono adeguarsi all’ordinamento europeo.

¹³⁹ A. CARINCI, *La questione fiscale nella costituzione europea, tra occasioni mancate e prospettive per il contribuente*, in *Rass. trib.*, 2005, 543, osserva come “l’autonomia finanziaria dell’Unione sia stata concepita come sufficienza di risorse, ma non anche come autonomia delle stesse rispetto alle responsabilità singole degli Stati. Più che di autonomia finanziaria, in effetti, pare corretto parlare di autosufficienza finanziaria. Fino ad ora è mancata una risorsa propria dell’Unione in senso stretto, una risorsa, cioè, con funzione di finanziamento, che l’Unione potesse imporre e riscuotere senza passare per la necessaria collaborazione (e buona volontà) degli Stati. Non c’è stato, insomma, accanto al riconoscimento di un’autonomia finanziaria, quello di un’autonomia anche tributaria, da intendere come possibilità di imporre tributi propri dell’Unione”.

strumentale al raggiungimento degli obiettivi di integrazione economica che ispiravano l'intero progetto comunitario.

Invero, nella sua versione originaria – tramandatasi fino all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona del 2007, al cui interno è rifluito – il Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea, prevedeva che il Consiglio, deliberando all'unanimità dei suoi componenti, avrebbe adottato *“le disposizioni che riguardano l'armonizzazione delle legislazioni relative alle imposte sulla cifra d'affari, alle imposte di consumo ed altre imposte indirette, nella misura in cui detta armonizzazione sia necessaria per assicurare l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno ed evitare le distorsioni di concorrenza”* (così, art. 93 del Trattato di Roma del 1957; ora, art. 113 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea).

L'armonizzazione del settore delle imposte indirette, era, quindi, avvertita come uno dei primi ed essenziali passaggi per conseguire uno *“spazio senza frontiere interne, nel quale”* fosse *“assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali”* (attuale art. 26 del Testo Unico sul Funzionamento dell'Unione Europea).

La ragione di una tale soluzione andava ricercata nel grado di priorità assegnato all'intervento comunitario rispetto all'attuazione degli obiettivi del Trattato e, parallelamente, alla forza degli strumenti a tal fine impiegati dalle istituzioni comunitarie.

La creazione di un'Unione doganale, fondata sul divieto di dazi doganali, restrizioni quantitative e misure di effetto equivalente, tra gli stati membri, nonché sull'adozione di una Tariffa doganale comune, ha rappresentato uno degli obiettivi specifici del Trattato CE [cfr. art. 3, lettera a), ed art. 23, del Trattato di Roma del 1957]. Un obiettivo, peraltro, considerato cruciale, soprattutto nelle prime fasi del progetto comunitario (incentrato sulla realizzazione del mercato unico), e che, come tale, ha beneficiato dello strumento più incisivo d'intervento comunitario, ovvero il regolamento. Con il risultato che, attualmente, la disciplina della fiscalità doganale, nei diversi ordinamenti nazionali, non solo è di matrice comunitaria ma, soprattutto, è uniforme.

Negli altri settori, invece, gli interventi sono stati sempre visti come funzionali ad obiettivi ulteriori, quali la compiuta realizzazione delle libertà, l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno (cfr. artt. 93 e 94 del Trattato CE), la politica ambientale comunitaria

(art. 175). Qui, di conseguenza, gli interventi, pur importanti, non sono stati ritenuti parimenti essenziali; soprattutto, non hanno mai mirato ad uniformare i sistemi, eliminando ogni specificità nazionale. Non si è fatto quindi ricorso ai regolamenti, ma alle direttive, che, come noto, lasciano margini alla discrezionalità nazionale nell'adozione degli strumenti di implementazione. In questi settori, l'azione comunitaria si è pertanto attuata individuando un modello impositivo che gli stati hanno dovuto riprodurre nei rispettivi ordinamenti nazionali, conservando però margini di discrezionalità e possibilità di differenziazione⁽¹⁴⁰⁾.

Lo spazio dedicato alla tassazione diretta era, di converso, assai esiguo.

Fino all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona del 2007, l'unica norma che puntualmente riguardava la fiscalità diretta risiedeva nell'art. 293 del Trattato di Roma, il quale invitava gli stati membri ad avviare *"negoziati intesi a garantire, a favore dei loro cittadini, l'eliminazione della doppia imposizione fiscale all'interno della Comunità"*⁽¹⁴¹⁾.

Da un lato la disposizione evocava l'idea che le asimmetrie tra legislazioni nazionali nel campo della fiscalità diretta, perlomeno nelle loro manifestazioni più evidenti (i.e. le doppie imposizioni), fossero un fenomeno non estraneo alla "Comunità" e all'instaurazione di un mercato interno; dall'altro, adombrava che l'adozione di contromisure a tale fenomeno fosse materia di competenza dei singoli stati membri, mediante il tradizionale strumento delle convenzioni bilaterali contro le doppie imposizioni.

La stessa formulazione della norma appena richiamata, mettendo in evidenza la stridente antinomia tra il problema – avvertito come (anche) comunitario – e le sue soluzioni – necessariamente bilaterali in quanto ricondotte allo strumento convenzionale – racchiudeva le dinamiche del futuro sviluppo del diritto europeo nella fiscalità diretta, in particolare in quell'ambito disegnato (dallo stesso Trattato

¹⁴⁰ In questi termini, A. CARINCI, *La questione fiscale nella costituzione europea, tra occasioni mancate e prospettive per il contribuente*, cit., 550.

¹⁴¹ Va, peraltro, evidenziato come la norma, nella sua formulazione originaria, sia stata cancellata dall'attuale impianto del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea.

comunitario) come appannaggio, apparentemente, esclusivo, della negoziazione bilaterale.

Questo processo si innerva, essenzialmente, lungo due direttrici, che indicano altrettanti momenti della “precipitazione” del diritto europeo negli ordinamenti giuridici domestici – “dall’alto” e “dal basso”.

La prima direttrice, rappresentata dalle direttive e dagli altri atti non vincolanti, si caratterizza per la sua emanazione dagli organi rivestiti – ciascuno secondo le competenze conferitegli dal Trattato – della funzione normativa⁽¹⁴²⁾.

Originariamente pensato per dar voce a prerogative squisitamente imprenditoriali⁽¹⁴³⁾, l’impiego di tali strumenti è stato gradualmente ampliato a temi attinenti la fiscalità dei privati, quali, ad esempio, il trattamento fiscale delle pensioni transfrontaliere⁽¹⁴⁴⁾, dei redditi da risparmio⁽¹⁴⁵⁾ e dei dividendi intracomunitari⁽¹⁴⁶⁾.

¹⁴² In assenza, nell’ambito del Trattato di Roma del 1957, di una disciplina *ad hoc* analoga a quella prevista in tema di armonizzazione delle imposte indirette dall’art. 93, il ravvicinamento della fiscalità diretta tra i diversi Stati appartenenti alla Comunità (adesso, Unione) Europea, ha trovato il proprio fondamento prevalente nell’art. 3, lettera h), del Trattato, che dispone “*il ravvicinamento delle legislazioni nazionali nella misura necessaria al funzionamento del Mercato comune*”. Sul punto, cfr., tra gli altri, C. SACCHETTO, *Armonizzazione fiscale nella Comunità Europea*, in Enc. Giur. Treccani, II, Roma, 1988; F. TESAURO, *Profili della fiscalità comunitaria*, in Boll. Trib., 1988, 1751; A. FANTOZZI, *Il sistema tributario italiano verso il mercato unico europeo*, in Rass. trib., 1988, 551; P. RUSSO - R. CORDEIRO GUERRA, *L’armonizzazione fiscale nella Comunità Europea*, in Rass. trib., 1990, 629; G. CROXATTO, *Armonizzazione fiscale e mercato unico europeo*, in Le Società, 1990, 105.

¹⁴³ Le prime direttive in materia di fiscalità diretta sono introdotte nel 1990. Si tratta della direttiva n. 90/434/CEE, in materia di riorganizzazioni transfrontaliere, e della direttiva n. 90/435/CEE in materia di distribuzione di dividendi tra società madri e figlie europee. Dello stesso anno, è la Convenzione n. 90/436 in materia di prezzi di trasferimento. Nel 2003, è stata, invece, adottata la direttiva n. 2003/49, in materia di “interessi e canoni” infragrupo. Nel 2006, poi, sono state adottate diverse comunicazioni volte a definire ambiti sensibili dell’operare d’impresa, nelle quali viene raccomandato un coordinamento da parte delle istituzioni comunitarie.

¹⁴⁴ Cfr. Comunicazione della Commissione del 19 aprile 2001 (COM(2001) 214),

Sclerotizzato dalla regola dell'unanimità (necessaria per l'approvazione delle direttive), ed incapace di provocare effetti di adeguamento cogenti in capo agli stati membri, questo primo modello, tuttavia, non ha tardato a rivelare i propri profili di rigidità e, allo stesso tempo, fragilità. In effetti, la discussione intorno alle misure d'armonizzazione in materia di fiscalità diretta, pur protraendosi da circa cinquant'anni, ha generato risultati piuttosto deludenti, se si considera la sostanziale sterilità dei progetti *Neumark*, *Tempel* e *Ruding* in materia di armonizzazione delle imposte societarie⁽¹⁴⁷⁾ e i tempi

concernente la lotta agli ostacoli fiscali relativi alle pensioni transfrontaliere.

¹⁴⁵ Cfr. direttiva n. 2003/48, concernente i pagamenti transfrontalieri dei redditi da risparmio.

¹⁴⁶ Cfr. Comunicazione della Commissione del 19 dicembre 2003 (COM(2003) 810), concernente la tassazione dei dividendi transfrontalieri percepiti da persone fisiche.

¹⁴⁷ In particolare, in materia di imposte societarie, la relazione *Neumark* del 1962 e la relazione *Van den Tempel* del 1970 si pronunciavano entrambe a favore dell'armonizzazione, sebbene ricorrendo a metodi diversi. Nel 1975 la Commissione pubblicò una proposta di direttiva relativa all'introduzione in tutti gli Stati membri di un sistema ancora diverso, con un allineamento delle aliquote tra il 45% e il 55%. Tale proposta non venne accettata e nel 1980 la Commissione era del parere che, per quanto un sistema comune potesse essere auspicabile per motivi di concorrenza, qualsivoglia tentativo di trovare una soluzione al problema mediante l'armonizzazione sarebbe stato probabilmente destinato al fallimento (cfr. relazione sulle prospettive di convergenza dei sistemi fiscali (COM(80)139)).

La Commissione decise piuttosto di concentrarsi su misure di portata più limitata ma essenziali per il completamento del mercato interno. Gli "Orientamenti relativi all'imposizione fiscale delle imprese" del 1990 (SEC(90)601) davano la priorità a tre proposte già presentate, che vennero adottate più tardi nel corso del medesimo anno:

- la direttiva "fusioni" (90/434/CEE, che riguarda il trattamento da riservarsi alle plusvalenze risultanti da una fusione;
- la "direttiva società madri e società affiliate" (90/435/CEE), che elimina la doppia imposizione dei dividendi distribuiti da un'affiliata stabilita in uno Stato membro alla propria società madre stabilita in un altro Stato membro; e
- la Convenzione "procedura arbitrale" (90/436/CEE), che istituisce procedure

lunghe richiesti dall'adozione delle direttive in materia di fiscalità diretta che ne hanno fatto seguito.

A fronte della tendenziale inefficacia o immobilità dei processi normativi, si è rivelata ben più penetrante la seconda direttrice: la pressione "dal basso" sugli ordinamenti tributari interni, per effetto dei principi del diritto europeo primario (i.e. i Trattati).

Sin dagli anni '80, la Corte di Giustizia delle Comunità Europee (ora, dell'Unione Europea), applicando tali principi, ha "denudato" i sistemi tributari degli stati membri, affermando la permeabilità degli assetti domestici alle regole del mercato interno. Al punto che nessuno

destinate a risolvere le controversie in materia di utili di imprese consociate situate in Stati membri differenti.

All'inizio dell'anno seguente, la Commissione pubblicò inoltre una proposta relativa a un regime fiscale comune applicabile ai pagamenti di interessi e di canoni effettuati tra società madri e società affiliate di Stati membri diversi (COM(90)571). Benché rivista dopo due anni (COM(93) 196), e pur ricevendo un parere favorevole da parte del Parlamento europeo, è stata ritirata a causa dell'incapacità da parte del Consiglio di giungere ad un accordo. Nel 1998 è stata presentata una nuova versione (COM(1998) 67) nell'ambito del "pacchetto Monti" che comprendeva anche il Codice di condotta e la proposta sulla tassazione del reddito da risparmio.

Nel frattempo veniva creato nel 1991 il comitato di esperti indipendenti *Ruding* che ha presentato una relazione nel marzo dell'anno successivo. Esso raccomandava un programma di azione per eliminare la doppia imposizione, armonizzare le aliquote dell'imposta sulle società in modo che l'aliquota complessiva rientri nella fascia 30%-40% e garantire la piena trasparenza dei vari incentivi fiscali offerti dagli Stati membri per promuovere gli investimenti.

La Commissione ha pubblicato le sue reazioni alla suddetta relazione nel giugno 1992 (SEC(92)1118). Pur non concordando totalmente con il comitato *Ruding* - segnatamente per quanto riguarda le aliquote dell'imposta sulle società - essa ha convenuto sulla necessità di un'azione prioritaria in materia di doppia imposizione. Nell'anno successivo ha proposto modifiche volte ad ampliare la portata delle direttive "fusioni" e "società madri/società affiliate" (COM(93) 293) e ha attirato l'attenzione su due proposte di direttiva già presentate: quella relativa al regime fiscale del riporto delle perdite delle imprese (COM(84) 404) e quella relativa alla contabilizzazione delle perdite subite da stabilimenti statali e filiali in un altro Stato membro (COM(90) 595).

più, oggi, mette in discussione la funzione di traino assunta dalla Corte di Giustizia nella creazione di modelli, e nell'enunciazione di categorie, che sovvertono apparentemente solide e sedimentate nella dogmatica giuridica più tradizionale. Nessuno, in particolare, mette in dubbio la convergenza del diritto tributario internazionale, nel diaframma europeo, su moduli non consensualistici ed eteronomi di erosione della sovranità, così lontani dalle più tradizionali impostazioni – espresse in concetti come l'esclusività della norma tributaria e la democraticità del processo normativo in materia tributaria – da spostare l'attenzione su un vero e proprio diritto tributario europeo di fonte pretoria.

Nelle prossime due sottosezioni, ci occuperemo partitamente dell'incidenza delle due menzionate direttrici sul tema del coordinamento dei sistemi reddituali.

- CAPITOLO III - L'INCIDENZA "DALL'ALTO"

Sommario: 1. *La strada dell'armonizzazione. Il coordinamento impositivo tra Stato di residenza dell'impresa e Stato della fonte dei redditi nelle direttive comunitarie in materia di tassazione diretta* - 2. *Il coordinamento impositivo nella direttiva n. 90/435 (direttiva "madrefiglia")* - 3. *Il coordinamento impositivo nella direttiva n. 90/434 (c.d. direttiva "fusioni")* - 4. *Il coordinamento impositivo nella direttiva n. 2003/49 (c.d. direttiva "interessi e canoni")* - 5. *Il coordinamento impositivo nella convenzione n. 90/436 (c.d. convenzione sui prezzi di trasferimento)* - 6. *La soft law. Il coordinamento impositivo tra Stato di residenza dell'impresa e Stato della fonte dei redditi negli atti non vincolanti delle istituzioni comunitarie* - 7. *La proposta di direttiva sulla Common Consolidated Corporate Tax Base*

1. La strada dell'armonizzazione. Il coordinamento impositivo tra Stato di residenza dell'impresa e Stato della fonte dei redditi nelle direttive comunitarie in materia di tassazione diretta

Nella letteratura contemporanea, l'armonizzazione è solitamente concepita in chiave antitetica rispetto al coordinamento⁽¹⁴⁸⁾.

¹⁴⁸ Cfr., tra gli altri, S. CIPOLLINA, *Armonizzazione vs. competizione fiscale: il trade-off Europa/Italia*, in Riv. Dir. fin. sc. fin., 2004, I, 105, laddove evidenzia che il coordinamento è un minus rispetto all'armonizzazione, perché si prefigge l'obiettivo dell'approssimazione graduale ad un modello normativo, secondo il meccanismo della banda di oscillazione.

Difatti, laddove c'è armonizzazione – cioè il precipitare nelle singole legislazioni domestiche di regole elaborate in seno alle istituzioni comunitarie – sembrerebbe non rendersi necessario il coordinamento tra stati membri, ossia l'adeguamento reciproco di ognuno alla pretesa fiscale avanzata dagli altri.

Tuttavia, questa contrapposizione così netta sembra, a chi scrive, da un lato fuorviante, dall'altro illusoria.

Fuorviante perché l'armonizzazione nel campo delle imposte dirette, diversamente da quanto avvenuto nell'imposizione indiretta¹⁴⁹, non ha comportato l'introduzione di istituti tributari "originari", applicabili secondo canoni comuni a tutti gli stati membri, ma, più semplicemente, formalizzato le modalità di applicazione di tributi già esistenti in ognuno di essi, rispetto a vicende specifiche dotate di rilievo comunitario.

In specie, l'ordinamento comunitario si è occupato di dotare di regole comuni la tassazione delle imprese, evidentemente con l'intento di perseguire le finalità "liberistiche" di tutela del mercato e della concorrenza evitando forme ostruzionistiche da parte degli Stati membri rispetto all'apertura alle imprese non residenti.

Peraltro, malgrado numerose sollecitazioni a favore di un intervento globale in ordine alla armonizzazione delle basi imponibili e delle aliquote dell'imposta sul reddito societario, il legislatore europeo ha adottato tipicamente un approccio parziale volto in sostanza a definire le sole misure fiscali necessarie per garantire il completamento del mercato unico (c.d. *piecemeal approach*). In particolare le opzioni normative accolte riguardano fundamentalmente i gruppi multinazionali che operano in più Stati membri al fine di evitare forme di doppia imposizione e comunque di realizzare una imposizione equilibrata che valga ad escludere ostacoli di ordine tributario allo svolgimento delle attività economiche in un assetto di piena libertà concorrenziale.

¹⁴⁹ Com'è noto, l'imposta sul valore aggiunto è tributo – ancorché basato sul modello francese – di matrice interamente comunitaria. La regolazione dei soggetti, dei presupposti, della base imponibile, dell'aliquota d'imposta, promanano dalle direttive (in particolare, le cc.dd. Prima e Sesta Direttiva Iva) adottate a cavallo dell'inizio degli anni '70.

Come vedremo a breve, d'altra parte, la struttura delle direttive in materia di fiscalità diretta non si scosta sensibilmente da quella delle convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni, limitandosi esse a regolare l'esercizio della potestà impositiva degli stati membri riguardo a soggetti passivi e presupposti d'imposta già positivizzati (per legge statale) in ciascun ordinamento¹⁵⁰).

Pertanto, l'armonizzazione in questo ambito è molto più prossima al coordinamento, indicando, appunto, modelli cui gli stati membri devono conformarsi nella sistemazione delle reciproche pretese fiscali rispetto a fattispecie dotate di elementi di ultraterritorialità (pagamenti di dividendi aventi la fonte in uno stato e destinati a società residenti in altro stato membro; pagamenti di interessi e canoni aventi uguali caratteristiche; e via discorrendo).

La rigida contrapposizione armonizzazione/coordinamento cui si è innanzi accennato sembra, d'altronde, illusoria: adombrando l'idea che, laddove vi sia armonizzazione, non residuino spazi ulteriori per coordinare le pretese impositive degli stati membri: in sostanza, che la normativa armonizzata comprenda ed esaurisca tutte le possibili forme di coordinamento relativamente alle fattispecie reddituali considerate nelle direttive.

Ma, come si vedrà oltre, anche una simile conclusione è smentita dalla realtà applicativa dei regimi armonizzati. Basti pensare alle ipotesi reddituali che sfuggono alla regolamentazione della direttiva sulle cc.dd. "riorganizzazioni" societarie, come le perdite non recuperabili nello stato di localizzazione della stabile organizzazione.

Si è scelto, così, di dedicarsi alle direttive in materia di fiscalità diretta, in particolare quelle attinenti l'imposizione dei gruppi societari, alla stregua di episodi specifici del coordinamento tra sistemi reddituali, nei quali lo strumento giuridico comunitario (nel caso, appunto, la direttiva) prende il posto dello strumento giuridico comune (la convenzione bilaterale).

¹⁵⁰ Vero è, tuttavia, che, diversamente dalle convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni, le direttive implicano una modifica normativa nei singoli stati membri.

2. Il coordinamento impositivo nella direttiva n. 90/435 (direttiva “madre-figlia”)

Al fine di garantire la neutralità fiscale nei rapporti di partecipazione all'interno dei gruppi di società controllate e collegate, e ciò nell'ottica di favorire i raggruppamenti di imprese in ambito comunitario, la direttiva “madre-figlia”⁽¹⁵¹⁾ stabilisce l'esenzione da ritenuta alla fonte con riguardo ai pagamenti di dividendi intercorrenti tra società controllate e loro controllanti comunitarie; al contempo, prevede, a favore della società madre percettrice, un regime di (quasi totale) irrilevanza reddituale dei dividendi ricevuti, attraverso il ricorso a sistemi di esenzione o imputazione.

Si badi, qui come in tutte le direttive in materia di fiscalità diretta, è rilevante considerare lo scopo della legislazione europea.

Non quello, pure chiaramente desumibile dall'addentellato normativo, di eliminazione della doppia imposizione dei dividendi infragruppo, bensì quello della creazione e integrazione dei gruppi su scala comunitaria; finalità perseguita attraverso la neutralità delle distribuzioni di dividendi “*in occasione diversa dalla liquidazione della società figlia*” – nonché, naturalmente, in occasione di analoghe vicende disgregatorie del patrimonio sociale della controllata/collegata (quali, ad esempio, il recesso o il riscatto, in altre modalità, della quota di capitale investita).

La neutralità, com'è noto, è per sua stessa natura una scelta derogatoria e a-sistematica – perlomeno se si considera, quale sistema, un unico ordinamento tributario – e, come tale, non direttamente incidente sugli assetti tributari prescelti dai singoli stati membri.

Del resto, la direttiva non si riduce a eliminare o attenuare la tassazione sui dividendi alla fonte (cioè in uscita) – caratteristica, questa, che abbiamo visto essere propria delle convenzioni contro le

¹⁵¹ Per un commento della direttiva e della disciplina italiana di attuazione, si cfr., tra i tanti contributi, A. FANTOZZI, *L'attuazione della direttiva Cee madre-figlia in Italia. Confronto tra la direttiva Cee e la legge italiana di attuazione*, in Riv. Dir. Trib., 1993, I, 21; G. MAISTO, *Il regime tributario dei dividendi nei rapporti tra “società madri” e “società figlie”*, Milano, 1996, *passim*; A. FEDELE, *La direttiva “madre-figlia” e la disciplina attuativa come complesso normativo unitario e sistematico: i criteri interpretativi*, in Rass. Trib., 2001, 1256.

doppie imposizioni – ma tenta un coordinamento delle pretese fiscali dello stato della fonte e della residenza che ha, come obiettivo sotteso, proprio quello della completa neutralità fiscale dei trasferimenti di utili già prodotti e tassati.

In questo senso, il legislatore europeo ha voluto esprimere un’opzione ben precisa a beneficio della tassazione dell’utile societario nel solo territorio (e al momento) di sua produzione: cioè nel solo stato membro di residenza della società figlia⁽¹⁵²⁾.

Perché gli utili siano esenti nello stato della società figlia distributrice, ed irrilevanti redditualmente (sottoforma di esenzione o credito d’imposta) nello stato di residenza della società percettrice, la direttiva esige che siano soddisfatte determinate condizioni:

- (i) partecipazione non inferiore al 10% del capitale o dei diritti di voto (la misura originariamente prevista era del 25%; la nuova misura di partecipazione è stata fissata dalla direttiva n. 123/2003);
- (ii) detenzione ininterrotta della partecipazione per un periodo minimo di due anni (anche se gli Stati possono prevedere un periodo inferiore; ed invero, nella maggior parte dei casi – come in Italia – è previsto per un periodo di un anno);
- (iii) le partecipazioni o quote devono riguardare una società avente la forma di società di capitali;
- (iv) la residenza di entrambe le società (la società “madre” e la società “figlia”) ai fini fiscali deve essere fissata in uno Stato appartenente all’Unione Europea;
- (v) entrambe le società devono essere assoggettate nei rispettivi paesi alle imposte sul reddito indicate espressamente dalla direttiva.

Con riguardo al requisito del periodo minimo di detenzione della partecipazione (c.d. *minimum holding period*) è stato precisato dalla Corte di Giustizia che, qualora esso venga completato in epoca successiva alla delibera di distribuzione dei dividendi, il dividendo va sottoposto a

¹⁵² Ci si potrebbe domandare, al riguardo, se esulino da codesta opzione le situazioni in cui l’utile prodotto dalla società figlia sia, anche solo in parte, riferibile ad una sua stabile organizzazione estera, situata al di fuori dell’Unione Europea.

ritenuta nello Stato della società partecipata, ma il socio ha diritto al rimborso della tassazione subita all'estero al completamento di detto periodo minimo⁽¹⁵³⁾.

Quanto alla enunciazione delle forme societarie ricomprese nel regime di neutralità fiscale, nella sua formulazione originaria la direttiva definiva in modo casistico le tipologie di società ammesse al regime di esenzione dei dividendi mediante elenco indicato in apposito allegato. La direttiva n. 2003/123 ne ha previsto, poi, l'ampliamento a nuovi tipi societari, sia per tenere conto dell'ingresso di nuovi paesi nell'Unione Europea, sia in considerazione delle novità *medio tempore* intervenute nelle normative societarie di ciascuno degli Stati membri.

Nel subordinare il regime di neutralità al requisito delle forme giuridiche, il legislatore comunitario sembrava voler tradurre l'esigenza - prospettata dagli Stati membri nel corso dei lavori preparatori - di limitarne l'applicazione alle sole società di capitali, normalmente dotate di soggettività passiva ai fini fiscali, escludendola, per contro, in relazione alle società di persone, normalmente tassate per trasparenza - cercando così di rispettare la differenza sussistente, nel diritto societario dei sistemi di *common law*, tra *companies* e *partnerships*, e, nei sistemi di *civil law* tra *sociétés de capitaux* e *sociétés de personnes*⁽¹⁵⁴⁾.

D'altro canto, in tal senso si era orientata la dottrina maggioritaria, la quale, esaltando le finalità sottese alla direttiva, aveva proposto un'interpretazione "dinamica" dell'elenco annesso, ammettendone l'estensione a tutti gli enti, ancorché non costituiti in alcuna delle forme giuridiche ivi contemplate, organizzati in forma d'impresa commerciale e considerati autonomi soggetti passivi dell'imposta societaria, baricentrando così l'applicazione della disciplina esclusivamente sul requisito dell'assoggettamento ad imposta, *sub* lett. c), art. 2⁽¹⁵⁵⁾. Tale soluzione aveva, peraltro, il pregio di

¹⁵³ V. Corte di Giustizia, sentenza 17 ottobre 1996, cause C-283/94 e C-291/94, *Denkavit*.

¹⁵⁴ Si cfr., in proposito, G. K. FIBBE, *The different translations of the term "company" in the Merger Directive and the Parent-Subsidiary Directive: a babylonian confusion of tongues?*, in *EC Tax Review*, n. 2/2006, 95.

¹⁵⁵ Tra gli altri, si segnala A. FEDELE, *La direttiva "madre-figlia" e la disciplina attuativa come complesso normativo unitario e sistematico: i criteri interpretativi*, cit.,

garantire l'adeguamento tacito ed immediato dell'elenco ai mutamenti degli ordinamenti societari degli Stati membri, senza necessità di un espresso intervento normativo⁽¹⁵⁶⁾.

Una diversa interpretazione, benché rispettosa del tenore letterale della direttiva, avrebbe condotto ad applicazioni poco coerenti con la sua *ratio*, provocando, molto verosimilmente, un'asimmetria tra situazioni puramente domestiche e fattispecie transfrontaliere contraria al disegno del legislatore europeo, ed elevando le strutturali differenze esistenti negli ordinamenti societari degli stati membri a causa sufficiente per trattamenti fiscali discriminatori, con evidenti effetti dissuasivi sulla mobilità dei capitali d'impresa.

In senso contrario a quanto auspicava la dottrina, si è del resto pronunciata la Corte di Giustizia.

Nella sentenza *Gaz de France* i Giudici comunitari hanno accolto questa seconda, più rigida, concezione e, statuendo il carattere chiuso e vincolante dell'elenco, ne hanno escluso l'estensione alle altre società, costituite in conformità al diritto degli Stati membri, ma prive della forma giuridica richiesta⁽¹⁵⁷⁾.

1262 ss., il quale evidenziava l'opportunità di un'interpretazione estensiva del requisito della forma giuridica a pena di compromettere l'uniforme applicazione della direttiva.

¹⁵⁶ A tale proposito, vale la pena ricordare che l'articolo 10 del Modello di Convenzione OCSE contro le doppie imposizioni (rubricato "dividendi"), in un contesto affine a quello della direttiva "madre-figlia", si riferisce ai dividendi corrisposti da "*any body corporate or any entity that is treated as a body corporate for tax purposes*", orientandosi dunque, *ab initio*, verso una soluzione elastica e sensibile ai mutamenti della legislazione interna degli Stati contraenti. In argomento, si cfr., da ultimo, Aa. Vv., *The definition of dividends and interest in the OECD Model: something lost in translation?*, in *British Tax Review*, n. 4/2009, 406.

¹⁵⁷ In tale occasione, la Corte di Giustizia ha prescelto, dunque, un'interpretazione strettamente letterale del testo della direttiva. Un'interpretazione finalistica sarebbe, invero, preferibile in quanto maggiormente coerente con le logiche ispiratrici dell'ordinamento comunitario, caratterizzato, fin dalla sua origine, dalla fissazione di obiettivi di integrazione economica e sociale, e dal perseguimento di tali obiettivi. Sul punto, cfr. J. JOUSSEN, *L'interpretazione (teleologica) del diritto comunitario*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2001, 491, ss. Ad ogni buon

Tale esito dovrebbe, invero, risultare superato dalla soluzione accolta, in sede di revisione della disciplina, dallo stesso legislatore comunitario, il quale nel 2003 ha di fatto superato lo “sbarramento” della forma giuridica, precisando, al IV considerando della direttiva n. 2003/123, che “*il campo di applicazione dovrebbe essere esteso ad altre entità che possono svolgere attività transfrontaliere nella Comunità e che soddisfano tutti i requisiti stabiliti dalla direttiva*”.

È ammessa la facoltà per gli Stati membri di riconoscere l'inclusione nella base imponibile di una porzione assai ridotta (non oltre il 5% del totale) dei dividendi distribuiti; di tale regola si sono avvalsi diversi Stati membri (tra cui è inclusa anche l'Italia). Ciò sembra potersi spiegare essenzialmente in ragione della esigenza di consentire la deducibilità dall'imponibile della società-madre delle spese generali ed oneri di gestione riconducibili alla società-figlia (e dunque si tratterebbe invero di una misura di favore per la società-madre).

Non appare invece chiaro se nell'ambito di applicazione del regime della direttiva possano essere ricompresi anche gli utili derivanti dalla liquidazione della società. A tal riguardo si può osservare che la maggior parte degli Stati ha inteso includere anche tali proventi nella

conto, non è la prima volta che la Corte di Giustizia, chiamata a qualificare le espressioni presenti nelle direttive in materia di fiscalità diretta – specialmente la direttiva “madre-figlia” e la direttiva “fusioni” (dir. n. 90/434/CEE) – presceglie un'impostazione letterale - e tendenzialmente restrittiva - ad una teleologica. A riguardo, si ricorda la recente pronuncia *Les Verges des Vieux* (22 dicembre 2008, causa C-48/07, in *Giurisprudenza delle Imposte*, 2009, con commento di F. DAMI), con la quale la Corte ha negato potesse assumere la qualità di “madre”, ai sensi della direttiva (e conseguentemente usufruire della disciplina ivi contenuta), la società titolare del semplice diritto di usufrutto dei titoli azionari della consociata; o, ancora, la sentenza *Andersen OG Jensen ApS* (Corte di Giustizia, sentenza 15 gennaio 2002, causa C-43/00), con la quale la Corte ha fornito una interpretazione assai restrittiva dell'espressione “ramo di attività” ai sensi dell'art. 2, lett. i), della direttiva n. 90/434/CEE, negando potesse qualificarsi come tale, *inter alia*, un complesso aziendale non autosufficiente sotto il profilo finanziario (e quindi addirittura strozzando, in un'interpretazione limitativa, il dato letterale, che richiede la mera presenza di “*un complesso capace di funzionare con i propri mezzi*” “*da un punto di vista organizzativo*”).

categoria dei dividendi sulla base di argomenti letterali e funzionali in ordine alla interpretazione del testo normativo, malgrado la finalità della direttiva sia propiziare i raggruppamenti societari su scala comunitaria e non, invece, favorirne la disgregazione. D'altro lato, alcuni paesi, tra cui l'Italia, hanno accolto una diversa interpretazione, di carattere restrittivo, ed hanno escluso l'applicabilità della direttiva agli utili da liquidazione.

Va segnalato che a titolo derogatorio è prevista la facoltà per gli Stati membri di non applicare il regime di neutralità fiscale laddove vi sia il concreto pericolo di evasione o elusione fiscale in sede di distribuzione dei dividendi ovvero in adesione ad accordi internazionali contro la doppia imposizione.

