

Alma Mater Studiorum - Università di Bologna

DOTTORATO DI RICERCA IN
DIRITTO TRIBUTARIO EUROPEO - PH.D IN EUROPEAN TAX LAW

Ciclo 33

Settore Concorsuale: 12/D2 - DIRITTO TRIBUTARIO

Settore Scientifico Disciplinare: IUS/12 - DIRITTO TRIBUTARIO

IL PLACE OF EFFECTIVE MANAGEMENT NEL DIRITTO NAZIONALE,
CONVENZIONALE ED EUROPEO

Presentata da: Federico Tarini

Coordinatore Dottorato

Andrea Mondini

Supervisore

Thomas Tassani

Esame finale anno 2021

Sommario

INTRODUZIONE.....	5
1. Gli obiettivi della ricerca	5
2. Il criterio metodologico.....	7
CAPITOLO I IL COLLEGAMENTO TERRITORIALE: IL PRINCIPIO DI TERRITORIALITÀ	13
1. Premessa.....	13
2. L'origine e la funzione del principio di territorialità	14
3. Definizione e contenuto del principio di territorialità	19
4. Il fondamento della connessione territoriale.....	27
5. (Segue) la territorialità quale espressione della sovranità statale	35
6. Il principio di territorialità nella costituzione italiana	39
7. I confini della territorialità nel diritto italiano: la capacità contributiva..	44
8. (Segue) i confini della territorialità nel diritto internazionale	50
9. La territorialità nel diritto europeo.....	55
10. I criteri di collegamento	60
11. (Segue) i criteri Soggettivi	61
12. (Segue) Il criterio di collegamento oggettivo: La Fonte del reddito	65
13. Riflessioni conclusive	68
CAPITOLO II IL PLACE OF EFFECTIVE MANAGEMENT ALL'INTERNO DEGLI ORDINAMENTI NAZIONALI: UN APPROCCIO COMPARATO.....	71
1. La sede sociale: fra diritto interno e diritto interazionale	71
2. Definizione e funzione della sede sociale nel diritto comparato	72
3. (Segue) il trasferimento della sede: fra incorporazione e amministrazione	76
4. La sede nel diritto tributario: un approccio comparato.....	84
5. Il collegamento formale: fra <i>Place of Incorporation</i> e sede legale	85

6. L'oggetto principale.....	90
7. La sede amministrativa o place of effective management.....	94
8. L'origine del PoEM nella giurisprudenza inglese	98
9. Il Central management and control.....	111
10. La sede della direzione nell'ordinamento italiano	112
11. La presunzione di residenza.....	122
12. La sede di direzione effettiva nelle normative nazionali	130
13. La sede dell'amministrazione: considerazioni conclusive.....	139
CAPITOLO III Il PoEM nelle convenzioni contro le doppie imposizioni	141
1. La doppia imposizione internazionale	141
2. Le convenzioni contro le doppie imposizioni.....	145
3. L'origine della sede della direzione effettiva nel contesto internazionale	154
4. (Segue) il PoEM all'interno del modello OCSE.....	158
5. L'interpretazione del PoEM nelle convenzioni contro le doppie imposizioni.....	170
5.1. Le decisioni chiave.	172
5.2. il soggetto deputato alla formazione delle decisioni: organo amministrativo, socio di controllo e assemblea degli azionisti	175
6. Le osservazioni al Commentario OCSE apportate dall'Italia.....	189
7. Il progetto BEPS e le modifiche alla <i>tie breaker rule</i>	192
CAPITOLO IV Il PoEM nel diritto europeo	203
1. Il diritto UE e il divieto di doppia imposizione	203
2. Il "divieto" di doppia imposizione contenuto all'art. 293 TFUE	207
3. (Segue) la doppia imposizione alla luce delle libertà fondamentali	210
4. Residenza fiscale e PoEM nel diritto positivo dell'Unione europea	214
5. La residenza fiscale nella giurisprudenza della Corte di Giustizia	219

6. (Segue) Il PoEM alla luce della libertà di stabilimento	221
7. Le cause idonee a giustificare la restrizione delle libertà di stabilimento: il divieto di pratiche abusive	225
8. Il Rapporto fra PoEM e Libertà di stabilimento: il caso italiano.....	232
9. L'interdipendenza fra PoEM e Libertà di stabilimento	238
10. Le procedure amichevoli.....	244
11. Le MAP nel diritto italiano	250
12. Conclusioni	255
CAPITOLO V RIFLESSIONI CONCLUSIVE: PROBLEMATICHE ATTUALI E PROSPETTIVE EVOLUTIVE DEL PoEM	257
1. Le sfaccettature del PoEM	257
2. (Segue) l'interpretazione del PoEM.....	260
3. L'inquadramento delle problematiche attuali	263
4. L'importanza del PoEM alla luce delle convenzioni amichevoli	265
5. Il ruolo dell'Unione europea.....	267
6. La tassazione nell'era digitale e l'assenza di un collegamento fisico ...	272
7. Riflessioni conclusive	278
BIBLIOGRAFIA.....	285
Dottrina	285
Giurisprudenza	320
Prassi	326
Legislazione	330

INTRODUZIONE

1. Gli obiettivi della ricerca

La progressiva unificazione dei mercati globali, favorita dallo sviluppo tecnologico nei settori delle telecomunicazioni e della logistica, ha consentito alle imprese (multinazionali e non) di sfruttare le economie di larga scala nella produzione, distribuzione e commercializzazione dei prodotti, permettendo alle stesse di operare contemporaneamente all'interno di più ordinamenti statali.

Tuttavia, questa “internazionalizzazione economica” ha accentuato alcune significative problematiche tipiche della materia fiscale fra le quali, *in primis*, la necessaria determinazione di un valido e certo criterio di collegamento, a natura prevalentemente sostanziale, fra il contribuente e la comunità Statale di appartenenza, idoneo a legittimare il pieno ed assoluto esercizio della potestà impositiva da parte dello Stato.

Ebbene, in questo contesto, la nozione che viene tradizionalmente ritenuta più idonea ad evidenziare tale connessione è quella di residenza fiscale la quale, con riferimento alle società commerciali assume privilegia il criterio di sede dell'amministrazione (effettiva) definibile, in via di sommaria approssimazione, come il luogo dal quale provengono gli impulsi direttivi volti a guidare l'attività d'impresa.

L'interpretazione e l'implementazione di quest'ultimo concetto si deve però confrontare, oltre che con le evoluzioni del mercato globale, anche con la moltitudine di funzioni che lo stesso è chiamato a svolgere sia sul piano nazionale che su quello internazionale.

Questa considerazione consente di effettuare due importanti precisazioni preliminari.

In primo luogo, il generale accoglimento della sede dell'amministrazione determina, inevitabilmente, l'insorgere di più concetti che, sebbene riconducibili alla medesima nozione di *place of effective management*, assumono significato differente, a volte anche radicalmente.

Difatti, l'interpretazione di concetti giuridici come è, appunto, la sede della direzione effettiva, è il risultato dell'esperienza storica, culturale ed economica propria di ogni singola comunità statale.

A ciò si aggiunga, inoltre, che la materia tributaria e, a valle, la determinazione della residenza fiscale assume una connotazione inevitabilmente politica. I rapporti di forza fra i singoli Governi statali spingono i legislatori e le Amministrazioni finanziarie nazionali ad utilizzare nozioni in grado di garantire la massima espansione della soggettività passiva tributaria al fine di aumentare le entrate fiscali necessarie ad ampliare e mantenere i servizi pubblici.

Esempio emblematico di questa prima considerazione può essere rinvenuto nella nota contrapposizione fra sede dell'amministrazione intesa come *top management* e sede dell'amministrazione intesa come *day to day management*.

Ciò detto, la seconda considerazione attiene alle importanti modifiche alle quali si è di recente assistito al fine di far fronte alle nuove esigenze del mercato.

In questa prospettiva, basti ricordare la modifica apportata dal progetto BEPS al commentario nel 2017 la quale ha (o sembra aver) sostituito la sede della direzione effettiva con le procedure amichevoli.

E, allora, si è naturalmente spinti ad interrogarsi se il PoEM sia ancora oggi un criterio tendenzialmente idoneo a svolgere gli obiettivi originariamente perseguiti oppure se sia necessario un attento e ragionato ripensamento volto ad individuare un criterio alternativo.

In conclusione, gli obiettivi che il presente progetto si propone di raggiungere sono, essenzialmente, due.

In primo luogo, a seguito di un'attenta ricostruzione delle diverse concezioni della sede della direzione effettiva oggi adottate nel contesto nazionale, convenzionale ed europeo si vuole arrivare a determinare se esistano e, in caso affermativo, quali siano, i tratti comuni della nozione, sia da un punto di vista definitorio sia da un punto di vista funzionale.

In particolare, l'obiettivo finale sarà quello di comprendere, con il maggior grado di certezza possibile, quali siano i punti di contatto fra le varie concezioni di sede dell'amministrazione effettiva e come le eventuali divergenze interpretative impattino sull'applicazione di tale concetto.

In secondo luogo, l'elaborato mira a verificare se, ad oggi, il PoEM sia ancora idoneo a svolgere le funzioni per il quale è stato introdotto e, in caso negativo, se esistano criteri idonei a prenderne il posto.

2. Il criterio metodologico

Come appare evidente dalle considerazioni preliminari effettuate nel paragrafo precedente, la presente ricerca è caratterizzata da due direttive fondamentali.

L'idea di base è, infatti, quella di concentrarsi sulla sede della direzione effettiva, intesa come criterio di collegamento territoriale a carattere soggettivo, nel solo ambito delle imposte dirette, includendo nel

campo di analisi non solo il diritto convenzionale, ma anche quello nazionale ed europeo.

Una simile delimitazione dell'ambito di ricerca deve però essere adeguatamente motivata da un punto di vista metodologico.

La sede dell'amministrazione e, più in generale, il collegamento soggettivo fra Stato e contribuente, non solo assume rilevanza in svariati settori della materia tributaria ma, inoltre, presenta connotati e funzioni a volte anche significativamente differenti a seconda dell'ambito di riferimento.

Conseguentemente, ampliare o restringere il tema di ricerca potrebbe avere risvolti estremamente rilevanti in ordine ai possibili risultati e, pertanto, è quantomeno opportuno motivare adeguatamente le scelte metodologiche compiute.

Volendo analizzare le due questioni separatamente e procedendo secondo l'ordine logico sopra tracciato, è innanzitutto necessario dare conto delle ragioni che hanno portato a "restringere" la ricerca alle sole imposte dirette.