La Corte, quindi, pur prendendo atto dell'evoluzione positiva della disciplina “madre figlia” – che ha condotto alla svalutazione del presupposto soggettivo della forma giuridica e alla corrispondente accentuazione del requisito dell'assoggettamento ad imposta, in vista di un più efficace e pieno conseguimento dei suoi obiettivi ⁽¹⁵⁸⁾ – non ne trae adeguate conseguenze in termini di “effettività” dei diritti di matrice comunitaria, di fatto privando il regime della funzione sua propria, ossia quella di favorire l'integrazione di imprese in ambito comunitario attraverso la neutralità fiscale delle distribuzioni di utili infragruppo; è evidente invece come, ad una interpretazione finalistica e contestuale della normativa sarebbe, coerentemente, corrisposta, nel caso di specie, l'affermazione di una responsabilità dello Stato membro della fonte per violazione del divieto – contenuto all'art. 5 della direttiva – di applicazione di una ritenuta sui dividendi in uscita.

3. Il coordinamento impositivo nella direttiva n. 90/434 (c.d. direttiva “fusioni”)

La direttiva n. 434/90 impartisce la regola della neutralità fiscale con riferimento alle operazioni di riorganizzazione societaria (quali fusioni, scissioni, conferimenti di attivi aziendali o partecipazioni di controllo, trasferimenti di sede) poste in essere fra soggetti residenti in diversi stati membri dell'Unione Europea, sì da determinare, per tali

¹⁵⁸ A riguardo si cfr. F. BULGARELLI, *Le recenti modifiche alla direttiva “madre-figlia” e la riforma tributaria italiana*, in *Rass. Trib.*, 2005, 115.

operazioni, un trattamento omogeneo a quello applicabile alle operazioni puramente domestiche.

L'opzione per la neutralità fiscale è stata giudicata in ambito comunitario come la scelta di maggiore utilità rispetto agli obiettivi di sviluppo del mercato interno ed in particolare rispetto al raggiungimento di un crescente livello di efficienza e competitività delle imprese sul piano internazionale, in quanto consente di evitare il depauperamento di risorse patrimoniali a seguito del prelievo fiscale e, conseguentemente, esclude che l'impatto fiscale possa risolversi in un ostacolo, forse determinante, rispetto ai programmi di crescita e sviluppo della produttività delle imprese europee.

Com'è noto, gli atti circolatori d'azienda riconnessi alle vicende di riorganizzazione societaria transfrontaliera – come quelle delineate dalla direttiva in esame – sono come tali idonei a incidere, in misura più o meno significativa, sulla natura e le caratteristiche del collegamento fiscalmente rilevante dell'impresa con il territorio di uno stato⁽¹⁵⁹⁾.

È dunque comprensibile la preoccupazione del legislatore comunitario – a fronte di un sistema tendenzialmente neutrale, quindi propenso alla circolazione dei capitali d'impresa su scala europea – di salvaguardare la continuità tra valori d'impresa e territorio dello stato in cui si sono formati, impedendo che vicende migratorie del patrimonio aziendale possano tradursi nella totale perdita, per uno stato membro, del diritto di assoggettare a tassazione (plus)valori che si sono formati nel proprio ordinamento.

In risposta a tale preoccupazione, l'articolo 4 della direttiva abbina, pertanto, l'irrilevanza reddituale dei plusvalori emergenti in occasione di un'operazione di riorganizzazione⁽¹⁶⁰⁾, alla condizione che tali attivi restino effettivamente connessi con una stabile organizzazione dell'impresa che li "riceve"⁽¹⁶¹⁾. La tassazione di tali plusvalenze resta,

¹⁵⁹ Per una disamina delle fattispecie circolatorie d'azienda, si cfr. A. CICOGNANI, F. CICOGNANI, *Azienda, II) Diritto tributario* (voce), in Enc. Giur. Treccani, 5.

¹⁶⁰ Calcolati come differenza tra il valore reale degli attivi riorganizzati (ad esempio, quelli conferiti da una società di uno stato membro ad una società di un diverso stato membro) ed il loro valore fiscale.

¹⁶¹ Come noto, la stabile organizzazione indica, in linea generale, una "sede fissa

dunque, sospesa fino al momento in cui gli attivi saranno, in tutto o in parte, estromessi dalla stabile organizzazione.

La neutralità – cioè la non imposizione delle plusvalenze eventualmente emergenti in sede di riorganizzazione transfrontaliera – si giustifica fintantoché i valori degli attivi trasferiti non vengano distolti dalla potestà impositiva dello stato membro al cui interno si sono formati; non, invece, laddove lo stato della “fonte” perda qualsiasi potere impositivo nei riguardi di detti valori.

In buona sostanza, il principio di neutralità, così come enucleato in seno alla direttiva, postula che le plusvalenze latenti, non realizzate al momento dell’operazione, possano essere assoggettate ad imposizione al verificarsi di un successivo evento di realizzo. Lo stato che si è

*di affari per mezzo della quale l’impresa non residente esercita in tutto o in parte la sua attività sul territorio dello Stato”. La definizione, contenuta all’art. 5 del Modello di Convenzione OCSE e valsa sempre come modello di riferimento della nozione internazionalmente riconosciuta, è stata integrata nell’ordinamento italiano, all’art. 162 del D.P.R. n. 917/1986, per effetto del D. Lgs. di riforma n. 80/2003. D’altronde, già prima dell’introduzione del ricordato Decreto, sia la prassi italiana (si cfr. circ. 30 aprile 1977, n. 7/1596), sia la giurisprudenza (cfr., tra le altre, Cass., sentenza n. 10925 del 25 luglio 2002, anche se in materia di Iva), tendevano a ricostruire il concetto di stabile organizzazione sul calco della definizione presente nel Modello di Convenzione OCSE e nei trattati stipulati dall’Italia. Quanto alla funzione dell’art. 5 del Modello OCSE e del suo Commentario ai fini dell’interpretazione della definizione di stabile organizzazione di cui all’art. 162, Tuir, una parte della dottrina (E. DELLA VALLE, *La nozione di stabile organizzazione nel nuovo Tuir*, in *Rass. Trib.*, 2004, 1597) ha riconosciuto una sua sicura rilevanza, “proprio in ragione della derivazione convenzionale della norma definitoria interna... e ciò pur tenendo conto delle incertezze circa il fondamento normativo della sua funzione di strumento interpretativo delle singole convenzioni”, mentre in senso critico, valorizzando la diversità di funzioni tra la norma interna e quella convenzionale, si sono espressi sia G. FRANSONI, *La territorialità nel diritto tributario*, Milano, 2004, 375 ss., e in particolare nota 139, sia – con un riferimento più generico ai rapporti tra fonti normative domestiche e convenzionali – C. SACCHETTO, *Le fonti del diritto internazionale tributario*, in *Materiali di diritto tributario internazionale*, Milano, 2002, 16. Nella dottrina internazionale, cfr. A. SKAAR, *Permanent establishment. Erosion of a tax treaty principle*, Boston-Deventer, 1991, passim.*

astenuo dalla tassazione sull'operazione deve quindi poter esercitare i suoi diritti impositivi in detto momento successivo¹⁶²).

In questo senso si può cogliere un ragionevole temperamento della esigenza di promozione di operazioni di riorganizzazione (e dunque di sviluppo del mercato comune) con l'esigenza di protezione del sistema di entrate fiscali dello Stato di residenza della società che effettua l'apporto aziendale, in una declinazione peculiare (ossia temporale) del principio di territorialità, come vedremo spesso richiamata dalla Corte di Giustizia nei suoi arresti.

Senz'altro, comunque, l'opzione per la neutralità fiscale sembra prescindere da valutazioni di ordine concettuale in merito alla natura giuridica delle operazioni di riorganizzazione ed in specie alla riconducibilità delle stesse alla categoria degli atti di organizzazione (piuttosto che a quelli degli atti di scambio). Va rilevato, a tal riguardo, che al livello europeo le fusioni e le scissioni non vengono considerate quali atti di organizzazione (come invece sembra avvenire nella disciplina interna italiana), bensì piuttosto quali atti di scambio idonei a produrre effetti traslativi del patrimonio di impresa; ed invero, in via espressa, le fusioni sono qualificate come atti diretti a produrre il trasferimento del patrimonio al momento dello "scioglimento senza liquidazione" di una o più società (art. 2 direttiva n. 434/90).

Le operazioni esplicitamente previste dalla direttiva sono le fusioni, le scissioni proporzionali (sia totali che parziali) concernenti aziende o rami aziendali, i conferimenti di attivo patrimoniale, gli scambi di azioni, i trasferimenti di sede. Le scissioni parziali ed i trasferimenti di sede sono stati aggiunti esplicitamente dalla direttiva n. 19/2005 (recepita in Italia con il D. Lgs. n. 199/2007).

Per beneficiare della neutralità fiscale è richiesto che i fondi e le riserve in sospensione di imposta siano trasferiti alla stabile organizzazione nel territorio; qualunque operazione di scorporo di una componente aziendale dalla stabile organizzazione è considerata fiscalmente rilevante (e perde dunque il connotato della neutralità).

Se con il compimento dell'operazione di riorganizzazione intracomunitaria è trasferita ad una società anche la stabile

¹⁶² In questi termini, cfr. A. SILVESTRI, *Il regime tributario delle operazioni di riorganizzazione transnazionale in ambito CEE*, in Riv. Dir. fin. sc. fin., I, 448.

organizzazione estera, lo Stato di residenza della società è autorizzato dalla direttiva ad applicare l'imposizione sulle plusvalenze maturate; in tal caso deve essere concesso un credito di imposta (c.d. credito di imposta nozionale) pari alle imposte che sarebbero state applicate nello Stato di residenza della stabile organizzazione estera.

Va osservato che la direttiva non si occupa compiutamente del regime fiscale della società incorporante-beneficiaria (nella scissione)-conferitaria; è soltanto previsto che eventuali avanzi da annullamento non possono essere tassati (se la società detiene una partecipazione superiore al 10% del capitale sociale).

Anche nella direttiva sulle riorganizzazione aziendali (al pari di quanto visto nella direttiva "madre-figlia") è stabilita una clausola antiabuso che riconosce la facoltà degli Stati membri di disapplicare la neutralità fiscale in presenza di operazioni a carattere elusivo o evasivo; a tal riguardo tra gli indici di pericolosità fiscale delle operazioni di riorganizzazione viene formulato il richiamo alla mancanza di valide ragioni economiche come argomento presuntivo per la ricostruzione di un intento fraudolento.

4. Il coordinamento impositivo nella direttiva n. 2003/49 (c.d. direttiva "interessi e canoni")

Sempre in attuazione di una raccomandazione formulata nel "pacchetto Monti" è stata emanata la direttiva n. 2003/49 riguardante la disciplina degli interessi e delle *royalties* infragruppo.

Tale direttiva stabilisce l'esenzione dalla ritenuta alla fonte e comunque da ogni forma di imposizione per i pagamenti di interessi su finanziamenti e di *royalties* (quali canoni per l'utilizzo di brevetti o marchi, attrezzature industriali o diritti d'autore etc.) effettuati da una società residente in uno Stato membro a favore di una società consociata residente in un altro Stato membro. La tassazione di tali componenti reddituali andrà effettuata pertanto nel solo Stato di residenza del soggetto percettore.

Evidentemente si ripropone lo schema applicato per il pagamento di dividendi intragruppo così come previsto dalla direttiva "madre-figlia" col proposito di evitare all'interno dei gruppi societari la creazione di fenomeni di doppia imposizione o comunque di tecniche di redistribuzione sproporzionata del reddito tra le società del gruppo.

Per applicare la regola di esenzione sono richieste dalla norma comunitaria determinate condizioni:

- (1) partecipazione non inferiore al 25% del capitale o dei diritti di voto, soglia, com'è evidente, asimmetrica rispetto a quella richiesta per l'applicabilità della disciplina "madre-figlia";
- (11) detenzione ininterrotta della partecipazione per un periodo minimo di due anni (anche se gli Stati possono prevedere un periodo inferiore; ed invero, nella maggior parte dei casi – come in Italia – è previsto un periodo di un anno);
- (111) il rapporto di gruppo deve riguardare società aventi la forma di società di capitali (rientrante tra quelle indicate nell'elenco allegato alla direttiva);
- (1111) la residenza di entrambe le società (la società "pagante" e la società "percepitrice") ai fini fiscali deve essere fissata in uno Stato appartenente alla Unione europea;
- (11111) entrambe le società devono essere assoggettate nei rispettivi paesi alle imposte sul reddito indicate espressamente dalla direttiva (per l'Italia l'imposta menzionata è l'IRES), senza fruire di regimi di esonero;
- (111111) la società che percepisce il pagamento deve esserne l'effettiva beneficiaria.

Quanto al requisito del periodo minimo di detenzione della partecipazione (c.d. *minimum holding period*) si applica la medesima regola vista in precedenza per la direttiva "madre-figlia": così qualora il periodo minimo venga completato in epoca successiva al pagamento di interessi o *royalties*, va applicata la ritenuta nello Stato della società che opera come agente pagatore, ma il soggetto percettore ha diritto a rimborso della tassazione subita all'estero.

Rientrano nell'ambito applicativo della norma le stabili organizzazioni, sia come agenti pagatori, sia come agenti percettori, purché i pagamenti riguardino costi inerenti l'attività svolta dalle stabili organizzazioni medesime.

L'esenzione non si applicherà per un determinato periodo (otto anni) per alcuni Stati riconosciuti come usuali importatori di tecnologia, onde evitare un effetto negativo sul gettito fiscale. Tali paesi (Grecia, Spagna, Portogallo) applicheranno in luogo dell'esenzione, una ritenuta

di imposta pari al 10% (per i primi quattro anni) ovvero al 5% (per i secondi quattro anni).

5. Il coordinamento impositivo nella convenzione n. 90/436 (c.d. convenzione sui prezzi di trasferimento)

La convenzione multilaterale n. 436/90 disciplina la tematica dei prezzi di trasferimento intragruppo (c.d. *transfer pricing*).

Come noto, già nel diritto internazionale pattizio – ed in particolare nei rapporti OCSE – al fine di evitare o comunque attenuare il rischio che i corrispettivi per le transazioni effettuate nell'ambito di un medesimo gruppo siano determinati in modo da minimizzare l'onere tributario complessivo, attraverso una politica di livellamento e di canalizzazione degli imponibili tra le varie imprese del gruppo (indirizzandole in particolare verso le imprese residenti nei paesi a fiscalità ridotta o comunque verso le imprese che scontano un minor carico fiscale, ad es. per la presenza di perdite pregresse), è previsto a titolo correttivo il ricorso al criterio del “valore normale”, da calcolarsi con riferimento al prezzo di libera concorrenza applicato sul mercato (anche definito, secondo il diritto internazionale, come *arm's length*).

Così laddove il corrispettivo definito negozialmente non rappresenti un valore attendibile sul piano economico, in quanto considerato sproporzionato rispetto all'effettivo valore dei beni oggetto delle transazioni, viene applicata una metodologia di ricostruzione del valore del mercato del bene stesso, variabile in ragione della tipologia del bene (tra i metodi previsti si segnalano come i più frequenti il confronto del prezzo con beni simili, il calcolo del prezzo di rivendita, la maggiorazione del costo di acquisto secondo le percentuali di ricarico, la ripartizione dell'utile globale).

Ovviamente qualora sia effettuata una rettifica in uno Stato in ordine all'imponibile di un'impresa a fronte di una transazione intragruppo, in applicazione della menzionata normativa sul *transfer pricing*, per l'altra impresa che ha partecipato come controparte negoziale alla medesima transazione andrà operata una rettifica di segno opposto (c.d. *correlative adjustment*), onde evitare una duplicazione di imposta.

La convenzione europea sul *transfer pricing* non contiene le stesse prescrizioni che si sono andate elaborando in ambito OCSE, bensì si

limita a formulare una procedura di componimento degli effetti distorsivi che si producono nella distribuzione del carico fiscale tra due o più imprese residenti in Stati membri. In particolare, la procedura di componimento prevista dalla Convenzione prevede tre fasi:

- (i) notifica all'impresa della volontà di procedere ad una rettifica fiscale in relazione ai criteri adottati per il *transfer pricing*; si tratta di un atto preliminare che consente all'impresa di mettersi in contatto con la consociata residente in altro Stato membro al fine di attivare le autorità fiscali di quest'ultimo Stato;
- (ii) procedura di mutuo accordo; l'impresa che lamenta la violazione dei principi in materia di *transfer pricing* può notificare un ricorso all'autorità nazionale entro tre anni dalla notifica di cui al punto precedente; può esperirsi una procedura amichevole tra le autorità fiscali coinvolte che dovrebbe concludersi entro due anni; questa procedura è del tutto simile a quelle previste dalle convenzioni internazionali sul modello OCSE;
- (iii) istituzione di una *Advisory Commission*; qualora la soluzione amichevole non sia raggiunta al termine dei due anni, viene designata una commissione (Advisory Commission) che deve fornire una soluzione al caso in questione nel termine di sei mesi; il parere della commissione non è vincolante, a condizione che gli Stati giungano ad un diverso accordo nel termine di sei mesi.

Si tratta dunque di una disciplina perlopiù di carattere procedimentale, volta a regolare le conseguenze dissuasive dell'applicazione della disciplina nazionale o internazionale del *transfer pricing* da parte degli Stati.

Le stesse istituzioni comunitarie hanno mostrato una certa insoddisfazione per l'effettiva portata di tale disciplina, suggerendo ai paesi di avviare una consultazione permanente (c.d. Forum congiunto sui prezzi di trasferimento) in ordine alla definizione di una regolamentazione propria del fenomeno dei prezzi di trasferimento intragruppo secondo tecniche e modalità di ispirazione europea.

In particolare, la Commissione europea ha emanato, in data 7 novembre 2005, un codice di condotta (successivamente approvato con

la risoluzione 2006/C176/01) che fissa gli standard comuni relativi alla documentazione del transfer pricing negli Stati membri al fine di definire la base informativa da assumere per una congrua valutazione dei prezzi di trasferimenti e dunque per attuare concretamente il criterio dell'*arm's length*.

6. La *soft law*. Il coordinamento impositivo tra Stato di residenza dell'impresa e Stato della fonte dei redditi negli atti non vincolanti delle istituzioni comunitarie

La scelta del *piecemeal approach* è stata fin dagli anni novanta oggetto di una serrata critica da parte della dottrina in quanto giudicata inidonea a consentire un effettivo processo di integrazione degli ordinamenti tributari nazionali e, di conseguenza, ad eliminare l'incidenza del fattore fiscale nella competizione tra imprese comunitarie.

D'altro canto anche le istituzioni comunitarie avvertirono chiaramente tale esigenza, suggerendo nella relazione del Comitato *Ruding* la formulazione di un modello di tassazione societaria armonizzato a livello europeo, da realizzare attraverso una serie di passaggi normativi progressivi, comunque ispirati ad una logica complessiva (e non parcellizzata) del trattamento fiscale dei redditi societari.

In particolare gli obiettivi primari del processo di armonizzazione della tassazione societaria vennero identificati nella stabilizzazione delle entrate fiscali degli Stati membri e nel contrasto con le forme di evasione o di elusione fiscale internazionale. L'attenzione si è andata così focalizzando sulla politica di contrasto delle tecniche societarie di delocalizzazione dei redditi d'impresa, realizzate attraverso sofisticate scelte negoziali funzionali a posizionare le attività produttive di redditi in territori a fiscalità privilegiata.

In tale ottica va considerato il ruolo determinante rivestito dal pacchetto di disposizioni di carattere programmatico emanate dalla Commissione nel 1996 e recepito dal Consiglio ECOFIN in forma espressa, con risoluzione del 01 settembre 1997 (c.d. pacchetto "Monti"), nel quale è prevista l'emanazione di un codice di condotta, dal contenuto giuridicamente non vincolante e dunque avente i connotati di

un impegno politico, che fissa alcune regole dirette a contenere fenomeni di concorrenza fiscale dannosa tra Stati.

Innanzitutto è programmato il blocco di nuove misure dell'imposizione diretta che, favorendo la localizzazione delle attività produttive in un territorio nazionale, producano situazioni concorrenziali rispetto agli altri paesi (clausola di *standstill*); in un secondo tempo è poi stabilito il graduale smantellamento delle regole di concorrenza fiscale esistenti. Vengono giudicati quali indici di concorrenza fiscale dannosa la selettività e le specialità del regime impositivo, la fissazione di aliquote ridotte di imposta rispetto alla media europea, l'insussistenza di attività economiche effettive.

A differenza del rapporto OCSE in materia di concorrenza fiscale dannosa, il codice di condotta europeo non è diretto tanto a constatare la delocalizzazione di attività finanziarie o commerciali suscettibili di determinare costi all'impresa, quanto piuttosto a frenare le logiche di ubicazione delle attività imprenditoriali nei paesi con regime fiscale più conveniente. E' stato formulato a tal riguardo un elenco delle discipline previste nei vari paesi comunitari considerate fiscalmente "pericolose" in quanto potenzialmente idonee a favorire operazioni di elusione fiscale internazionale; a tal riguardo sono state individuate alcune categorie di misure potenzialmente dannose quali servizi intragruppo, i servizi finanziari, le società *off shore*, i regimi settoriali specifici, gli incentivi fiscali di carattere regionale.

Dopo avere trovato per un prolungato periodo forme di attuazione spontanea da parte dei principali Stati membri, il codice di condotta è stato infine attuato a seguito delle intese raggiunte in sede di adunanza dell'ECOFIN in data 03.06.2003, con il definitivo accordo sulle forme di concorrenza fiscale dannosa realizzata attraverso alcuni regimi societari giudicati "nocivi" sotto il profilo della tassazione del reddito di impresa (salvo stabilire un prolungamento temporaneo per alcuni di tali regimi).

Resta peraltro aperto il problema di fornire una definizione sufficientemente precisa della nozione di "concorrenza fiscale pregiudizievole" (*harmful tax competition*) che non si limiti a segmenti ridotti dell'imposizione diretta, ma in qualche misura coinvolga l'intero sistema impositivo. A tal proposito, si è suggerito di assumere la definizione di uno statuto europeo della imposizione diretta, con

particolare riferimento alle imprese ed ai capitali che costituiscono i fattori maggiormente dotati di mobilità e dunque più sensibili alle misure fiscali incentivanti, nell'ambito del quale identificare un paradigma fiscale comune all'Unione europea da coordinare con il regime nazionale.

7. La proposta di direttiva sulla *Common Consolidated Corporate Tax Base* per i gruppi più grandi

In termini prospettici è peraltro indubbio che il *global approach* possa giungere a risultati di una qualche apprezzabilità rispetto agli obiettivi di armonizzazione della tassazione societaria europea soltanto con la definizione di una base imponibile comune per le società operanti nello spazio comunitario.

A tal riguardo va segnalato che la Commissione in una comunicazione del 2001 (denominata "company taxation in the internal market"), formulata a seguito di un lavoro svolto da due gruppo di esperti, ha proposto una strategia di intervento normativo articolata su due livelli temporali.

In primo luogo è previsto il completamento del programma stabilito nel pacchetto "Monti" con la definitiva emanazione delle due direttive sulla tassazione del risparmio e di interessi e royalties (che sono state effettivamente emanate nel 2003), nonché la rivisitazione della direttiva madre-figlia (effettuata con la Direttiva n. 123/2007) e con l'approvazione di una direttiva sulla compensazione delle perdite (che è ancora in fase di studio).

In secondo luogo è stata formulata, come obiettivo connotato da una maggiore ambizione, l'ipotesi di individuazione di una base imponibile comune per le attività produttive svolte dalle imprese comunitarie. In particolare sono proposte quattro forme di imposizione societaria, e cioè:

- a) imposizione nello Stato di residenza della società capogruppo (home state taxation);
- b) definizione di un sistema di regole comune per il consolidato fiscale europeo (common consolidated corporate tax base – CCCTB);
- c) codificazione di una imposta europea sul reddito delle società (European corporate income tax);
- d) armonizzazione delle legislazioni nazionali.

Nelle fasi successive di elaborazione della proposta sembra emergere un favore per il sistema della common consolidated corporate tax base come metodo di imposizione dei gruppi di impresa e delle grandi imprese in genere, e per il sistema della home state taxation in ordine al trattamento fiscale delle piccole e medie imprese. Proprio a quest'ultimo proposito è stato avviato dalla Commissione uno studio per valutare l'attuazione di un progetto pilota di applicazione della home state taxation con riguardo alle piccole e medie imprese comunitarie (vedi il consultation paper del gennaio 2003 ed il summary report pubblicato nel luglio 2003; vedi anche la comunicazione della Commissione n. 532 del 25.10.2005).

Quanto ai criteri di individuazione del reddito societario si prefigura un chiaro indirizzo di recepimento dei principi internazionali di contabilità (IAS - international accounting standards) quali regole da assumere per la definizione di una base imponibile comune a livello europeo (vedi il consultation document della Commissione del febbraio 2003).

Più complesso appare il tema del ravvicinamento delle aliquote dell'imposta sul reddito societario previste nei vari ordinamenti nazionali. Non pare infatti esservi dubbio che la fissazione di aliquote di imposta differenti negli Stati membri costituisce un fattore di potenziale discriminazione rispetto alla concorrenza tra le imprese comunitarie, determinando un'incidenza disomogenea del prelievo fiscale idonea ad alterare la capacità di profitto e la forza di iniziativa economica delle singole imprese in ragione della residenza. D'altro lato, l'atteggiamento degli Stati sul punto appare del tutto impermeabile rispetto alle sollecitazioni, comunque molto caute, da parte delle istituzioni comunitarie in riferimento ad una armonizzazione delle aliquote dell'imposta societaria.

Può dunque stimarsi che le ipotesi di ravvicinamento delle aliquote della tassazione societaria verranno utilmente formulate soltanto in una fase ulteriore del processo di integrazione comunitaria, e comunque dopo il raggiungimento degli obiettivi già formulati in ordine alla definizione di una base imponibile comune.

- CAPITOLO IV - L'INCIDENZA "DAL BASSO"

Sommario: 1. Il coordinamento nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Efficacia e relativi limiti - 2. Coordinamento e principi del Trattato. L'apparente antinomia tra coesistenza e integrazione e l'equidistanza del diritto europeo rispetto alle scelte di politica fiscale internazionale degli stati membri - 2.1. Negazione della tesi che scorge nel diritto europeo l'affermazione di un modello di capital import neutrality - 2.2. Quadro di sintesi - 3. Il divieto comunitario di aiuti di stato e sua (ir)rilevanza nell'ambito del coordinamento tra sistemi reddituali - 4. Preliminari considerazioni sulla rilevanza della libertà prescelta - 5. Il rilievo dell'approccio prescelto - 5.1. Approccio overall. Critica - 5.2. (segue) E approccio per country - 6. La comparabilità quale epicentro della discriminazione. La declinazione delle categorie della fonte e della residenza nel diaframma della discriminazione - 6.1. (Segue) Approccio discriminatorio, comparabilità e differenti tecniche impositive - 6.2. (Segue) Approccio discriminatorio, comparabilità e alternative tra regimi impositivi - 7. La rilevanza dell'approccio "per country" (anche) nell'apprezzamento delle cause di giustificazione - 7.1. La coerenza dei sistemi fiscali interni - 7.1.2. Una peculiare traduzione del principio di coerenza fiscale. La territorialità dell'imposta- 7.2. (Segue) Il rischio di evasione o elusione fiscale internazionale e la (il)legittimità di misure nazionali antiabuso meramente compensatorie del prelievo estero (reputato) non congruo - 8. Osservazioni intermedie sull'approccio per country - 9. "Aperture", presunte o reali, all'approccio overall - 9.1. La territorialità da causa di giustificazione a principio coordinatore delle rispettive sfere d'imposizione. Il caso del trasferimento di residenza - 9.1.1. (segue) Dissociabilità delle vicende reddituali nell'ordinamento di destinazione dagli effetti tributari provocati nello stato di origine. Il trasferimento di impresa dall'estero in Italia - 9.1.2. (segue) Profili problematici della coniugazione in chiave temporale del principio di territorialità, rispetto alla valorizzazione dei beni da parte dell'ordinamento di destinazione: (indiretta) convalida della tesi che dissocia gli effetti tributari nell'ordinamento di destinazione da quelli formati nell'ordinamento di partenza - 9.2. Propagazioni del principio di territorialità nel contesto di alcune discipline specifiche. La simmetria tra redditi e perdite nelle discipline sulle controlled foreign companies - 9.3. Il superamento della territorialità. La (parziale) reviviscenza dell'approccio overall nel

riconoscimento delle perdite infragruppo tra stato di residenza e stato di stabilimento (in forma di controllata o stabile organizzazione). Critica – 9.4. La progressiva approssimazione al criterio metodologico per country nelle fattispecie concernenti i dividendi in entrata - 10. Conclusioni

1. Il coordinamento della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea. Efficacia e relativi limiti

Si è fin qui delineato il quadro del “coordinamento” all'interno dell'Unione Europea, come raffigurato negli atti (vincolanti e non) delle istituzioni comunitarie.

Malgrado alcuni affanni, dovuti alle stringenti regole di voto imposte dal Trattato e la tendenziale selettività degli interventi intrapresi dagli stati (c.d. *piecemeal approach*), i provvedimenti di cui si è discusso nel precedente capitolo hanno contribuito alla codificazione di regole comuni in un settore, la fiscalità reddituale, reputato (almeno inizialmente) secondario ai fini dell'instaurazione del Mercato Interno.

Tramite le direttive, il legislatore comunitario è intervenuto in ambiti sensibili dell'agire d'impresa, sciogliendo le rigidità connesse alla (non sempre efficace) applicazione delle convenzioni bilaterali, con l'obiettivo precipuo di arginare l'impatto concorrenziale di regole fiscali domestiche dissuasive per la circolazione dei capitali aziendali (quali, ad esempio, le ritenute alla fonte sui dividendi, interessi e canoni).

I modelli comunitari così enucleati non hanno tardato ad affermarsi negli ordinamenti tributari domestici, anche rispetto a fattispecie prive di puntuale inquadrabilità nelle direttive e, del resto, anche prive di rilevanza transfrontaliera⁽¹⁶³⁾.

¹⁶³ La Corte di Giustizia ha espressamente previsto che le disposizioni di una direttiva (nel caso, si trattava della direttiva c.d. “fusioni”) possono applicarsi anche alle situazioni meramente interne laddove la normativa nazionale recepisca, anche

Se si vuole, la giurisprudenza comunitaria è andata anche oltre.

Lo scrutinio delle norme nazionali affidato alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha, negli ultimi anni, assunto i connotati di una vera e propria armonizzazione "negativa" dei sistemi giuridici nazionali⁽¹⁶⁴⁾.

Com'è infatti noto, il controllo esercitato dalla Corte può metter capo a puntuali situazioni di incompatibilità, che travolgono "retrospettivamente" gli effetti della legislazione ritenuta in contrasto con i principi europei⁽¹⁶⁵⁾, obbligando gli stati membri ad adeguarsi agli esiti della pronuncia e, in specie, a restituire i frutti dell'eventuale indebito comunitario⁽¹⁶⁶⁾.

D'altra parte, nonostante - almeno in linea teorica - non competa alla Corte di Giustizia un ruolo di individuazione dei modelli giuridici comuni, è convinzione diffusa che conseguenza dei molteplici interventi giurisprudenziali sia (stato) proprio quello di rendere omogenei istituti e categorie già presenti negli ordinamenti giuridici nazionali, intercettando esigenze che non potevano essere adeguatamente espresse - perché prive del necessario sostegno politico - negli atti delle istituzioni comunitarie.

La fiscalità reddituale rappresenta il terreno più adatto per verificare la permeabilità dei sistemi domestici a regole e principi maturati nel contesto sovranazionale⁽¹⁶⁷⁾.

per tali fattispecie, il disposto delle norme comunitarie. Si cfr., in proposito, sentenze 17 luglio 1997, C-28/95, *Leur-Bloem* e, più recentemente, 15 gennaio 2002, C-43/00, *Andersen og Jensen ApS*.

¹⁶⁴ Al riguardo, cfr. A. FANTOZZI, *Non discriminazione e non restrizione: la "negative integration" nell'epoca dell'allargamento*, Atti del convegno di studio "I modelli impositivi nell'Europa allargata", Bologna, 24-25 settembre 2004.

¹⁶⁵ Sugli effetti nel tempo delle sentenze della Corte di Giustizia, cfr., tra gli altri, in particolare, G. D'ANGELO, *Gli effetti temporali della giurisprudenza comunitaria in materia fiscale*, Roma, 2010, passim.

¹⁶⁶ Sul tema, cfr., tra gli altri, R. MICELI, *Indebito comunitario e sistema tributario interno*, Milano, 2009, passim; G. D'ANGELO, *Sentenze interpretative della Corte di Giustizia ad efficacia limitata nel tempo e restituzione del tributo incompatibile*, in *Rass. trib.*, 2005, 1907.

¹⁶⁷ Si tratta, infatti, di ambito tendenzialmente refrattario ad erosioni della

Al riguardo, una giurisprudenza oramai consolidata ritiene che le scelte compiute dai legislatori nazionali in questa materia, pur rientrando tra le competenze degli stati membri e quindi teoricamente sottratte al vaglio comunitario⁽¹⁶⁸⁾, non debbano porsi in contrasto con i principi del Trattato⁽¹⁶⁹⁾.