Come noto, l'imposizione fiscale costituisce non solo un obbligo al quale tutti i contribuenti sono assoggettati ma, nell'ambito dell'attività d'impresa, un vero e proprio costo della gestione che deve essere correttamente e adeguatamente considerato durante la fase di formazione del *business plan*, specialmente se di lungo periodo.

Di conseguenza, la corretta identificazione del collegamento soggettivo, inteso quale criterio per determinare non solo il *quantum* dell'obbligazione tributaria, ma anche il soggetto nei confronti del quale adempiere la stessa, assume una connotazione oltre che giuridica anche economica.

E, sotto questa prospettiva, l'identificazione della sede della direzione effettiva ai fini delle imposte dirette assume, nella maggior parte dei casi una rilevanza fondamentale. Ciò per due semplici ragioni.

In primo luogo, l'imposizione diretta rappresenta il "costo" fiscale più incisivo ai quali le imprese devono far fronte. Da un punto di vista quantitativo, i tributi reddituali, quali forma di imposizione sui redditi ovunque prodotti da un soggetto, sono certamente quelli più ampi, in grado di ricomprendere la maggior parte delle attività e delle passività dell'impresa. Da un punto di vista qualitativo, invece, la corretta individuazione dello Stato di residenza consente di applicare criteri di calcolo delle attività e delle passività, nonché agevolazioni fiscali che, in alcuni casi, possono determinare il successo o il fallimento dell'impresa.

In secondo luogo, mentre concetti come, ad esempio, quello di stabile organizzazione assumono significati a volte anche significativamente differenti a seconda del relativo ambito di applicazione, la sede dell'amministrazione è, e rimane, un concetto tendenzialmente unitario. Ciò significa che, salvo casi eccezionali come può essere nel caso di imprese totalmente "digitali", l'individuazione della sede dell'amministrazione nelle imposte dirette ha indubbiamente delle significative ricadute anche con riferimento agli altri tributi, siano questi diretti o indiretti.

Ciononostante, questo concetto, a seguito della progressiva e inesorabile digitalizzazione del mercato, incoraggiata anche dal frequente utilizzo di mezzi di telecomunicazione a distanza, non ha subito alcun significativo mutamento.

Più precisamente, a fronte di alcuni significativi interventi in altri settori, soprattutto in materia di localizzazione di beni e servizi nel

commercio elettronico, la sede della direzione effettiva non ha ricevuto, salvo qualche limitato documento di *soft law*, alcuna modifica o precisazione.

In sintesi, le ragioni che richiedono di focalizzare l'attenzione sulle sole imposte dirette sono essenzialmente due, ovverosia, da un lato, la rilevanza trasversale dalla sede dell'amministrazione effettiva e, dall'altro lato, l'assenza di interventi dedicati idonei a chiarificare la portata del concetto nell'odierno contesto economico.

Ciò detto, passando ora al profilo "estensivo" della ricerca, ovverosia l'inclusione nel perimetro di analisi anche degli aspetti attinenti al diritto convenzionale europeo, occorre innanzitutto rilevare, come verrà meglio approfondito nel corso della trattazione, che le differenti funzioni assunte dalla nozione della sede della direzione effettiva a seconda dell'ambito disciplinare di riferimento.

Questa considerazione potrebbe quindi portare, ad una prima analisi, a dubitare della validità dell'ampliamento della ricerca anche al di fuori dei confini nazionali.

Tuttavia, nonostante le intrinseche differenze indubitabilmente riscontrabili fra i vari ordinamenti, la prassi operativa, così come innumerevoli documenti di *soft law*, hanno evidenziato una significativa sovrapposizione fra i vari concetti.

Basti pensare, a mero titolo esemplificativo, alle osservazioni apportate dagli Stati nazionali al Modello di convenzione contro le doppie imposizioni OCSE, le quali hanno tutt'altro che raramente influenzato l'interpretazione del concetto convenzionale.

Sebbene sia innegabile la differente funzione che il PoEM sia chiamato a svolgere a seconda del settore di riferimento, le possibili sovrapposizioni in ordine alla sua corretta interpretazione rendono necessario

estendere l'ambito di ricerca al fine di evidenziare non solo le differenze ancor'oggi esistente, ma anche i possibili punti di contatto.

Per tali ragioni, una corretta analisi del concetto di sede della direzione effettiva nelle imposte sui redditi deve necessariamente estendere l'ambito della ricerca non solo alla normativa nazionale, ma anche a quella convenzionale ed europeo.

Volendo sintetizzare quanto sopra evidenziato, la perimetrazione dell'ambito di analisi è dettato dall'esigenza di ricostruire una visione di insieme del concetto di *place of effective management*, valorizzando il suo attuale contenuto anche alla luce della sua rilevanza nell'ambito di una corretta pianificazione fiscale.

CAPITOLO I
IL COLLEGAMENTO TERRITORIALE: IL PRINCIPIO DI
TERRITORIALITÀ

SOMMARIO: 1. Premessa; 2. L'origine e la funzione del principio di territorialità; 3. Definizione e contenuto del principio di territorialità; 4. Il fondamento della connessione territoriale; 5. (Segue) la territorialità quale espressione della sovranità statale; 6. Il principio di territorialità nella costituzione italiana; 7. I confini della territorialità nel diritto italiano; 8. (Segue) i confini della territorialità nel diritto internazionale; 9. La territorialità nel diritto europeo ; 10. I criteri di collegamento; 11. (Segue) i criteri Soggettivi; 12. (Segue) Il criterio di collegamento oggettivo: La Fonte del reddito.

1. Premessa

La ricostruzione del ruolo oggi rivestito dal *Place of Effective Management* (sede della direzione effettiva o, in breve, PoEM) nell'ordinamento tributario, impone, a parere di chi scrive, di iniziare il percorso di analisi dai limiti che il legislatore deve necessariamente rispettare nell'individuazione del presupposto d'imposta, riconducibili al generale concetto di "efficacia della legge tributaria nello spazio".

Lo stretto rapporto fra economia e diritto, che caratterizza in particolare la materia tributaria, esige di identificare regole certe e prevedibili in grado di consentire agli operatori economici di determinare a priori non solo il proprio carico fiscale, ma anche il soggetto nei confronti del quale adempiere la propria obbligazione tributaria.

Sebbene il costante e inarrestabile sviluppo del mercato globale (significativamente incentivato dai rapidi sviluppi della rete internet) sia destinato ad erodere sempre più la linea di demarcazione fra le potestà

impositive dei singoli Stati, alcuni principi fondamentali conservano ancora oggi una portata decisiva.

In questo contesto, ruolo centrale è indubitatamente rivestito dal c.d. principio di territorialità (o giurisdizione fiscale)¹, il quale mira a limitare e determinare la validità e l'efficacia della "legge"² tributaria nello spazio.

2. L'origine e la funzione del principio di territorialità

Uno dei tratti essenziali del principio di territorialità è sicuramente individuabile nel suo aspetto dinamico.

Secondo la ricostruzione dottrinale maggioritaria, tale dinamismo trova la propria ragion d'essere nello stretto collegamento esistente fra il principio di territorialità e nozioni allo stesso necessariamente presupposte

¹ Tuttavia, secondo G. FRANSONI, *La territorialità nel diritto tributario*, Milano, 2004, 49, nota 103, "I due 'termini territorialità' e 'jurisdiction' vengono spesso considerati sinonimi o, meglio, l'uno la corretta traduzione dell'altro. Ciò, in realtà, non pare del tutto esatto presentando ciascuno di essi un significato al tempo stesso più ampio e più ristretto. La territorialità, per un verso, indica solo la competenza del soggetto a compiere atti con determinati contenuti ma, al contempo non riguarda, a stretto rigore, solo gli atti normativi e, comunque, non è determinata da limiti di carattere necessariamente o esclusivamente territoriale". Sul tema, si veda anche M. GIULIANO, *Lo Stato, il territorio e la sovranità territoriale*, in *Com. e Studi*, 1954, 12.

² G. FRANSONI, *La territorialità nel diritto tributario*, cit., 6, secondo il quale "si deve innanzitutto riconoscere che il riferimento alla 'legge' costituisce una sineddoche (e, anzi, anche così inteso, il concetto resta sempre alquanto impreciso) (...). In un'accezione tecnicamente più precisa, quindi, lo spazio o il territorio dovrebbero essere presi in considerazione in quanto limiti all'efficacia o alla validità degli atti normativi in generale".

fra le quali, *in primis*, quelle di popolazione³ e, soprattutto, di Stato⁴ le quali, a causa della costante evoluzione del contesto storico, politico ed economico, sono in costante mutamento.

Questo collegamento, a sua volta, trova la propria giustificazione nella funzione svolta dalla territorialità (intesa nel senso più ampio del termine). Questa, infatti, è finalizzata ad individuare l'ambito di efficacia spaziale della legge statale ovvero sia il perimetro all'interno del quale la legge nazionale è obbligatoria e vincolante per i suoi destinatari. Di conseguenza, è evidente come il mutamento dei rapporti di forza fra Stati e delle prospettive economiche ad essi correlate finisca inevitabilmente per incidere anche sull'estensione della normativa statale.

In una prospettiva storico-evolutiva, volendo individuare il momento in cui il principio di territorialità ha fatto il proprio ingresso all'interno dell'odierno Stato di diritto, occorre fare riferimento alla concezione di Stato

³ 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, 35 “il principio di territorialità (...) è strettamente collegato con il modo di intendere lo Stato, con il fondamento della potestà di imposizione e più specificamente sulle prevalenti concezioni finanziarie del momento. Nel momento in cui le due nozioni cominciano a modificarsi come conseguenza della variazione delle sue componenti strutturali, territorio, popolazione, governo (rictus, quando si modifica il modo di intenderle), comincia anche il diverso modo di intendere il principio di territorialità e potremmo anche dire il suo inarrestabile declino”. J. STORY, *Commentaries on the conflict of laws*, Boston, 1834, 18.

⁴ C. SACCHETTO, *Voce, “territorialità” (dir. tribut.)*, in *Enc. Dir.*, 1972, “La territorialità della legge è un'immediata conseguenza della concezione statale manifestatasi nel XVII secolo nonché della forza storica con cui si è imposto il principio di sovranità territoriale nella coscienza giuridica del diritto europeo. Il principio di territorialità in quanto principio storico "aprioristico" era destinato a modificarsi con il diverso modo di intendere il fondamento dello Stato”.

emersa a metà del XVII secolo⁵, e, più precisamente, nella pace di Westfalia del 1648⁶ ove si affermò espressamente, per la prima volta, la sovranità esclusiva degli Stati sul proprio territorio⁷, inteso come elemento “*essenziale*

⁵ Si rileva, però, che, secondo alcuni, la prima vera e propria definizione di territorialità deve essere attribuita allo spagnolo Francesco Suarez, secondo il quale questa identifica “*un'obbligazione naturale che determina la soggezione degli individui alla potestà statale in ragione dell'effettivo soggiorno dei primi nel territorio su cui lo Stato esercita la propria sovranità*” (F. SUAREZ, *Tractatus de legibus ac Deo legislatore*, Coimbra, 1612). Pertanto, come rileva R. BAGGIO, *Il principio di territorialità ed i limiti alla potestà tributaria*, Milano, 2009, 4, “*Il fatto che del principio di territorialità s'inizi a parlare solo dalla metà del XVII secolo, non va quindi spiegato in termini di creazione di un concetto rapportato ad una realtà completamente nuova, ma come esplicitazione di un concetto immanente in ogni sistema politico, pur se risalente alle epoche antiche*”.

⁶ C. SACCHETTO, *Voce*, “*territorialità*”, cit. “*Questo principio trova collocazione storica nelle teorie contrattualistiche dello Stato, di cui i maggiori rappresentanti nel XVII e XVIII secolo sono riconosciuti il Grozio, l'Hobbes, il Pufendorf ed il Locke: si delinea allora la tesi di un tacito accordo quale fondamento del legame degli stranieri alle leggi statali, legame che viene considerato un'estrinsecazione della sovranità territoriale*”.

⁷ A. TANZI, *Introduzione al diritto internazionale contemporaneo*, Padova, 2016, 8, “*Il significato simbolico di questo evento è quello di segnare la fine di una distribuzione gerarchica del potere sulla scena internazionale, o meglio europea, che trovasse, quindi, il suo vertice nell'Impero o nel Papato. In alternativa a tale prospettiva verticistica, si è consolidato uno scenario di distribuzione del potere tra una pluralità di aggregati umani la cui sovranità nazionale non ammetteva autorità a essi superiore. Questi, gli Stati europei, dall'Inghilterra alla Russia, formalmente pari ordinati tra loro, mossi da interessi concorrenti, ma ispirati a valori e modelli di comportamento omogenei, si fornirono di un bagaglio assai limitato di regole giuridiche, basate sulla reciprocità, che assicurassero un regime di libera concorrenza politica, militare ed economica. Sostanzialmente, tali regole miravano a garantire la tutela della funzione diplomatica, uno standard minimo di trattamento dei rispettivi cittadini all'estero, soprattutto dei loro beni e diritti economici, la libertà dei mari e un minimo di regole di condotta nelle ostilità belliche, che ne contenessero per quanto possibile le atrocità*”.

dello Stato (...) costituito, in via esclusiva, da quella parte del globo terrestre sulla quale (...) è legittimato ad esercitare la sua sovranità".⁸

Secondo questa prima ricostruzione di territorialità, ancor'oggi prevalente nel diritto amministrativo e penale internazionale⁹, il "sovrano" (inteso quale soggetto dotato di poteri imperativi idonei ad obbligare un determinato gruppo di persone) è legittimato a regolare i rapporti attivi e passivi nei confronti di tutti i soggetti ubicati all'interno del territorio di propria competenza. Al contempo, in modo diametralmente opposto, è preclusa qualsiasi estensione della legge nazionale all'esterno del territorio nazionale¹⁰, fatta salva la sola ipotesi di "cortesia fra Stati"¹¹.

Questa prima formulazione della territorialità evidenzia quindi la sua forma più pura, ove Stato e territorio finiscono quasi per sovrapporsi.

⁸ T. MARTINES, *Manuale di diritto costituzionale*, Milano, 2007, 132.

⁹ C. SACCHETTO, *Voce Territorialità, cit.*, "Deriva da tale impostazione un concetto di territorialità secondo il quale la legge dello Stato, e solo quella, si applica sul territorio e vincola i soggetti che si trovano sul territorio stesso. Esempi di questa affermazione sono la *lex loci*, che si applica ai contratti conclusi sul territorio dello Stato e la legge penale, cui sono sottoposti anche gli stranieri in transito sul territorio nazionale".

¹⁰ R. AGO, *Teoria del diritto internazionale privato*, Padova, 1934, 35; P. VOET, *De Statutis eorumque concursu liber singularis*, Amsterdam, 1661.

¹¹ Secondo U. HUBER, *De jure civitatis*, Leiden, 1647, da tali considerazioni discendono tre postulati e, più precisamente, "1) le leggi di ogni Stato sovrano hanno vigore solo entro il confine della relativa comunità ed obbligano tutti i sudditi ma non oltre; 2) sono da considerare sudditi e quindi soggetti al potere dello Stato tutti coloro che si trovano entro il suo confine, sia che vi si fermino stabilmente sia che vi si fermino temporaneamente; 3) in questo i capi degli Stati sono l'uno contro l'altro per il fatto che i diritti di ogni popolo, che vengono applicati entro il proprio confine, conservano ovunque la propria efficacia, in quanto non siano pregiudicati il potere o il diritto di un altro sovrano e dei suoi cittadini". Sul tema, si veda anche G. BARILE, *Voce "Diritto internazionale privato"*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1964.

Il successivo step nell'evoluzione del principio si sviluppò in parallelo con la formazione del concetto di Stato Nazione, formarsi in Europa nel XIX secolo e caratterizzato dai principi di personalità della legge e di assoggettabilità alla normativa nazionale in base all'appartenenza del soggetto alla comunità statale.

Conseguentemente, la dottrina del tempo ritenne che l'esercizio della sovranità statale non trovasse il proprio fondamento nella presenza fisica del soggetto nel territorio nazionale, ma, piuttosto, nell'appartenenza dello stesso alla comunità statale.

In altri termini, con le parole di Mancini¹², *“le leggi devono reggere in tutti i luoghi e per tutti i rapporti giuridici per le persone per le quali sono state fatte”*.

Si tratta, come appare evidente, di una concezione della territorialità diametralmente opposta a quella emersa nella pace di Westfalia in quanto svincolata dagli stretti confini territoriali e potenzialmente illimitata.

Una concezione di territorialità svincolata da ogni collegamento materiale o personale non ha mai trovato accoglimento nel panorama internazionale.

Tuttavia, il connotato personalistico del principio portò ad un progressivo ridimensionamento della territorialità c.d. “pura” (efficacia della norma statale solo all'interno dei confini nazionali), spingendo, quindi, verso un sistema che, in linea di generale approssimazione, potrebbe essere definito “misto”, il quale richiede un collegamento fondato sia sulla presenza del

¹² P. S. MANCINI, *Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti*, Torino, 1851.

soggetto all'interno del territorio sia sulla sua appartenenza alla comunità statale di riferimento¹³.

Pertanto, volendo sintetizzare, il principio di territorialità oggi accolto, inteso nel senso più ampio del termine, ha la funzione di delimitare l'estensione spaziale della legge statale (ivi compresa quella tributaria) nei confronti dei soli soggetti sufficientemente collegato con lo Stato.

3. Definizione e contenuto del principio di territorialità

Secondo condivisa opinione dottrinale¹⁴, lo studio della materia oggetto del presente capitolo può essere approcciato utilizzando due possibili metodologie, ovverosia il c.d. “metodo giuridico” e il c.d. “metodo economico”¹⁵.

L'impostazione giuridica si riferisce alla territorialità quale criterio di matrice giuridica per la determinazione dei fatti che lo Stato può assumere quali presupposti - materiali e soggettivi - di propri tributi e che, al contempo,

¹³ A tal proposito, celebre è l'affermazione di Kelsen, secondo cui la norma vale “*dovunque e sempre purché essa stessa non ponga limitazioni nel suo aspetto spaziale e temporale*”.

¹⁴ C. SACETTO, *L'evoluzione del principio di territorialità e la crisi della tassazione del reddito mondiale nel paese di residenza*, cit., 35.

¹⁵ Pare però utile ricordare che, secondo alcuni autori (G. A. MICHELI, *Problemi attuali di diritto tributario nei rapporti internazionali*, in *DPT*, 1, 1965, 222), le problematiche attinenti alla territorialità in ambito tributario potrebbero trovare una semplice soluzione nel diritto internazionale privato facendo ricorso alle c.d. norme di conflitto. Si tratta, però, di una posizione che non convince perché diritto internazionale privato e diritto internazionale tributario presentano alcune insuperabili differenze, le quali non consentono una mera applicazione analogica dei principi regolatori della materia.

legittima l'esercizio dei poteri connessi al prelievo del tributo¹⁶. In questa prospettiva si tende quindi a distinguere fra territorialità c.d. "materiale" e territorialità c.d. "formale"¹⁷.

Per quanto attiene alla prima concezione, questa ha ad oggetto all'aspetto sostanziale del concetto ed è volta all'individuazione degli elementi di collegamento (atti, fatti o accadimenti) idonei a giustificare la pretesa impositiva statale¹⁸. Di conseguenza, la territorialità materiale quindi,

¹⁶ C. SACCHETTO, *L'evoluzione del principio di territorialità e la crisi della tassazione del reddito mondiale nel paese di residenza*, cit., "La dottrina tributaria agli inizi di secolo e soprattutto di elaborazione tedesca, ha potuto rinvenire il contenuto del principio di territorialità - come si è rilevato più sopra - nella necessità di riscontrare un legame o meglio un criterio razionale tra la potestà tributaria ed un ambito territoriale di sua pertinenza, nel cui ambito spaziale la potestà tributaria può concretamente estrinsecarsi. Nella impostazione primitiva dello Spitaler, essa ha carattere territoriale in senso stretto come *Gebietshoheit* e personale come *Personhalhoheit* per i soggetti che l'ordinamento tributario configura come appartenenti alla comunità statale. In questa prima accezione teorica, il principio di territorialità finiva per condizionare l'esercizio in concreto della potestà tributaria perché gli Stati si ritenevano autorizzati a colpire quelle fattispecie che esaurivano i loro clementi nel presupposto, oggettivo e soggettivo, dello spazio del territorio dello Stato". Si veda anche G. A. MICHELI, *Corso di diritto tributario*. Torino, 1989, 68.