Al pari di altre misure protezionistiche o discriminatorie, anche le norme fiscali, pertanto, non sfuggono al sindacato di compatibilità⁽¹⁷⁰⁾, conseguendone dunque l'obbligo per il legislatore nazionale di adeguare *a posteriori* la propria normativa ai principi enunciati nella pronuncia di

sovranità statale e consapevolmente reso immune – come abbiamo visto – alla regola della maggioranza in sede consiliare.

¹⁶⁸ Ricordiamo, al riguardo, che la materia fiscale soggiace al principio delle competenze di attribuzione, in forza del quale l'Unione Europea opera esclusivamente negli ambiti, e secondo le competenze, ad essa conferite (originariamente, o con successiva investitura) dagli Stati membri.

¹⁶⁹ Tra le tante, cfr. Corte di Giustizia, sentenze 11 agosto 1995, causa C-80/94, *Wielockx*, punto 16; 6 giugno 2000, causa C-35/98, *Verkooijen*, punto 32; 4 marzo 2004, causa C-334/02, *Commissione/Francia*, punto 21; 15 luglio 2004, causa C-315/02, *Lenz*, punto 19, nonché 7 settembre 2004, causa C-319/02, *Manninen*; 8 marzo 2001, cause riunite C-397/98 e C-410/98, *Metallgesellschaft e a.*, punto 37.

¹⁷⁰ Al riguardo, conviene ricordare che, ai sensi dell'art. 12 del Trattato di Roma, "è vietata ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità". L'appartenenza all'Unione implica l'abolizione di ogni forma di discriminazione che possa in qualche misura precludere, senza una giustificazione oggettiva, l'esercizio delle libertà difese dal Trattato.

La Corte di Giustizia ha evidenziato, al riguardo, come il possibile effetto discriminatorio si manifesti "sia nel trattamento diverso di situazioni simili, sia nello stesso trattamento di situazioni diverse" (sentenza 17 luglio 1963, causa C-13/62, *Commissione/Italia*).

La Corte ha altresì soggiunto che il Trattato bandisce ogni disparità di trattamento che muova sia dalla nazionalità che da altri criteri che potrebbero costituire una forma "dissimulata" di discriminazione: "il principio della parità di trattamento vieta non soltanto le discriminazioni palesi in base alla cittadinanza, ma altresì qualsiasi discriminazione dissimulata che, pur fondandosi su altri criteri di riferimento, pervenga al medesimo risultato" (sentenza 12 febbraio 1974, causa C-152/73, *Sotgiu*).

incompatibilità⁽¹⁷¹⁾ e di restituire i tributi acquisiti in violazione del diritto europeo⁽¹⁷²⁾.

D'altra parte, sebbene in molte occasioni l'intervento dei Giudici comunitari si sia limitato ad una declaratoria di incompatibilità del singolo regime tributario nazionale oggetto di scrutinio, in numerose altre circostanze detto intervento ha, per dir così, assunto funzione di complemento dei modelli impositivi di origine legislativa⁽¹⁷³⁾: un efficace esempio proviene dall'esperienza giurisprudenziale in tema di dividendi intracomunitari, che ha visto indirettamente ampliati gli

¹⁷¹ La restituzione dei tributi incompatibili col diritto europeo è solo uno degli aspetti, probabilmente il più evidente, della pronuncia di incompatibilità. Simile pronuncia obbliga il legislatore interno anche ad adeguare la propria normativa interna al diritto comunitario per il futuro, e dunque a tener conto di detta pronuncia in sede di assunzione di nuove iniziative legislative. Si pensi, tra le altre, alla modifica della legislazione italiana concernente le ritenute alla fonte sui dividendi. In esito alla giurisprudenza in tema di (incompatibilità con il diritto comunitario delle) ritenute alla fonte sui dividendi, il Legislatore italiano, con la Legge n. 244/2007 (c.d. legge finanziaria 2008), ha adeguato il livello impositivo delle ritenute sui dividendi corrisposti a società ed enti residenti in Stati membri dell'Unione Europea e negli Stati aderenti all'Accordo sullo Spazio Economico Europeo, prevedendone l'abbassamento agli attuali 1,375 punti percentuali (v. art. 27, comma 3-ter, d.P.R. n. 600/1973). Sul tema, tra i numerosi contributi, si v. R. FRANZÉ, *Il nuovo regime tributario degli utili corrisposti a società ed enti residenti in Stati membri dell'Unione Europea e negli Stati aderenti all'Accordo sullo Spazio Economico Europeo*, in G. Frasoni (a cura di), *Finanziaria 2008, Saggi e commenti*, Milano, 2008, 173.

¹⁷² Cfr. ancora sul punto R. MICELI, *Indebito comunitario e sistema tributario interno*, cit.; G. D'ANGELO, *Sentenze interpretative della Corte di Giustizia ad efficacia limitata nel tempo e restituzione del tributo incompatibile*, cit., 1907.

¹⁷³ In senso critico su tale processo, si cfr., tra gli altri, J. AVERY JONES, *Carry on discriminating*, in *European Taxation*, 1996, 2, 46; W. VERMEEND, *The Court of Justice of the European Communities and direct taxes: "Est-ce que la justice est de ce monde?"*, in *EC Tax Review*, 1996, 2, 54; D. WILLIAMS, *Asscher, the European Court of Justice and the power to destroy*, in *EC Tax Review*, 1997, 1, 4; F. VANISTENDAEL, *Does the ECJ have the power of interpretation to build a tax system compatible with the fundamental freedoms?*, in *EC Tax Review*, 2008, 2, 52.

effetti della direttiva c.d. “madre-figlia” fino a ricoprire ambiti soggettivamente o oggettivamente estranei all’originaria sfera di applicazione⁽¹⁷⁴⁾.

La Corte di Giustizia, in sostanza, è arrivata laddove al legislatore europeo, per carenza di volontà politica, è stato impedito di operare⁽¹⁷⁵⁾.

Si tratta di stabilire se un simile processo possa generare nuovi modelli di coordinamento tra i sistemi reddituali degli stati membri, ulteriori rispetto a quelli fissati dalle direttive in materia di fiscalità diretta che si sono già analizzate.

Prima di approfondire il tema che qui più da vicino occupa, conviene, d'altra parte, chiarire alcuni profili.

L’esito del sindacato comunitario è strettamente intrecciato con la struttura del giudizio comunitario, in particolare nelle ipotesi in cui questo origini – per rinvio – da un giudizio incardinato presso l’autorità giudiziaria nazionale.

Com’è infatti noto, uno degli aspetti cruciali della c.d. “armonizzazione negativa” in materia fiscale⁽¹⁷⁶⁾ – aspetto, se vogliamo, non propriamente giuridico ma neppure trascurabile ai fini della nostra indagine – è stato il suo manifestarsi, essenzialmente, su impulso dei cittadini dell’Unione. È, infatti, alla prassi del c.d. rinvio pregiudiziale (ai sensi dell’attuale art. 267 del Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea, ex art. 234 del Trattato CE), che si deve gran parte dell’evoluzione giurisprudenziale nella materia che a noi interessa.

In questo quadro, è immediatamente apprensibile l’importanza della “scelta” del contribuente di rivolgere la propria attenzione ad uno piuttosto che all’altro dei sistemi reddituali coinvolti nella situazione personale e concreta prospettata.

¹⁷⁴ Sul tema, tra gli altri, v. M. TENORE, *Taxation of Cross-Border Dividends in the European Union from Past to Future*, in *EC Tax Review*, 2010, 79.

¹⁷⁵ Da parte di alcuni si è fatto riferimento ad un legislatore “aggiunto” od “occulto”, con tutte le implicazioni critiche che ciò comporta sulla certezza del diritto per gli operatori giuridici e sugli equilibri finanziari degli stati membri.

¹⁷⁶ Cfr. ancora A. FANTOZZI, *Non discriminazione e non restrizione: la “negative integration” nell’epoca dell’allargamento*, cit..

Al riguardo, val la pena premettere che il diritto processuale dell'Unione Europea non conosce ipotesi di litisconsorzio necessario degli stati membri⁽¹⁷⁷⁾.

Pertanto, la "scelta" esercitata dal contribuente nei termini sopra indicati, fa sì che l'interpretazione dei Giudici comunitari sia circoscritta alla normativa evocata nel giudizio *a quo*, ed esclude in origine che gli la pronuncia comunitaria produca effetti sulla normativa fiscale di uno stato membro estraneo al contraddittorio incardinato davanti alla Corte (quantomeno, negli stessi termini in cui tali effetti si abbattono sulla normativa direttamente implicata dalla sentenza).

Ne discende che un'eventuale censura di incompatibilità comunitaria riguarda una e una sola normativa, sicché, almeno sotto questo profilo, la Corte di Giustizia non possiede strumenti adatti per imporre agli stati membri uno specifico coordinamento delle rispettive pretese impositive.

La giurisprudenza comunitaria, cioè, si limita a ravvisare ipotesi di incompatibilità con il Trattato di un'unica normativa fiscale, quella oggetto della controversia, esulando dal suo giudizio la ricerca di soluzioni tributarie combinate tra più stati membri (tutti quelli "toccati" dalla vicenda transfrontaliera denunciata dal contribuente ricorrente)⁽¹⁷⁸⁾.

¹⁷⁷ Secondo una chiara dottrina (P. BIAVATI, *Diritto processuale dell'Unione Europea*, Milano, 2009, 216), un'ipotesi di litisconsorzio necessario potrebbe ravvisarsi quando il ricorrente chieda l'annullamento di un atto adottato congiuntamente dal Parlamento e dal Consiglio (artt. 251 e 252 Trattato CE). In tal caso, infatti, non sarebbe pensabile un'azione proposta soltanto contro una delle due istituzioni, ma si dovrebbe ammettere che entrambe sono legittimi e necessari contraddittori. Cfr., sul punto, anche Corte di Giustizia, sentenza 9 settembre 2004, *Spagna e Finlandia v. Parlamento e Consiglio*, punti 14-17.

La richiamata dottrina rileva inoltre che non esistono strumenti processuali di integrazione del contraddittorio, con la conseguenza che un eventuale vizio del rapporto processuale non potrebbe che risolversi con una pronuncia di rigetto della domanda, in quanto irricevibile o in quanto non proposta contro tutti i soggetti passivamente legittimati.

¹⁷⁸ Una soluzione combinata potrebbe ad esempio consistere nella richiesta di eliminazione della ritenuta applicata da uno stato membro sui redditi di fonte

Una valutazione squisitamente “atomistica” si colloca, a maggior ragione, nei giudizi cc.dd. di infrazione (artt. 226 e 227 del Trattato).

Tali giudizi, come noto, sono avviati dalla Commissione oppure da uno stato membro, per far valere l’inosservanza (anche di carattere omissivo) di un diverso stato membro all’attuazione degli obblighi comunitari⁽¹⁷⁹⁾. Anche in questo caso, gli effetti della relativa pronuncia tendono a investire unicamente la legislazione dello stato membro parte del processo davanti alla Corte.

Per concludere sul punto, in considerazione del carattere tendenzialmente unilaterale del sindacato affidato alla Corte di Giustizia, non sembrano potersi profilare ipotesi di coinvolgimento “d’ufficio” di altri stati membri negli effetti della pronuncia, sicché legislazioni estranee alla vertenza non possono esserne scalfiti.

Allora, la sola possibilità consentita ai Giudici del Lussemburgo, ove intendessero conferire rilievo alla “interazione” tra sistemi impositivi, risiederebbe nell’obbligare lo stato membro – la cui normativa è di volta in volta oggetto di esame – ad adattare la propria pretesa fiscale rispetto a quella esercitata dal diverso stato membro coinvolto nella fattispecie transfrontaliera considerata.

Ma, come ci apprestiamo a osservare, una soluzione di questo tipo – benché trovi sponda in alcuni recenti arresti comunitari⁽¹⁸⁰⁾ – non ha appigli convincenti nell’attuale scenario giuridico.

2. Coordinamento e principi del Trattato. L’apparente antinomia tra coesistenza e integrazione e l’equidistanza del diritto europeo rispetto alle scelte di politica fiscale internazionale degli stati membri

In diverse occasioni, la Corte di Giustizia ha evidenziato come l’osservanza degli obblighi imposti dal Trattato CE (ora rifluiti nel Trattato sul Funzionamento dell’Unione Europea) non possa essere intesa nel senso di obbligare uno stato membro a strutturare il proprio

interna a condizione che un diverso stato membro assoggetti a imposizione detti redditi “in ingresso”.

¹⁷⁹ Sul punto, cfr. diffusamente P. BIAVATI, *Diritto processuale dell’Unione Europea*, cit., 53 ss.

¹⁸⁰ Si vedano, in particolare, le sentenze in materia di perdite transfrontaliere. Cfr. paragrafo 9.3.

sistema impositivo sulla base di quello presente in altri stati membri, sì da assicurare, in ogni circostanza, l'eliminazione delle disparità nascenti dai sistemi impositivi nazionali⁽¹⁸¹⁾.

Gli stati membri non sono cioè vincolati, l'uno nei riguardi dell'altro, a eliminare gli ostacoli all'integrazione economica che derivano dalla sovrapposizione dei rispettivi poteri impositivi: primo tra tutti, la doppia imposizione internazionale.

Non si rivela, in sostanza, alcun principio, giuridicamente tutelato, di simmetria o complementarietà tra i vari sistemi fiscali.

Mette conto anzitutto notare che il diritto europeo è equidistante rispetto agli strumenti adottati dagli stati membri per eliminare la doppia imposizione internazionale⁽¹⁸²⁾: nella prospettiva comunitaria, credito d'imposta ed esenzione – rappresentativi, come visto al Capitolo I, delle contrapposte prerogative di *capital import* e *capital export neutrality*⁽¹⁸³⁾ – si equivalgono; ogni stato membro è libero di scegliere

¹⁸¹ Tale affermazione emerge, tra le altre, in Corte di Giustizia, sentenza 12 luglio 2005, causa C-403/03, *Egon Schempp v. Finanzamt Munchen*; sentenza 28 febbraio 2008, causa C-293/06, *Deutsche Shell GmbH*; sentenza 15 luglio 2004, causa C-365/02, *Lindfors*, nella quale la Corte evidenzia che “il Trattato CE non garantisce al cittadino dell'Unione che il trasferimento delle sue attività in uno stato diverso da quello in cui risiedeva precedentemente sia neutrale sotto il profilo fiscale. Tenuto conto delle differenze tra le legislazioni degli stati membri in materia, un simile trasferimento può, secondo i casi, essere più o meno favorevole o sfavorevole per i lavoratori sul piano delle imposte indirette. Ne risulta che, in linea di principio, un eventuale svantaggio rispetto alla situazione in cui il lavoratore esercitava le sue attività prima del trasferimento non è contrario alle disposizioni dell'art. 18 CE, se tale regime non crea condizioni di svantaggio per detto lavoratore rispetto a quelli che già in precedenza erano assoggettati a tale disposizione”.

¹⁸² Questi metodi possono risiedere nel credito d'imposta o nell'esenzione, senza che nulla muti nell'apprezzamento della misura dal punto di vista del diritto europeo.

¹⁸³ Come si è visto nel primo capitolo, la disputa tra i sostenitori dell'uno e dell'altro modello di neutralità fiscale si è risolta presto in un confronto sui criteri che lo stato di residenza del reddituario avrebbe dovuto adottare per neutralizzare la doppia imposizione internazionale, vale a dire sui termini e la misura del riconoscimento, da parte di codesto paese, dell'imposta assoluta nel c.d. stato della

l'uno o l'altro metodo senza subire alcuna preclusione dal diritto europeo (primario).

Nella causa *Gilly*⁽¹⁸⁴⁾, la Corte di Giustizia ha ad esempio preso in esame la situazione di un contribuente che, per effetto di un credito d'imposta limitato nel proprio stato membro di residenza, non era in grado di assorbire la doppia imposizione causata dal concorso di pretese impositive (dello stato membro di residenza e della fonte reddituale) sui propri redditi. In tale occasione, i Giudici comunitari, *"assodato che le conseguenze sfavorevoli che potrebbe comportare, nella specie, il sistema del credito d'imposta istituito dalla convenzione bilaterale, quale esso è attuato nell'ambito del sistema tributario dello Stato di residenza, discendono soprattutto dalle disparità tra le aliquote d'imposizione degli Stati membri di cui trattasi, la cui fissazione, in mancanza di normativa comunitaria in materia, compete agli Stati membri"*, e ritenendo, inoltre, che *"lo Stato di residenza, se fosse tenuto ad imputare, a titolo di credito d'imposta, un*

fonte: gli estremi della contesa si sono così polarizzati attorno ai due opposti metodi – rilevanti, come detto, nella prospettiva dello stato di residenza – dell'esenzione e del credito d'imposta, il primo rispondente a prerogative di *capital import neutrality* ed il secondo posto a presidio di obiettivi di *capital export neutrality*.

¹⁸⁴ Sentenza *Gilly* (12 maggio 1998, causa C-336/96): *"Nella specie, a causa della maggiore progressività dell'imposta tedesca rispetto all'imposta francese e tenuto conto della quota dei redditi da lavoro della signora Gilly nell'insieme dei redditi dei coniugi soggetti ad imposta in Francia, l'importo del credito d'imposta sarebbe sempre inferiore all'imposta effettivamente versata in Germania. Inoltre, il fatto che la situazione personale e familiare della signora Gilly non sia considerata in Germania, diversamente da quanto avviene in Francia, per il calcolo dell'imposta sul reddito complessivo, comporterebbe che il credito d'imposta imputato nello Stato di residenza sia inferiore all'importo dell'imposta effettivamente versata nello Stato di occupazione tenuto conto degli sgravi e delle riduzioni concessi nel primo Stato".* Per converso, *"Solo un credito d'imposta pari all'imposta prelevata in Germania potrebbe, secondo i ricorrenti nella causa principale, evitare pienamente la doppia imposizione. A questo proposito, occorre sottolineare, come ha fatto l'avvocato generale al paragrafo 66 delle sue conclusioni, che lo scopo di una convenzione come quella di cui trattasi consiste soltanto nell'evitare che gli stessi redditi siano soggetti ad imposta in ciascuno dei due Stati, non già nel garantire che l'imposizione alla quale è soggetto il contribuente in uno Stato non sia superiore a quella alla quale egli sarebbe soggetto nell'altro"*.

importo superiore a quello della parte dell'imposta nazionale corrispondente ai redditi di provenienza straniera, dovrebbe ridurre in misura corrispondente la sua imposta relativa agli altri redditi, il che determinerebbe una perdita di introiti fiscali per tale Stato e potrebbe quindi ledere la sua sovranità in materia di imposte dirette", hanno concluso per la compatibilità della misura scrutinata con il diritto europeo.

Ma vi è anche di più. Uno stato membro potrebbe restare inerte innanzi ai richiamati fenomeni di doppia imposizione, senza per questo subire alcuna censura sul piano comunitario⁽¹⁸⁵⁾.

Nella sentenza *Kerckhaert Morres*⁽¹⁸⁶⁾, la Corte di Giustizia ha infatti evidenziato che *"le conseguenze svantaggiose che l'applicazione di un sistema di imposizione dei redditi, quale il regime belga di cui alla causa principale, potrebbe comportare derivano dall'esercizio parallelo da parte di due Stati membri della loro competenza fiscale. Occorre al riguardo ricordare che le convenzioni che prevengono la doppia imposizione, come quelle previste all'art. 293 CE, servono ad eliminare o ad attenuare gli effetti negativi per il funzionamento del mercato interno che derivano dalla coesistenza di sistemi fiscali nazionali richiamata al punto precedente"*⁽¹⁸⁷⁾.

¹⁸⁵ Altro, ovviamente, è considerare se lo stesso diritto interno esiga l'adoperarsi del legislatore per eliminare la doppia imposizione internazionale. Su questi profili, cfr., tra gli altri, P. TARIGO, *Capacità contributiva e doppio d'imposta internazionale*, in Riv. Dir. trib., 2011, 553.

¹⁸⁶ Corte di Giustizia, sentenza 14 novembre 2006, causa C-513/04, *Kerckhaert Morres*.

¹⁸⁷ Nella sentenza, la Corte poi prosegue evidenziando che *"il diritto comunitario, al suo stato attuale ed in una situazione come quella di cui alla causa principale, non stabilisce criteri generali per la ripartizione delle competenze tra Stati membri con riferimento all'eliminazione della doppia imposizione all'interno della Comunità. Infatti, fatta eccezione per la direttiva del Consiglio 23 luglio 1990, 90/435/CEE, concernente il regime fiscale comune applicabile alle società madri e figlie di Stati membri diversi (GU L 225, pag. 6), la convenzione 23 luglio 1990 relativa all'eliminazione delle doppie imposizioni in caso di rettifica degli utili di imprese associate (GU L 225, pag. 10) e la direttiva del Consiglio 3 giugno 2003, 2003/48/CE, in materia di tassazione dei redditi da risparmio sotto forma di pagamenti di interessi (GU L 157, pag. 38), non è stata finora adottata, nell'ambito del diritto comunitario, alcuna misura di unificazione o di armonizzazione intesa ad eliminare le situazioni di doppia imposizione. Ne*

In sostanza, gli “*effetti negativi*” dovuti alla sovrapposizione di potestà impositive non sono scalfiti dai principi del Trattato e ricadono – almeno nelle ipotesi in cui non vi sia una normativa derivata che li disciplini – nell’ambito delle trattative bilaterali tra gli stati membri.

Del resto, è evidente come non possa esigersi nei riguardi di un unico stato – quello la cui normativa è oggetto dello scrutinio comunitario – di attivarsi per eliminare o attenuare, unilateralmente, i predetti effetti negativi. Contro una simile evenienza si è pronunciata la stessa Corte di Giustizia in una controversia concernente la ripartizione del potere impositivo degli stati membri rispetto alle distribuzioni transfrontaliere di dividendi.

Nella sentenza *Damseaux*⁽¹⁸⁸⁾, i Giudici comunitari hanno infatti avvertito che “*in una fattispecie in cui sia lo Stato membro della fonte dei dividendi sia lo Stato membro di residenza dell’azionista possono tassare tali dividendi, ritenere che spetti necessariamente allo Stato membro di residenza prevenire tale doppia imposizione si risolverebbe nel conferire una priorità nell’imposizione di detto genere di redditi allo Stato membro della fonte*”.

Com’è evidente, ammettere che esista una “*priorità impositiva*” – quale che sia lo stato membro cui tale priorità viene assegnata – deborderebbe in una scelta ideologica, estranea ad un apprezzamento squisitamente giuridico del fenomeno, tra tassazione (esclusivamente) alla fonte e tassazione (esclusivamente) alla residenza.

In questo quadro, verrebbe quindi a ridestarsi la dicotomia, di matrice economica, tra *capital import* e *capital export neutrality*⁽¹⁸⁹⁾⁽¹⁹⁰⁾.

consegue che spetta agli Stati membri adottare le misure necessarie per prevenire situazioni come quella di cui alla causa principale utilizzando, in particolare, i criteri di ripartizione seguiti nella prassi fiscale internazionale”. Viene qui in evidenza tutta la tensione, di cui si è già anticipato nelle note introduttive di questo capitolo, tra il problema della doppia imposizione – avvertito come comunitario – e i suoi rimedi – affidati, dallo stesso diritto comunitario (beninteso, almeno prima che fosse abrogato l’art. 293 del Trattato di Roma), allo strumento bilaterale.

¹⁸⁸ Corte di Giustizia, sentenza 16 luglio 2009, causa C-128/08, *Damseaux*.

¹⁸⁹ Infatti, la scelta dello stato membro tenuto all’eliminazione della doppia imposizione provocherebbe anche l’opzione per un certo modello di politica fiscale internazionale.

¹⁹⁰ Come si vedrà più a fondo nei paragrafi successivi, infatti, esula dai principi

2.1. Negazione della tesi che scorge nel diritto europeo l'affermazione di un modello di *capital import neutrality*

Al riguardo, non convince la tesi, pur autorevolmente sostenuta, che allude all'intima preferenza del diritto europeo per un modello di *capital import neutrality*⁽¹⁹¹⁾.

L'affermazione di un simile modello, oltre a non trovare concreta sponda nella giurisprudenza comunitaria – la quale assume, come visto, una posizione intermedia tra i metodi dell'esenzione e del credito⁽¹⁹²⁾ – non sembra propiziare un livello di integrazione del mercato interno più elevato di quello che deriverebbe dall'adozione generalizzata dell'opposto modello di *capital export neutrality*.

In entrambi i casi – sia, quindi, che si adotti un generalizzato modello di *capital import* o *capital export neutrality* – non sarebbero eliminate le differenze (di base imponibile, di aliquote, di oneri amministrativi) tra i sistemi reddituali degli stati membri. Come abbiamo visto, l'attenuazione delle divergenze impositive tra stati – e con esse la completa integrazione del mercato sotto il profilo giuridico-tributario – impone l'adozione di regole comuni per la fissazione della pretesa fiscale⁽¹⁹³⁾: tentativo quest'ultimo rimasto finora puramente simbolico (ci si riferisce, in particolare, al progetto di direttiva sulla base imponibile comune consolidata delle società, v. *retro*).

D'altro lato, la presunta giustificazione dogmatica a beneficio della *capital import neutrality* non sembra potersi desumere neppure – come sostenuto dalla richiamata dottrina – dall'adesione, da parte della

del Trattato l'individuazione di un modello di neutralità preferibile nel mercato interno; e tale conclusione è intuibile se si considera che i modelli di *capital import* e *capital export neutrality* sono pensati essenzialmente rispetto ad un mercato domestico e non rispetto ad un mercato interno.

¹⁹¹ Ci si riferisce, in particolare, a E. KEMMEREN, *Source of Income in Globalizing Economies: Overview of the Issues and a Plea for an Origin-Based Approach*, in *Bulletin*, 2006, 442, il quale ritiene che il principio della *capital import neutrality* sia l'unico compatibile con i principi di diritto comunitario.

¹⁹² Richiamata sentenza *Gilly* (12 maggio 1998, causa C-336/96).

¹⁹³ Cfr., sul tema, tra gli altri, A. CARINCI, *La questione fiscale nella costituzione europea, tra occasioni mancate e prospettive per il contribuente*, in *Rass. trib.*, 2005, 543.

giurisprudenza comunitaria (come vedremo anche più avanti), al principio di territorialità dell'imposta.

Difatti, secondo la Corte di Giustizia, la territorialità non indica, prettamente, l'esercizio della potestà impositiva da parte di uno stato sui redditi di fonte interna; detto principio supporta le scelte compiute da ciascuno stato membro nella fissazione dei criteri di collegamento territorialmente rilevanti e nell'estensione della relativa sovranità impositiva⁽¹⁹⁴⁾; derivandone, dunque, la non meccanica traducibilità del richiamato principio – come inteso dalla giurisprudenza europea – in uno schema di territorialità pura e nel corrispondente modello di *capital import neutrality*.

Infine, l'asserita predilezione per un siffatto modello – non sembra essere smentita, ma neppure – può essere confermata dalla preferenza, nelle direttive in materia di fiscalità diretta, di modelli impositivi basati sulla recessività dello stato della fonte e sull'affermazione di una potestà impositiva esclusiva dello stato di residenza. Difatti, il diritto europeo non sembra piegarsi alla regola ermeneutica – diffusa nell'interpretazione delle leggi domestiche – per cui *"ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit"*; qui, occorre valorizzare, come digià riferito, la *ratio* finalistica specifica del testo comunitario, che si trae dal preambolo della direttiva e ne governa – nell'equivocità testuale – l'interpretazione delle singole disposizioni⁽¹⁹⁵⁾.

2.2. Quadro di sintesi

Riepiloghiamo gli esiti momentaneamente raggiunti.

¹⁹⁴ Tanto si evince, tra le altre, dalle sentenze *Marks & Spencer* (sentenza 13 dicembre 2005, causa C-446/03, punto 39) e *Futura Participations e Singer* (sentenza 15 maggio 1997, causa C-250/95, punto 22), nelle quali la Corte di Giustizia ha sancito: *"si deve ammettere che lo Stato membro di stabilimento della controllante, tassando le società residenti sui loro redditi mondiali e le società non residenti esclusivamente sui redditi derivanti dalla loro attività nel detto Stato, agisce conformemente al principio di territorialità sancito dal diritto tributario internazionale e riconosciuto dal diritto comunitario"*.

¹⁹⁵ Sulla interpretazione finalistica del testo comunitario, si cfr., in particolare, J. JOUSSEN, *L'interpretazione (teleologica) del diritto comunitario*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2001, 491.

A) La struttura del sindacato comunitario, improntata ad una valutazione unilaterale degli effetti delle norme domestiche che ne sono oggetto, contrasta con la praticabilità di soluzioni combinatorie prossime a quelle enunciate nelle direttive e convenzioni bilaterali (come, ad esempio, la rinuncia dello stato della fonte a tassare redditi che sono tassati esclusivamente nello stato di residenza).

B) Del resto, dalla giurisprudenza comunitaria non è dato estrapolare regole o modelli di coordinamento dei sistemi reddituali degli stati membri, analoghi a quelli indicati dalle richiamate direttive e convenzioni bilaterali.

C) Abbiamo visto, in particolare, che non spetta alla Corte di Giustizia: (i) fissare la "priorità" di uno stato rispetto ad altri nella tassazione di determinate fattispecie reddituali¹⁹⁶; (ii) stabilire se e come uno stato membro debba provvedere all'eliminazione dei fenomeni distorsivi – in particolare, la doppia imposizione internazionale – provocati dall'esercizio congiunto della potestà impositiva da parte di più paesi¹⁹⁷; (iii) indicare modelli per l'eliminazione delle differenze fiscali tra due o più stati membri¹⁹⁸.

Arrivati a questo punto, sembrerebbe esaurirsi l'interesse della nostra ricerca.

¹⁹⁶ Citata Corte di Giustizia, sentenza 16 luglio 2009, causa C-128/08, *Damseaux*.

¹⁹⁷ Postulato che trova compiuta emancipazione nella richiamata sentenza *Kerckhaert Morres*, laddove la Corte di Giustizia evoca l'"esercizio in parallelo delle competenze impositive", aderendo implicitamente all'idea che le stesse possano essere esercitate in maniera asimmetrica da stato a stato.

¹⁹⁸ Cfr., tra gli altri, R. MASON, *Made in America for European Tax: the Internal Consistency Test*, in *Boston Law College Law Review*, (49) 2008, 5, laddove considera che "if the ECJ were to hold that every cross-border tax disadvantage violates the EC Treaty, then no member state could have a tax rate higher than that of the member state with lowest rate. Any tax divergence would mean that residents of the lowest-tax rate would experience cross-border tax disadvantages, and therefore discrimination, whenever they invested or did business in another state. Such a broad conception of tax discrimination would leave no room for variation among member state tax systems, and it would invade the member states' reserved autonomy to determinate their tax base, tax rates, and rules for asserting tax jurisdiction". Nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, cfr., tra le altre, causa C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*.

Negli arresti che si sono fin qui richiamati, la Corte di Giustizia conferma la validità, anche sotto il profilo comunitario, del principio di esclusività della norma tributaria domestica. Principio secondo cui, lo si rammenta, ogni ordinamento fiscale è inidoneo a subire gli effetti connessi all'esercizio della pretesa tributaria da parte di altri stati sovrani.

In linea di principio, gli stati membri non sono quindi tenuti a conformare il proprio sistema reddituale in maniera da soddisfare esigenze di complementarietà e simmetria con i sistemi reddituali degli altri stati membri. Ne consegue, in linea di principio, l'insindacabilità comunitaria della scelta di uno stato membro di non conferire rilievo alcuno agli effetti tributari che una fattispecie produce in un diverso ordinamento (citata sentenza *Kerckhaert Morres*).

Stereotipare tali esiti sarebbe, tuttavia, inappropriato.

Come infatti vedremo, ai fini dello scrutinio di compatibilità comunitaria dei regimi tributari domestici, talora non è irrilevante interrogarsi sugli effetti della coesistenza, e su come tali effetti possono essere valorizzati onde assorbire le conseguenze discriminatorie del regime tributario oggetto di censura.

Sotto un ulteriore profilo, la stessa giurisprudenza ha riconosciuto talora rilievo preminente all'integrazione comunitaria rispetto alle esigenze di esclusività tributaria degli stati membri. In questo senso vanno lette le sentenze in tema di circolazione transfrontaliera delle perdite d'impresa: casi nei quali la Corte di Giustizia è giunta a riconoscere un superamento – sia pure come *extrema ratio* – del principio di territorialità dell'imposta.

Procediamo con ordine.

3. Il divieto comunitario di aiuti di stato e sua (ir)rilevanza nell'ambito del coordinamento tra sistemi reddituali

Prima di passare all'esame di quelle disposizioni del Trattato – libertà fondamentali e divieto di discriminazione – che più da vicino aderiscono alla nostra ricerca, preme fare qualche cenno alla disciplina comunitaria degli aiuti di stato, verificando se in tale ambito possano esistere forme di collaborazione tra stati protese all'eliminazione degli effetti anticomunitari di una misura tributaria interna.

Com'è noto, il divieto di aiuti di stato colpisce ogni misura che, tramite l'impiego di risorse statali, accorda a imprese o produzioni determinate, e quindi selettivamente, un vantaggio economico idoneo a falsare o a minacciare di falsare la concorrenza sugli scambi comunitari⁽¹⁹⁹⁾; riguardando dunque non solo i finanziamenti concessi in forma diretta, ma anche gli aiuti negativi, quali quelli fiscali, caratterizzati dalla rinuncia da parte dello stato alla riscossione di imposte od oneri (attraverso esenzioni, riduzioni dell'aliquota o benefici di effetto equivalente), che, derogando al sistema tributario generale, avvantaggiano alcuni soggetti economici a scapito di altri per ragioni non comprensibili alle logiche di mercato⁽²⁰⁰⁾.