¹⁷ La distinzione tra aspetto materiale e aspetto formale della territorialità in materia tributaria è da ascrivere primariamente a E. HERZFELD, *Probleme des Internationalen Steuerrecht unter besonderer Berücksichtigung des Territorialitäts-problems und des Qualification problems*, in *Vierteljahresschrift für Steuer und Finanzrecht*, Berlino, 1932, 441. Sul tema, si veda G. A. MICHELI, *Corso di diritto tributario*, cit.; F. GALLO, *La soggettività tributaria nel pensiero di G.A. Micheli*, in *Rass. Trib.*, 3, 2009, 611.

¹⁸ Secondo A. D. GIANNINI, *Istituzioni di diritto tributario*, Milano, 1956, 48, i limiti all'individuazione del presupposto non deriverebbero da alcuna regola giuridica quanto, piuttosto, da una mera decisione di stampo politico. Più precisamente, come ricorda C. SACCHETTO, *Territorialità*, cit., 324, non si potrebbe parlare di limite alla potestà impositiva, ma, più correttamente, di autolimitazione. Sul tema, si veda anche A. FANTOZZI, *Diritto Tributario*, Torino, 2012, 9; G. A. MICHELI, *Voce "Legge"*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1973, 1092, G. LAPIS,

impedirebbe al legislatore statale di elevare a presupposto del tributo elementi caratterizzati da profili di “estraneità” rispetto alla comunità statale di appartenenza¹⁹.

Questa interpretazione della territorialità materiale è però tutt’altro che pacifica. Difatti, secondo alcuni autori, l’assenza di norme gerarchicamente superiori volte a definire quali siano gli elementi “estranei” all’ordinamento nazionale²⁰, circostanza che si approfondirà meglio nelle pagine che seguono, non consentirebbe di parlare di limiti ma, piuttosto, di autolimiti che è lo stesso Stato ad imporsi²¹.

Indipendentemente dall’approccio seguito, ai fini qui di interesse è sufficiente sottolineare che la territorialità materiale si limita a richiedere, quale condizione necessaria e sufficiente per l’esercizio della sovranità statale, un collegamento fra soggetto e gruppo sociale di appartenenza tramite

Efficacia della norma tributaria nello spazio, Palermo, 1983, 19; G. CROXATO, *L'imposizione delle imprese con attività internazionale*, Padova, 1965, 27; M. NORR, *Jurisdiction to Tax and International Income*, in *Tax Law review*, IV, 4, 1962, 341.

¹⁹ K. VOGEL, *Il diritto tributario internazionale*, in AA.VV., *Trattato di diritto internazionale*, Padova, 1994, 691.

²⁰ P. BORIA, *Diritto tributario europeo*, Milano, 2015, 20, “in un assetto caratterizzato dalla equiordinazione dei vari ordinamenti non è possibile rinvenire una norma di grado superiore (una sorta di ‘meta-norma’) che regoli il contrasto tra le norme appartenenti a vari ordinamenti – e dunque il conflitto di fonti normative – secondo un criterio di tipo gerarchico. La logica deduttiva, che impone di risolvere i contrasti in base al principio della superiorità di una fonte rispetto alle altre, è infatti applicabile soltanto in sistemi di tipo verticale, nei quali cioè sia sancita la dipendenza di un ordinamento rispetto all’altro”.

²¹ S. STEVE, *Sulla tutela internazionale della pretesa tributaria*, in *Riv. dir. fin.*, 1, 1940, 248,

presupposti d'imposta idonei a realizzare gli interessi dell'ordinamento di appartenenza²².

Diversamente da quest'ultima nozione, la territorialità formale ha invece ad oggetto l'esercizio dei poteri coercitivi che presiedono la fase attuativa del tributo, fra i quali rientrano sia i poteri istruttori (ad esempio, accessi, ispezioni e verifiche) sia gli atti di recupero delle imposte²³.

L'esercizio di tali poteri da parte dello Stato, intesi quali comandi e obblighi da cui deriva una compressione della libertà personale del soggetto passivo, presuppone un (tendenzialmente) illimitato potere di governo, il quale può realizzarsi esclusivamente all'interno del proprio territorio di competenza.

Pertanto, nonostante il significativo rafforzamento dei meccanismi di cooperazione internazionale²⁴, la fase esecutiva del tributo non può

²² Come rileva G. FRANSONI, *La territorialità nel diritto tributario*, cit., 308, l'individuazione di detti limiti dovrebbe essere effettuata sulla base dell'esistenza di un effettivo collegamento fra il soggetto e la comunità a cui quest'ultimo è tenuto a contribuire. Detto legame, inoltre, non dovrebbe essere individuato in base a criteri di stampo "internazionale" quanto, piuttosto, sulla base di indici di collegamento ritenuti razionali all'interno della stessa comunità di appartenenza.

²³ R. BAGGIO, *Il principio di territorialità ed i limiti alla potestà tributaria*, cit.; A. MANGANELLI, Voce "Territorialità del tributo", in *Digesto Disc. Priv. Sez. Commerciale*, 1998; R. LUPI, Voce "Territorialità del tributo", in *Enc. giur.*, Roma, 1994; C. SACCHETTO, *Tutela all'estero dei crediti tributari dello Stato*, Padova, 1978, 57; A. R. ALBRECHT, *The enforcement of taxation under international law*, in *British Yearbook Int'l Law*, 30, 1953, 461.

²⁴ M. UDINA, *Trattato di diritto internazionale*, Padova, 1949, 57, secondo cui "Per quanto riguarda l'assistenza amministrativa, essa assume di solito due forme. In primo luogo, essa può consistere in uno scambio di informazioni, che sono sollecitate caso per caso o trasmesse d'ufficio, per certi elementi tassativamente elencati nelle varie convenzioni; in secondo luogo, essa può consistere in una collaborazione dei servizi amministrativi degli Stati interessati, che procedono l'uno per conto dell'altro a inchieste, verifiche, perizie o altri atti di procedura per l'accertamento dell'imponibile e la determinazione del tributo (...). Mentre nella forma finora esaminata l'una

prescindere da un potere di imperio sul territorio ove ha luogo la stessa esecuzione del tributo²⁵.

La sommaria ricostruzione delle due concezioni di territorialità giuridica evidenzia chiaramente come questi due concetti altro non siano se non due facce della stessa medaglia.

Più precisamente, anche accogliendo la connotazione “autolimitativa” della territorialità materiale, la quale, quindi, non impedirebbe al legislatore nazionale di elevare a presupposto d’imposta qualunque elemento da questi ritenuto idoneo, la territorialità materiale finirebbe comunque per delimitare l’attività normativa statale, rendendo sostanzialmente impossibile procedere all’esecuzione del tributo.

Rimandando la trattazione specifica della questione al successivo paragrafo 4, è qui sufficiente ricordare che un tributo fondato su elementi estranei all’ordinamento Statale, seppur astrattamente legittimo, finirebbe, di fatto, per essere inesigibile stante l’impossibilità di procedere al recupero

amministrazione si limita a fornire all'altra gli elementi per l'esercizio della potestà tributaria, nell'altra forma di collaborazione l'amministrazione d'uno Stato si sostituisce all'amministrazione di un altro Stato nel compimento di atti inerenti alla potestà stessa”. Sul tema si veda anche G. CROXATTO, *La imposizione delle imprese con attività internazionale*, Padova, 1965; G. A. MICHELI, *Problemi attuali di diritto tributario nei rapporti internazionali*, cit., 217.

²⁵ V. UCKMAR, *La tassazione degli stranieri in Italia*, Padova, 1955, 95, secondo il quale “*Lo Stato che promuove un'azione giudiziaria anche di semplice esecuzione all'estero, in sostanza chiede che la sua pretesa abbia il riconoscimento da parte della Magistratura straniera e quindi "per la contraddizione che non lo consente" non esercita un potere di sovranità, ma si sottopone alle leggi e agli organi stranieri, come un privato qualsiasi*”. G. BISCOTTINI, *l'efficacia degli atti stranieri di imposizione*, in *Studi in onore di Guido Zanobini*, Milano, 1965, 75 secondo cui non sarebbe possibile dare esecuzione a un atto straniero a carattere impositivo in quanto ciò implicherebbe riconoscere il potere d’imperio dello Stato straniero nel territorio nazionale.

dell'imposta in assenza della collaborazione dello Stato in cui il soggetto passivo (e/o i suoi beni) è effettivamente ubicato.

3.1. (Segue) il metodo economico

La rilevanza dell'aspetto fiscale nell'orientare le scelte di mercato compiute dagli operatori economici ha alimentato un'ulteriore riflessione, incentrata su un approccio di stampo economico-finanziario (come, ad esempio, l'*economical and political allegiance*)²⁶ la quale, a sua volta, ha dato vita al c.d. metodo economico²⁷.

Prima di tracciare i contorni di questo approccio dogmatico, è però necessario sottolineare come questo metodo assuma un ruolo significativamente meno rigoroso rispetto al metodo giuridico.

Segnatamente, le argomentazioni economico-finanziarie, sebbene siano spesso alla base delle scelte di politica fiscale, non assumono rango costituzionale rimanendo meri indicatori esterni al sistema giuridico e, quindi, privi di una qualsiasi efficacia vincolante.

Ciò detto, a differenza del metodo giuridico, il quale guida l'attività legislativa da un punto di vista puramente normativo, il metodo economico impone al legislatore nazionale di svolgere alcune importanti considerazioni inerenti alle ricadute economico-finanziarie dell'apposizione del dovere tributario in capo al contribuente.

²⁶ Per una completa ricostruzione dell'impatto delle teorie economiche in ambito tributario, si veda R. A. MUSGRAVE, *Effects of business taxes upon international commodity flows*, in *The roles of direct and indirect taxes in the federal revenue system*, (a cura di) R. A. MUSGRAVE, Princeton, 1964, 239.

²⁷ J. JEFFREY, *The impact of State sovereignty on global trade and international taxation*, L'Aia - Londra - Boston, 1999, 3.

In altre parole, si tratta di una metodologia volta a coordinare, da un punto di vista economico, i vari sistemi tributari nazionali e ad orientare l'attività dei legislatori statali al fine di risolvere tre problematiche fondamentali: *l'international tax neutrality, l'international tax equity e l'inter-country equity*²⁸.