Nella visione fatta propria dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia e dalla prassi della Commissione europea, tre appaiono i punti nodali dell'indagine sugli aiuti di stato di tipo fiscale.

Il primo è la qualificazione come impresa del soggetto beneficiario, ossia la sua appartenenza e vocazione al mercato (risultando invece in principio ininfluenti lo status giuridico, l'assenza di scopo di lucro soggettivo, le regole di funzionamento dell'ente, le finalità da esso perseguite, e, infine, l'incidenza dell'attività votata al mercato rispetto a quella complessivamente svolta)⁽²⁰¹⁾: appartenenza

¹⁹⁹ Tra le prime pronunce sul tema cfr. Corte di Giustizia, sentenza 23 febbraio 1961, causa C-30/59, *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen In Limburg*.

²⁰⁰ Il tema degli aiuti di Stato è stato oggetto, recentemente, di numerosi studi e approfondimenti. Tra gli altri si segnalano: F. FICHERA, *Gli aiuti fiscali nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. Dir. fin. Sc. Fin.*, 1998, I, 84; L. Salvini (a cura di), *Aiuti di Stato in materia fiscale*, Padova, 2007; G. FRANSONI, *Profili fiscali della disciplina comunitaria degli aiuti di Stato*, Pisa, 2007. Cfr., nella giurisprudenza, Corte di Giustizia, sentenza 29 giugno 1999, causa C-256/97, *DM Transport*, punto 19, e 14 settembre 2004, causa C-276/02, *Spagna/Commissione*, punto 24.

²⁰¹ Per quanto attiene, in particolare, l'irrilevanza del fine di lucro soggettivo ai fini della qualificazione di un ente come impresa – e, conseguentemente, della misura agevolativa da esso fruita come aiuto di stato – si cfr. Corte di Giustizia, sentenza 10 gennaio 2006, causa C-222/04; qui la Corte, chiamata a pronunciarsi sulla compatibilità con il divieto di aiuti di stato delle misure agevolative previste dal diritto tributario italiano a favore delle fondazioni bancarie, ha attribuito al giudice nazionale (il quale, come noto, è giudice comunitario, il quale coopera con le

che si rivela, principalmente – secondo l’impostazione adottata dalla Corte di Giustizia ⁽²⁰²⁾ – nell’offerta onerosa di beni e servizi volti a soddisfare e attrarre la domanda di (attuali o potenziali) clienti, ma che dovrebbe altresì atteggiarsi – malgrado una tendenziale sottovalutazione, da parte delle istituzioni comunitarie, di tale secondo profilo – come propensione dell’impresa a interagire con altri operatori economici per reperire ordinariamente, sul mercato, i fattori della produzione. In estrema sintesi, *“possono essere considerate imprese solo quegli enti che operano sul mercato in condizioni di naturale sostituibilità da parte di qualunque altro soggetto, mentre non lo possono essere quegli enti che, a giudizio ragionevole del legislatore nazionale, debbono possedere qualifiche tecniche o prerogative determinanti una loro necessaria insostituibilità da parte di soggetti che non posseggono le stesse qualifiche o prerogative”*⁽²⁰³⁾. La fungibilità appare pertanto attributo ineliminabile dell’impresa: parafrasando le considerazioni della Corte, senza sostituibilità dal lato dell’offerta non esisterebbe concorrenza, dunque

istituzioni dell’Unione all’attuazione del diritto comunitario sul territorio nazionale) il compito di stabilire se esse fondazioni possano offrire beni o servizi sul mercato in concorrenza con altri operatori, ad esempio in ambiti quali la ricerca scientifica, l’educazione, l’arte o la sanità, nel qual caso dovrebbero essere qualificate alla stregua di imprese in quanto svolgenti un’attività economica, e ciò a prescindere dalla circostanza che l’offerta di beni o servizi avvenga senza scopo di lucro (cfr. punti 122-123 della sentenza). Cfr. anche Corte di cassazione, sentenza 18 novembre 2008, n. 1579, che, recependo le istanze della giurisprudenza comunitaria, osserva che il riconoscimento a favore delle fondazioni bancarie dell’agevolazione di cui all’art. 6, DPR n. 601/1973 (riduzione alla metà dell’aliquota Irpeg/Ires), è subordinato alla dimostrazione di aver svolto un’attività di prevalente o esclusiva promozione sociale e culturale.

Cfr., inoltre, Corte di Giustizia, sentenza 23 aprile 1991, causa C-41/90, dove è sancita l’irrelevanza dello *status* giuridico del soggetto esercente e delle forme di finanziamento per la configurazione di un ente come impresa.

²⁰² Cfr., tra le altre, Corte di Giustizia, sentenza 12 settembre 2000, cause riunite C-180/98 e C-184/98, *Pavlov*.

²⁰³ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 23 aprile 1991, causa C-41/90, *Hoefner e Elser*, punti 21-23.

neppure un mercato suscettibile di essere deviato da una misura fiscale, vantaggiosa per alcuni e dannosa per altri.

Un secondo elemento indispensabile agli effetti del sindacato comunitario risiede nella selettività delle misure finanziarie considerate: parametro, questo, che andrebbe calibrato in funzione delle finalità preposte alla disciplina di favor, tenendo ben distinte quelle forme agevolative che, ancorché incidenti sui criteri di riparto della spesa pubblica, si presentano intimamente giustificate ed organicamente coerenti con gli scopi che il legislatore promuove attraverso gli istituti incentivanti, da quelle agevolazioni finanziarie che sono, di converso, del tutto eccentriche rispetto alle logiche del sistema, atteggiandosi quindi a mero privilegio accordato in base al possesso di determinati status soggettivi⁽²⁰⁴⁾.

Sicché, riprendendo gli insegnamenti della migliore dottrina comunitaria, occorrerebbe di volta in volta verificare se la misura può essere considerata ragionevole in base ad una logica di sviluppo del sistema economico nel suo insieme, oppure costituisca una deviazione rispetto ai suoi assetti, diretta ad avvantaggiare alcuni operatori del mercato rispetto ad altri⁽²⁰⁵⁾: solo in questo secondo scenario, la misura potrebbe ritenersi selettiva e dunque potenzialmente censurabile.

Un ultimo elemento da considerare riguarda l'attitudine degli aiuti a provocare effetti distorsivi sugli scambi e sulle condizioni di concorrenza nel mercato interno: ciò, beninteso, prescinde dalla dimensione del mercato – comunitaria o meramente nazionale – cui

²⁰⁴ Sul tema, cfr., diffusamente, P. RUSSO, *Le agevolazioni e le esenzioni fiscali alla luce dei principi comunitari in materia di aiuti di Stato: i poteri del giudice nazionale*, in *Rass. Trib.*, 2003. I trattamenti agevolativi devono “trovare giustificazione in una capacità contributiva mancante o attenuata e questa può emergere da un'interpretazione in cui l'art. 53 non sia considerato isolatamente, ma in coerenza con valutazioni e indirizzi contenuti in altre norme costituzionali” (così, F. MOSCHETTI-R. ZENNARO, *Le agevolazioni fiscali*, in *Dig. Disc. Priv.*, sez. comm., Torino, 1987, 66), sicché “l'esenzione o l'agevolazione fiscale è costituzionalmente legittima solo quanto è giustificata da altri principi costituzionali, quando cioè strumentale rispetto alla loro attuazione” (così, E. DE MITA, *Profili tributaristici del nuovo concordato*, ora in *Interesse fiscale e tutela del contribuente*, Milano, 2006, 652).

²⁰⁵ In questi termini, G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2008, 816.

l'impresa beneficiaria della sovvenzione si rivolge, dacché il rafforzamento della produzione destinata al solo mercato interno può determinare anche semplicemente una maggiore difficoltà di penetrazione delle imprese del settore operanti in altri Stati dell'Unione e, in questo senso, generare a loro scapito un "pregiudizio potenziale"⁽²⁰⁶⁾. Ad ogni modo, deve trattarsi di un'alterazione sensibile e non marginale delle condizioni concorrenziali del mercato interno: tant'è che, analogamente a quanto accade in altri settori del diritto comunitario della concorrenza (in particolare, nelle disposizioni del Trattato CE riguardanti le intese e le concentrazioni tra imprese), anche in materia di aiuti le istituzioni dell'Unione adoperano criteri de minimis volti ad escludere la rilevanza di misure prive di un impatto percettibile sugli scambi e sulla concorrenza⁽²⁰⁷⁾.

Posta nei termini che precedono, è immediato rilevare che la tematica degli aiuti di stato è tendenzialmente estranea alla materia che qui occupa. Difatti, in questo settore non viene sollecitato alcun coordinamento impositivo tra gli stati membri dell'Unione Europea.

4. Libertà comunitarie, divieto di discriminazione e coordinamento tra sistemi impositivi. Preliminari considerazioni sulla libertà prescelta

Com'è noto, il sindacato comunitario delle norme tributarie domestiche si asside, nella maggior parte dei casi, sull'applicazione delle libertà comunitarie e del correlato principio di non discriminazione.

Ancorché le libertà comunitarie per molti versi si "somiglino" – talché analizzare una normativa nazionale valorizzando una libertà piuttosto che un'altra non conduce a conclusioni divergenti in punto di compatibilità (o incompatibilità) della normativa stessa con il diritto comunitario⁽²⁰⁸⁾ – vi possono essere ipotesi in cui l'esito della pronuncia,

²⁰⁶ Cfr., tra le altre, Corte di Giustizia, sentenze 13 luglio 1988, causa 102/87, *Francia v. Commissione*; 21 marzo 1990, C-142/87, *Belgio v. Commissione*, 19 settembre 2002, C-114/00, *Spagna v. Commissione*; 21 luglio 2005, C-71/04, *Xunta de Galicia*.

²⁰⁷ Cfr. in questo senso, tra gli altri, Regolamento della Commissione n. 1998/2006 del 15 dicembre 2006.

²⁰⁸ A riguardo, la dottrina internazionale (cfr. E. KEMMEREN, *Renneberg endangers*

così come i suoi effetti, risentono sensibilmente del parametro di scrutinio adottato⁽²⁰⁹⁾(²¹⁰).

Ciò avviene, tipicamente, laddove sia evocata la libera circolazione dei capitali.

L'unica, tra le quattro presidiate dal Trattato, a poter essere limitata dall'applicazione di norme tributarie nazionali *"in cui si opera una distinzione tra i contribuenti che non si trovano nella medesima situazione per quanto riguarda il loro luogo di residenza o il luogo di collocamento del capitale"* (art. 65, lett. a, del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, ex art. 58 del Trattato CE); con la conseguenza che restrizioni fiscali, in linea di principio vietate quando si abbattano su altre libertà protette dal Trattato, potrebbero non risultare tali quando limitano la libera circolazione dei capitali⁽²¹¹⁾.

the Double Tax Convention System or Can a Second Round Bring recovery?, in *EC Tax Review*, 1/2009, 9), rileva una progressiva convergenza delle soluzioni fornite nelle sentenze in tema di libertà fondamentali, e richiama, a riguardo, la sentenza della Corte di Giustizia, 12 dicembre 2006, causa C-446/04, *FII Group Litigation*. Ciononostante, è stato altresì messo in evidenza come l'ambiguità in ordine all'applicabilità, nel caso concreto, dell'una o altra libertà, possa condurre a esiti distorti, e male si concilia con le esigenze di certezza e di affidamento dei contribuenti. Cfr. S. DEN BOER, *Freedom of Establishment versus free Movement of Capital: Ongoing Confusion at the ECJ and in the National Courts?*, in *European Taxation*, 2010, 250.

²⁰⁹ In tema di libera circolazione dei lavoratori, l'attuale articolo 45 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea *"implica l'abolizione di qualsiasi discriminazione, fondata sulla nazionalità, tra i lavoratori degli Stati membri, per quanto riguarda l'impiego, la retribuzione e le altre condizioni di lavoro"* (paragrafo 2). Tuttavia, sono *"Fatte salve le limitazioni giustificate da motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica"* (paragrafo 3) e, inoltre, *"Le disposizioni del presente articolo non sono applicabili agli impieghi nella pubblica amministrazione"* (paragrafo 4).

²¹⁰ A riguardo, cfr. Corte di Giustizia, sentenza 3 ottobre 2006, causa C-452/04, *Fidium Finanz*.

²¹¹ A condizione, beninteso, che le norme tributarie in questione non costituiscano *"un mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata al libero movimento dei capitali e dei pagamenti"* (così l'art. 65, comma 3, dell'attuale Trattato).

L'unica, inoltre, il cui ambito applicativo *ratione materiae* non è circoscritto ai rapporti con i Paesi dell'Unione (art. 63 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea, ex articolo 56 del trattato CE), con l'ulteriore conseguenza che gli effetti di una pronuncia, resa in materia di libera circolazione dei capitali con riferimento a situazioni intracomunitarie, tendono a irradiarsi su fattispecie in cui sono coinvolti movimenti di capitali da o verso Paesi terzi⁽²¹²⁾.

Non stupisce, così, che, in molte controversie innanzi alla Corte di Giustizia, i governi (degli stati membri la cui normativa è oggetto di censura), nel proporre le proprie osservazioni in corso di causa, tentino di limitare l'ambito d'indagine a libertà distinte dalla libera circolazione dei capitali⁽²¹³⁾: impostato in questi termini l'esame della controversia, una eventuale declaratoria di incompatibilità comunitaria si abbatterebbe esclusivamente sul regime impositivo delle operazioni intracomunitarie, lasciando viceversa inalterati (almeno) i rapporti con gli Stati extracomunitari, ai quali le altre libertà non si estendono⁽²¹⁴⁾.

D'altra parte, le libertà potenzialmente implicate da una normativa tributaria domestica possono essere più di una, talché si rende necessario stabilire quale, tra le due (o più) si deve intendere violata.

Sul punto conviene, anzitutto, osservare che la Corte di Giustizia, al pari di qualsiasi altro organo giurisdizionale, conosce del diritto e giudica in base ad esso; non è quindi discutibile la facoltà della Corte, quand'anche interpellata circa la conformità del diritto domestico a una specifica libertà comunitaria, di estendere l'esame della legislazione controversa a profili (*rectius*, principi) non enunciati nella domanda.

²¹² Sul tema, si cfr., tra gli altri, STAHL, *Free movement of capital between member States and third countries*, in EC Tax Review, 2004, 48; SEDLAZCEK, *Capital and payments: the prohibition of discrimination and restrictions*, in European Taxation, 2000, 17.

²¹³ Si cfr., ad esempio, in questo senso, Corte di Giustizia, sentenza 1 luglio 2010, causa C- 233/09, *Dijkman e Dijkman-Lavaleije*.

²¹⁴ In questo senso, cfr. Corte di Giustizia, sentenze 24 marzo 1994, causa C-275/92, *Schindler*; 22 gennaio 2002, causa C-390/99, *Canal Satélite Digital*; 25 marzo 2004, causa C-71/02, *Karner*; 14 ottobre 2004, causa C-36/02, *Omega*; 3 ottobre 2006, causa C-452/04, *Fidium Finanz*; 17 settembre 2009, causa C-182/08, *Glaxo Wellcome*.

È dunque perfettamente ammissibile, ad esempio, che la Corte, pur essendo chiamata a giudicare la compatibilità della norma domestica rispetto alla libertà di stabilimento, “derubrici” l’assunta violazione in una lesione della libera circolazione dei capitali, e viceversa; oppure modifichi il parametro di scrutinio dalla libera circolazione dei capitali alla libera prestazione dei servizi, e via discorrendo.

Neppure si può dubitare della possibilità per la Corte di rintracciare un rapporto di principalità/subordinazione tra le libertà (potenzialmente) coinvolte nella trattazione della controversia⁽²¹⁵⁾.

Del resto, identificare un simile rapporto non ha una valenza meramente metodologica ed esplicativa; non esaurisce, cioè, la sua funzione nello scandire un ordine di trattazione ai diversi profili di compatibilità comunitaria, ma tende a propagarsi sull’esito stesso della pronuncia. Nella sentenza *Fidium Finanz* (sentenza 3 ottobre 2006, causa C-452/04), la Corte ha difatti affermato che laddove gli effetti restrittivi “sulla libera circolazione dei capitali siano soltanto una conseguenza ineluttabile della restrizione imposta nei riguardi delle prestazioni di servizi, non occorre esaminare la compatibilità di tale regime con gli artt. 56 CE e seguenti” (punto 49); in sostanza, impostando l’esame di una causa sulla base di una libertà ritenuta principale, viene sterilizzata la possibilità stessa di procedere ad un suo esame alla luce di una diversa libertà, collaterale o subordinata alla prima⁽²¹⁶⁾.

²¹⁵ In questo senso, cfr. Corte di Giustizia, sentenze 24 marzo 1994, causa C-275/92, *Schindler*; 22 gennaio 2002, causa C-390/99, *Canal Satélite Digital*; 25 marzo 2004, causa C-71/02, *Karner*; 14 ottobre 2004, causa C-36/02, *Omega*; 3 ottobre 2006, causa C-452/04, *Fidium Finanz*; 17 settembre 2009, causa C-182/08, *Glaxo Wellcome*.

²¹⁶ Nella sentenza 3 ottobre 2006, causa C-452/04, *Fidium Finanz*, la Corte ha ritenuto che, laddove gli effetti restrittivi “sulla libera circolazione dei capitali siano soltanto una conseguenza ineluttabile della restrizione imposta nei riguardi delle prestazioni di servizi, non occorre esaminare la compatibilità di tale regime con gli artt. 56 CE e seguenti” (punto 49); in sostanza, l’esame basato sulla libertà principale escluderebbe l’esame fondato sulla libertà secondaria, e ciò a prescindere dalla possibilità che le conclusioni cui si giungerebbe in applicazione della seconda libertà divergano rispetto a quelle adottate in base alla prima. Nel caso *Fidium Finanz*, d’altronde, si profilava proprio una situazione di questo genere: laddove, infatti, i

Siffatto postulato, che si potrebbe definire di “priorità escludente”, non sfugge peraltro ad alcune considerazioni critiche di carattere più generale.

È appena il caso di notare che, nel metodo suggerito dalla Corte in *Fidium Finanz*, l’ordine di priorità stabilito tra due (o più) libertà potenzialmente coinvolte nella trattazione della controversia appare idoneo ad invertirne l’esito: può ad esempio accadere che la normativa domestica, una volta superato positivamente il vaglio fondato sulla libertà principale, sfugga per l’effetto anche alla censura fondata sulla libertà secondaria, pure nelle ipotesi in cui, ad un esame più approfondito svolto sulla base di questo secondo parametro, la normativa risulti in nitido contrasto con il diritto comunitario.

Ciò potrebbe verificarsi proprio nei casi in cui ne sia in questione la compatibilità con la libera circolazione dei capitali (in qualità di libertà principale) e di una delle altre libertà protette dal Trattato (in qualità di libertà secondaria), attesa la diversa ampiezza degli obblighi incombenti sugli Stati membri per effetto dell’una e delle altre⁽²¹⁷⁾.

Nessuna disposizione del Trattato, né del Regolamento di funzionamento della Corte di Giustizia⁽²¹⁸⁾, suggerisce una priorità

giudici comunitari avessero valutato le circostanze della controversia alla luce del principio di libera circolazione dei capitali, piuttosto che in funzione della libera prestazione dei servizi, ne sarebbe verosimilmente conseguita una censura di illegittimità comunitaria della normativa in questione, che poneva obblighi di autorizzazione differenziati alle imprese domestiche e alle imprese estere operanti nella concessione di crediti a titolo professionale.

²¹⁷ Si è difatti sopra visto che la libera circolazione dei capitali tollera limitazioni – quali quelle imposte dalla normativa tributaria in funzione della residenza del contribuente e della fonte del reddito – sconosciute alle altre libertà, sicché una normativa tributaria domestica, insensibile all’applicazione del principio di circolazione dei capitali, potrebbe viceversa arretrare al sindacato fondato su una delle altre libertà protette dal Trattato.

²¹⁸ In particolare per quanto attiene il Regolamento di procedura della Corte di Giustizia, l’art. 27, § 6, della sua versione consolidata (2010/C, 177/01, in G.U. dell’Unione del 2 luglio 2010) stabilisce che “*In caso di divergenza sull’oggetto, sul tenore e sull’ordine delle questioni o sull’interpretazione del voto, decide la Corte*”: disposizione che tuttavia non sembra ammettere l’estromissione d’ufficio, da parte

escludente tra libertà fondamentali nella trattazione di una causa, sicché un suo esame alla luce di due (o più) di esse, anche qualora siano in rapporto di principale a subordinata, non dovrebbe in principio essere precluso.

D'altra parte, esigenze di effettività del diritto comunitario suggeriscono di riaprire l'esame fondato sulla libertà secondaria, momentaneamente "quiescente", anche una volta che ne siano scartati gli effetti lesivi sulla libertà principale; esattamente al contrario, dunque, di quanto adombrato dalla Corte di Giustizia nella causa *Fidium Finanz*.

5. Il rilievo dell'approccio prescelto

Selezionata la libertà applicabile al caso concreto, un secondo profilo critico attiene l'ampiezza del concetto di restrizione.

Anch'essa condiziona l'incisività del sindacato comunitario e le soluzioni richieste al legislatore nazionale per porre rimedio alla violazione del Trattato. Sul punto, è netta la divaricazione tra sostenitori dell'approccio c.d. multilaterale (o *overall*) e sostenitori del contrapposto approccio c.d. unilaterale (o *per country*).

5.1. Approccio overall. Critica

Per i sostenitori del primo approccio, l'incidenza di un regime fiscale nazionale sulla realizzazione di una fattispecie transfrontaliera non dovrebbe essere valutata isolatamente.

In specie, la valutazione di detta incidenza richiede un apprezzamento combinato degli effetti fiscali nell'ordinamento "di origine" – quello dal quale il contribuente muove per esercitare, altrove, la propria libertà – e di "destinazione" – quello in cui il contribuente approda.

Adottando quest'ottica, le libertà comunitarie potrebbero reputarsi pregiudicate anche nei casi di esercizio congiunto delle pretese impositive da parte di più stati membri – conclusione che, però, si è visto essere smentita dalla stessa giurisprudenza europea (v. sentenza *Kerkhaert Morres, supra*).

della Corte, di una o più delle questioni di legittimità comunitaria.

Specularmente, gli effetti anticomunitari provocati da una norma fiscale di uno stato membro potrebbero essere attenuati in un diverso ordinamento. In questa prospettiva, diviene rilevante, per uno stato membro, poter sostenere che l'applicazione di un'imposta discriminatoria è compensata da una misura di segno uguale ma opposto, adottata in diversi stati membri.

Sarebbero, ad esempio, eliminati gli effetti anticomunitari di un'imposta discriminatoria applicata in Francia, laddove questa possa essere integralmente assorbita da un credito d'imposta applicato dal Regno Unito. Poniamo che l'imposta discriminatoria francese sia pari a 5, mentre un'imposta non discriminatoria sarebbe pari a 3.

Poniamo che il Regno Unito conceda un credito d'imposta ordinario per le imposte estere, limitato dunque all'imposta che sarebbe stata richiesta ove il reddito fosse stato di fonte inglese, e che tale limite sia pari a 7.

In questo caso, il contribuente residente nel Regno Unito che traesse i propri redditi dalla Francia, verrebbe comunque assoggettato ad un'imposizione complessiva pari a 7: il Regno Unito accrediterà, infatti, per intero l'imposta francese a prescindere dalla misura, discriminatoria (di ammontare pari a 5) o meno (di ammontare pari a 3), con cui questa viene applicata alla fonte, poiché in entrambi i casi l'imposta estera sarebbe capiente nell'imposta domestica prelevata nello stato di residenza (di ammontare pari a 7). Derivandone, così, la compensazione della misura discriminatoria dello stato della fonte ad opera del diverso stato di residenza del reddituario.

Sebbene un simile esito costituisca la migliore approssimazione ad un modello di mercato interno, sono evidenti le frizioni provocate da un'adesione incondizionata all'approccio *overall*.

Infatti, da un lato, la valutazione *overall* costringe – una volta rilevata l'esistenza di una violazione comunitaria per effetto combinato delle norme tributarie di due sistemi – a individuare quale ordinamento debba eliminare o attenuare tali conseguenze⁽²¹⁹⁾, e quindi a selezionare quale, tra stato di "origine" (i.e. residenza del reddituario) e "destinazione" (i.e. fonte del reddito) debba rinunciare in tutto o in parte

²¹⁹ Nello stesso senso, cfr. R. MASON, *Made in America for European Tax: the Internal Consistency Test*, in *Boston College Law Review*, (49) 2008, 5, 1280.

all'esercizio della propria sovranità impositiva. Si chiamerebbe, in sostanza, uno dei due paesi membri, a eliminare per via unilaterale ostacoli che non sono riconducibili alla propria legislazione, o lo sono solo in parte.

Questa impostazione rischia di condurre a cortocircuiti applicativi, soprattutto in un contesto in cui le controversie fiscali innanzi alla Corte di Giustizia scaturiscono, nella grande maggioranza dei casi, da rinvii pregiudiziali (ai sensi dell'attuale art. 263 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea).

Vi sarebbe, pertanto, l'elevata probabilità che, non essendo previsto un litisconsorzio necessario degli stati membri innanzi al Giudice comunitario, l'onere dell'eliminazione di una misura considerata restrittiva ricada esclusivamente sullo stato membro la cui legislazione è stata oggetto di rinvio pregiudiziale; ed il rischio, in definitiva, che l'esito della vertenza dipenda dalla scelta di un contribuente – impegnato in attività transfrontaliera – di rivolgere la propria censura ad una piuttosto che all'altra normativa riguardanti la propria vicenda personale.

Sotto un ulteriore profilo, l'adozione dell'approccio overall crea incentivi perversi al mantenimento della misura discriminatoria e, oltretutto, la ripartizione del gettito globale "a scapito" dello stato virtuoso, quello cioè che, pur non avendoli generati, assorbe gli effetti di detta misura.

Torniamo al precedente esempio del reddituario britannico che riceve redditi di fonte francese: se alla Francia fosse consentito mantenere l'imposta discriminatoria (5) invocando gli effetti compensativi del credito d'imposta attribuito nel Regno Unito: (i) la Francia non sarebbe incentivata a rimuovere l'imposta discriminatoria; (ii) il Regno Unito (stato "compensatore") vedrebbe erosa una parte del proprio gettito (ossia la differenza tra 5 – l'imposta discriminatoria – e 3 – l'imposta non discriminatoria) a beneficio della Francia (stato "discriminatore").

Contro l'approccio *overall* militano, poi, decisivi argomenti di tutela della certezza giuridica⁽²²⁰⁾.

²²⁰ Cfr., ancora, R. MASON, *Made in America for European Tax: the Internal Consistency Test*, in *Boston College Law Review*, (49) 2008, 1308.

In una valutazione *overall*, considerato che la verifica degli effetti discriminatori di una normativa nazionale viene condotta alla luce degli effetti potenzialmente compensativi ammessi da una differente normativa, la discriminazione declinerebbe in un concetto mobile, e adattabile alle circostanze del caso concreto, poiché uno stesso regime potrebbe essere considerato o meno discriminatorio a seconda che, in stati diversi membri, siano o meno presenti misure compensative.

Simile incertezza, si abbatte, da un lato, sugli operatori economici, i quali potrebbero essere facilmente disorientati nel distinguere tra disparità (non censurabile) e discriminazione (censurabile)⁽²²¹⁾. Dall'altro, sui giudici, i quali – dinnanzi, ad esempio, a una normativa i cui effetti discriminatori possono essere compensati in altri stati europei – difficilmente si tratterebbero dal rimettere la causa alla Corte di Giustizia per ricevere un avallo pregiudiziale sulla soluzione *overall* che ipotizzano di optare. Conseguenza, però, quest'ultima, che appare stridere con il principio di collaborazione tra Corte di Giustizia e autorità giudiziarie nazionali nell'attuazione del diritto europeo, più volte rimarcato dalla stessa Corte – sin dalla nota causa *Costa* – nonché con i principi di economia, speditezza ed efficienza processuale che – oltreché alla base della nota teoria dell'*act claire* – impregnano le carte costituzionali dei paesi europei più evoluti.

L'esperienza concreta, d'altronde, non lesina casi in cui, proprio a fronte di sentenze comunitarie che sostenevano un approccio *overall*, i giudici nazionali hanno ritenuto opportuno un ulteriore rinvio alla Corte di Giustizia per comprenderne (del suddetto approccio) i concreti risvolti applicativi; sottolineando, così, la potenziale dirompenza di un simile approccio in un quadro contrassegnato dalla centralità del ruolo del giudice nazionale nell'applicazione del diritto europeo⁽²²²⁾.

²²¹ Sulla differenza tra i due concetti, v., tra gli altri, Avv. Gen. Gelhoed, conclusioni alla causa *Test Claimants v. Commissioners of Inland Revenue*, 2006.

²²² Si segnala, tra questi, il caso *Meilicke*, questione per due volte oggetto di attenzione da parte della Corte di Giustizia.

In un primo momento, la Corte di Giustizia venne interpellata per conoscere se la normativa tedesca relativa al credito d'imposta sui dividendi esteri potesse ritenersi compatibile con gli artt. 56, n. 1, CE e 58, n. 1, lett. a), e n. 3, CE (nella numerazione anteriore al Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea), dacché

“in occasione di una distribuzione di dividendi da parte di una società di capitali, un azionista soggetto passivo fiscalmente residente in Germania (ndr) beneficia di un credito d'imposta, calcolato in funzione dell'aliquota gravante sugli utili distribuiti a titolo dell'imposta sulle società, quando la società distributrice ha sede nello stesso Stato membro, ma non quando la detta società ha sede in un altro Stato membro”.

Emesso (con sentenza 6 marzo 2007, causa C-292/04, la “prima *Meilicke*”) responso negativo a tale quesito – ossia, nel senso della non compatibilità con il diritto comunitario – la Corte di Giustizia è stata, poi, nuovamente chiamata a esprimersi sulla misura in cui il credito d'imposta tedesco avrebbe, nel caso di specie, dovuto essere concesso.

Infatti, nella prima *Meilicke* sembrava che questo andasse riconosciuto in quantità tale da compensare l'intera imposizione subita dalla società distributrice nel proprio stato di residenza (i.e. lo stato della fonte dei dividendi); in specie, pareva sottintendersi il diritto dell'azionista, percettore di dividendi di fonte estera, a beneficiare del credito d'imposta per un importo potenzialmente eccedente quello cui avrebbe avuto diritto se i dividendi fossero stati di fonte interna, e, più nel dettaglio, superiore alla stessa quota dell'imposta personale (del socio) relativa ai dividendi percepiti. Con una surrettizia convergenza della Corte, dunque, su un approccio *overall* - in genere negletto dalla giurisprudenza comunitaria, ma del resto valorizzato, prima di allora, in cause su tematiche omologhe: *Manninen* (Corte di Giustizia, sentenza 7 settembre 2004, causa C-319/02, *Manninen*, in tema di credito d'imposta sui dividendi in entrata distribuiti a beneficio di persone fisiche), *Lenz* (Corte di Giustizia, sentenza 15 luglio 2004, causa C-315/02, *Lenz*, in tema di esenzione sui dividendi di fonte estera.) e *Verkooijen* (Corte di Giustizia, sentenza 6 giugno 2000, causa C-35/98, *Verkooijen*, in tema di esenzione sui dividendi di fonte estera) - in funzione del quale ragioni di coerenza (e interesse) fiscale nazionale arretravano rispetto a ragioni di coerenza del sistema nel suo complesso, a livello cioè interordinamentale.

Al secondo rinvio pregiudiziale, la Corte fa seguire una pronuncia decisamente meno invasiva.

In questa seconda occasione (sentenza 30 giugno 2011, causa C-262/09, seconda *Meilicke*), i Giudici comunitari statuiscano che, “*ai fini del calcolo dell'importo del credito d'imposta... gli articoli 56 e 58 CE ostano, in mancanza della produzione degli elementi di prova prescritti dalla normativa del primo Stato membro, all'applicazione di una disposizione... in forza della quale l'imposta sulle società gravante sui dividendi di origine estera è deducibile dall'imposta sui redditi dell'azionista nella misura della frazione*

5.2. (segue) E approccio per country. L'esistenza di una discriminazione e la (ir)rilevanza della doppia imposizione internazionale

I motivi suesposti portano a preferire un approccio *per country* nella selezione e nella trattazione delle misure potenzialmente discriminatorie.

Secondo quest'approccio, sostenuto dalla giurisprudenza maggioritaria⁽²²³⁾ e da gran parte della dottrina, la restrizione alle libertà comunitarie sarebbe ravvisabile solo nelle ipotesi in cui uno stato membro neghi il "trattamento (fiscale) nazionale" nei confronti di cittadini (o residenti) di altri stati membri dell'Unione Europea che, in tale stato, intendono esercitare una delle libertà garantite dal Trattato (svolgendovi delle attività, stabilendovisi o ivi impiegando il proprio capitale); oppure nel caso in cui uno stato membro applichi, nei riguardi dei propri cittadini (o residenti) un trattamento (fiscale) differente a

dell'imposta sulle società gravante sui dividendi lordi distribuiti dalle società del primo Stato. Il calcolo del credito d'imposta" – e qui viene la parte più rilevante – "deve essere effettuato in funzione dell'aliquota d'imposta degli utili distribuiti a titolo dell'imposta sulle società applicabile alla società distributrice secondo il diritto del suo Stato membro di stabilimento, senza tuttavia che l'importo deducibile possa eccedere l'importo dell'imposta sui redditi dovuto sui dividendi percepiti dall'azionista beneficiario nello Stato membro in cui questi sia fiscalmente residente" (paragrafo 34 della sentenza).