In primo luogo, il sistema fiscale internazionale può definirsi “neutrale” solo qualora le scelte di investimento degli operatori economici non siano influenzate dal differente trattamento fiscale previsto nelle varie giurisdizioni nazionali. Ciò significa, da un lato, che ai soggetti “*che producono reddito anche all'estero (o solo all'estero) deve essere accordato lo stesso trattamento tributario che è accordato ai soggetti che producono reddito esclusivamente entro lo Stato di residenza [capitai export neutrality]*” e, dall'altro lato, “*che ai soggetti residenti che producono reddito anche all'estero (o solo all'estero) deve essere riconosciuto lo stesso trattamento tributario stabilito dallo Stato entro il quale tale reddito è prodotto ai soggetti che producono reddito esclusivamente entro quel Paese [capital import neutrality]*”²⁹.

In un sistema idealistico, tale obiettivo sarebbe automatica conseguenza del principio del beneficio “puro”, in base al quale il contribuente è tenuto a adempiere all'obbligo tributario solo nel paese ove riceve un reale ed effettivo beneficio economico. L'impossibilità di raggiungere tale obiettivo richiede quindi al legislatore nazionale di fare leva

²⁸ C. SACCHETTO, *L'evoluzione del principio di territorialità*, cit., 39.

²⁹ C. SACCHETTO, *L'evoluzione del principio di territorialità e la crisi della tassazione del reddito mondiale nel paese di residenza*, cit., 35, R. A. MUSGRAVE, *Effects of business taxes upon international commodity flows*, cit., 239

su altri criteri come, ad esempio, il principio di proporzionalità ed il principio di non discriminazione.

Procedendo oltre, l'*international tax equity* opera, a differenza dell'*international tax neutrality*, non sul piano sistematico, ma sul piano soggettivo richiedendo che soggetti in situazioni differenti siano trattati in maniera differente (*vertical equity*), mentre soggetti in situazioni eguali siano trattati in maniera uguale (*horizontal equity*)³⁰.

Sebbene la maggior parte degli ordinamenti costituzionali moderni tenda a parificare il trattamento fiscale riservato al cittadino a quello previsto per lo straniero, appare difficile individuare una perfetta sovrapposibilità delle due situazioni. Il vincolo soggettivo che lega il residente (o il cittadino) con lo Stato è ben diverso rispetto a quello esistente fra il medesimo Stato e il soggetto non residente.

La diversa intensità del prelievo fiscale trova quindi giustificazione nella diversa intensità del collegamento fra il contribuente e lo Stato in cui lo stesso produce il reddito. Si potrebbe quindi affermare che l'*international tax equity* miri ad imporre al legislatore nazionale l'individuazione di trattamenti differenziati in base alla residenza del soggetto solo qualora ciò sia giustificato da una maggior o da una minor intensità del rapporto economico fra Stato e soggetto.

In ultima battuta, il terzo problema economico, denominato *inter-country equity* attiene alla ripartizione del gettito fiscale tra gli Stati esportatori di capitali (normalmente il paese della residenza, dal quale proviene il capitale da investire) e gli Stati importatori di capitali (gli Stati della fonte, ove il capitale viene impiegato al fine di produrre il reddito). In

³⁰ C. SACCHETTO, *L'evoluzione del principio di territorialità*, cit., 43.

quest'ultimo caso, obiettivo del metodo economico altro non sarebbe se non quello di garantire una adeguata ripartizione del reddito imponibile, valorizzando la pretesa fiscale sia dello Stato investitore sia dello Stato produttivo del reddito.

Emerge chiaramente come tutte queste problematiche sono però guidate da un unico filo conduttore individuabile nell'esigenza di consentire agli operatori economici di compiere le scelte economicamente più convenienti, indipendentemente dalla correlata leva fiscale.

4. Il fondamento della connessione territoriale

Sebbene, come poc'anzi ricordato, la territorialità materiale trovi il proprio limite naturale nella territorialità formale (esercizio dei poteri coercitivi che presiedono la fase attuativa del tributo), questo rapporto non è da solo sufficiente a delimitare i contorni del rapporto Stato-contribuente.

Un simile approccio, infatti, determinerebbe una eccessiva rilevanza dei rapporti di forza fra gli Stati coinvolti nell'attuazione del tributo, estendendo o restringendo la pretesa tributaria in base ai poteri di intervento riconosciuti all'amministrazione finanziaria in suolo straniero. Ciò non solo violerebbe espressamente principi di stampo economico come l'*international tax neutrality* e l'*international tax equity*, ma, inoltre, infrangerebbe anche il principio di uguaglianza, oggi accolto dalla maggior parte degli Stati contemporanei.

La questione in esame, allora, si arricchisce di un profilo ulteriore. Non solo bisogna individuare un criterio idoneo a garantire allo Stato il prelievo fiscale sulla "ricchezza che ha contribuito a creare", ma è ulteriormente necessario che lo stesso legittimi l'esercizio dei poteri

coercitivi indipendentemente dai rapporti di forza esistenti fra gli Stati coinvolti nella fase attuativa del tributo³¹.

Il sistema internazionale attuale, però, non presenta alcuna norma imperativa vincolante in grado di far fronte a questa esigenza. Contrariamente a quanto avviene nel diritto tributario “interno”, il diritto tributario internazionale è caratterizzato da più soggetti (gli Stati) che operano su un piano equiordinato e, pertanto, il contrasto fra più norme imperative non può essere risolto facendo ricorso ad una regola gerarchicamente superiore.

Ciononostante, la dottrina ha individuato il criterio ritenuto potenzialmente idoneo ad individuare l'estensione della potestà impositiva territoriale nel c.d. principio di competenza, secondo il quale ogni ordinamento dispone di una propria sfera di competenza all'interno della quale può regolare e attuare, in via autonoma ed esclusiva, i rapporti tributari attivi e passivi³².

Naturalmente, la concreta applicabilità del principio in parola richiede però di individuare la “sfera di competenza” statale. A tal riguardo, devono

³¹ A. FANTOZZI, *Diritto tributario, cit.*, 9; P. RUSSO, *Manuale di diritto tributario, Parte generale*, Milano, 2002, 82; R. M. M. WALLACE, *international law: A Student Introduction*, Londra, 1997, 111; F. A. MANN, *The Doctrine of Jurisdiction in International Law*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, L'Aia, 1964, 111, 9; E. VANONI, *Elementi di diritto tributario*, Padova, 1962, 71; G. SPERDUTI, *Sovranità territoriale, atti di disposizione di territori ed effettività in diritto internazionale*, in *Riv. Dir. Int.*, 1959, 409; A. D. GIANNINI, *I concetti fondamentali del diritto tributario*, Torino, 1956, 33; M. GIULIANO, *Lo Stato, il territorio e la sovranità territoriale, cit.*; P. PAONE, *Osservazioni sulla possibilità di uno Stato di esigere crediti tributari all'estero*, in *Rass. Avv. St.*, 1953, 80; D. J. HARRIS, *Cases and materials on international law*, Londra, 1983, 210; J. H. BEALE, *A treatise on the conflict of laws*, New York, 1935, 308.

³² P. BORIA, *Il Sistema tributario*, Torino, 2008, 21.

essere approfondite quattro possibili teorie fra loro alternative ovverosia: la teoria reale, la teoria retributiva o etica, la teoria contrattuale e la teoria della sovranità.

In primo luogo, secondo la c.d. “teoria reale”, dovrebbero essere assoggettati al prelievo impositivo i soli soggetti nei confronti dei quali lo Stato detiene un “reale potere fisico”, idoneo a consentirgli di agire per il recupero del tributo dovuto anche tramite azioni esecutive³³. Di conseguenza, in assenza di tale “contatto”, nessuna potestà impositiva potrebbe essere riconosciuta anche nel caso in cui esista un legame personale a carattere soggettivo (es. cittadinanza)³⁴. Tuttavia, per le medesime ragioni sopra

³³ Sul tema, si rinvia a E. S. STIMSON, *Jurisdiction to Tax income*, in *Cornell Law review*, XXII, 4, 1937, 487, “As a matter of physical power, this would be equally true of a property tax, for the tax can be regarded as one imposed on an individual subject to the physical power of the state and measured by the value of his property wherever situated.” *When a person in one state owns property situated in another state, both states, in the absence of a supervening constitutional limitation, have the physical power to exact a tax, the one by seizing the property and the other by physical suasion of the owner. In this respect, income taxes are not different from property taxes. The state having power over the property which is the source of the income or over the payor of the income can, by seizure of the property or corporeal suasion of the payor, withhold a portion of the income; and the state having power over the person receiving the income can force him to pay. If it is unfair and a violation of the due process clause of the Fourteenth Amendment for two states, each having physical power to do so, to impose a property tax, then, likewise, it is unfair and contrary to due process for two states, each having corporeal power to do so, to exact an income tax”: ID., *Jurisdiction & Power of Taxation*, Vernon, 1933, 111.*

³⁴ Questa teoria è stata sostenuta anche dalla giurisprudenza americana in *Burnet v. Brooks*, 13 marzo 1933, in cui la Corte Suprema ha approvato un'imposta sugli immobili situati negli Stati Uniti, quando il deceduto era un Cittadino britannico e residente a Cuba sulla base del fatto che la proprietà era: “within the reach of the power which the United States by nature of its sovereignty could exercise as against other nations and their subjects without violating any established principle of international law”.

osservate in relazione alle limitazioni derivanti dalla territorialità materiale³⁵, detta teoria non ha mai trovato alcun seguito³⁶.

Possibile alternativa alla teoria reale è rappresentata dalla c.d. “teoria retributiva” o “etica”, basata sul rilievo che il dovere contributivo, oltre ad essere un obbligo politico-economico, assume anche evidenti connotati a natura etico-sociale.

Più precisamente, secondo i sostenitori di detta teoria, l'estensione della potestà impositiva statale deve essere determinata in base ai vantaggi generali che un soggetto riceve dalla sua semplice appartenenza ad una comunità politico-sociale, dai vantaggi particolari che derivano dall'attività sociale della collettività e dall'attitudine dello stesso soggetto passivo a fornire il proprio contributo alla medesima comunità³⁷.

Anche questo secondo approccio ha ricevuto scarso seguito per due ordini di ragioni. Da un lato, sebbene il dovere contributivo presenti indubitabilmente una componente solidaristica, questa costituisce solo una conseguenza indiretta del prelievo tributario, inidonea, di per sé, a fonderne l'esistenza. Dall'altro lato, invece, la natura metagiuridica della teoria etica rende impossibile determinare con certezza chi sia “eticamente” tenuto a

³⁵ Come ricorda J. H. BEALE, *A Treatise on the Conflict of Laws*, Cit., 518, accogliendo questa teoria si finirebbe per sovrapporre la potestà impositiva alla mera fase attuativa del prelievo tributario, svilendo la portata di questo principio generale.