In sostanza, si apprende questa volta dalla Corte, lo Stato di residenza dell'azionista è obbligato ad accreditare la frazione dell'imposta societaria estera "in funzione dell'aliquota d'imposta degli utili applicabile secondo il diritto" dello stato membro di stabilimento della società distributrice, e dunque per un ammontare che, potenzialmente, eccede quello della corrispondente imposta interna (i.e. la quota dell'imposta societaria che sarebbe accreditata all'azionista ove la società distributrice dei dividendi fosse fiscalmente residente nel medesimo Stato del socio); tuttavia, il credito non può superare l'importo dell'imposta che il socio è tenuto a versare in relazione al dividendo estero percepito.

²²³ L'approccio è saldamente affermato dalla Corte di Giustizia (tra le tante, sentenze 22 dicembre 2008, causa C-282/07, *Truck Center*, 14 dicembre 2006, causa C-170/05, *Denkavit Internationaal*, 12 dicembre 2006, causa C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, 12 dicembre 2006, causa C-374/04, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*; si cfr., inoltre, Corte EFTA, sentenza 23 novembre 2004, E-1/04, *Fokus Bank*).

seconda del luogo, interno o esterno ai confini nazionali, di svolgimento dell'attività, di stabilimento, di collocazione del capitale.

Un tale approccio suggerisce, in sintesi, di verificare la presenza o meno di una restrizione alle libertà fondamentali in una prospettiva puramente domestica, interrogandosi, quindi, se una misura fiscale nazionale possa ritenersi discriminatoria prescindendo da circostanze estranee all'ordinamento tributario considerato.

In questa dimensione, sono tollerati i fenomeni di doppia (o plurima) imposizione (giuridica) internazionale, provocati dal contestuale esercizio della sovranità fiscale da parte di diversi Stati membri⁽²²⁴⁾, dacché essi non costituiscono l'effetto di un (solo) regime nazionale discriminatorio, dipendendo dalla coesistenza di distinti sistemi tributari e dalla mancanza di armonizzazione nel settore della fiscalità diretta⁽²²⁵⁾.

Esemplare, al riguardo, la pronuncia della Corte nella causa *Truck Center*.

Si controverteva del regime belga di tassazione degli interessi erogati a favore di società madri residenti in Lussemburgo, chiedendosi, in specie, se potesse ritenersi in contrasto con il principio di libera circolazione dei capitali (art. 56 del Trattato CE) la normativa tributaria belga, la quale, nel periodo interessato dalla controversia principale,

²²⁴ Tali fenomeni sono comunemente additati come una delle principali cause di distorsione della concorrenza nel mercato interno (v., in proposito, Avv. Generale, conclusioni 26 ottobre 2004 nella causa C-376/03, *D.*, punto 85).

²²⁵ L'approccio *per country* è sostenuto in dottrina, tra gli altri, da D. WEBER (*In search of a (New) Equilibrium between Tax Sovereignty and the Freedom of Movement within the EC*, in *Intertax*, 2006, 585) e K. BANKS (*The application of the fundamental freedoms to Member State tax measures: Guarding against protectionism or second-guessing national policy choices?*, in *European Law Review*, 2008 (33), pag. 482), ed è avversato, tra gli altri, da P. WATTEL (implicitamente in *Corporate tax jurisdiction in the EU with respect to branches and subsidiaries; dislocation distinguished from discrimination and disparity; a plea for territoriality*, in *EC Tax Review*, 2003, 194, e, più esaurientemente, in *Eenjurisdictionele of overall-toepassing van EG-verboden op bronheffingen*, in *WFR*, 2006, 647), e F. VANISTENDAEL (*Does the ECJ have the power of interpretation to build a tax system compatible with fundamental freedoms*, in *EC Tax Review*, 2008, 61).

prevedeva l'applicazione di una ritenuta alla fonte sui pagamenti di interessi transfrontalieri (c.d. regime del *précompte mobilier*) stabilendo al contempo l'esenzione da tale ritenuta relativamente agli interessi corrisposti a beneficio di società residenti.

Nel giudizio principale, si evidenziava come la doppia imposizione subita dalle società lussemburghesi in relazione ai pagamenti di interessi - per via dell'applicazione congiunta del *précompte mobilier* in Belgio e dell'inclusione degli interessi tra i componenti positivi del reddito assoggettato all'imposta societaria lussemburghese - non fosse rimediabile ricorrendo alle disposizioni della Convenzione allora vigente tra Belgio e Lussemburgo: difatti, pur consentendo ai residenti del Lussemburgo di recuperare, mediante il sistema dell'imputazione, le imposte assolute sui redditi di fonte belga, la Convenzione subordinava tale recupero a che imposte analoghe fossero applicate sui redditi di fonte lussemburghese corrisposti a residenti belgi, secondo un regime di reciprocità; sennonché, tale regime, nel caso, non operava, conseguendone dunque la materiale impossibilità, per le società lussemburghesi reddituarie di interessi di fonte belga, di recuperare le imposte assolute in tale ordinamento.

La Corte, adottando il richiamato approccio *per-country*, nega gli effetti discriminatori della misura esaminata. Difatti, considera che, limitatamente all'ordinamento belga, le società lussemburghesi non sono discriminate rispetto alle società residenti: la funzione che, nei riguardi delle prime, è assolta dalla tassazione cedolare alla fonte, per le seconde è assicurata dall'inclusione del provento positivo nella loro base imponibile e nel conseguente assoggettamento a tassazione societaria.

Si assume, quindi, la completa irrilevanza, rispetto all'ordinamento di origine (belga) del reddito, degli ulteriori gravami tributari incombenti, sul medesimo, nello stato di destinazione (lussemburghese).

In caso contrario, la Corte avrebbe dovuto asserire l'arretramento del sistema fiscale della fonte rispetto a quello di residenza, ossia stabilire la priorità di un modello economico basato sulla neutralità esterna rispetto ad uno radicato sulla neutralità interna: presa di posizione che, come si è visto, sfugge ai compiti istituzionali della giurisprudenza comunitaria, in quanto determinerebbe la compressione

delle prerogative di politica fiscale internazionale adottate dai singoli stati membri.

5.3.(segue) Approccio per country. L'esistenza di discriminazione e la (ir)rilevanza di misure compensative aliunde adottate

In senso analogo, la Corte di Giustizia tende a prescindere, nella valutazione di discriminatorietà di un regime tributario interno, delle eventuali misure compensatorie della discriminazione, in stati membri diversi da quello che l'ha cagionata.

Questa conclusione è evidente nei molti casi in cui la Corte si è pronunciata in materia di (in)compatibilità delle ritenute alla fonte sui dividendi in uscita.

Nella sentenza *Amurta*⁽²²⁶⁾, ad esempio, la Corte ha escluso che – ai fini della discriminazione – potessero assumere rilievo le vicende tributarie dei dividendi nello Stato membro di residenza dell'azionista, disinteressandosi, in questo senso, della presenza o meno in tale ordinamento di metodi per compensare la ritenuta subita dal dividendo nello Stato della fonte (punto 78); in sostanza, l'applicazione unilaterale, da parte dell'ordinamento di destinazione dei dividendi, di un credito d'imposta integrale – il quale avrebbe potuto neutralizzare gli effetti distorsivi derivanti dall'applicazione della ritenuta nello Stato membro di origine degli stessi – non sarebbe valsa a evitare una censura di (il)legittimità comunitaria delle ritenute in uscita (beninteso, sempreché tali ritenute non gravino, egualmente, sulle distribuzioni di utili a favore di società ivi residenti).

Pare, nondimeno, che tale rilevanza possa essere affermata nell'ipotesi in cui tra lo stato discriminatore e quello compensatore viga una convenzione contro le doppie imposizioni in virtù della quale, appunto, la discriminazione cagionata da uno possa essere assorbita dalla compensazione garantita dall'altro.

Invero, mentre, in linea di principio, uno stato membro non può invocare una normativa di un altro stato membro al fine di legittimare una violazione del diritto comunitario, può, di contro, valersi delle disposizioni contenute in una convenzione bilaterale in vigore con un

²²⁶ Corte di Giustizia, sentenza 8 novembre 2007, causa C-379/05, *Amurta*, in *Rass. Trib.*, 2007, 1898, con commento di G. D'ANGELO, *La Corte di Giustizia conferma: le ritenute sui dividendi in uscita sono incompatibili con la libera circolazione dei capitali*.

altro Stato membro (nel caso che qui riguarda, lo Stato di residenza del socio), essendo essa parte integrante dell'ordinamento interno – a partire dalla sua entrata in vigore – dello Stato membro interessato dal sindacato comunitario. Uno stato membro può infatti scegliere di adempiere gli obblighi che gli derivano dalle norme del Trattato attraverso le disposizioni di una convenzione per evitare le doppie imposizioni⁽²²⁷⁾.

Detto in altri termini, è lo stato la cui normativa assume tratti restrittivi o discriminatori a doversi premurare dell'eliminazione dei relativi effetti⁽²²⁸⁾, e ciò può avvenire o per via unilaterale – ad esempio,

²²⁷ In questo senso, si v. Conclusioni dell'Avv. Gen., causa C-374/04, *Test Claimants in Class IV of the Group Litigation*, punto 70. Cfr., a riguardo, F. MENTI, *Gli utili distribuiti dalla società controllata alla società controllante e la questione dell'applicazione della ritenuta alla fonte*, cit., 319-320.

²²⁸ A ben vedere, tale principio funge da contraltare al metodo di comparazione – tra fattispecie transfrontaliere e casi puramente interni – basato sul c.d. *per country approach*. Tale metodo – che secondo una parte della dottrina è, in un lungo periodo, destinato ad essere rimpiazzato dall'opposto *overall approach* (cfr., in riguardo, van Thiel, *The Direct Income Tax Case Law of the European Court of Justice: Past Trends and Future Developments*, in *Tax Law Review*, (62) 2008, 143) – suggerisce di verificare la presenza o meno di uno svantaggio competitivo – e di una conseguente restrizione alle libertà fondamentali – in una prospettiva puramente domestica, interrogandosi, quindi, se una misura fiscale nazionale possa ritenersi discriminatoria prescindendo da circostanze estranee all'ordinamento tributario considerato. In questa prospettiva, fenomeni di doppia (o plurima) imposizione (giuridica) internazionale provocati dal contestuale esercizio della sovranità fiscale da parte di diversi Stati membri, pur comunemente additati come una delle principali cause di restrizione alle libertà fondamentali (v., in proposito, lo stesso Avv. Generale, conclusioni 26 ottobre 2004 nella causa C-376/03, D., par. 85), sarebbero tollerati, in quanto non costituirebbero l'effetto di un (solo) regime nazionale discriminatorio, dipendendo, piuttosto, dalla coesistenza di distinti sistemi tributari e dalla mancanza di armonizzazione nel settore della fiscalità diretta. L'approccio *per country*, largamente prevalente nella giurisprudenza comunitaria (tra le tante, Corte di Giustizia, sentenze 22 dicembre 2008, causa C-282/07, *Truck Center*, 14 dicembre 2006, causa C-170/05, *Denkavit Internationaal*, 12 dicembre 2006, causa C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, 12 dicembre 2006, causa C-374/04, *Test Claimants in Class IV*

attraverso la previsione da parte dello Stato della fonte di un rimborso integrale della ritenuta sui dividendi in uscita già riscossa – o tramite un meccanismo convenzionale – ad esempio, la previsione di un credito d'imposta concesso dallo Stato di residenza del socio, consacrata nel testo di una convenzione sottoscritta dallo Stato della fonte⁽²²⁹⁾.

6. Approccio *per country* e restrizioni discriminatorie. La comparabilità

Abbiamo fin qui enunciato alcune delle ragioni che portano a preferire una logica “*per country*” – o meglio, a respingerne una “*overall*” – nel censimento di compatibilità comunitaria delle norme tributarie domestiche.

Suggeriscono una scelta di questo genere, tra le altre, ragioni di:

of the ACT Group Litigation; si cfr., inoltre, Corte EFTA, sentenza 23 novembre 2004, E-1/04, *Fokus Bank*), è sostenuto in dottrina, tra gli altri, da D. WEBER (*In search of a (New) Equilibrium between Tax Sovereignty and the Freedom of Movement within the EC*, in *Intertax*, 2006, 585), e K. BANKS (*The application of the fundamental freedoms to Member State tax measures: Guarding against protectionism or second-guessing national policy choices?*, in *European Law Review*, 2008 (33), 482), ed è avversato, tra gli altri, da P. Wattel (implicitamente in *Corporate tax jurisdiction in the EU with respect to branches and subsidiaries; dislocation distinguished from discrimination and disparity; a plea for territoriality*, in *EC Tax Review*, 2003, 194, e, più esaurientemente, in *Eenjurisdictionele of overall-toepassing van EG-verboden op bronheffingen*, in *WFR*, 2006, 647), e F. Vanistendael (*Does the ECJ have the power of interpretation to build a tax system compatible with fundamental freedoms*, in *EC Tax Review*, 2008, 61).

²²⁹ Ad ogni buon conto, si deve rilevare che l'idoneità dello strumento convenzionale a operare nel singolo caso – compensando integralmente la ritenuta subita dal dividendo nello Stato della fonte – deve essere verificata in concreto. Ed invero, nella sentenza 14 dicembre 2006, causa C-170/05, *Denkavit Internationaal*, la Corte rilevava il contrasto con il diritto comunitario della ritenuta alla fonte francese nonostante nella Convenzione stipulata con lo Stato del reddituario (Olanda) fosse previsto un credito per l'imposta definitivamente assolta in Francia; senonché, tale previsione era svuotata di concreta efficacia per via dell'operare, nei Paesi Bassi, di un sistema di esenzione per i dividendi, da qualunque fonte provenienti, con la conseguenza che il socio olandese non poteva godere del credito in relazione a detti redditi.

- α) certezza giuridica;
- β) coerenza con il modello delle competenze di attribuzione;
- χ) neutralità del diritto europeo rispetto alle opzioni di politica fiscale internazionale adottate dai singoli stati membri;
- δ) neutralità del diritto europeo rispetto ai fenomeni di doppia imposizione internazionale.

Non solo.

L'adozione di un simile approccio è sorretta altresì da precise scelte metodologiche compiute dalla Corte di Giustizia.

Com'è noto – e benché parte della dottrina mostri ancora titubanze al riguardo – la giurisprudenza europea è da tempo allineata nel ritenere che violazioni alle libertà fondamentali del Trattato siano ravvisabili solo nei casi in cui l'ostacolo al loro esercizio appaia "discriminatorio": cioè, solo nei casi in cui la disciplina nazionale oggetto di sindacato preveda, a carico dei contribuenti che esercitano tali libertà in entrata o in uscita dall'ordinamento, pesi (di carattere sia economico, sia amministrativo) che, viceversa, non gravano sui contribuenti che tali libertà non esercitano.

In questo contesto, la chiave di volta è data dall'individuazione del *tertium comparationis*: occorre, cioè, verificare se la situazione del contribuente che esercita una delle predette libertà abbia termini reali e obiettivi di confronto in fattispecie analoghe, circoscritte al territorio domestico.

6.1. Il giudizio di comparabilità. La declinazione delle categorie della fonte e della residenza nel diaframma della discriminazione

Per giurisprudenza costante, la comparabilità tra una situazione comunitaria ed una situazione puramente interna deve essere valutata alla luce dell'obiettivo perseguito dalle disposizioni nazionali interessate⁽²³⁰⁾.

Appare quindi decisivo, ai fini dell'accertamento di eventuali effetti discriminatori, individuare con precisione le finalità sottese.

Senonché, come si noterà anche oltre, questo profilo si presenta spesso secondario e tende ad essere ridimensionato rispetto ad un

²³⁰ In questo senso, sentenze 8 marzo 2001, cause riunite C-397/98 e C-410/98, *Metallgesellschaft e a.*; 18 luglio 2007, causa C-231/05, *Oy AA.*; 27 novembre 2008, causa C-418/07, *Papillon*.

elemento che, nelle sentenze comunitarie, appare centrale: il comune assoggettamento a imposizione.

Ci si spiega meglio.

La Corte di Giustizia ha in diverse occasioni evidenziato come, nonostante un'asimmetria di trattamento tra fattispecie reddituali domestiche e transfrontaliere non sia di per sé discriminatoria, non essendo le stesse necessariamente paragonabili, le predette fattispecie divengono paragonabili laddove uno Stato membro decida di assoggettare entrambe al suo potere impositivo⁽²³¹⁾.

In sostanza, quale che sia il titolo – fonte o residenza – in funzione del quale un paese dell'Unione decide di assoggettare al proprio potere tributario due fattispecie reddituali, una domestica e l'altra transfrontaliera, la relativa tassazione deve essere uniforme per entrambe.

E' singolare, in questo ambito, riscontrare la sostanziale intercambiabilità e specularità del modello di comparazione impiegato dalla Corte negli uni e negli altri casi.

Laddove, infatti, appare intralciato l'esercizio "in uscita" di una delle libertà fondamentali, la Corte ripropone "allo specchio" metodi impiegati nel quadro di vertenze relative alla tassazione dei non residenti, in specie quelle concernenti la compatibilità comunitaria dei regimi di imposizione alla fonte (nelle quali, quindi, si discute in merito all'esercizio "in entrata" delle libertà fondamentali): in entrambe le ipotesi, la Corte assume, come presupposto per la verifica di comparabilità tra fattispecie transfrontaliere e domestiche, la circostanza

²³¹ Sono molteplici le pronunce della Corte di Giustizia che riguardano l'esercizio "in uscita" delle libertà fondamentali e che predicano, in questo senso, la comparabilità tra i residenti di uno Stato membro che si avvalgono del diritto comunitario, investendo o esercitando attività oltreconfine, e residenti di quello stesso Stato che invece esercitano la loro attività o investono i propri capitali esclusivamente o prevalentemente in ambito domestico. Tra le ultime, si cfr. in particolare Corte di Giustizia, sentenza 22 gennaio 2009, causa C-377/07, *Steko Industriemontage* e sentenza 18 dicembre 2007, causa C-436/06, *Grønfeldt*, entrambe riguardanti normative che sancivano una differenza nel trattamento fiscale di investimenti azionari in base alla fonte del reddito. In questo senso, si v., tra le altre, sentenza 26 giugno 2008, causa C-284/06, *Burda*.

che lo stato assoggetti le une e le altre – non importa se in qualità di Stato di residenza oppure della fonte – alla propria sovranità fiscale⁽²³²⁾⁽²³³⁾⁽²³⁴⁾.

²³² L'approccio è reso evidente dalle numerose pronunce in tema di dividendi ("in entrata" e "in uscita"), contesto nel quale la struttura del ragionamento proposto dalla Corte di Giustizia si atteggia nei seguenti termini: (i) rispetto allo stato membro di residenza, un azionista residente che riceve dividendi di una società estera (comunitaria) non versa in circostanze diverse da quelle proprie di un socio residente che percepisce dividendi da fonte domestica, se il predetto stato assoggetta entrambi (e, per entrambi, in qualità di stato della residenza) al suo potere impositivo; (ii) parimenti, rispetto allo stato della fonte dei dividendi – i.e. lo Stato di residenza della società distributrice – l'azionista non residente non si trova in una posizione diversa da quella dell'azionista residente, se lo Stato decide di assoggettare entrambi (rispettivamente, in qualità di Stato della fonte ed in qualità di Stato della residenza) al proprio potere impositivo.

²³³ Si cfr., *inter alia*, Corte di Giustizia, sentenza 6 marzo 2007, causa C-292/04, *Meilike*, in cui è giudicato contrario alla libera circolazione dei capitali il regime tedesco di imposizione dei dividendi di fonte estera che, all'epoca dei fatti controversi, stabiliva una ingiustificata disparità di trattamento tra gli azionisti di società residenti in Germania – beneficiari di un credito d'imposta integrale rapportato all'imposta effettivamente già assolta dalla società – e gli azionisti di società non residenti – nei cui confronti il credito d'imposta così strutturato non era applicabile; sugli stessi argomenti, Corte di Giustizia, sentenza 7 settembre 2004, causa C-319/02, *Manninen*. Cfr., inoltre, Corte di Giustizia, sentenza 6 giugno 2000, causa C-35/98, *Verkoijen*, riguardante la (mancata) applicazione del sistema dell'esenzione per i dividendi di fonte estera.

²³⁴ Cfr., tra le più recenti, Corte di Giustizia, sentenza 3 giugno 2010, causa C-487/08, *Commissione v. Spagna*; sentenza 19 novembre 2010, causa C-540/07, *Commissione v. Italia*, in "Rass. Trib." n. 2/2010, con commento di C. BOTTAZZI, *Tra affermazione delle libertà comunitarie e difesa della sovranità statale: la Corte di Giustizia condanna l'Italia per il previgente sistema di ritenuta sui dividendi versati a non residenti*; sentenze 1 ottobre 2009, causa C-247/08, *Gaz de France* e 18 giugno 2009, causa C-303/07, *Aberdeen*, in Riv. Dir. trib., 2010, IV, pag. 210, con nota di commento di G. COSTA, *Ancora sul regime fiscale dei dividendi "in uscita" in contesto comunitario*; 22 dicembre 2008, causa C-48/07, *Les Verges des Vieux*; 26 giugno 2008, causa C-284/06, *Burda*; 12 dicembre 2006, causa C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*. In

Avendo presente l'ambito testé delineato, è immediatamente apprensibile come l'elemento della *ratio* della normativa sia destinato a evaporare o retrocedere nel quadro del giudizio di comparabilità.

Si prenda il caso dei residenti e dei non residenti: la *ratio* per la quale gli uni sono assoggettati a tassazione (nella gran parte degli ordinamenti) a tassazione mondiale e gli altri a tassazione territoriale è ben diversa: la tassazione mondiale segue la residenza perché lo stato di residenza è meglio in grado di computare e monitorare la capacità contributiva globale del contribuente; la tassazione territoriale obbedisce al principio del beneficio, per cui l'imposta rappresenta la prestazione richiesta allo "straniero" per l'aver usufruito di fonti (e correlativi servizi) messe a disposizione dello stato ospitante.

Dunque, è evidente, divergenti sono le ragioni sottese alle normative dedicate ai residenti e ai non residenti.

Sennonché, ove di tale divergenza di *rationes* dovesse darsi conto anche nella valutazione di comparabilità, il conseguente giudizio di discriminazione ne risulterebbe deviato: poste su piani diversi la norma destinata ai residenti e ai non residenti – per diversità di *rationes* –, la comparabilità tra fattispecie domestiche e transfrontaliere verrebbe

dottrina, si cfr. M. LANG, *ECJ case law on crossborder dividend taxation - recent developments*, in *EC Tax Review*, 2008, pag. 67; P. PISTONE, *Taxation of Cross-border Dividends in Europe: Building up Worldwide Tax Consistency*, in *Tax Law Review*, Fall-Winter, 2008, 67; M. HELMINEN, *The future of Source State Dividend Withholding Taxes in Finland and the European Union*, in *European Taxation*, 2008, pag. 354; CADOSCH, FONTANA, RUSSO, SZUDOCZKY, *The 2006 Leiden Alumni Forum on Taxation of Cross-Border Dividends in Europe and the Relation with Third Countries: the Cases Pending Before the European Court of Justice*, in *Intertax*, 2006, pag. 622. Per la dottrina italiana si segnalano F. BULGARELLI, *Imposizione nazionale di utili intracomunitari e compatibilità dei regimi convenzionali e comunitari*, in *Rass. Trib.* n. 2/2007, pag. 629; G. D'ANGELO, *La Corte di Giustizia conferma: le ritenute sui dividendi in uscita sono incompatibili con la libera circolazione dei capitali*, in *Rass. Trib.* n. 6/2007, pag. 1898; F. MENTI, *Gli utili distribuiti dalla società controllata alla società controllante e la questione dell'applicazione della ritenuta alla fonte*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2008, IV, pag. 306; M. TENORE, *Tassazione dei dividendi in uscita, approccio pan-europeo e potestà impositiva dello Stato della fonte*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2007, IV, pag. 119.

insanabilmente pregiudicata, e con essa l'effettività dei diritti tutelati dal Trattato.

Ciò spiega, del resto, il più ampio spettro applicativo del principio comunitario di non discriminazione rispetto all'omologo principio di matrice convenzionale.

Difatti, a differenza che nella prassi applicativa della clausola "non discriminatoria" di matrice convenzionale (e, segnatamente, quella recata dall'art. 24 del Modello di Convenzione OCSE) – la quale, come noto, esclude ogni possibilità di paragonare soggetti privi di comune "residenza"⁽²³⁵⁾ – nella giurisprudenza comunitaria risulta

²³⁵ L'articolo 24 del Modello di Convenzione OCSE, al paragrafo 1, nella sua versione inglese recita: *"Nationals of a Contracting State shall not be subjected in the other Contracting State to any taxation or any requirement connected therewith, which is other or more burdensome than the taxation and connected requirements to which nationals of that other State in the same circumstances, in particular with respect to residence, are or may be subjected. This provision shall, notwithstanding the provisions of Article 1, also apply to persons who are not residents of one or both of the Contracting States"*. Il Commentario all'art. 24 del Modello interpreta nel senso, radicale, di escludere qualsiasi comparabilità tra residenti e non residenti. Difatti, mentre il paragrafo 1 del Commentario all'art. 24 – nella sua forma più recente (luglio 2010) – evidenzia che *"the Article should not be unduly extended to cover so called indirect discrimination"*, il paragrafo 7 chiarisce esplicitamente che *"in the same circumstances would be sufficient by itself to establish that a taxpayer who is resident of a Contracting State and one who is not a resident of that State are not in the same circumstances"*.

Sul principio di non discriminazione di fonte convenzionale si cfr., tra gli altri, K. VAN RAAD, *Issue in the Application of Tax Treaty Non-Discrimination Clauses*, in *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 1988, 347; K. VOGEL, *On Double Taxation Conventions*, Londra, 1997, 1286; P. ADONNINO, *General Report – Non Discrimination Rules in International Taxation*, in *IFA Cahiers de Droit Fiscal International*, Deventer, 1993; C. SACCHETTO, *Italy – Non Discrimination Rules in International Taxation*, in *IFA Cahiers cit.*; L. HINNEKENS, P. HINNEKENS, *General Report – Non-discrimination at the Crossroads of International Taxation*, in *IFA Cahiers*, 2008, Rotterdam; L. DELL'ANESE, *Il principio di non-discriminazione nel diritto internazionale tributario*, in *Dir. Prat. Trib. Int.*, 2001, I, 70; F. AMATUCCI, *Il principio di non discriminazione fiscale*, Padova, 1998, passim; ID., *La discriminazione di trattamento nel Modello OCSE*, in V. Uckmar (coordinato da), *Diritto Tributario Internazionale*,

notevolmente ampliato l'ambito dello scrutinio di discriminazione delle norme tributarie, aprendo il confronto a fattispecie che si presentano, tra loro, del tutto eterogenee per quanto attiene i rispettivi indici di collegamento territoriale (fonte e residenza)⁽²³⁶⁾.

Invero, nell'ottica della Corte di Giustizia appare poco rilevante la circostanza che lo stato membro, la cui normativa si discute, eserciti il potere impositivo in veste di ordinamento della residenza oppure della fonte reddituale.

Nell'impostazione fatta propria dalla Corte, fonte e residenza⁽²³⁷⁾ appaiono categorie strumentali, il cui apporto tende a esaurirsi nell'enunciazione dello stato (appunto, della residenza o della fonte) la cui norma tributaria provoca effetti discriminatori sulle libertà

Padova, 2005, 771. Cfr. inoltre, sulle diverse configurazioni del principio di non discriminazione, B. SANTIAGO, *Non-Discrimination Provisions at the Intersection of EC and International Tax Law*, in *European Taxation*, 2009, 249.

²³⁶ Come noto, difatti, il diritto comunitario protegge l'esercizio delle libertà fondamentali anche contro ipotesi di discriminazione indiretta, basate su criteri diversi dalla nazionalità (segnatamente, domicilio e residenza). Cfr., tra le altre, Corte di Giustizia, sentenze 12 febbraio 1974, 152/73, *Sotgiu*; 8 maggio 1990, C-175/88, *Biehl*; 14 febbraio 1995, C-279/93, *Schumacker*.

²³⁷ Come noto, fonte e residenza rappresentano concetti-chiave del diritto tributario internazionale, dove sono intese ora come indici di collegamento territoriale del presupposto d'imposta (sul tema cfr., senza pretese di esaustività, C. SACCHETTO, *Territorialità (diritto tributario)*, in *Enc. Dir.*, XLIV, Milano, 1992, 304; R. LUPI, *Territorialità del tributo*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXXI, Roma, 1994; A. MANGANELLI, *Territorialità dell'imposta*, in *Dig. Disc. Priv.*, sez. comm., XV, Torino, 1998, 366; G.C. CROXATTO, *La imposizione delle imprese con attività internazionale*, Padova, 1965, 21; G.A. MICHELI, *Problemi attuali di diritto tributario nei rapporti internazionali*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1965, I, 217; le monografie di G. FRANSONI, *La territorialità nel diritto tributario*, Milano, 2004, e R. BAGGIO, *Il principio di territorialità ed i limiti alla potestà tributaria*, Milano, 2009), ora come sinonimi dei diversi approcci degli Stati alla determinazione del reddito imponibile (tassazione territoriale *vis à vis* tassazione mondiale) (in argomento, cfr. tra gli altri K. VOGEL, *World-wide vs. Source Taxation of Income – A Review and Re-evaluation of Arguments*, in *Intertax*, 1988, 318; G. MARINO, *L'unificazione del diritto tributario internazionale: tassazione mondiale verso tassazione territoriale*, in *Aa.Vv.*, Studi in onore di Victor Uckmar, Padova, 1997).

comunitarie e che, di conseguenza, è tenuto ad attenuare o rimuovere tali effetti⁽²³⁸⁾.

Nei casi delineati, laddove, quindi, sia accertata la comparabilità tra due fattispecie, il legislatore è tenuto a garantire il “trattamento nazionale”: qualora, cioè, sottoponga la fattispecie transfrontaliera ad oneri che, viceversa, non gravano su quella domestica – e ciò può avvenire in vari modi: sia ad esempio applicando per le fattispecie transfrontaliere un’aliquota d’imposta più elevata⁽²³⁹⁾, sia ampliandone la base imponibile⁽²⁴⁰⁾, sia aggravandone gli oneri procedurali ed

²³⁸ La Corte di Giustizia compie un passo ulteriore nel senso inteso da autorevole dottrina: secondo G. FRANSONI, *La territorialità nel diritto tributario*, Milano, 2004, 365 ss. e, adesivamente, R. FRANZÉ, *Principio comunitario di non discriminazione fiscale e trattamento della nazione più favorita*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2005, IV, 1929, il baricentro del giudizio di comparabilità – tradizionalmente intesa, quest’ultima, come uguaglianza di situazioni basata su elementi di tipo oggettivo – sarebbe spostato ad un livello più profondo, e cioè su quello dell’identità del grado di appartenenza dei soggetti alla collettività dello Stato rispetto alle cui spese entrambi sono chiamati a concorrere. Dunque, vero è che le situazioni di residenti e non residenti, in linea di principio, non sono analoghe, in quanto presentano differenze oggettive per quanto attiene sia la fonte dei redditi, sia la capacità contributiva personale e la situazione familiare prese in considerazione dallo Stato; tuttavia, il grado della rispettiva appartenenza all’ordinamento si rivelerebbe anche in circostanze inesprese dai tradizionali criteri (formali) di collegamento territoriale. Con questa consapevolezza, la Corte ha, ad esempio, riconosciuto l’inesistenza di oggettive differenze – tali, quindi, da rendere ammissibile una disparità di trattamento – tra soggetti residenti di uno Stato membro e i residenti di un altro Stato membro che nel primo producono una parte essenziale dei propri redditi (Corte di Giustizia, sentenza 14 febbraio 1995, causa C-279/93, *Schumacker*; sentenza 21 febbraio 2006, causa C-152/03, *Ritter-Coulais*; sentenza 18 luglio 2007, causa C-182/06, *Lakebrink*; sentenza 16 ottobre 2008, causa C-527/06, *Renneberg*).

²³⁹ Si cfr., sul punto, causa C-311/97, *Royal Bank of Scotland*.

²⁴⁰ Si cfr. causa C-234/01, *Gerritse*. Il caso riguardava un lavoratore autonomo non residente tassato, nello stato della fonte del reddito, su una base imponibile superiore a quella prevista per i residenti.

amministrativi⁽²⁴¹⁾ – deve riallineare il trattamento della prima a quello della seconda.

6.2. (Segue) Comparabilità e differenti tecniche impositive

In vista del maggior grado di effettività dei principi comunitari, del resto, la comparazione investe diversi e penetranti profili.