³⁶ Per un critica dettagliata si veda C. E. MCLURE, *Globalization, Tax Rules and National Sovereignty*, in *Bulletin of International Fiscal Documentation*, LV, 8, 2001, 336; R. A. GREEN, *The Future of Source-Based Taxation of the Income of Multinational Enterprises*, in *Cornell Law Review*, 11, 1993, 29.

³⁷ B. GRIZIOTTI, *L'imposition Fiscale des Etrange*, in *Recueil de course*, in *Collected Courses of the Hague Academy of international Law*, L'Aia, 1926, 5, secondo cui “*Plus encore que comme un phénomène juridique et politique l'impôt doit être considéré comme une règle générale de caractère éhique*”, R. ALBRECHT, *The Taxation of aliens under international law*, cit. 145.

contribuire alle spese della collettività rendendo la debenza del tributo (e il suo relativo ammontare) incerta³⁸.

Ulteriore possibile criterio di delimitazione della sfera di competenza statale è stato individuato nella c.d. “teoria contrattuale”³⁹ secondo la quale la potestà impositiva altro non sarebbe se non il risultato di un rapporto contrattuale fra Stato e contribuente⁴⁰. In altre parole, a fronte della fornitura dei servizi essenziali da parte dello Stato, il contribuente si obbliga a versare un corrispettivo (il tributo) a titolo di controprestazione negoziale. Conseguentemente, la competenza statale dovrebbe estendersi nei confronti

³⁸ K. VOGEL, *Worldwide vs. Source Taxation of Income - A Review and Re-evaluation of Arguments (Part I)* in *Intertax*, XVI, 8/9, 1988, 395, “Above all, equity is not a concept from which conclusions can be derived by logical or mathematical implication. Nor is it possible to prove or disprove that something is equitable in the same way in which empirical facts can be proved. The attempt to formulate a definition of equity which is operational in the way in which definitions in exact sciences are, would be futile. What 'equity' means cannot be defined (like in the case of 'efficiency'), it can only be explained, paraphrased”.

³⁹ Secondo B. GRIZIOTTI, *L'imposition Fiscale des Etrange*, in *Recueil de course*, cit. questa teoria trova le proprie radici nelle opere sul diritto internazionale di Hugo Groitio e nel *Triaté des Lois* di Giuseppe Saredo. Per una ricostruzione attuale della teoria del contratto sociale si veda R. DOEMBERG, L. HINNEKENS, *Electronic Commerce and International Taxation*, in *Suffolk Transnat'l L. Rev.*, 24, 1999, 233; K. VOGEL, *Worldwide vs. Source Taxation of Income - A Review and Re-evaluation of Arguments (Part III)*, in *Intertax*, XVI, 11, 1988, 395; R. S. J. MARTHA, *The Jurisdiction to Tax in International Law. Theory and Practice of legislative Fiscal Jurisdiction*, Deventer-Boston, 1989.

⁴⁰ Una possibile ricostruzione alternativa di detta teoria prendendo le mosse sempre dalla natura negoziale dell'obbligazione tributaria, giunge ad affermare che, stante la peculiare natura di tale rapporto obbligatorio, la relazione fra Stato e contribuente non dovrebbe essere regolata dalle ordinarie regole di diritto privato quanto, piuttosto, dalle speciali regole dettate in materia di imposte, considerate quale *lex specialis* in materia contrattuale. Si tratterebbe, quindi, di una obbligazione negoziale “speciale” a carattere non contrattuale.

delle sole controparti negoziali in qualità di debitori di un'obbligazione contrattuale.

Giurisprudenza⁴¹ e dottrina⁴² sono però unanimi nel ritenere il rapporto tributario non sussumibile nell'ambito dei rapporti contrattuali. Ciò in quanto, a fronte di una parziale estensibilità di alcune regole di natura

⁴¹ Nella giurisprudenza estera, *State of Colorado v. Harbeck*, 17 ottobre 1921. Nel caso esaminato, avente ad oggetto una questione in tema di imposta sulle successioni nella quale lo Stato del Colorado agiva per il riconoscimento della giurisdizione fiscale nei confronti dei beni detenuti da un proprio residente nello Stato di New York la Corte Suprema dello Stato di New York affermò che “*It is urged that the legatee becomes liable to pay the tax as upon an implied contract when he accepts the legacy under the will of a resident of Colorado and that he may be sued in the courts of another state wherever jurisdiction of the person may be obtained. But taxes are not debts or contracts. No contractual or quasi contractual obligation to pay arises out of the assessment of a tax. (City of Rochester v. Bloss, 185 N.Y. 42, 47; Meriwether v. Garrett, 102 U.S. 472, 513.) The enforcement of revenue laws rests not on consent but on force and authority. Liability to pay is a consequence imposed by fiat. A transfer tax is a tax on the succession or the right to receive the bequest based on the value of the succession, but it is assessed against and paid by persons, and it may not be collected from persons or out of property beyond the state's jurisdiction. (Maxwell v. Bugbee, supra.) No personal liability based upon the receipt of a legacy arises except under the provisions of the Colorado statute (§ 1) that the person to whom the property is transferred shall be personally liable for the tax until its payment and that liability is purely local and statutory*”

⁴² R. ALBRECHT, *The Taxation of aliens under international law, cit.*, secondo cui “*In fact, a contract of taxation between the taxpayer and the state is impossible in most cases because there is no real freedom not to contract. The alien taxpayer must pay his taxes whether he has agreed to do so or not. Furthermore, there could be nothing even approaching a bargain between the parties as to the terms of the 'contract': how much the taxpayer must pay and how much he will get in return. The terms are variable at the will of the state, which may alter or abolish existing taxes and introduce new ones, spending the proceeds as it likes without any obligation to consult the alien taxpayer. If the alien believes that a disproportionately small share of the state revenues is devoted to his benefit, he may feel aggrieved, but he has no remedy*”.

privatistica all'obbligazione fiscale⁴³, quest'ultima è, e rimane, un'obbligazione di diritto pubblico⁴⁴; al contempo, il rapporto fra Stato e contribuente è carente di alcuni degli elementi fondamentali richiesti per la validità dei negozi contrattuali⁴⁵ fra i quali, *in primis*, il libero consenso fra le parti⁴⁶ (sia in relazione all'identità della controparte, sia con riferimento alla scelta se contrarre o meno⁴⁷).

⁴³ R. ALBRECHT, *The Taxation of aliens under international law*, 94, "Vi è concordia nel ritenere che le obbligazioni tributarie appartengono al genus delle obbligazioni di diritto pubblico. La struttura dell'obbligazione tributaria si rivela omogenea a quella delle obbligazioni disciplinate dal codice civile, pur distinguendosi per la natura legale della fonte che si riflette nella rigida disciplina della fase attuativa. Il che determina l'applicabilità delle disposizioni di cui agli artt. 1173 ss. c.c. all'obbligazione tributaria, previa valutazione di compatibilità. L'adempimento della obbligazione tributaria richiede lo svolgimento di un iter procedimentale che assume i caratteri, come si vedrà, del procedimento amministrativo".

⁴⁴ A. CARINCI, T. TASSANI, *Manuale di diritto tributario*, Milano, 2019, 4, l'obbligazione tributaria è "un'obbligazione pecuniaria che sorge in capo al singolo per effetto di un intervento autoritativo dello Stato o di un altro ente territoriale, avente la funzione di reperire entrate pubbliche attraverso cui realizzare il riparto delle spese tra i consociati".

⁴⁵ Inoltre, l'obbligazione tributaria, a differenza di quella contrattuale, è carente anche di un ulteriore elemento fondamentale, ovvero sia la fase della contrattazione. Difatti, al soggetto passivo non è data la possibilità di scegliere né di quali e quanti servizi usufruire, né di modificarne il contenuto della controprestazione.

⁴⁶ Come rileva E. KEMMEREN, *The origin principle*, Tilburg, 2001, 18, "The assumption that taxation is the payment for goods and services received from the taxing state on the basis of a (presumed) contract between the state and the fiscal subject must be rejected because the most fundamental aspect of a contract, the consensus, is absent".

⁴⁷ Se, da un lato, in relazione alle imposte dirette possano essere individuati alcuni elementi paragonabili ad un'espressione di un consenso tacito (a mero titolo esemplificativo, si pensi al trasferimento della propria residenza nel paese o all'esercizio di un'attività d'impresa all'interno dei confini territoriali), altrettanto non può essere affermato con riferimento ad altre tipologie impositive come, ad esempio, le imposte sui trasferimenti *mortis causa*.

Ultima possibile giustificazione teorica, ad oggi preferita dalla dottrina⁴⁸, è data dalla c.d. “teoria della sovranità”⁴⁹ secondo cui la potestà impositiva e sovranità si pongono in un rapporto di genere a specie⁵⁰.

In altre parole, la territorialità dell’imposta altro non sarebbe se non l’esercizio della sovranità⁵¹ in ambito fiscale⁵².

⁴⁸ A. NIZAMIEV, *The Main Characteristics of State's Jurisdiction to Tax in International Dimension*, Athens (Georgia), 2003, “Fiscal jurisdiction is an attribute of statehood and sovereignty. Jurisdiction is based on a state’s sovereignty and can be exercised only when a sovereign (i.e., a state) has the sovereign right to realize appropriate competence under international law (...) without sovereignty jurisdiction does not exist. Limits of sovereign power determine limits of jurisdiction”. Con altre parole anche R. J. S. MARTHA, *Extraterritorial Taxation in International Law*, in *Extraterritorial Jurisdiction in Theory and Practice* (a cura di) K. M. MEESSEN, Leiden, 1996; D. W. WILLIAMS, *Trends in International Taxation*, Amsterdam, 1991, 101; K. VAN RAAD, *Nondiscrimination in International Tax Law*, Alphen aan den Rijn, 1986, 20.

⁴⁹ R. S. J. MARTHA, *The Jurisdiction to Tax in International Law. Theory and Practice of legislative Fiscal Jurisdiction*, cit. 22.

⁵⁰ A. KNECHTLE, *Basic problems in international fiscal law*, Berlino, 1979, 34, “writers such as Martha argues that fiscal jurisdiction is only a specie of the genus 'sovereignty' and jurisdiction should be distinguished from sovereignty because the doctrine of jurisdiction deals with the question of whether and under what circumstances a state has the right of regulation, while the sovereignty is the concept by virtue of which jurisdiction is exercised”.

⁵¹ E. KEMMEREN, *Origin principle*, cit., 18, “The legal justification for the right to impose taxes and, therefore, the assignment of tax jurisdiction amongst states is generally considered to be the principle of sovereignty, i.e., jurisdiction, and therefore also fiscal jurisdiction, is an attribute of statehood or sovereignty”; F. A. MANN, *The Doctrine of Jurisdiction in International Law*, cit., 30.

⁵² R. ALBRECHT, *The Taxation of aliens under international law* cit., 148, “it [the right to tax] is justified in international tax law essentially as an attribute of statehood sovereignty, limited by international law (...) and exercised in varying manners according to the policies of the states possessed of it”; P. BORIA, *Diritto Tributario*, Milano, 2019, 3, “Da un lato, si pone l’interesse della collettività alla acquisizione dei tributi al fine di garantire la vitalità e lo sviluppo della comunità e comunque di perseguire la massimizzazione degli obiettivi generali, che può essere

E, allora, la sfera di competenza del singolo Stato deve essere individuata sulla base dell'estensione della sovranità personale e territoriale dello Stato⁵³.

5. (Segue) la territorialità quale espressione della sovranità statale

Senza voler addentrarsi in un'analisi dettagliata sulla natura giuridica della sovranità in ambito tributario⁵⁴, ai fini qui di interesse pare sufficiente ricordare che, secondo l'opinione attualmente prevalente, questa individua il potere dello Stato di regolare i rapporti attivi e passivi all'interno della comunità statale, scegliendo i mezzi e le modalità ritenuti più opportuni a tale scopo⁵⁵.

denominato "interesse fiscale" proprio per esprimere la connotazione assiologica del valore di matrice comunitaria. Dall'altro lato, invece si collocano i valori protettivi della sfera individuale, riconducibili tanto all'area delle libertà personali (rispetto all'esercizio del potere pubblico di imposizione), quanto alla capacità contributiva (intesa come diritto individuale ad un riparto razionale dei carichi pubblici tra i consociati)".

⁵³ A. GIOIA, *Manuale di diritto internazionale*, Milano, 2015, 169.

⁵⁴ G. BERTI, Voce "Sovranità", in *Enc. Dir.*, 2007 "Secondo la tradizione culturale dello Stato nazionale-territoriale di diritto, la sovranità è un flusso che prorompe dal vertice organizzativo dello Stato e si distribuisce fra le varie funzioni che questo svolge verso la società e verso gli uomini che la compongono. È «l'espressione dinamica della statalità». Così la sovranità conferisce contenuti ed efficacia alle leggi che compongono l'ordinamento normativo, ma allo stesso tempo, adattandosi e quindi modificandosi, conferisce impulsi e giustificazioni agli atti del potere esecutivo, anzi allo stesso potere nella sua complessità, ripresentandosi come forza imperativa dei provvedimenti, esenti da obblighi di consenso o accettazione. Uguale vicenda si ripropone per la parte giudiziaria, ovvero per i meccanismi attraverso i quali si costruisce e si palesa la corporeità della giustizia: anche questa viene impartita dallo Stato attraverso l'emaneazione di pronunce che si sovrappongono ai rapporti della vita quotidiana e ne definiscono i tratti giuridicamente validi ed effettivi. Insomma, la sovranità definisce insieme lo Stato come unità politica, come organizzazione e come ordinamento giuridico".

⁵⁵ A. BARBERA, C. FUSARO, *Corso di diritto pubblico*, Bologna, 2001, 47.

Più semplicemente, la sovranità è la facoltà dello Stato di assumere liberamente e autonomamente la titolarità di posizioni giuridiche attive di diritto pubblico, regolandone il contenuto, nei confronti di tutti i soggetti “appartenenti” alla comunità statale⁵⁶.

Come precedentemente osservato, la dottrina⁵⁷ tende a distinguere fra sovranità personale (anche detta sovranità *tout court*) e sovranità territoriale.

La prima individua il potere dello Stato di imporre obblighi (prevedendone anche le relative conseguenze in caso di “inadempimento”) e riconoscere diritti in capo ai soggetti appartenenti alla comunità statale (siano essi persone fisiche o giuridiche) in ragione di un legame a carattere soggettivo (espresso da elementi come, ad esempio, la nazionalità, la residenza o la cittadinanza) ed insuscettibile di mutamento nel caso in cui il contribuente muti la propria ubicazione fisica⁵⁸.

A ben vedere, si tratta di una concezione di sovranità strettamente connessa al principio di diritto internazionale della c.d. fedeltà politica o, dall’inglese, “*political allegiance*”⁵⁹ in base al quale il “cittadino”, inteso

⁵⁶ A tal proposito, si ricorda la definizione fornita da J. BODIN, nel trattato *les six livre de la republique*, secondo cui la sovranità altro non sarebbe se non il potere assoluto dello Stato che attribuisce allo stesso la facoltà di imporre comportamenti ai propri soggetti senza essere a sua volta assoggettato ad alcun potere superiore.

⁵⁷ B. CONFORTI, *Diritto Internazionale*, Napoli, 2018, 199.

⁵⁸ A. M. STUYT, *General principle of law, as applied by International tribunals to Disputes on Attribution and Exercise of State Jurisdiction*, Berlino, 1946, 96 “[a] legal retaliation exists between that state and individuals (its populations) by virtue of their ‘nationality’ conferred on them by the State according to its domestic law. This legal relation continues even if the ‘nationals’ (citizens or subjects) of a given State leave the territory of that state”.

⁵⁹ K. HENLEY, *Political Allegiance*, in *Encyclopedia of Global Justice* (a cura di) D. K. CHATTERJEE, Berlino, 2011, afferma che “*To express allegiance to something is to affirm its authority and evince a deep sense of respect for that authority. Political allegiance is often*

come soggetto appartenente alla comunità statale, deve allo Stato la propria fedeltà e, pertanto, lo Stato ha il diritto di richiedere allo stesso il rispetto delle proprie leggi⁶⁰.

Al contrario, la c.d. “sovranità territoriale” identifica, come già sopra ricordato, la facoltà dello Stato di esercitare il potere di governo, imponendo obblighi e riconoscendo diritti, esclusivamente all’interno del proprio ambito

assimilated to political obligation. But political obligation is tightly focused upon the individual's duty to obey the law – it is deontological. Political allegiance concerns the individual's more encompassing loyalty to the polity – a larger personal fidelity, a matter of virtuous sentiment (unless political allegiance is considered vicious, as in anarchism). We speak of owing allegiance to a particular nation in much the same way that we speak of owing allegiance to a close friend or spouse. In part, the personal and affective elements of political allegiance reflect the personal relation of vassal and lord, subject and monarch found in feudal polities”. Sul tema si veda anche J. WHITE, *Political Allegiance After European Integration*, Londra, 2011, 5; C. E. DE VRIES, K. VAN KERSBERGEN, *Interests, Identity and Political Allegiance in the European Union*, in *Acta Polit*, 42, 2007, 307; K. VAN KERSBERGEN, *Political allegiance and European integration*, in *European Journal of Political Research*, XXXVII, 1, 2000, 1; T. R. TYLER, J. D. CASPER, B. FISHER, *Maintaining Allegiance toward Political Authorities: The Role of Prior Attitudes and the Use of Fair Procedures*, in *American Journal of Political Science*, XXXIII, 3, 1989, 629.

⁶⁰ Sotto questo punto di vista, emblematica è la decisione della Corte internazionale di Giustizia, 8 novembre, 1929, *Robert John Lynch*. Nel caso esaminato, avente ad oggetto una contestazione circa la nazionalità di un soggetto di nazionalità inglese, la Corte affermò che “*a man's nationality is a continuing legal relationship between the sovereign State on the one hand and the citizen on the other. (...) If the citizen leaves the territory of his sovereign State and goes to live in another country, the duties and rights which his nationality involves do not cease to exist, although such rights and duties may change in their extent and character*”. Sul tema si veda anche R. J. S. MARTHA, *The Jurisdiction to Tax in International Law. Theory and Practice of legislative Fiscal Jurisdiction*, cit., 44.

di competenza spaziale⁶¹, nel rispetto della sovranità territoriale degli altri Stati⁶².

Da ultimo, pare utile rammentare l'esistenza di un'ulteriore concezione di sovranità che ha recentemente assunto particolare rilievo nel contesto internazionale: la c.d. sovranità "funzionale".

Volendo definirne il contenuto, questa identifica le situazioni in cui, in base al diritto internazionale, lo Stato esercita il proprio potere sovrano su base funzionale in collegamento con specifici diritti derivanti da fonti extra-nazionali come, ad esempio, trattati internazionali⁶³.

⁶¹ Corte Permanente internazionale di Giustizia, 7 settembre 1927, R.S. *Lotus*, "The principle of absolute and exclusive jurisdiction within national territory apply to foreigners as well as to citizen or inhabitants, and the foreigners can claim no exemption from the exercise of such jurisdiction, except so far as he may be able to show either: 1) that he is, by reason of some special immunity, not subject to local law, or 2) that the local law is not in conformity with international law".

⁶² B. CONFORTI, *Diritto Internazionale*, cit., 200, "Si tratti della forza internazionale o della forza interna, ciò che è delimitato dal diritto internazionale è sempre l'azione esercitata dallo Stato su persone o cose. Si dice che certi fenomeni, essendo incoercibili, svolgendosi in spazi e con modalità che non possono essere colpite o intercettate, sfuggono al potere di governo dello Stato: lo si è detto per le comunicazioni via radio (v. § 36.3), poi per le attività spaziali (v. § 36.2); lo si dice oggi per le comunicazioni in rete, con prese di posizione da parte degli utenti che suonano addirittura come una sfida agli Stati a non tentare di penetrare nel cyberspazio. A noi sembra che, anche in questi casi, punto di riferimento della disciplina internazionalistica restano le persone e le cose; i diritti e gli obblighi internazionali di cui lo Stato è titolare presuppongono sempre la sua possibilità di governare, magari soltanto nei luoghi di partenza o di arrivo, le attività umane (si pensi alle regole che uno Stato emana per disciplinare il commercio elettronico, ed i mezzi relativi ai detti fenomeni)"

⁶³ W. RIPHAGEN, *Some reflexions on 'Functional Sovereignty'*, in *Netherlands Yearbook of International Law*, Cambridge, 6, 1974, 227, "A sovereign state being traditionally considered to be composed of a "government", "subjects" and a "territory", one is naturally inclined to look for application of a concept of "functional sovereignty" in those cases where there is said to be stateless "domain", and in situations where there seems to be some form of "government" but no territory, i.e. in the case of international organizations enjoying a measure of "independence". Indeed, in both

In ambito tributario, tipico esempio di sovranità funzionale attiene alla “potestà impositiva” attribuita all’Unione Europea, la quale è legittimata a regolare determinate fattispecie (fra le quali, *in primis*, dogane e I.V.A.) in funzione dei poteri alla stessa riconosciuti da parte degli Stati membri.