Ad opinione della Corte non basterebbe ad attenuare la comparabilità tra due situazioni la circostanza che i relativi tributi siano riscossi con tecniche impositive differenti (dichiarazione e versamento diretto per i redditi esteri, ritenuta alla fonte per i redditi interni), e ciò anche laddove le concrete modalità di riscossione appaiono giustificate dall'impraticabilità, per lo stato impositore, di strumenti di recupero delle ritenute nei confronti di soggetti – i debitori dei redditi mobiliari, residenti all'estero – estranei alla sua giurisdizione⁽²⁴²⁾: difatti, per un verso, la situazione di due contribuenti non può ritenersi asimmetrica semplicemente in virtù dell'applicazione, nei loro riguardi, di modalità di prelievo differenti, d'altro canto, proprio una previsione di questo tipo può essere all'origine di uno squilibrio impositivo a scapito del contribuente che effettua investimenti o attività oltreconfine (punto 46 della sentenza), ingiustificatamente penalizzato rispetto ai contribuenti con attività puramente domestica.

Almeno in un'occasione, tuttavia, la giurisprudenza comunitaria è apparsa vacillare sul punto.

Nella causa *Truck Center*⁽²⁴³⁾ – in cui erano chiamati a verificare se l'esercizio delle libertà fondamentali (in specie, libertà di stabilimento e

²⁴¹ Si cfr. causa C-175/88, *Biehl*. Il caso riguardava soggetti che, privi di residenza in uno stato membro per lunga parte dell'anno, dovevano innescare una particolare procedura amministrativa per poter ottenere il rimborso dei propri crediti tributari, mentre invece i soggetti stabilmente residenti in tale stato potevano avvalersi di una procedura semplificata.

²⁴² Ci si riferisce qui, in particolare, alla *jurisdiction to enforce*, intesa come potere dello Stato di far applicare – anche coercitivamente – le leggi tributarie all'interno dei propri confini territoriali (detta anche territorialità in senso formale). Sulla distinzione tra territorialità in senso formale e territorialità materiale, cfr. G. FRANSONI, *La territorialità nel diritto tributario*, Milano, 2004, *passim*.

²⁴³ Corte di Giustizia, sentenza 22 dicembre 2008, causa C-282/07, *Truck Center*,

libera circolazione dei capitali) ostasse ad un regime di ritenuta alla fonte che intercettava i soli interessi destinati a società estere e che viceversa non colpiva gli interessi corrisposti a beneficio di società residenti – i Giudici europei, pur riscontrando la presenza di un’asimmetria impositiva tra società residenti (che includevano gli interessi nella base imponibile dell’imposta societaria) e società non residenti (tassate con ritenuta sull’ammontare lordo degli interessi loro corrisposti) annotavano che le due situazioni non fossero paragonabili, giacché le “*diverse modalità di applicazione dell’imposta costituiscono il corollario del fatto che società beneficiarie residenti e non residenti sono soggette ad imposizioni diverse*” (punto 46) e le “*diverse tecniche impositive rispecchiano la differenza delle situazioni nelle quali si trovano dette società per quanto riguarda la riscossione dell’imposta*” (punto 47).

Seguendo l’ordine scandito nella sentenza *Truck Center*, pertanto, tecniche impositive cangianti in funzione della residenza del contribuente potrebbero addirittura interdire la comparabilità tra fattispecie interne e transfrontaliere.

Sennonché, il carattere eccentrico di tale impostazione è rivelato dalle numerose pronunce in tema di dividendi (in uscita), nelle quali emerge che l’applicazione di diverse modalità di prelievo non può ostare alla comparabilità tra azionisti residenti e non residenti⁽²⁴⁴⁾.

Una recente sentenza in tema di redditi di capitale transfrontalieri, (la sentenza *Dijkman*) arricchisce questo secondo filone interpretativo, promovendo metodi e provocando soluzioni opposti a quelli enunciati nella sentenza *Truck Center*.

In tale differente prospettiva, occorre riconoscere che se, in principio, calibrare le tecniche impositive in funzione di esigenze di effettività del prelievo, nonché in ragione della natura dei soggetti passivi e delle tipologie reddituali considerate ⁽²⁴⁵⁾ rappresenta una

con commento critico di L. DE BROE, *Are we heading towards an Internal Market without dividend withholding tax but with interest and royalty withholding tax? Some observations on Advocate General’s Kokott opinion in Truck Center*, in *EC Tax Review*, 2009, 2.

²⁴⁴ Tra le tante, cfr., da ultimo, Corte di Giustizia, sentenze 3 giugno 2010, causa C-487/08, *Commissione v. Spagna* e 19 novembre 2010, causa C-540/07, *Commissione v. Italia*.

²⁴⁵ È inevitabile volgere lo sguardo all’ordinamento italiano, dove è ormai

legittima prerogativa di politica tributaria⁽²⁴⁶⁾, ciò non può tuttavia condurre a un maggior gravame fiscale a scapito di (contribuenti impegnati in) attività transfrontaliere rispetto a (contribuenti impegnati in) attività domestiche (tra le altre, sentenza *Gerritse*, nel dispositivo⁽²⁴⁷⁾).

Deriva, da questa più rigorosa visione, la legittimità di ritenute alla fonte applicate esclusivamente sui redditi corrisposti a soggetti non residenti (tra le altre, sentenza *Scorpio*, punto 36⁽²⁴⁸⁾), così come di metodi di prelievo differenziati a seconda della localizzazione geografica delle sorgenti di reddito (sentenza *Dijkman*, punto 56), purché, in entrambi i casi, gli stessi non conducano a una tassazione superiore a svantaggio del contribuente con attività *cross-border* rispetto ad omologhi soggetti con attività puramente interna.

metabolizzata la diversità di approccio alla tassazione delle persone fisiche – per le quali la tendenza è ad assoggettarne i redditi a forme di prelievo alla fonte e ad imposte sostitutive, introducendo caratteri di spiccata realtà a fronte di un’imposta originariamente congegnata come personale e progressiva (sul punto, cfr., tra gli altri, A. DI PIETRO, *Imposta sul reddito delle persone fisiche: principi generali*, in G. Gaffuri, M. Scuffi (coordinato da), “Lezioni di diritto tributario sostanziale e processuale”, Milano, 2009, 79) – e delle società ed enti ad esse assimilati – che, invece, proprio con la Riforma Ires del 2003, si affermano come autonomi soggetti passivi sui quali la tassazione personale è “accentrata”, con la conseguente rinuncia del legislatore a prevedere, nei loro riguardi, forme di prelievo diverse da quella che transita dalla dichiarazione e autoliquidazione dell’imposta (tra gli altri, in particolare, R. LUPI, *L’impianto generale dell’Ires*, in “Quaderni del ministero delle finanze”, 2004, I).

²⁴⁶ E, in quanto tale, di regola immune al sindacato comunitario, che si disinteressa, tendenzialmente, delle modalità di esercizio del potere impositivo (in particolare, nei settori non armonizzati, qual è la fiscalità diretta).

²⁴⁷ Corte di Giustizia, sentenza 12 giugno 2003, causa C-234/01, *Gerritse*. Dello stesso tenore le considerazioni della Corte nel caso *Bouanich* (sentenza 19 gennaio 2006, causa C-265/04).

²⁴⁸ Corte di Giustizia, sentenza 3 ottobre 2006, causa C-290/04, *FKP Scorpio Konzertproduktionen GmbH*.

6.3. (Segue) Comparabilità e alternatività tra regimi impositivi

Nella richiamata sentenza *Dijkman* si dà poi risalto a un elemento ulteriore.

Il caso esaminato dalla Corte di Giustizia nella citata pronuncia riguardava il regime impositivo applicabile ad un soggetto residente in Belgio per le rendite finanziarie di fonte estera.

Tale sistema prevedeva che interessi e dividendi di origine estera, laddove percepiti da persone fisiche residenti, dovessero essere indicati nella dichiarazione dei redditi e, per l'effetto, assoggettati all'ordinaria imposta personale progressiva e all'imposta comunale addizionale, a meno che il contribuente non si avvalga, per la loro riscossione, di intermediari finanziari, anch'essi residenti in Belgio, i quali li assoggettavano ad una ritenuta d'imposta liberatoria.

Detto sistema consentiva dunque al contribuente residente, titolare di redditi di capitale di fonte estera, di sottrarsi all'imposta comunale supplementare esclusivamente nell'ipotesi in cui avesse fatto ricorso, per la riscossione di tali redditi, ad un intermediario residente (caso in cui avrebbe subito la ritenuta liberatoria ad opera dell'intermediario stesso), generando una sorta di "alternativa obbligata" tra le due modalità impositive. Il contribuente belga aveva, cioè, facoltà di scelta tra un regime, quello dichiarativo, che determinava a suo carico una tassazione aggiuntiva (l'addizionale comunale), e un diverso regime, quello della ritenuta liberatoria, che pur consentendogli di sfuggire all'applicazione dell'addizionale comunale, lo obbligava ad avvalersi di un intermediario residente per il cui tramite riscuotere i proventi esteri.

Queste alternative, sia pure con sfumature differenti, implicavano entrambe una compressione delle libertà comunitarie, dacché provocavano un'asimmetria impositiva tra investitori residenti titolari di impieghi interni (assoggettati sempre a ritenuta alla fonte, operata dall'intermediario residente) e titolari di impieghi esteri.

La Corte torna in questa causa a occuparsi della "scelta", come fattore in grado di inibire o (potenzialmente) amplificare l'incompatibilità comunitaria del sistema tributario domestico.

In questa controversia, il tema è analizzato in una dimensione diversa e peculiare rispetto a quella assunta dalla Corte di fronte a

questioni riguardanti la legittimità dei regimi fiscali opzionali, sfiorate nella causa *Papillon*⁽²⁴⁹⁾ e approfondite nella sentenza *Gielen*⁽²⁵⁰⁾.

Nel primo caso, era in dubbio la legittimità – sotto il profilo della libera circolazione delle persone – del regime, opzionale, di consolidato fiscale francese (*integration fiscale*)⁽²⁵¹⁾: di esso, la Corte operava una valutazione “atomistica”, prescindendo, cioè, da ogni considerazione in ordine ai possibili effetti compensativi, a beneficio del contribuente, derivanti dal coordinamento tra l’applicazione di detto regime e la disciplina tributaria ordinaria.

Nella sentenza *Gielen* la Corte, invece, guardava alle conseguenze del coordinamento tra disciplina tributaria opzionale e regime ordinario, sfiorando temi simili a quelli poi affrontati in *Dijkman* (ma sotto il diverso aspetto della libertà di stabilimento) e sollevando, in specie, l’interrogativo se la possibilità di fruire di una disciplina fiscale opzionale sia idonea a neutralizzare gli effetti discriminatori derivanti dall’applicazione di misure tributarie ordinarie⁽²⁵²⁾.

Nel caso esaminato dalla Corte, un contribuente non residente aveva difatti l’alternativa tra un regime, quello ordinario, dagli appurati effetti discriminatori (giacché graduava la deduzione delle spese in funzione della residenza del contribuente, circostanza, questa, che una consolidata giurisprudenza ritiene contraria al diritto comunitario, cfr. *inter alia* sentenza *Bouanich*⁽²⁵³⁾), ed uno, di tipo opzionale, che

²⁴⁹ Corte di Giustizia, sentenza 27 novembre 2008, causa C-418/07, *Papillon*, in “Riv. Dir. Trib.”, 2009, IV, 123, con nota di F. DAMI, *Un nuovo (ed interessante) intervento della Corte di Giustizia su libertà di stabilimento e regimi di consolidamento fiscale*.

²⁵⁰ Corte di Giustizia, sentenza 18 marzo 2010, causa C-440/08, *Gielen*.

²⁵¹ Nel caso *Papillon* la Corte di Giustizia ha sancito l’incompatibilità con il diritto comunitario di stabilimento del regime di consolidato nazionale francese (*integration fiscale*), il quale impediva di includere nel perimetro di consolidamento società francesi controllate per il tramite di società intermedie ubicate in Stati membri diversi dell’Unione Europea.

²⁵² Cfr. anche conclusioni dell’avvocato generale Dámaso Ruis-Jarabo Colomer, presentate il 27 ottobre 2009, alla causa C-440/08, *Gielen*, primo punto.

²⁵³ Corte di Giustizia, sentenza 19 gennaio 2006, causa C-265/04, *Bouanich*.

consentiva ai non residenti di essere trattati nello stesso modo di quelli residenti (c.d. opzione di equiparazione).

Sennonché, constatato che “una tale scelta non può, nella fattispecie, escludere gli effetti discriminatori del primo di questi due regimi fiscali” (punto 52 della sentenza), la Corte precisava che “nel caso in cui fosse riconosciuto un siffatto effetto a tale scelta, questo avrebbe come conseguenza, come ha rilevato in sostanza l’avvocato generale al paragrafo 52 delle sue conclusioni, di convalidare un regime fiscale che rimane, di per sé, una violazione dell’art. 49 TFUE a causa del suo carattere discriminatorio” (punto 53).

Detto altrimenti, la presenza di un’opzione non può costituire un alibi per trattamenti fiscali discriminatori.

Sarebbe tuttavia imprudente stereotipare gli esiti della sentenza *Gielen*, predicandone l’estensione anche ad ambiti della fiscalità – come quello della tassazione dei redditi finanziari, oggetto di contesa in *Dijkman* – nei quali il legislatore fa strutturalmente ricorso a modalità di prelievo diversificate (i.e. opzionali) che tengono conto della variegata gamma di situazioni offerte dalla prassi commerciale⁽²⁵⁴⁾. In simili contesti, appare più cauto procedere ad una valutazione complessiva degli effetti del sistema sull’esercizio delle libertà fondamentali: ciò che è, esattamente, quanto emerge nel metodo interpretativo suggerito dalla Corte nella causa *Dijkman*.

Ed invero, in *Dijkman* le conseguenze del modello impositivo prescelto dal legislatore belga, scomposte e analizzate nelle sue singole varianti (in specie: regime dichiarativo, regime della ritenuta liberatoria), sono considerate nel loro insieme; in altri termini, è proprio la reciproca combinazione delle alternative a disposizione del contribuente (dichiarazione con applicazione di addizionale comunale/affidamento dell’incarico di riscossione ad un intermediario residente) – con le conseguenze limitative cui si è fatto cenno *supra* – a generare una restrizione contraria al diritto comunitario.

²⁵⁴ Basta porre mente, in proposito, ai diversi sistemi impositivi dei dividendi a seconda che derivino da partecipazioni qualificate (dove il contribuente ha un interesse *lato sensu* imprenditoriale) o non (dove il ruolo degrada piuttosto a quello di risparmiatore).

Che questa sia la cifra essenziale alla base del ragionamento della Corte, lo si evince dal dispositivo della sentenza, secondo cui *“l’articolo 56 CE osta ad una normativa di uno Stato membro in base alla quale contribuenti residenti in tale Stato membro, i quali percepiscano interessi o dividendi provenienti da collocamenti o da investimenti effettuati in un altro Stato membro, sono assoggettati ad un’imposta comunale addizionale qualora non abbiano scelto che tali redditi mobiliari siano loro versati da un intermediario stabilito nel loro Stato membro di residenza, mentre i redditi aventi stessa natura provenienti da collocamenti o da investimenti effettuati nel loro Stato membro di residenza, essendo assoggettati ad una ritenuta alla fonte, possono non essere dichiarati e, in tal caso, non sono soggetti a siffatta imposta (enfasi aggiunta, ndr)”*.

L’incompatibilità consegue, in sostanza, alla peculiare interazione tra il regime dichiarativo (che genera l’assoggettamento all’imposta comunale) ed il meccanismo della ritenuta liberatoria (che genera l’onere per il contribuente di ricorrere ad un intermediario residente). È dunque frutto di una verifica necessariamente globale degli effetti delle discipline oggetto di contestazione: verifica che si rivela senz’altro più complessa rispetto a quella cui l’interprete è chiamato – come lo era stata la Corte di Giustizia nel caso *Gielen* – al cospetto di due regimi tra loro alternativi, ma dei quali uno soltanto ha carattere restrittivo o discriminatorio.

Non solo. In simili ipotesi, appare anche particolarmente difficoltoso – in assenza di una posizione netta della giurisprudenza comunitaria sul punto⁽²⁵⁵⁾ – decifrare le contromisure che uno Stato,

²⁵⁵ La Corte di Giustizia, come di consueto, si limita ad affermare l’illegittimità della misura controversa senza individuarne i possibili strumenti correttivi.

Gli effetti perversi di un’impostazione siffatta sono particolarmente evidenti nei casi in cui la Corte dichiara la contestuale incompatibilità della normativa interna considerata alla luce di due regimi comunitari, ad esempio il regime delle libertà e quello degli aiuti di Stato: ipotesi nella quale il legislatore potrebbe essere chiamato a intraprendere azioni diametralmente opposte per porre rimedio alle diverse situazioni di illegittimità – *videlicet*, rimborso dell’imposta restrittiva nei confronti dei soggetti discriminati e recupero degli aiuti illegittimi nei riguardi delle imprese avvantaggiate).

Un esempio lo si ha nella sentenza 17 novembre 2009, causa C-169/08, *Regione*

resosi responsabile di un inadempimento comunitario, dovrebbe intraprendere per porvi rimedio; in particolare non è chiaro quale dei regimi colpiti dalla censura di incompatibilità debba essere investito da modifiche normative tali da rendere il sistema, nel suo complesso, virtuoso.

Sardegna (in "Rass. Trib." n. 1/2010, con commento di A. CARINCI, *L'imposta sugli scali della Regione Sardegna: ulteriori indicazioni dalla Corte di Giustizia sui limiti comunitari all'autonomia tributaria regionale*).

In quel caso, la Corte di Giustizia – interpellata dalla Corte Costituzionale italiana con ordinanza n. 103 del 15 aprile 2008 – sanciva l'incompatibilità dell'imposta sarda sullo scalo turistico degli aeromobili adibiti al trasporto privato di persone e delle unità da diporto (introdotta con la legge regionale n. 4/2006), sia con il principio di libera prestazione dei servizi – dacché essa si prestava ad incidere sulle attività economiche esercitate dai prestatori di servizi comunitari servendosi dei punti di approdo situati nel territorio regionale – sia con il divieto di aiuti di Stato – rilevando, in particolare, la selettività dell'imposta sarda nella misura in cui gravava esclusivamente sulle imprese non residenti nel territorio regionale, favorendo così le imprese sarde.

Sennonché, posta nei predetti termini, la questione del rapporto tra i due profili di illegittimità comunitaria della norma sarda – che ripropone il più ampio tema del rapporto tra aiuti di Stato (che rappresentano misure di vantaggio concesse agli operatori nazionali, incompatibili con le regole della concorrenza) e disposizioni nazionali discriminatorie (che, di converso, introducono misure sfavorevoli per gli operatori esteri, incompatibili con il mercato comune sotto il distinto profilo dell'esercizio delle libertà fondamentali) – resta irrisolta: ed invero, se a prevalere fosse l'aspetto correlato alla libera prestazione di servizi, ne dovrebbe, coerentemente, discendere il rimborso, a favore delle imprese navali e aeree comunitarie, dell'imposta (incompatibile con il diritto comunitario perché discriminatoria) da loro in precedenza corrisposta alla Regione Sardegna; se, viceversa, dovesse prevalere la linea riguardante la concessione di un aiuto di Stato a favore delle imprese sarde, ne deriverebbe, a rigore, l'opposta conseguenza che tale aiuto – concesso sotto forma di esenzione dall'imposta alle imprese sarde – dovrebbe essere integralmente recuperato.

7. La rilevanza dell'approccio "per country" (anche) nell'apprezzamento delle cause di giustificazione

La richiamata predilezione della giurisprudenza comunitaria per il menzionato approccio "per country" nella verifica di restrittività delle norme tributarie domestiche si riflette anche nell'apprezzamento delle c.d cause di giustificazione.

Come noto, queste indicano le ragioni di interesse generale suscettibili di "blindare" la pretesa tributaria domestica, evitando che la stessa subisca improprie erosioni per effetto delle norme comunitarie.

In proposito, è immediato osservare come in un ordinamento giuridico, come quello comunitario, che vira verso forme di tutela dei diritti sociali dei singoli e non obbedisce (più) a esigenze squisitamente economiche, la protezione delle libertà fondamentali non può spingersi fino ad alterare la funzione della fiscalità, arrivando a pregiudicare, in qualche modo, la sopravvivenza stessa dell'ordinamento.

Insomma, la Corte di Giustizia è consapevole che l'esito di ogni suo giudizio in materia fiscale è contraddistinto – data la sensibilità della medesima materia e la sua incidenza sulla programmazione finanziaria dei singoli stati membri – da un bilanciamento di valori tra interesse fiscale nazionale e integrazione economica comunitaria, con una propensione per il primo ogniqualvolta siano in discussione gli assetti strutturali dell'ordinamento domestico.

Talché – sia pure con i *distinguo* che si vedranno di seguito – le libertà fondamentali devono retrocedere laddove la misura fiscale nazionale di cui si discute sia funzionale a (i) preservare la coerenza del sistema fiscale interno, (ii) contenere l'evasione e l'elusione fiscale o (iii) garantire l'effettività dei controlli e degli accertamenti tributari; proprio perché l'eventuale superamento di tali limiti comprometterebbe il funzionamento stesso del sistema fiscale, con una duplice torsione negativa – sull'ordinamento nazionale e su quello europeo di cui il primo fa parte.

In questa chiave, la Corte di Giustizia valuta l'ammissibilità dei suddetti interessi a giustificare una deroga rispetto ai principi di non restrizione delle libertà fondamentali del Trattato, articolando il proprio giudizio, sotto questo profilo, in termini di adeguatezza (della misura nazionale a conseguire l'obiettivo che si prefigge) e proporzionalità (della misura stessa al raggiungimento dello scopo).

Qui di seguito porremo l'accento, in particolare, sulla coerenza del sistema fiscale e sulla prevenzione dei rischi di elusione o evasione fiscale. In questi ambiti, è più agevolmente riconoscibile la cifra del ragionamento della Corte di Giustizia, la quale – ai fini dell'apprezzamento di idoneità e proporzionalità delle misure fiscali nazionali – tende a concentrare la propria attenzione (come già, d'altronde, avveniva nella selezione delle misure potenzialmente discriminatorie) su un unico ordinamento, valorizzando, anche in questo caso, un approccio strettamente “*per country*”.

7.1. La coerenza fiscale dei sistemi tributari interni

La coerenza del sistema fiscale è un concetto (ancora) sfuggente nella giurisprudenza comunitaria⁽²⁵⁶⁾.

Esso ha fatto la propria comparsa, come noto, nella causa *Bachmann* (sentenza 28 gennaio 1992, causa C-204/90,).

Qui la Corte, pronunciandosi su un caso di tassazione in materia di assicurazioni, ammise la discriminazione tra imprese residenti e imprese non residenti in ordine all'applicazione di un beneficio fiscale (la deduzione dei premi di assicurazione), proprio in ragione dell'esigenza di assicurare la “*coerenza del sistema fiscale*”, avvertendo, in particolare, come esso fosse un fattore decisivo per l'equilibrio della finanza pubblica nazionale, consentendo di assicurare il rispetto della struttura impositiva prescelta da ogni singolo stato membro e, conseguentemente, di evitare artificiose ed incontrollabili fuoriuscite di gettito fiscale.

La Corte ha ripreso il tema della coerenza fiscale in una decisione successiva soprattutto per meglio definire, ed in sostanza restringere, la portata di tale causa di giustificazione. In specie, è stato precisato che la coerenza deve mostrare un carattere strutturale e sistematico, relativo cioè ad un intero complesso impositivo e non riguardare soltanto una singola e limitata fattispecie⁽²⁵⁷⁾.

²⁵⁶ Sul tema, cfr., tra gli altri, A. MONDINI, *Coerenza fiscale e principio di proporzionalità: crisi del sistema o dell'armonizzazione?*, in Riv. Dir. fin. sc. fin., 2007, 41.

²⁵⁷ Cfr. sentenza 11 agosto 1995, causa C-80/94, *Wielocks*. Cfr. inoltre P. BORIA, *Diritto tributario europeo*, Milano, 2010, passim.

A partire dalla sentenza *Wielocks* i Giudici comunitari hanno ripetutamente scartato l'argomento della coerenza fiscale quale “*motivo imperativo di interesse generale*”, richiedendo un legame diretto ed immediato tra la rinuncia alla imposizione e la successiva tassazione e precisando, inoltre, che la relazione tra deduzione di costi e tassazione dei proventi deve riguardare un medesimo ambito oggettivo e soggettivo, riferendosi in sostanza allo stesso tributo e allo stesso soggetto passivo⁽²⁵⁸⁾.

Come rilevato da attenta dottrina, la coerenza fiscale opera su due diversi livelli di fonti normative⁽²⁵⁹⁾.

Per un verso, la coerenza è stata individuata come un'esigenza specifica del diritto interno, da valutare cioè esclusivamente rispetto agli scopi ed alle funzioni predefiniti dalla normativa nazionale (cfr. la citata sentenza *Bachmann*). Per altro verso, è stato attribuito rilievo alle convenzioni contro le doppie imposizioni tra gli Stati membri; in tale ambito, il criterio di giudizio è costituito dal rispetto della reciprocità delle norme applicabili agli Stati contraenti (e non dalla coerenza con gli obiettivi e gli scopi della legislazione nazionale) (vedi la citata sentenza *Wielocks*).

Tale distinzione è scarsamente rilevante e, soprattutto, non determina una virata della giurisprudenza comunitaria sul rassegnato approccio “per country”. Si è già evidenziato infatti, da questo punto di vista, che le convenzioni sono una diretta propaggine dell'ordinamento interno, essendo equiparate in tutto e per tutto alla legislazione domestica (la quale, per giunta, è lo strumento essenziale perché le convenzioni possano essere validate nell'ordinamento).

Tuttavia, ai nostri fini non è secondario rilevare che, proprio nel proteggere l'equilibrata ripartizione del potere impositivo – ossia, la coerenza fiscale realizzata con lo strumento convenzionale – la Corte di Giustizia abbia implicitamente riconosciuto negli accordi bilaterali

²⁵⁸ Cfr. Corte di Giustizia sentenza 14 novembre 1995, causa C-484/93, *Svensson*; sentenza 14 febbraio 1995, causa C-279/93, *Schumacker*; sentenza 16 luglio 1998, causa C-264/96, *Imperial Chemical Industries-ICI*; sentenza 28 ottobre 1999, causa C-55/98, *Vestergaard*; sentenza 13 aprile 2000, causa C-251/98, *Baars*.

²⁵⁹ Cfr., ancora, P. BORIA, *Diritto tributario europeo*, cit.

contro le doppie imposizioni uno strumento adeguato di coordinamento delle pretese fiscali degli stati membri.

7.1.2. Una peculiare traduzione del principio di coerenza fiscale. La territorialità dell'imposta

Malgrado l'apparente sottovalutazione, d'altra parte, il principio della coerenza fiscale tende ad essere salvaguardato in altre forme della giurisprudenza comunitaria.

Ad esempio, la Corte di Giustizia, da diverso tempo, tende a tutelare la territorialità dell'imposta e l'equa ripartizione del potere impositivo in guisa da garantire la tassazione in uno stato membro del reddito prodotto nel territorio dello Stato medesimo da un soggetto non più residente.

In specie, si è affermato che *“la tutela della ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri può rendere necessaria l'applicazione alle attività economiche delle società stabilite in uno dei detti Stati delle sole norme tributarie di quest'ultimo, sia per i profitti sia per le perdite”* ⁽²⁶⁰⁾.

Si riconosce in tal modo che la finalità della norma nazionale che riporta la tassazione al paese nel quale è stabilita l'attività economica risponde ad *“un obiettivo di interesse generale”* e come tale può ammettere una deroga rispetto ai principi sanciti dal Trattato e ad altri valori comunitari.

In sostanza la giurisprudenza comunitaria attribuisce una particolare rilevanza all'esercizio del potere tributario da parte degli Stati membri diretto ad assicurare il rispetto del principio di territorialità.

Dall'altro lato, la Corte di Giustizia ha riportato esplicitamente la tutela del principio di territorialità alla coerenza del sistema fiscale affermando *“che non sarebbe più garantita una tassazione coerente qualora il trasferimento all'estero rendesse impossibile l'imposizione fiscale sui redditi intervenuti durante il soggiorno nello Stato di origine”* ⁽²⁶¹⁾.

²⁶⁰ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 13 dicembre 2005, causa C-446/2003, *Marks and Spencer*, sentenza 18 luglio 2007, causa C-231/2005, *OY AA*; sentenza 15 maggio 2008, causa C-414/2006, *Lidl*.

²⁶¹ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 07 settembre 2006, causa C-470/04, *N Van Dijk*.

Sembra dunque doversi escludere che la tutela del principio di territorialità costituisca una causa di giustificazione autonoma e distinta rispetto alle altre già menzionate (ed in particolare rispetto alla coerenza del sistema fiscale nazionale).

7.2. (Segue) Il rischio di evasione o elusione fiscale internazionale e la (il)legittimità di misure nazionali antiabuso meramente compensatorie del prelievo estero (reputato) non congruo

Un ulteriore aspetto valorizzato dalla giurisprudenza comunitaria quale causa che legittima una deroga delle norme comunitarie, riguarda l'apprezzamento del rischio di evasione (od elusione) fiscale internazionale.

Al riguardo, va subito evidenziato che la Corte di Giustizia, in linea di massima, tende a non sopravvalutare i rischi di perdite di gettito erariale cagionate dagli arbitraggi fiscali dei contribuenti⁽²⁶²⁾.

Arbitraggi i quali, con tutta evidenza, sono agevolati in un contesto che garantisce la libera circolazione di persone e capitali, ma che sono inidonei, come tali, a comportare una deroga all'esercizio delle libertà fondamentali.

Le scelte allocative dei contribuenti, infatti, obbediscono spesso a ragioni di convenienza fiscale, tali da rendere un investimento, a parità di altri fattori, più profittevole in alcuni stati membri piuttosto che in altri. Tuttavia, il semplice profittare di tali vantaggi fiscali di per sé luogo non genera abuso, a meno che esso si traduca nel ricorso a schemi artificiosi finalizzati all'ottenimento in via esclusiva o prevalente di benefici tributari⁽²⁶³⁾.

Un profilo di questo tipo emerge in specie nelle ipotesi riguardanti presunti abusi fiscali di gruppo, realizzati allocando, tra le diverse entità associate, perdite, o comunque benefici fiscali, al fine di

²⁶² Cfr. Corte di Giustizia, citata sentenza *Imperial Chemical Industries*; sentenza 21 settembre 1999, causa C-307/97, *Saint Gobain*; sentenza 6 giugno 2000, causa C-35/98, *Verkooijen*; sentenza 8 aprile 2001, cause riunite C-397/98 e C-410/98, *Metallgesellschaft*; sentenza 12 settembre 2006, causa C-196/2004, *Cadbury Schweppes*.

²⁶³ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 9 marzo 1999, causa C-212/97, *Centros*; sentenza 30 settembre 2003, causa C-167/2001, *Inspire Art*; sentenza 12 settembre 2006, causa C-196/2004, *Cadbury Schweppes*.

dirottare gli utili tassabili dal luogo di produzione a quello con minore tassazione⁽²⁶⁴⁾⁽²⁶⁵⁾.

Tra le questioni di maggior rilevanza in quest'ambito, la nota – e paradigmatica – sentenza *Cadbury Schweppes* (sentenza 12 settembre 2006, causa C-196/04), ha esaminato la compatibilità delle normative in materia di *controlled foreign companies* con il diritto comunitario⁽²⁶⁶⁾. Quivi ha affermato l'esigenza che tali regimi, affinché risultino conformi al diritto comunitario, si limitino a colpire le costruzioni di puro artificio finalizzate ad eludere l'imposta sugli utili generati da attività svolte sul territorio nazionale⁽²⁶⁷⁾. Orientamento che è stato poi ribadito nell'ordinanza del 23 aprile 2008, (causa C-201/05, *The Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation*).

Nella prospettiva adottata dalla Corte di Giustizia, dunque, l'abuso meritevole di repressione – e pertanto idoneo a giustificare una deroga alle libertà europee – consiste nell'utilizzo di “costruzioni di puro artificio”, che esigono la contemporanea sussistenza di un elemento soggettivo, individuato nella volontà di ottenere un vantaggio fiscale, e di un elemento oggettivo, consistente nella mancanza di un

²⁶⁴ Cfr. sentenza 13 dicembre 2005, causa C-446/2003, *Marks and Spencer*; sentenza 18 luglio 2007, causa C-231/2005, *OY AA*.

²⁶⁵ Non si può fare a meno di notare, al riguardo, come tali prassi derivano in larga misura dall'assenza di idonee previsioni normative che disciplinino il gruppo – nelle sue diverse articolazioni – come soggetto passivo d'imposta, ancorché ibrido. Sul punto, tra i contributi più recenti, cfr. F. DAMI, *I rapporti di gruppo nel diritto tributario*, Milano, 2011, passim; G. MARINO, *La relazione di controllo nel diritto tributario*, Padova, 2008, passim.

²⁶⁶ Sul punto, cfr. tra i moltissimi contributi della dottrina, e tra i più recenti, G. MAISTO, P. PISTONE, *Modello europeo per le legislazioni degli Stati membri in materia di imposizione fiscale delle società controllate estere (CFC)*, in Riv. Dir. trib., 2008, 191.

²⁶⁷ Per un commento alla sentenza *Cadbury Schweppes*, cfr. R. LUPI, *Illegittimità delle regole CFC se rivolte a Paesi comunitari: punti fermi e sollecitazioni sulla sentenza Schweppes*, in Dial. dir. trib., 2006, 1591; M. BEGHIN, *La sentenza Cadbury Schweppes e il malleabile principio della libertà di stabilimento*, in Rass. trib., 2007, 983; S. CIPOLLINA, *Cfc legislation e abuso della libertà di stabilimento: il caso Cadbury Schweppes*, in Riv. dir. fin. sc. fin., 2007, II, 14; F. VANISTENDAEL, *Halifax and Cadbury Schweppes: One Single European Theory of Abuse in Tax law?*, in EC Tax Review, 2006, n. 4.

insediamento reale che abbia per oggetto l'espletamento di attività economiche effettive⁽²⁶⁸⁾.

Insomma, la giurisprudenza comunitaria sembra intendere l'abuso non tanto come uno dei possibili significanti dell'elusione fiscale – la quale, come noto, presuppone la lesione di un interesse fiscale nazionale e dunque l'esistenza di un vantaggio misurabile in termini di capacità contributiva sottratta a tassazione – quanto piuttosto come ipotesi di sfruttamento surrettizio o strumentale delle medesime libertà europee: adottata questa prospettiva, è inevitabile ritenere che l'abuso legittimante la reazione del Fisco nazionale sia unicamente quello che, assieme alla lesione degli interessi erariali, comprometta le stesse libertà comunitarie, sottoponendole ad un utilizzo cui le stesse non erano originariamente proiettate.

E pare essere tale finalità *latu sensu* antielusiva l'unica compatibile con il Trattato; ciò nel senso che, affinché una disciplina *cfc* possa ritenersi giustificata da motivi di contrasto a pratiche abusive (e la mera circostanza di voler fruire di un regime fiscale favorevole non fonda una presunzione di questo genere), essa deve perseguire “*lo scopo specifico di ostacolare comportamenti consistenti nel creare costruzioni puramente artificiali, prive di effettività economica*” (punto 55 della sentenza *Cadbury Schweppes* citata).

Ne deriva, quindi, la sostanziale intangibilità delle scelte di delocalizzazione reale ed effettiva delle imprese attraverso strutture autonomamente capaci di creare reddito nel paese estero di insediamento, ancorché detto reddito subisca colà una tassazione (reputata, dal paese di residenza dell'impresa controllante) non congrua.

In sintesi, lo sfruttamento da parte del contribuente delle asimmetrie impositive tra lo stato in cui risiede e quello in cui localizza la propria attività sempreché non vale a legittimare, nei suoi riguardi, l'applicazione di una imposizione fiscale derogatoria (com'era, nei due casi poc'anzi indicati, la *cfc* britannica), ove tale attività sia effettiva e

²⁶⁸ Sul punto, cfr., tra gli altri, A. BALLANCIN, *Osservazioni a margine di una sentenza di merito in tema di incompatibilità della disciplina CFC con le Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni. Ulteriori riflessioni sul rapporto tra la novellata normativa CFC ed il diritto comunitario*, in Riv. Dir. trib., 2010, 161.

non di “puro artificio”. Non appaiono quindi giustificate tutte quelle norme nazionali che, con il mero scopo di riequilibrare prelievi impositivi esteri considerati “non congrui”, stabiliscono misure di tipo compensatorio che, nella sostanza, assorbono completamente i vantaggi fiscali conseguiti per effetto della localizzazione estera.

Una soluzione di questo tipo emerge chiaramente anche nella sentenza *Eurowings*.

Nella specie, era sotto esame la misura del computo, ai fini della base imponibile dell’imposta comunale sull’industria e sul commercio applicata in Germania²⁶⁹), dei canoni di locazione corrisposti a beneficio di prestatori di servizi residenti fuori del territorio nazionale (nella specie, l’Irlanda): mentre, infatti, laddove il prestatore fosse un’impresa residente in Germania (assoggettata a tassazione sugli utili incorporanti i canoni attivi), detti canoni di locazione non concorrevano alla formazione dell’imponibile, nella diversa ipotesi in cui il rapporto intercorresse con soggetti esteri, il canone concorreva alla formazione dell’imponibile per metà del suo ammontare.

La Corte di Giustizia evidenziava che la *“disparità di trattamento non potrebbe neppure essere giustificata dal fatto che il locatore stabilito in un altro Stato membro venga in tale Stato assoggettato ad una fiscalità poco elevata. Un’eventuale agevolazione fiscale risultante, in capo a prestatori di servizi, dalla fiscalità poco elevata alla quale vengano assoggettati nello Stato membro nel quale sono stabiliti non può consentire ad un altro Stato membro di giustificare un trattamento fiscale meno favorevole dei destinatari dei servizi stabiliti in quest’ultimo Stato”* (punti 41 e 42 della sentenza).

In sostanza, la parziale indeducibilità dei canoni relativi a servizi di locazione prestati da soggetti ubicati all’estero non poteva essere radicata sulla presenza di una ridotta imposizione societaria nello stato membro, l’Irlanda, cui detti canoni erano destinati. Infatti, *“simili prelievi fiscali compensatori minerebbero le fondamenta stesse del mercato interno”* (punto 43 della sentenza).

Ebbene, si riaffaccia, qui, la già ricordata irrilevanza, ai fini comunitari, dell’asimmetria tra sistemi fiscali nel quadro delle giustificazioni nazionali riconducibili alla protezione contro abusi, elusioni ed evasioni fiscali.

²⁶⁹

Imposta introdotta dal GewStG del 21 marzo 1991.

Ne consegue che,

8. Osservazioni intermedie sull'approccio "per country"

Arrivati a questo punto, e prima di procedere oltre, si rendono opportune alcune osservazioni sul metodo prescelto dalla Corte di Giustizia nella valutazione delle misure fiscali potenzialmente discriminatorie introdotte dagli stati membri, verificandone l'impatto sul tema che qui più da vicino interessa.

Si è detto che la Corte di Giustizia predilige un approccio "*per country*", ossia unilaterale, nell'apprezzamento dell'impatto di tali misure sul mercato interno.

Tale scelta metodologica si potrebbe tradurre nei seguenti postulati.

A) Ai fini dello scrutinio di compatibilità comunitaria, rilevano le sole restrizioni all'esercizio delle libertà nel mercato interno che provochino "discriminazioni" tra contribuenti in ragione della residenza o della fonte, ossia disparità di trattamento tra fattispecie interne e fattispecie transfrontaliere prive di apprezzabili e obiettive ragioni ritraibili dal sistema fiscale considerato.

B) La Corte apprezza gli effetti potenzialmente discriminatori di una norma interna nella prospettiva di un unico sistema fiscale, quello cui la norma censurata appartiene; trascura, di converso, gli effetti – giudicati distorsivi ma non discriminatori – che la fattispecie transfrontaliera subisce in ordinamenti diversi da quello la cui norma tributaria è oggetto di scrutinio.

C) Più nello specifico, sono considerate in principio irrilevanti le "sovrapposizioni" tra sistemi fiscali; ciò discende dall'accennata considerazione unitaria e atomistica di ogni sistema fiscale al vaglio della Corte, ed è sicuramente dovuto, anche in parte, all'assenza di forme di partecipazione obbligatoria (litisconsorzio) degli stati membri al giudizio avanti la Corte di Giustizia, che così giudica di una sola normativa fiscale.

D) Lo scrutinio di comparabilità tra fattispecie domestiche e transfrontaliere segue regole omogenee e coerenti con la visione testé accennata. Difatti, è tendenzialmente irrilevante che lo stato – la cui normativa è oggetto di scrutinio – eserciti il proprio potere impositivo in qualità di ordinamento di residenza o della fonte reddituale. Fonte e

residenza appaiono categorie strumentali, il cui apporto, nel quadro del giudizio di comparabilità (e, dunque, di non discriminazione) si risolve nell'indicazione del paese che ha provocato le conseguenze discriminatorie ed è tenuto, quindi, ad assorbirle.

E) La comparabilità tra fattispecie domestiche e transfrontaliere, dinnanzi ad una medesima norma in *fumus* di discriminazione, deve essere valutata in maniera obiettiva, ossia valorizzando la *ratio* di tale norma. *Ratio* la quale non può che essere recuperata facendo esclusivo riferimento ad un unico ordinamento.

F) La stessa disciplina delle cause di giustificazione tende a supportare l'evocato approccio "*per country*".

G) Un ulteriore corollario dell'approccio discriminatorio risiede nel fatto che la Corte di Giustizia si disinteressa della presenza, in ordinamenti diversi da quello la cui normativa fiscale è oggetto di censura, di eventuali misure compensative della discriminazione cagionata al livello del singolo ordinamento.

9. "Aperture", presunte o reali, all'approccio *overall*

L'appurata propensione per il richiamato approccio "*per country*" non ha impedito alla Corte di Giustizia, in determinate circostanze, di evidenziare le correlazioni tra sistemi reddituali.

Sarebbe, tuttavia, inappropriato considerare tali aperture come reviviscenza, in chiave metodologica, dell'approccio *overall*.

Pur alludendo al principio per cui "*la libertà di stabilimento non può essere intesa nel senso che uno Stato membro sia obbligato a determinare le proprie norme tributarie in funzione di quelle di un altro Stato membro*" (in questo senso v. sentenza 28 febbraio 2008, causa C-293/06, *Deutsche Shell*), la Corte di Giustizia in alcuni recenti arresti – ma soprattutto gli Avvocati Generali nelle loro conclusioni – tende a recuperare la rilevanza degli effetti giuridico-tributari della fattispecie in ordinamenti diversi da quello cui il contribuente appartiene.

In una duplice variante, che qui di seguito si cercherà di cogliere nelle sue manifestazioni giurisprudenziali più evidenti.

9.1. La territorialità da causa di giustificazione a principio coordinatore delle rispettive sfere d'imposizione. Il caso del trasferimento di residenza

Nella recente causa *National Grid Indus BV*, la Corte di Giustizia si interessa degli effetti restrittivi, sulle libertà fondamentali, del regime olandese di *exit tax*, il quale prevedeva l'assoggettamento a imposizione, dei plusvalori latenti sui beni societari all'atto del trasferimento all'estero della sede amministrativa societaria.

Nel caso di specie, la società ricorrente nel giudizio principale – la *National Grid Indus BV*, appunto – trasferiva la propria sede amministrativa dai Paesi Bassi al Regno Unito, lasciando invece immutata la propria sede costitutiva.

La convenzione contro le doppie imposizioni tra il Regno Unito e i Paesi Bassi prevedeva – in linea con il modello OCSE contro le doppie imposizioni – che la residenza dovesse fissarsi con riferimento al luogo di stabilimento della sede di direzione effettiva. Pur non venendo, così, privata della personalità giuridica ai fini del diritto societario olandese, la *National Grid Indus* perdeva la propria residenza fiscale nei Paesi Bassi, per effetto dell'applicazione della norma convenzionale.

La Corte ritiene che *“la determinazione dell'importo del prelievo al momento del trasferimento della sede amministrativa effettiva di una società rispetta il principio di proporzionalità, tenuto conto dello scopo della normativa nazionale di cui alla causa principale, che è quello di assoggettare all'imposta nello Stato membro di provenienza le plusvalenze originate nell'ambito della competenza fiscale di tale Stato membro. È infatti proporzionato che lo Stato membro di provenienza, allo scopo di tutelare l'esercizio della propria competenza fiscale, determini l'imposta dovuta sulle plusvalenze latenti originate sul proprio territorio nel momento in cui il suo potere impositivo nei confronti della società interessata cessa di esistere, nel caso di specie nel momento del trasferimento in un altro Stato membro della sede amministrativa effettiva di tale società”* (punto 52).

Per la Corte di Giustizia, la salvaguardia del principio di territorialità esige – come già in altre occasioni sostenuto – che plusvalori generatisi nel territorio di uno stato, possano essere ivi assoggettati a tassazione; sicché, non è in teoria pregiudicata l'applicabilità di una *exit tax* da parte dello stato di origine (nella specie, i Paesi Bassi).

La Corte, poi, accogliendo la suggestione proveniente dall'Avvocato Generale (Kokott, conclusioni del 8 settembre 2011), prefigura una possibile soluzione di simmetria fiscale: *“Dal momento che, in una situazione come quella di cui alla causa principale, gli utili della società che ha trasferito la propria sede amministrativa effettiva saranno tassati, dopo tale trasferimento, solo nello Stato membro ospitante, conformemente al principio di territorialità fiscale, associato a un elemento temporale, spetta altresì a quest'ultimo Stato membro, considerato il suddetto legame tra gli attivi di una società ed i suoi utili imponibili, e quindi per motivi connessi alla simmetria tra il diritto di tassare gli utili e la possibilità di dedurre le perdite, tener conto nel suo sistema fiscale delle fluttuazioni del valore degli attivi della società interessata intervenute a partire dalla data in cui lo Stato membro di provenienza ha perso ogni qualsivoglia collegamento fiscale con tale società”* (punto 58; in senso analogo, punto 78 delle conclusioni dell'Avvocato Generale). Ma va anche oltre, evidenziando come *“il fatto che lo Stato membro ospitante eventualmente non tenga conto di minusvalenze non impone allo Stato membro di provenienza alcun obbligo di rivalutare, al momento del realizzo dell'attivo di cui trattasi, un debito d'imposta che è stato determinato in via definitiva nel momento in cui la società interessata, a causa del trasferimento della propria sede amministrativa effettiva, ha cessato di essere soggetta all'imposta in quest'ultimo Stato membro”* (punto 61; in senso analogo, punto 78 delle conclusioni dell'Avvocato Generale).

Nelle pieghe del ragionamento della Corte, sembrano potersi scorgere, invertendo premesse e conclusioni, i seguenti postulati.

A) La tassazione nello stato di origine prescinde dalle ulteriori vicende reddituali del reddito nello stato di destinazione, sicché non può ridondare a svantaggio del primo la circostanza che il secondo non tenga conto delle minusvalenze – e quindi dei conseguenti “crediti” d'imposta – successive al trasferimento di residenza (punto 61); qui, la Corte non fa che confermare, sia pure non *apertis verbis*, il principio di esclusività della legge tributaria nello spazio, principio che si traduce nell'intangibilità delle scelte fiscali di uno stato per effetto delle opzioni tributarie *aliunde* poste e che conferma, piuttosto che smentirlo, la preferenza per un approccio *per country* nella valutazione di restrittività della misura fiscale esaminata.

B) Il principio di territorialità, associato ad un elemento temporale, obbliga lo stato di destinazione a prendere in considerazione

redditi e perdite del soggetto trasferito a partire dal momento in cui si perfeziona il trasferimento di residenza. Non si può fare a meno di notare come, anche in questa diversa prospettiva, la Corte si disinteressa totalmente delle vicende anteriori al trasferimento di residenza (ossia quelle ricadenti nella competenza tributaria dell'ordinamento di origine), ai fini della fissazione, tra l'altro, dei valori d'ingresso nell'ordinamento dei beni (punto 58).

9.1.1. (segue) La dissociabilità delle vicende reddituali nell'ordinamento di destinazione dagli effetti tributari provocati nello stato di origine. Il trasferimento di impresa dall'estero in Italia

Quest'ultimo postulato merita di essere precisato con riguardo alla situazione – speculare a quella presa in considerazione dalla Corte di Giustizia nel richiamato caso National Grid Indus – in cui debbano valutarsi gli effetti della “immigrazione” di un'impresa dall'estero all'interno di uno stato membro.

Ipotesi quest'ultima nella quale, come noto, occorre rintracciare criteri attendibili per la fissazione del valore iniziale dei beni trasferiti, consapevoli che dalla correttezza di tale valutazione discende la congruità dei futuri ammortamenti nonché il corretto computo dei successivi incrementi e decrementi di ricchezza rilevanti per l'ordinamento italiano.

In proposito, non può che apparire fuorviante, alla luce delle conclusioni della rassegnata giurisprudenza comunitaria, quella prassi amministrativa italiana – ci si riferisce, precipuamente, alla risoluzione n. 345/E del 2008 – che, nel delineare il regime (non positivizzato) di “ingresso” dei beni d'impresa all'atto del trasferimento di società estera entro i confini nazionali, ha espressamente subordinato l'allineamento di tali valori al prezzo di mercato, alla presenza di una tassazione in uscita nel paese estero di provenienza della società⁽²⁷⁰⁾.

Ricordato, in specie, che *“le soluzioni prospettabili alternativamente sono sostanzialmente due: quella del costo storico e quella del valore corrente al momento del trasferimento nel territorio nazionale”*, l'Agenzia delle Entrate ha affermato che *“il criterio del costo storico, alla base degli ordinari*

²⁷⁰ Sul punto, cfr., tra gli altri, CONSIGLIO NAZIONALE DEL NOTARIATO, Studio n. 152-2008/T, *Profili fiscali ai fini dell'imposizione diretta del trasferimento in Italia della sede di una società estera*, estensore P. PURI.

principi di determinazione del reddito d'impresa, può essere utilizzato nelle ipotesi, come quella del trasferimento di sede, caratterizzate dall'assenza di atti di natura traslativa dei beni da valutare e dall'esigenza di garantire la continuità dei valori fiscalmente riconosciuti". Viceversa, secondo l'Amministrazione, "il criterio dei valori correnti, ..., è ritenuto più idoneo a rappresentare situazioni di discontinuità giuridico-tributaria e di fuoriuscita di beni dal patrimonio del soggetto passivo d'imposta, nonché di evitare fenomeni di doppia imposizione nel caso in cui nello Stato estero fosse prevista la tassazione dei plusvalori latenti fino al momento del trasferimento (c.d. exit taxation)". Pertanto quando il trasferimento avvenga "in regime di continuità giuridico civilistica senza atti traslativi nei confronti di altri soggetti e senza la tassazione delle plusvalenze latenti nel Paese di origine", i valori fiscali dei beni devono "coincidere con quelli basati sul criterio del costo d'acquisto sostenuto dall'impresa".

Si tratta di posizione inconciliabile, come detto, con la riferita pronuncia comunitaria nel caso *National Grid Indus.*

Difatti, nell'apprezzamento fiscale degli *assets* della società trasferita entro i confini nazionali, il diritto comunitario che si offre nello spettro della richiamata sentenza implica l'assunzione del criterio di valore normale – non in virtù della simultanea e speculare imposizione delle plusvalenze, nell'ordinamento di provenienza dell'impresa, bensì – in forza del principio di territorialità declinato in chiave temporale⁽²⁷¹⁾.

Non può, dunque, dubitarsi dell'irrilevanza delle vicende giuridico-tributarie anteriori al trasferimento di residenza (prima che, cioè, il legislatore apprezzi l'esistenza siccome territorialmente rilevante, in quanto riconducibile a fonti o soggetti presenti nel territorio): onde, ai fini dell'apprezzamento dei beni immessi nel territorio per effetto del trasferimento di residenza dell'impresa, si prescindere dalla scelta operata dall'ordinamento di partenza, di tassarne o meno i plusvalori latenti⁽²⁷²⁾.

²⁷¹ Su questo punto, è rilevante quanto si legge nelle conclusioni dell'Avvocato Generale Kokott, dell'8 settembre 2011: "Se lo stato di destinazione prevede uno step up inserendo quindi nel bilancio d'apertura i beni patrimoniali al loro valore di mercato, si presuppone che ivi si tenga conto di eventuali perdite di valore future" (punto 77).

²⁷² Cfr., in particolare, M. MICCINESI, *Le plusvalenze d'impresa*, Milano, 1993, 151.

Anche nei casi, ad esempio, in cui detto ordinamento non assoggetti a imposizione i richiamati plusvalori – ciò che potrebbe avvenire anche nel caso in cui la società estera residui una stabile organizzazione nel territorio dello stato di origine – l'attribuzione del valore fiscalmente riconosciuto ai beni entranti, ad opera dell'ordinamento italiano, dovrebbe rispettare il principio di coerenza territoriale tracciato dalla Corte: dovrebbero, di conseguenza, sfuggire a tassazione quegli incrementi patrimoniali (al pari dei decrementi) che si sono registrati anteriormente alla immissione del bene nella sfera impositiva nazionale.

Per tale motivo, il valore dei beni attratti a tale sfera non potrà che coincidere con il valore di codesti beni al momento del trasferimento di residenza. La circostanza che il patrimonio trasferito provenga da un soggetto estero, e che quest'ultimo, in dipendenza della sua natura commerciale, fosse già tenuto a forme di rappresentazione contabile dei valori, analoghe a quelle previste nell'ordinamento italiano, non comporta, del resto, alcuna deroga al criterio testé indicato⁽²⁷³⁾.

Vale la pena indicare, del resto, alcuni profili distintivi del criterio di territorialità individuato dalla giurisprudenza comunitaria, rispetto al principio che discende dalla prassi internazionale: il primo, a differenza del secondo, non esaurisce la sua efficacia nell'individuazione dei presupposti fattuali territorialmente rilevanti (fonte e residenza), in funzione dei quali lo stato può esercitare la propria potestà impositiva, ma si espande fino a ricomprendere un fattore temporale che, in genere, è estraneo alle varianti più classiche del suddetto principio.

Nello stesso senso A. FIORELLI, A. SANTI, *l'individuazione del valore fiscalmente riconosciuto per il patrimonio estero dell'impresa trasferito in Italia*, in *Rass. Trib.*, 1997, 668; G. ZIZZO, *L'imposta sul reddito delle società*, in G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario, Parte speciale*, Milano, 2005, 541; R. LUPI, *Una soluzione che va al di là delle ipotesi in cui esiste una "exit tax"*, in F. GALLIO, S. FURLAN, D. STEVANATO, R. LUPI, *Trasferimento della residenza, exit tax e valorizzazione dei beni nell'ordinamento di arrivo*, in *Dial. Dir. trib.*, 2007, 575; P. DE' CAPITANI DI VIMERCATE, *Brevi note in tema di trasferimento di residenza ed entrata di beni nella sfera impositiva italiana*, in *Dir. prat. trib.*, 2008, II, 36.

²⁷³ In questo senso, M. MICCINESI, *Le plusvalenze d'impresa*, cit., 152.

Invero, nella giurisprudenza comunitaria il principio di territorialità sembra riannodarsi ad una visione “incrementale” del reddito, come prodotto riferibile, a fonti o a soggetti, ubicati nel territorio: immagine al cui interno è immediatamente evidente la rilevanza del fattore temporale (dacché l’incremento è, per sua natura, realizzabile solo in un arco di tempo determinato).

9.1.2. (segue) *Profili problematici della coniugazione in chiave temporale del principio di territorialità, rispetto alla valorizzazione dei beni da parte dell’ordinamento di destinazione: (indiretta) convalida della tesi che dissocia gli effetti tributari nell’ordinamento di destinazione da quelli formati nell’ordinamento di partenza*

Se, come si è detto, il principio di territorialità vale a delimitare l’esercizio della pretesa impositiva da parte dello stato di destinazione dell’impresa, la connotazione “temporale” che la Corte di Giustizia vi conferisce può apparire sfuggente nelle sue traduzioni concrete.

Invero, il fattore temporale non è dato immutabile e oggettivo: anche il tempo può essere percepito in maniera differenziata a seconda dell’ordinamento che ne apprezza le conseguenze come contenuto specifico della norma tributaria⁽²⁷⁴⁾. Il tempo, cioè, obbedisce, al pari di altre variabili, a regole squisitamente territoriali di definizione del presupposto d’imposta, talché può divenire problematico definire con precisione le regole applicabili nella prospettiva di individuazione di un momento-cesura in cui il reddito e la relativa valutazione sono assegnati ad uno specifico ordinamento.

Si prenda il caso del trasferimento di residenza nel territorio dello stato italiano da parte di un’impresa estera; si porrà naturalmente il problema di individuare il momento a partire dal quale opera l’attrazione dell’elemento patrimoniale-redдитuale nel territorio dello stato, sì da fissare, in relazione a tale momento, il valore di mercato del bene.

Occorre, quindi, stabilire se il momento di valorizzazione tale momento debba coincidere con (i) il tempo in cui la società trasferitasi

²⁷⁴ Su tali punti, cfr., tra gli altri e in particolare, A. CARINCI, *Il fattore temporale nell’imposta sui redditi: tra disciplina e definizione delle ipotesi categoriali e del reddito complessivo*, in Riv. Dir. fin. sc. fin., 2000, 618.

inizia a considerarsi residente, ai fini fiscali, nel territorio dello stato (momento che tendenzialmente coincide con il 1 gennaio dell'anno nel quale la società trasferisce la sede – se lo fa nei primi sei mesi dell'anno – oppure dell'anno successivo – se lo fa nella seconda parte dell'anno); oppure col (ii) momento in cui i beni si considerano immessi nell'ordinamento; oppure ancora col (iii) momento in cui i beni si considerano distolti dall'ordinamento di origine.

Quest'ultima strada dovrebbe scartarsi per gli stessi motivi per cui abbiamo ritenuto impermeabile, l'ordinamento di destinazione, alle vicende giuridico-tributarie del reddito nell'ordinamento di partenza: difatti, in una valutazione essenzialmente atomistica dei sistemi fiscali – corollario della più volte riferita assenza di un principio generale di coordinamento ricavabile dai principi comunitari – la regola sarà rappresentata dalla reciproca non interferenza.

9.2. Propagazioni del principio di territorialità nel contesto di alcune discipline specifiche. La simmetria tra redditi e perdite nelle discipline sulle controlled foreign companies

Quando si è parlato, al primo capitolo, della disciplina riguardante le *controlled foreign companies*, si è detto della sua intrinseca valenza antielusiva, riferendosi, in particolare, ai criteri derogatori della territorialità e dell'imputazione del reddito accolti ordinariamente.

Si intende, ora, sottoporre a critica tali discipline – beninteso, laddove riguardino rapporti tra soggetti comunitari – evocando il principio della territorialità, come inteso dalla Corte di Giustizia.

Nella variante ipotizzata dalla giurisprudenza comunitaria, invero, la territorialità è concepita come coerenza territoriale del sistema impositivo, con la conseguenziale esigenza che lo stesso sistema, laddove opti per la tassazione di componenti positive imputabili ad un soggetto, tenga allo stesso tempo conto delle componenti negative che, ad esse (componenti positive), si riannodano.

Proiettando tale criterio nel contesto delle *cfc rules*, e in particolare nell'ambito della disciplina sulle società controllate estere coniata dal legislatore italiano, non si può fare a meno di riscontrare un'anomalia in ciò che, ai fini della valorizzazione del risultato del soggetto estero controllato da assoggettare a tassazione nel territorio dello stato, si tiene conto esclusivamente dei redditi e non delle perdite. Talché i risultati negativi dell'ente estero, a differenza di quelli di segno

positivo, non concorrono alla formazione del reddito imponibile del soggetto controllante. Anomalia ancora più vistosa se si considera che il reddito dell'impresa controllata estera viene rideterminato secondo le regole proprie del sistema impositivo stabilito per i soggetti residenti, quindi ritenendo il soggetto non residente, agli effetti della quantificazione del reddito, alla stregua di un'impresa localizzata nel territorio dello stato.

Ora, lasciando da parte la non perspicua scelta di tecnica normativa, non si fatica a notare come tale scelta sia in aperta controtendenza rispetto al principio di territorialità delineato dalla Corte di Giustizia.

Difatti, laddove la giurisprudenza comunitaria ammette la territorialità come causa di giustificazione all'operare di trattamenti fiscali restrittivi, vi riconnette un'incomprimibile esigenza di simmetria, tale da consentire, in ogni caso, il recupero degli elementi negativi sottesi alla produzione del reddito soggetto a tassazione. Col logico corollario di consentire la compensazione delle perdite d'esercizio, quale naturale e simmetrica implicazione della scelta di ritenere territorialmente rilevanti gli incrementi patrimoniali del soggetto ubicato all'estero.

Sotto questo profilo, non può che mettersi in luce la stridente incompatibilità tra le disposizioni sulle *controlled foreign companies*, così come attualmente strutturate, e il principio di territorialità.

Più nello specifico, l'esigenza antiabuso sottesa alle richiamate norme di contrasto alle estero-localizzazioni d'impresa, che si è visto essere lesiva della libertà di stabilimento, non potrebbe, al tempo stesso, dar luogo ad una deroga unilaterale del principio di territorialità – ossia, soltanto in senso favorevole all'erario statale – senza andare incontro a censure di non proporzionalità della misura. In questo senso, il principio di territorialità declinerebbe a criterio ordinatore del giudizio di proporzionalità, con ripercussioni intuibili sull'attuale struttura delle norme *cfc*.

9.3. Il superamento della territorialità. La (parziale) reviviscenza dell'approccio overall nel riconoscimento delle perdite infragruppo tra stato di residenza e stato di stabilimento (in forma di controllata o stabile organizzazione). Critica

Si è detto, dunque, della tendenziale reciproca impenetrabilità degli assetti giuridico-tributari degli stati membri alle valorizzazioni *aliunde* effettuate. Il diritto europeo primario, nell'attuale suo stadio di evoluzione, non asseconda, cioè, alcuna simmetria tra sistemi fiscali differenti, non prevedendosi, almeno in linea di principio, alcun obbligo per gli stati membri di conformare la propria pretesa fiscale rispetto a quella vantata da altri stati.

La tenuta di questo sistema di enunciati, tuttavia, viene sottoposta ad un certo grado di tensione in alcuni contesti peculiari dell'agire (in particolare) d'impresa.

Il tema più critico, sotto questo profilo, è senz'altro quello del trasferimento infragruppo delle perdite, che solleva importanti questioni relative alla lotta alla pianificazione fiscale abusiva (si pensi al rischio di un doppio utilizzo delle perdite) e rispetto al quale gli Stati, per evidenti ragioni di equilibrio finanziario, sono arroccati in una strenua difesa del principio di territorialità⁽²⁷⁵⁾.

La scelta della Corte di ritenere che *"gli artt. 43 CE e 48 CE non ostano alla normativa di uno Stato membro che offre ad una società controllante la possibilità di costituire un'entità fiscale unica con la sua controllata residente, ma che non consente la costituzione di una simile entità fiscale unica con una controllata non residente qualora gli utili di quest'ultima non siano soggetti alla normativa tributaria di tale Stato membro"* (così, sentenza *X Holding*)⁽²⁷⁶⁾ sembra preludere all'ulteriore conclusione per cui, viceversa, dovrebbe considerarsi discriminatoria una normativa di uno stato membro che non consenta il recupero delle perdite delle società controllate estere neppure quando dette perdite siano cagionate da attività svolte nel territorio del medesimo stato membro per il tramite di una stabile organizzazione.

²⁷⁵ Tra le tante, si ricordano le sentenze Corte di Giustizia del 14 dicembre 2000, C-141/99, *Amid*; 23 ottobre 2008, C-157/2007, *Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt GmbH*, o anche la più volte menzionata *Lidl Belgium*.

²⁷⁶ Sentenza 25 febbraio 2010, causa C-337/08, *X-Holding*, in Giurisprudenza delle Imposte, con nota di commento di C. BOTTAZZI.

Dovrebbe, cioè, essere garantita immediatamente la compensazione degli utili della società madre con le perdite sofferte dalla società controllata estera riferibili all'attività della sua stabile organizzazione ubicata nel medesimo territorio della società madre.

In tal caso si andrebbe incontro, naturalmente, al rischio di una duplice deduzione delle perdite: (i) una prima volta in capo alla società madre, per effetto del regime di consolidato; (ii) una seconda, in capo alla società figlia, allorquando evidenzierà utili in grado, sommati algebricamente alle perdite pregresse, di attenuarne o eliminarne l'impatto fiscale nello stato di residenza della società controllata.

In una situazione simile, dovrà esser cura dello stato di – residenza della società madre e – localizzazione della stabile organizzazione, evitare che le perdite, già incluse nel reddito consolidato, non vengano utilizzate ad abbattimento degli eventuali utili futuri della medesima stabile organizzazione. Dall'altro lato, l'immediata inclusione delle perdite della stabile organizzazione nell'utile di gruppo provoca

Sennonché, un simile rischio – come evidenziato dalla Corte di Giustizia, tra le altre, nella causa *Papillon* – non dovrebbe essere di ostacolo all'immediata attrazione delle perdite nell'imponibile del gruppo, in capo alla società controllante.

9.4. La progressiva approssimazione al criterio metodologico per country nelle fattispecie concernenti i dividendi in entrata

In un ulteriore contesto, quello dei dividendi in entrata⁽²⁷⁷⁾, la giurisprudenza comunitaria ha recentemente registrato arretramenti

²⁷⁷ La tassazione dei dividendi in entrata si riannoda al tema delle restrizioni all'esercizio "in uscita" delle libertà fondamentali, vale a dire le misure intraprese dallo stato membro di origine del contribuente, che ne ostacolano la "uscita" da detto Stato, sottoforma di investimenti o attività in Stati membri diversi dell'Unione Europea. Tra le sentenze della Corte di Giustizia che si occupano del tema, si segnalano: sentenza 1 luglio 2010, causa C- 233/09, *Dijkman e Dijkman-Lavaleije*; sentenza 14 settembre 2006, causa C-386/04, *Centro di Musicologia Walter Stauffer*; sentenza 22 gennaio 2009, causa C-377/07, *Steko Industriemontage*; sentenza 18 dicembre 2007, causa C-436/06, *Grönfeldt* (entrambe, queste ultime, riguardanti normative che sancivano una differenza nel trattamento fiscale di investimenti azionari in base alla fonte del reddito); sentenza 7 settembre 2004, causa C-319/02,

rispetto a posizioni che sembravano coagularsi attorno ad un metodo *overall*.

Il problema della doppia imposizione economica che la fiscalità dei dividendi normalmente evoca appare, rispetto ai dividendi “in entrata”, connotato da tratti peculiari.

Difatti, in questi casi la doppia imposizione economica ha carattere internazionale: i presupposti (i.e. i titoli impositivi), in funzione dei quali socio e società vengono tassati, sono determinati dalla (e disciplinati in conformità della) legge di stati diversi⁽²⁷⁸⁾.

Nei casi di dividendi corrisposti a beneficio di società ed enti, è maturata rapidamente la convinzione che, nonostante “*l'imposizione a catena dei dividendi di origine estera*” dovesse essere evitata “*imputando l'imposta versata dalla società distributrice non residente all'imposta applicabile alla società beneficiaria residente*”, il corrispondente credito avrebbe dovuto essere concesso solamente “*sino a concorrenza dell'imposta applicata nello Stato membro della società beneficiaria*”⁽²⁷⁹⁾.

Manninen.

²⁷⁸ Si potrebbe invece immaginare che, diversamente, non occorra che socio e società siano fiscalmente residenti in Stati diversi. Potrebbe ad esempio aversi doppia imposizione economica internazionale nell'ipotesi in cui socio e società siano fiscalmente residenti nel medesimo Stato, l'utile della società sia immune da imposizione in detto Stato (il che potrebbe accadere, tra l'altro, nel caso in cui la società realizzi il proprio reddito interamente all'estero e lo Stato di residenza applichi un principio di tassazione territoriale; oppure nell'ipotesi in cui lo Stato di residenza applichi un regime di esenzione soggettiva nei riguardi della società), ma sia assoggettato a tassazione nello Stato in cui l'attività è svolta (Stato della fonte); nel qual caso, l'eventuale doppia imposizione economica che pesasse sui dividendi, al momento della loro distribuzione, sarebbe senz'altro internazionale – poiché riconducibile a titoli impositivi determinati da ordinamenti diversi (quello della residenza dell'azionista e quello della fonte dell'utile societario) – senza che, tuttavia, socio e società siano residenti in Stati diversi. In termini che sembrano differenti, R. BAGGIO, *Il principio di territorialità ed i limiti alla potestà tributaria*, Milano, 69, nota 67.

²⁷⁹ In questi termini, Corte di Giustizia, sentenza 12 dicembre 2006, causa C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*, punti 50 e 57; ordinanza 23 aprile 2008, causa C-201/05, *Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation*, punto

Con la conseguenza che, ove l'imposta estera assolta dalla società distributrice si fosse rivelata inferiore a quella domestica gravante, sui dividendi, in capo alla società percettrice, la prima avrebbe potuto essere interamente accreditata sull'imposta domestica; viceversa, allorché l'imposta societaria estera fosse stata superiore a quella sopportata dalla società azionista, il credito a beneficio della società socia non avrebbe potuto eccedere quest'ultima soglia⁽²⁸⁰⁾.

Lo Stato di residenza della società beneficiaria, in sostanza, non sarebbe stato obbligato *“a rimborsare la differenza, vale a dire l'ammontare versato nello Stato membro della società distributrice che eccede l'importo dell'imposta dovuto nello Stato membro della società beneficiaria”*⁽²⁸¹⁾.

In specie, nella causa che ha dato luogo alla citata sentenza *Test Claimants in the FII Group Litigation* si poneva la questione se il diritto dell'Unione ostasse a che uno Stato membro esentasse i dividendi versati da una società residente ad un'altra società residente, evitando al contempo, attraverso un sistema di imputazione, l'imposizione a catena di tali dividendi quando essi venivano versati da una società non residente ad una controllante residente. La Corte ha confermato la compatibilità dell'applicazione di un sistema di imputazione in tali circostanze allorché, in primo luogo, i dividendi di origine estera non

39; sentenza 10 febbraio 2011, cause riunite C-436/08 e C-437/08, *Haribo Lakritzen e Österreichische Salinen*, punto 86. In materia, occorre altresì segnalare una recente causa pregiudiziale attualmente (16 novembre 2011) ancora al vaglio della Corte di Giustizia – la causa C-35/11 – concernente proprio la misura dell'imposta accreditabile sui dividendi di fonte estera percepiti da persone giuridiche. Con detta questione pregiudiziale, alla Corte di Giustizia è stato chiesto di specificare, in particolare, *“se le espressioni aliquota d'imposta e diversi livelli d'imposizione di cui al punto 56 della sentenza della Corte di giustizia della Comunità europee 12 dicembre 2006, causa C-446/04, Test Claimants in the FII Group Litigation (Racc. pag. I-11753): si riferiscano unicamente all'aliquota d'imposta legale o nominale, o si riferiscano all'aliquota d'imposta effettiva pagata oltre che all'aliquota d'imposta legale o nominale, o se le espressioni di cui trattasi abbiano un altro significato e, in caso di risposta affermativa, quale”*.

²⁸⁰ Cfr. citata sentenza *Test Claimants in the FII Group Litigation*, punti 51 e 52.

²⁸¹ In questi termini, citata sentenza *Test Claimants in the FII Group Litigation*, punto 52; citata sentenza *Haribo Lakritzen e Österreichische Salinen*, punto 88.

siano assoggettati, in questo Stato membro, ad un'aliquota d'imposta superiore a quella applicata ai dividendi di origine nazionale e, in secondo luogo, l'imposizione a catena dei dividendi di origine estera venga evitata imputando l'imposta versata dalla società distributrice non residente all'imposta applicabile alla società beneficiaria residente nei limiti di quest'ultima. Pertanto, la Corte indica ai punti 51 e 52 di detta sentenza che, quando gli utili sottostanti ai dividendi di origine estera sono assoggettati nello Stato membro della società distributrice ad un'imposta inferiore al prelievo effettuato dallo Stato membro della società beneficiaria, quest'ultimo deve concedere un credito d'imposta complessivo corrispondente all'imposta versata dalla società distributrice nel suo Stato membro di residenza. Per contro, se tali utili soggiacciono ad un'imposta superiore al prelievo effettuato dallo Stato membro della società beneficiaria, quest'ultimo deve concedere un credito d'imposta soltanto nei limiti dell'importo dell'imposta sulle società dovuta dalla società beneficiaria. Tale Stato non è quindi tenuto a rimborsare la quota che supera la differenza tra i due importi.

Un credito d'imposta così strutturato permette, da un lato, livelli omogenei di tassazione per flussi domestici e transfrontalieri, evitando discriminazioni – da parte dello Stato della residenza della società azionista – in funzione del luogo di collocamento della partecipazione.

Dall'altro, serba intatta la funzione del credito d'imposta, facendo sì che lo stesso, benché rapportato all'imposta gravante sulla società partecipata – in linea con l'obiettivo primo di eliminare la doppia imposizione economica – sia, in ultima analisi, vincolato all'imposta dovuta dall'ente socio, rendendone in tal modo autonomo il trattamento impositivo rispetto a quello applicato alla società partecipata.

Fino a tempi recenti, un approccio distinto ha caratterizzato la giurisprudenza in tema di dividendi *in-bound* a beneficio di persone fisiche.

Sia nella sentenza *Manninen*, sia – ancorché in maniera sottesa – nella prima *Meilicke*, la Corte ha, difatti, precisato che “*nel calcolo del credito d'imposta concesso ad un azionista fiscalmente residente*” in uno stato membro “*e che abbia ricevuto dividendi da una società avente sede*” in un diverso stato membro, “*si deve tenere conto dell'imposta effettivamente pagata dalla società avente sede in tale altro Stato membro, come determinata*

in base alle norme generali applicabili al calcolo della base imponibile nonché all'aliquota dell'imposta sulle società in quest'ultimo Stato membro"⁽²⁸²⁾.

Il diritto al credito, dunque, era riconosciuto all'azionista per un ammontare equivalente alla misura dell'imposta societaria estera, senza alcun limite "superiore" connesso all'imposta sui dividendi applicata nello Stato di residenza del socio; derivandone l'obbligo, per tale Stato, di accreditare anche quella parte d'imposta estera incapiente nell'imposta personale domestica, con una traslazione del carico impositivo estero sul bilancio dello Stato di residenza dell'azionista, che rendeva quest'ultimo, di fatto, "contribuente" dell'ordinamento della fonte dei dividendi⁽²⁸³⁾.

Questo esito sembrava propiziato, tra l'altro, da una malintesa concezione dei suoi effetti (macro-)economici: ed invero, ad avviso della Corte di Giustizia, al rimborso dell'imposta estera sugli utili in misura eccedente l'importo dei correlati dividendi, sarebbe corrisposta una mera riduzione delle entrate tributarie a scapito dello Stato di residenza dell'azionista⁽²⁸⁴⁾; senza invece considerare che, a conseguirne, era una vera e propria compensazione finanziaria tra lo Stato della fonte e quello di residenza dell'azionista ("mediata" dal flusso di dividendi dall'uno all'altro ordinamento), destinata a pesare unilateralmente sul secondo.

Il che pone(va) diverse e ovvie ragioni di critica.

In primo luogo, si generava – al livello degli ordinamenti coinvolti – un meccanismo premiale negativo, giacché, nei casi in cui

²⁸² In questo senso, sentenza *Manninen*, punto 54.

²⁸³ In merito, cfr., diffusamente, M. ALLENA, *Gli effetti giuridici della traslazione delle imposte*, Milano, 2005. A questo riguardo, merita osservare che il diritto internazionale generale non osta, perlomeno in linea di principio, alla possibilità che uno Stato sovrano si renda "contribuente" di un diverso Stato, come accade, ad esempio, nei casi di crediti di imposta figurativi che gli Stati più abbienti – generalmente esportatori di capitale – concedono a beneficio dei contribuenti che investono in Stati economicamente più arretrati.

²⁸⁴ La riduzione delle entrate tributarie, come noto, "non può essere considerata un motivo di interesse generale che possa essere fatto valere per giustificare un provvedimento che sia, in linea di principio, in contrasto con una libertà fondamentale" (cfr., in proposito, prima *Meilike*, punto 30; sentenza *Verkooijen*, punto 59).

l'imposta societaria fosse più elevata nello Stato della fonte dei dividendi che in quello di residenza dell'azionista, veniva addossata proprio su quest'ultimo (lo Stato, per dir così, "virtuoso") l'asimmetria tra le due aliquote societarie⁽²⁸⁵⁾.

In secondo luogo, accreditare l'intero importo dell'imposta assolta a monte dalla società estera partecipata, finiva per tradursi, surrettiziamente, in un sistema di esenzione – tale essendo il credito concesso per l'intera imposta assolta a valle dalla società, senza la previsione di alcun "tetto" quantitativo – tradendo, così, l'intima ispirazione del sistema basato sul credito d'imposta, ed implicando una deviazione del sistema, da assetti di tipo personale (e progressivo), a reale.

Conseguenza, questa, molto verosimilmente collegata all'assenza di criteri omogenei per definire la doppia imposizione economica degli utili in ambito comunitario: il che, come già detto, conduceva all'impropria conclusione secondo cui, a fronte di un fenomeno, ritenuto unitario (nella specie, la doppia imposizione economica, nella sua duplice declinazione interna e internazionale), il diritto comunitario esigesse risposte uniformi, quali che fossero le cause (puramente interne, oppure transfrontaliere) del suo insorgere.

In ultima analisi – considerando, ora, la posizione del contribuente – l'impostazione descritta cagionava una penalizzazione del percettore di dividendi domestici (il cui credito era necessariamente vincolato all'imposta societaria domestica) rispetto al detentore di investimenti azionari transfrontalieri (il cui credito era vincolato alla, eventualmente maggiore, imposta societaria estera), provocandone una discriminazione "a rovescio", anch'essa criticata da più parti in dottrina⁽²⁸⁶⁾.

²⁸⁵ Ed è, questo, un effetto incomprensibile se si considera che, per altro verso, la differenza tra aliquote societarie dei diversi Stati membri è oggi pienamente ammessa a livello comunitario.

²⁸⁶ Su questo profilo, cfr., *inter alia*, P. PISTONE, *Uguaglianza, discriminazione a rovescio e normativa antiabuso in ambito comunitario*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1998, III, 581, nonché M. TENORE, *Taxation of Cross-Border Dividends in the European Union from Past to Future*, in *EC Tax Review*, 2010, 79, il quale, proprio in merito alla prima *Meilicke*, evidenziava come "the setting of the tax credit having regard to the corporation tax rate

Queste, in sintesi, le problematiche che si ponevano prima della seconda sentenza *Meilicke*.

Nel fissare la soglia dell'imposta societaria estera accreditabile – stabilendola ne “l'importo dell'imposta sui redditi dovuto sui dividendi percepiti dall'azionista beneficiario nello Stato membro in cui questi sia fiscalmente residente” – la nuova sentenza *Meilicke* supera le ragioni di critica addensatesi attorno alla precedente giurisprudenza.

In particolare, la Corte di Giustizia si adegua al contenuto delle sue pronunce in tema dei dividendi a beneficio di società ed enti (tra le altre, sentenze *Test Claimants in the FII Group Litigation*; *Haribo Lakritzen* e *Österreichische Salinen*), nelle quali, come riferito, era già metabolizzata l'idea che l'imposta societaria estera fosse accreditabile nel limite di quella domestica applicata al socio.

10. Conclusioni

1. All'inizio del presente lavoro, si è precisato che, laddove impiegata in contesti diversi da quello comunitario, la locuzione “coordinamento dei sistemi reddituali” sconta un certo margine di approssimazione e potrebbe risultare inappropriata.

Invero, il coordinamento esige, per sua stessa natura, una scala di valori, condivisi, cui le scelte dei sistemi *co-ordinati* devono essere ispirate, onde giungere a soluzioni armoniche, la cui efficacia sia chiaramente percepibile rispetto agli obiettivi prefigurati.

(i) In un'ottica unilaterale e domestica, l'impiego del termine “coordinamento” potrebbe, dunque, apparire una contraddizione in termini: qui, non ci sono due sistemi che si coordinano tra loro, ma vi è un unico ordinamento che “reagisce” alla pretesa fiscale da altri esercitata, adeguando l'effettività del proprio prelievo alle vicende giuridico-tributarie del reddito transnazionale, secondo paradigmi, essenzialmente domestici, di capacità contributiva, eguaglianza, giustizia distributiva, perequatività ed effettività del prelievo.

(ii) Anche nel diritto internazionale e in specie nel diritto delle convenzioni bilaterali contro le doppie tassazioni, non sembra potersi

applicable in the state of the subsidiary would put resident shareholders receiving foreign dividends in a better position compared to resident shareholders receiving domestic income”.

parlare di coordinamento in senso proprio, ma, piuttosto, di riparto di imposizione.

Nell'elaborazione del contenuto dell'accordo bilaterale, cioè, non occorre appagare le prerogative di un ordinamento sovraordinato, dacché, come si è visto, l'accordo bilaterale traduce (ed è governato da) esigenze – squisitamente egoistiche – di massimizzazione del reddito reale distribuibile tra gli stati che vi aderiscono⁽²⁸⁷⁾, risolvendosi, dunque, in reciproche concessioni che rispecchiano le relazioni di forza tra i due paesi.

L'ordinamento internazionale, del resto, non suggerisce parametri utili, né ulteriori rispetto a quelli desumibili dal diritto interno (si pensi, ad esempio, al principio internazionalmente riconosciuto della immunità tributaria degli agenti diplomatici e delle personalità consolari, oppure al principio di "collegamento genuino o effettivo" come dogma della territorialità), per il coordinamento delle pretese fiscali. Inoltre, i modelli convenzionali (*in primis*, il Modello OCSE) maggiormente impiegati nella prassi degli accordi bilaterali sono ampiamente derogabili da parte degli stati, sia pure nel rispetto dei propri principi costituzionali interni.

(iii) Dunque, si è ritenuto che di coordinamento possa parlarsi, in senso proprio, solo nel quadro dell'ordinamento comunitario.

2. In questo capitolo, ci si è domandati in particolare se una esigenza di coordinamento possa tradursi in un obbligo per gli stati membri di adeguare la propria pretesa impositiva in materia di fiscalità diretta rispetto all'*esistenza* e alla *misura* del prelievo stabilite in altri paesi membri. Se, cioè, in contesto europeo, il coordinamento tra sistemi reddituali sia concepito esigenza giuridicamente tutelata all'interno di un quadro ordinamentale unitario.

Un'urgenza in questo senso è chiaramente avvertita in seno all'Unione, fin dalla nota Comunicazione della Commissione 19 dicembre 2006, in tema di "*Coordinamento dei sistemi di imposizione diretta degli stati membri nel mercato interno*", e dalle coeve comunicazioni in tema di perdite transfrontaliere e trasferimenti di residenza tra stati

²⁸⁷ In questi termini, E. LANCELLOTTI, *Accordi internazionali in materia tributaria*, in Enc. Giur. Treccani.

membri⁽²⁸⁸⁾: in esse, appare chiaro che *“la necessità di far fronte all’interazione di numerosi sistemi fiscali costituisce un problema per il mercato interno”* e che, malgrado *“i sistemi fiscali rappresentino scelte democratiche di fondo su come debbano essere equamente raccolti i fondi e come debba essere distribuito il reddito”*, *“norme fiscali nazionali elaborate unicamente o soprattutto ai fini della situazione interna possono tradursi in un trattamento fiscale incoerente quando sono applicate in un contesto transfrontaliero”*.

Del resto, esigenze analoghe erano già ventilate dalla giurisprudenza e, negli ultimi anni, si sono progressivamente amplificate a fronte di un intervento della Corte di Giustizia sempre più capillare ed esteso a fattispecie transnazionali di aumentata complessità.

È, infatti, evidente al Supremo Giudice comunitario, così come alla Commissione europea, che la soluzione ai problemi fiscali di integrazione del mercato non possa più risolversi, esclusivamente, in una pressione rivolta al singolo sistema fiscale: la composizione dell’antitesi tra mercato e ordinamento deve transitare attraverso una fase di necessario coordinamento tra i diversi sistemi⁽²⁸⁹⁾, avente come obiettivo precipuo l’integrazione e la complementarietà tra i vari impianti normativi.

3. Invero, le fonti primarie del diritto europeo non sembra possano assecondare l’esistenza di un obbligo, in capo agli stati membri, all’adeguamento reciproco dei propri sistemi di fiscalità diretta.

²⁸⁸ Si tratta delle comunicazioni della Commissione al Consiglio, al Parlamento Europeo e al Comitato Economico e Sociale Europeo nn. 823, 824 e 825 del 19 dicembre 2006, relative, rispettivamente, al Coordinamento dei sistemi di imposizione diretta degli Stati membri nel mercato interno, al Trattamento fiscale delle perdite in situazioni transfrontaliere e alla Tassazione in uscita e necessità di coordinamento delle politiche fiscali degli Stati memmbri.

²⁸⁹ Ciò è evidente se si considerano i più recenti arresti in materia di *exit taxation* (ci si riferisce, tra l’altro, alla ricordata sentenza *National Grid Indus*), dove l’esigenza del coordinamento si materializza – pur senza giungere ad una obbligazione comunitaria al coordinamento – sotto le “mentite spoglie” della territorialità in chiave temporale dell’imposta.

Anzitutto, la costruzione di un obbligo in questo senso, laddove promossa dalla giurisprudenza (che il diritto primario applica), sarebbe di sicuro ultronea e incompatibile con la struttura stessa del sindacato di compatibilità comunitaria delle norme tributarie domestiche.

Come si è rilevato, siffatto giudizio è incentrato su una valutazione, per dir così, “unilaterale” degli effetti delle norme nazionali. Sono tendenzialmente ignote al diritto processuale dell’Unione forme di litisconsorzio necessario tra stati membri davanti alla Corte; la stessa Corte ha, pertanto – almeno in linea di principio – fino ad oggi scartato soluzioni combinatorie prossime a quelle enunciate nelle direttive e convenzioni bilaterali.

Lo scrutinio comunitario delle norme tributarie domestiche è, insomma, almeno nella sua attuale fisionomia, inidoneo ad enunciare – oltre alle ragioni di incompatibilità della norma tributaria interna oggetto di scrutinio – regole di coordinamento tra sistemi reddituali, analoghe a quelle indicate nelle direttive (in materia di fiscalità diretta) e convenzioni bilaterali (quali, ad esempio, forme di rinuncia totale o parziale al prelievo da parte dello stato della fonte, oppure forme di eliminazione della doppia imposizione ad opera dello stato di residenza del reddituario).

Si è visto, più in particolare, che non è compito della Corte di Giustizia: **(i)** fissare la “priorità” di uno stato rispetto ad altri nella tassazione di determinate fattispecie reddituali⁽²⁹⁰⁾; **(ii)** stabilire se e come uno stato membro debba provvedere all’eliminazione dei fenomeni distorsivi – in particolare, la doppia imposizione internazionale – provocati dall’esercizio congiunto della potestà impositiva da parte di più paesi⁽²⁹¹⁾; **(iii)** indicare modelli per l’eliminazione delle differenze fiscali tra due o più stati membri⁽²⁹²⁾.

²⁹⁰ Citata Corte di Giustizia, sentenza 16 luglio 2009, causa C-128/08, *Damseaux*.

²⁹¹ Postulato che trova compiuta emancipazione nella richiamata sentenza *Kerckhaert Morres*, laddove la Corte di Giustizia evoca l’*“esercizio in parallelo delle competenze impositive”*, aderendo implicitamente all’idea che le stesse possano essere esercitate in maniera asimmetrica da stato a stato.

²⁹² Cfr., tra gli altri, R. MASON, *Made in America for European Tax: the Internal Consistency Test*, in *Boston Law College Law Review*, (49) 2008, 5, laddove considera che *“if the ECJ were to hold that every cross-border tax disadvantage violates the EC*

4. D'altra parte, si è pure visto che un tentativo orientato ai predetti fini, laddove pretendesse di trarre conforto nelle libertà fondamentali e nel principio di non discriminazione, rischierebbe forzature improprie ed eccessive incertezze.

In particolare, si è evidenziato come, affinché il principio di non discriminazione possa tradursi in un obbligo per gli stati membri a garantire la simmetria o complementarietà del proprio sistema fiscale con quello degli altri stati membri, dovrebbe accogliersene una visione c.d. "overall": visione in forza della quale, lo si rammenta, gli effetti di una norma tributaria domestica non dovrebbero essere valutati isolatamente, ma in un quadro globale, in combinazione con gli effetti (amplificativi o diminutivi della distorsione) prodotti in altri stati membri.

Sennonché, l'adozione di un simile approccio, da un lato, obbliga – ogniqualevolta ci si trova a discutere degli effetti anticomunitari prodotti dal sovrapporsi di sistemi reddituali differenti – ad individuare quale stato membro debba attenuare o eliminare tali effetti: ciò che, nel quadro del ricordato scrutinio "unilaterale" delle norme tributarie domestiche, significherebbe addossare sempre e solo allo stato membro parte del processo davanti alla Corte – ossia lo stato la cui norma è oggetto di scrutinio di compatibilità – l'onere di provvedere all'eliminazione della misura fiscale (che, in concorso con quella *aliunde* posta, ha efficacia) distorsiva.

Sotto un diverso profilo, l'approccio "overall" determinerebbe, lo si è visto, incentivi perversi al mantenimento delle misure discriminatorie: infatti, qualora una misura dissuasiva sia compensata da una di segno uguale ed opposto in un diverso ordinamento – si è

Treaty, then no member state could have a tax rate higher than that of the member state with lowest rate. Any tax divergence would mean that residents of the lowest-tax rate would experience cross-border tax disadvantages, and therefore discrimination, whenever they invested or did business in another state. Such a broad conception of tax discrimination would leave no room for variation among member state tax systems, and it would invade the member states' reserved autonomy to determinate their tax base, tax rates, and rules for asserting tax jurisdiction". Nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, cfr., tra le altre, causa C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*.

fatto l'esempio del credito d'imposta concesso dallo stato di residenza, in grado di assorbire completamente l'imposta discriminatoria applicata dallo stato della fonte (v. paragrafo 5.1) – non occorrerebbe eliminarla, pur dopo averne apprezzato (della prima misura fiscale) il carattere discriminatorio.

È del tutto evidente che una valutazione di questo tipo collide con elementari esigenze di certezza, che sovrintendono ogni scelta economica⁽²⁹³⁾ e che meritano una tutela di particolare rigore nel contesto comunitario, che sull'esercizio effettivo delle libertà fonda la propria stessa esistenza.

Si è denunciato, inoltre, che, nei casi – sporadici – in cui la Corte di Giustizia sembra essersi adagiata su una visione “overall”, è derivata un'impropria intrusione giurisprudenziale negli assetti strutturali prescelti dal legislatore domestico, compromettendo gli stessi criteri di perequazione dei carichi pubblici⁽²⁹⁴⁾. In specie, la più risalente giurisprudenza in materia di dividendi transfrontalieri percepiti da persone fisiche (tra le altre, sentenze *Manninen*, *Lenz* e prima *Meilicke*, cfr. paragrafo 9.4) – corretta “per tempo” in relazione agli omologhi redditi percepiti da società ed enti⁽²⁹⁵⁾, e rivista poi, con riguardo alla fiscalità delle persone fisiche, dalla seconda pronuncia *Meilicke* – ha implicato una surrettizia deviazione del sistema (limitatamente, beninteso, a questo tipo di fonte reddituale) da personale a reale, con intuibili ripercussioni sulla progressività dell'imposta e sulla sua giustizia distributiva.

Insomma, per quanto si è detto, l'approccio “overall” non appare seriamente sostenibile nell'attuale impianto normativo e di principi.

²⁹³ Così si è espresso inequivocabilmente, tra gli altri, V. CERIANI, nella relazione al Convegno in onore di R. Rinaldi organizzato dall'Alma Mater Studiorum – Università di Bologna, il 22 giugno 2012, dal titolo “*La dimensione dell'impresa tra ordinamento e mercato*”.

²⁹⁴ Su questi profili, cfr., da ultimo, F. GALLO, *Disuguaglianze, giustizia distributiva e principio di progressività*, in *Rass. trib.*, 2012, 287.

²⁹⁵ Cfr., in particolare, Corte di Giustizia, sentenza 12 dicembre 2006, causa C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*; ordinanza 23 aprile 2008, causa C-201/05, *Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation*; sentenza 10 febbraio 2011, cause riunite C-436/08 e C-437/08, *Haribo Lakritzen e Österreichische Salinen*.

5. D'altra parte, è fuori di dubbio che il divieto di discriminazione di matrice comunitaria risulti in parte vanificato laddove se ne professi una rilevanza esclusivamente mono-ordinamentale (ovvero apprezzando gli effetti della misura tributaria nazionale senza considerarne le ricadute su ordinamenti diverso da quello oggetto di censura): infatti, in un mercato che si vuole completamente integrato, le asimmetrie impositive cagionate dalla coesistenza di pretese reddituali concorrenti provocano disomogeneità che si abbattono direttamente sui livelli di eguaglianza e concorrenza nel sistema.

Un approccio "mono-ordinamentale" non consente di apprezzare adeguatamente questo genere di distorsioni.

6. Se questo è lo scenario, allora è inevitabile ritenere che, in futuro, spazi sempre più ampi della fiscalità diretta verranno ricoperti, a livello comunitario, dal coordinamento impositivo.

Infatti, al coordinamento spetterà la soluzione di quelle asimmetrie sistemiche (*rectius*, provocate dalla sovrapposizione di più sistemi reddituali), non aventi carattere discriminatorio – nel senso mono-ordinamentale appena ricordato – la cui eliminazione appare necessaria in vista della piena integrazione del mercato: prime tra tutte le doppie imposizioni e i cc.dd. vuoti d'imposta.

7. Al riguardo, non sembra tuttavia prospettabile, allo stadio attuale, un modello unitario di coordinamento impositivo.

Nella normativa comunitaria derivata sembra predominare la tendenza ad accentrare la tassazione nello stato membro nel quale la ricchezza è prodotta (direttiva "madre-figlia") o nel luogo in cui, tendenzialmente, è radicato il capitale d'impresa al cui sfruttamento il reddito è connesso (direttiva "interessi e canoni"; proposta di direttiva "CCCTB").

Ma si tratta, come abbiamo visto, di criteri adombrati per vicende puntuali e specifiche, che possono valere come utili parametri di fissazione del luogo del prelievo fiscale, ma non come (sedicenti) imposizioni di un modello di tassazione alla residenza o alla fonte.

8. Inoltre, il coordinamento in chiave comunitaria non obbedirebbe, come professato da alcuni, a principi di *capital import* oppure *capital export neutrality*.

Questi due modelli, invero, riflettono prerogative di politica fiscale internazionale optate dai singoli stati, rispetto alle quali, peraltro, il diritto europeo – sia primario sia derivato – si mostra equidistante⁽²⁹⁶⁾. Come intuito da un'autorevole dottrina, le predette categorie devono essere contestualizzate in ambito comunitario, come possibili varianti del principio di non discriminazione fiscale: ciò nel senso di esigere l'applicazione della *capital import neutrality* (cioè il trattamento dello stato in cui è localizzato l'investimento) nei riguardi dei soggetti non residenti e, specularmente, l'applicazione di un criterio di *capital export neutrality* (cioè, l'uniforme trattamento dello stato di residenza) a prescindere dalla localizzazione della fonte reddituale⁽²⁹⁷⁾.

Insomma, la scelta espressa dagli stati membri per l'uno o l'altro modello, in sede di coordinamento, non ne pregiudica di per sé il raggiungimento degli obiettivi, purché – questo è sottinteso – il modello prescelto sia efficace e obbedisca a esigenze – non dei singoli stati, bensì – di integrazione del mercato.

²⁹⁶ Cfr., tra gli altri, R. MASON, *Made in America for European Tax: the Internal Consistency Test*, in *Boston Law College Law Review*, (49) 2008, 5, laddove considera che “if the ECJ were to hold that every cross-border tax disadvantage violates the EC Treaty, then no member state could have a tax rate higher than that of the member state with lowest rate. Any tax divergence would mean that residents of the lowest-tax rate would experience cross-border tax disadvantages, and therefore discrimination, whenever they invested or did business in another state. Such a broad conception of tax discrimination would leave no room for variation among member state tax systems, and it would invade the member states' reserved autonomy to determine their tax base, tax rates, and rules for asserting tax jurisdiction”. Nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, cfr., tra le altre, causa C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*.

²⁹⁷ In questi termini, cfr. anche M.J. GRAETZ, A.C. WARREN, *Income Tax Discrimination and the Political and Economic Integration in Europe*, in *Riv. Dir. trib. int.*, 2007, 28, dove evidenziano che “member states would be only required to apply capital import neutrality to incoming investment and capital export neutrality to outgoing investment”.

9. In chiave prospettica, vari sono i livelli giuridici nei quali il coordinamento potrebbe trovare spazio:

(i) un primo livello riguarda la fissazione dei criteri di riparto della potestà impositiva: in sede di redazione dei propri impegni bilaterali, gli stati membri dovrebbero prescegliere assetti conformi all'esercizio delle libertà comunitarie, specificando – se del caso anche nel preambolo o nelle clausole finali – i casi dubbi nei quali deve comunque essere garantita l'eliminazione delle doppie imposizioni e non imposizioni. In questo senso, i criteri di riparto non dovrebbero essere protesi alla soddisfazione dell'interesse fiscale, ma convergere ai fini dell'attuazione effettiva delle libertà fondamentali protette dal Trattato;

(ii) un secondo livello riguarda l'interpretazione dell'accordo bilaterale: in questo senso, laddove l'accordo sia stipulato tra stati membri dell'Unione Europea, l'osservanza e l'effettività dei diritti di fonte comunitaria dovrebbe essere annoverata tra i criteri ermeneutici dell'accordo, anche in via implicita. Sicché, nell'interpretazione delle clausole dell'accordo, in particolare nelle situazioni dubbie, dovrebbe prevalere una impostazione finalistica volta a valorizzare l'effettività comunitaria delle tutele apprestate;

(iii) un terzo livello potrebbe consistere, in chiave *de iure condendo*, nella valorizzazione del coordinamento (anche) in sede giurisdizionale. In particolare, in linea con l'esigenza di soluzioni combinate e non unilaterali alle fattispecie di attrito tra pretese impositive, potrebbe immaginarsi un'ipotesi specifica di litisconsorzio necessario degli stati membri davanti alla Corte di Giustizia, volta a mediare tra gli interessi fiscali degli stati coinvolti nella controversia in modo da garantire, in ogni caso, un'equilibrata suddivisione, tra stato della residenza e stato della fonte reddituale, del gravame fiscale (ritenuto) non congruo.

10. Se gli strumenti giuridici attraverso i quali il coordinamento si avvia ad essere realizzato non sembra si discostino, come visto, da quelli tradizionali, nuova e originale è la griglia di valori che ne presidiano l'attuazione.

Tra questi valori – oltre ai già ricordati fattori cardine del mercato interno (libertà fondamentali, principio di non discriminazione, concorrenza) – tendono ad affermarsi principi comuni di natura

squisitamente tributaria, come quello della territorialità dell'imposta, riletta però in chiave *EU-compliant* – probabilmente con l'inespressa volontà di affermare una nuova geografia dello spazio fiscale, non più riducibile al singolo ordinamento.

In questo senso, la giurisprudenza comunitaria restituisce all'interprete un quadro complesso nel quale la territorialità, dall'essere considerata una semplice *rule of reason* (causa di giustificazione), è divenuta, essa stessa, (implicito) parametro di scrutinio delle norme tributarie domestiche.

Sotto questo profilo, basta volgere lo sguardo a quelle pronunce della Corte di Giustizia in cui la concezione classica del principio di territorialità è arricchita di connotazioni ulteriori.

Tra le altre, le più recenti sentenze comunitarie, nelle quali si allude, di volta in volta, ad esigenze di simmetria territoriale tra la tassazione dei redditi e la deduzione delle perdite (caso *Lidl*), oppure alla connotazione temporale del principio di territorialità (caso *National Grid Indus*), sembrano proporre nuovi parametri di valutazione (non immuni da tratti problematici) della conformità della pretesa fiscale al diritto comunitario.