Tuttavia, si tratta di una nozione di sovranità “derivata” la quale non prescinde dalla presenza di un legame a natura soggettiva o territoriale.

Alla luce di queste considerazioni, si deve quindi ritenere che rientrano nella sfera di competenza all’interno della quale lo Stato è legittimato regolare i rapporti tributari attivi e passivi tutti quei soggetti “appartenenti” alla comunità statale in base ad un legame di tipo soggettivo o ubicati all’interno del territorio nazionale ⁶⁴.

6. Il principio di territorialità nella costituzione italiana

Prima di valorizzare il dettato normativo contenuto nella Carta fondamentale, pare opportuno soffermarsi brevemente sul percorso evolutivo che ha portato all’odierna formulazione del principio di territorialità all’interno della Costituzione.

Nel sistema anti-costituzionale, lo Statuto Albertino, in forza del combinato disposto degli artt. 24 e 25, stabiliva che “*Tutti i regnicoli, qualunque sia il loro titolo o grado, sono eguali dinanzi alla legge*” e

cases, there are all sorts of legal phenomena which could be covered by the notion of "functional sovereignty."

⁶⁴ E. KEMMEREN, *Origin principle, cit.*, 21.

“contribuiscono indistintamente, nella proporzione dei loro averi, ai carichi dello Stato”⁶⁵.

Prima facie, sembrerebbe, dunque, che le due disposizioni richiamate delimito l’ambito applicativo della potestà impositiva statale ai soli regnicoli, termine tradizionalmente ritenuto sinonimo di “cittadini”.

Tuttavia, A seguito dell’espansione del Regno d’Italia e dell’annessione dei territori coloniali di Somalia ed Eritrea, la dottrina dell’epoca elaborò la distinzione fra cittadini coloniali e cittadini metropolitani, precisando che solo questi ultimi potessero essere qualificati alla stregua di regnicoli⁶⁶. Si trattava, però, di una distinzione dai contorni estremamente incerti.

Il pacifico riconoscimento, in capo ai cittadini coloniali, di alcuni significativi diritti politici (ad esempio, il diritto di voto) doveva, infatti, comportare l’estensione dei relativi obblighi ai quali erano assoggettati i cittadini metropolitani, fra i quali, primo fra tutti, l’obbligo contributivo. Inoltre, i cittadini coloniali godevano di una protezione statale non differente da quella dei cittadini metropolitani, fondamento del loro dovere contributivo.

⁶⁵ La concezione di Stato Nazione che ha caratterizzato la maggior parte degli stati pre-costituzionali basava l’assoggettamento ai poteri pubblici sull’appartenenza dell’individuo allo Stato, la quale poteva essere individuata solo sulla base del possesso di un preciso *status*, ovverosia quello di cittadino. Sul tema, P. COSTA, *Lo Stato di diritto: un’introduzione storica*, in *Lo stato di diritto. Storia, teoria, critica*, (a cura di) P. COSTA, D. ZOLO, Milano, 2002, 121.

⁶⁶ U. BORSI, *Cittadinanza e sudditanza coloniale nell’ordinamento odierno*, in *Atti del terzo congresso di studi coloniali*, 12-17 aprile 1937, Firenze, II; Firenze, 1937, 57; R. SERTOLI SALIS, *Cittadinanza e sudditanza coloniale*, in *Nuovo Digesto*, Torino, 1937 D. DONATI, *Appunti di diritto costituzionale*, Padova, 1925, 4.

Conseguentemente, l'apposizione del dovere contributivo esclusivamente in capo ai cittadini metropolitani avrebbe determinato una chiara violazione del principio di eguaglianza sancito dall'art. 24, al quale l'art. 25 faceva espresso rinvio⁶⁷.

Inoltre, l'estensione dei diritti civili anche ai soggetti privi della cittadinanza, operata dal Codice civile del 1865⁶⁸, determinò un ulteriore ravvicinamento fra la posizione dei "regnicoli" e quella degli stranieri tale da rendere ingiustificata l'applicazione del dovere contributivo solo nei confronti dei primi.

In virtù di queste considerazioni, la dottrina del tempo riconobbe l'estensibilità del dovere tributario anche in capo agli stranieri, spingendosi fino ad affermare come il dato letterale dall'art. 24 (imposizione dei soli regnicoli) costituisse non la regola, quanto, piuttosto, l'eccezione⁶⁹.

L'incertezza applicativa determinata dalla formulazione della norma statutaria, congiuntamente alla perdita di rilevanza del concetto di *status* al fine del riconoscimento di diritti e doveri, condussero quindi l'Assemblea

⁶⁷ F. RACIOPPI, I. BRUNELLI, *Commento allo Statuto del Regno*, Torino, 1909, 53, "La parola «essi» con cui s'inizia quest' articolo, sembra restringere la disposizione ai soli «regnicoli ~ mentovati nell'articolo precedente. Ma, come la tendenza moderna è di repudiare sempre più le viete discriminazioni a carico degli stranieri, anche il non regnicolo nel nostro paese non può essere escluso del beneficio dell'obiettivo trattamento di fronte alle imposte, come alle leggi in genere. Invero il principio che lo Statuto proclama è di così elementare giustizia distributiva, da estendersi, per virtù propria e spontanea, oltre la ragione della nascita e dell'appartenenza statale".

⁶⁸ Art. 1, Cod. Civ. 1865, "1. Ogni cittadino gode dei diritti civili, purché non ne sia decaduto per condanna penale. (...) 3. Lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti ai cittadini".

⁶⁹ In tema, si veda M. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto finanziario*, Padova, 1937.

costituente, dietro la spinta della sinistra e del gruppo Democristiano⁷⁰, ad abbandonare ogni riferimento al concetto di cittadino⁷¹.

Tuttavia, nonostante questa scelta consentì a superare le problematiche derivanti da una stretta applicazione dell'ideologia politica ottocentesca, la quale individuava l'appartenenza del soggetto alla comunità statale in base alla cittadinanza o alla nazionalità, al contempo.

Ciononostante, si rendeva comunque necessario definire criteri idonei ad evidenziare l'appartenenza del singolo alla collettività.

La soluzione a questo interrogativo fu allora rinvenuta, ancora una volta, nel concetto di sovranità e, più precisamente, in quello di sovranità popolare di cui all'art. 1, co. 2 della costituzione secondo cui “*La sovranità appartiene al popolo*”. Partendo dall'ampio concetto di popolo l'assemblea costituente ritenne appartenente alla comunità statale chiunque “partecipi alla collettività”. L'esercizio dei diritti sociali, economici e politici a cui è connessa la sovranità popolare determina dunque il collegamento Stato-individuo, indipendentemente dal possesso o meno dello *status* di cittadino.

⁷⁰ Le ragioni di ciò erano però ben diverse. Mentre il gruppo guidato da Dossetti sostenne la centralità della persona e delle formazioni sociali intermedie, indipendentemente dall'attribuzione dello *status* di cittadino, la sinistra caldeggiò, invece, per una mera sostituzione di tale qualifica con il termine “lavoratore”.

⁷¹ Come rilevano V. ANGIOLINI, *Libertà e diritti di libertà nella giurisprudenza costituzionale*, in *JUS*, 2, 1986, 187 e S. LABRIOLA, «*Status civitatis*» e norme costituzionali, in *Riv. Trim. Dir Proc. Civ.*, 1977, 1317, l'unica disposizione di rango costituzionale contenente limiti alle condizioni di titolarità della cittadinanza è costituita dall'art. 22, secondo cui “*Nessuno può essere privato, per motivi politici, della capacità giuridica, della cittadinanza, del nome*”.

Tali considerazioni spinsero quindi l'Assemblea costituente ad utilizzare un termine volutamente ampio, ovverosia il "tutti"⁷² con cui si apre oggi l'art. 53, Cost., idoneo a ricomprendere sia cittadini che stranieri⁷³ in ragione del rapporto fra individuo e comunità organizzata.

L'interposizione utilizzata ha quindi dato vita una duplice concezione della territorialità: una positiva ed una negativa. Sotto il primo punto di vista, l'art. 53 Cost. consente al legislatore, fermi i limiti di diritto internazionale di cui si dirà in seguito, di estendere la propria potestà impositiva nei confronti di qualsiasi soggetto, senza riguardo per il suo *status* personale⁷⁴. Al contempo, il collegamento fra "tutti" e il successivo termine "loro", riferito alla capacità contributiva individuale, vieta l'estensione del dovere contributivo in assenza di una idonea manifestazione di forza economica.

⁷² Nell'ottica dell'Assemblea costituente, la scelta lessicale compiuta era dettata, seppur in maniera significativamente meno incisiva, anche da due ulteriori rilievi. In primo luogo, i lavori preparatori, evidenziano un'iniziale preferenza, successivamente abbandonata per un sistema territoriale e, pertanto, un riferimento alla cittadinanza sarebbe stato in diretto contrasto con gli obiettivi perseguiti. In secondo luogo, l'assenza di una espressa contrapposizione fra cittadino e straniero sarebbe irrilevante anche sotto un profilo di tecnica impositiva, in quanto la formulazione volutamente ampia adottata consente quindi di modulare il tributo sia da un punto di vista qualitativo (imposizione solo nei confronti di alcuni soggetti), sia da un punto di vista quantitativo (portata dell'obbligo contributivo). Sul tema, E. VANONI, *Diritto all'imposta e formazione delle leggi finanziarie*, in *Opere giuridiche* (a cura di) F. FORTE, C. LONGOBARDI, Milano, Vol. I, 1961, 475.

⁷³ Tale circostanza risulta evidenziata già in sede di lavori preparatori, ove l'On. Ruini affermo che *"quel 'tutti' riguarda anche gli stranieri, come risulta dall'intero testo costituzionale che agli altri articoli distingue quando vuol riferirsi ai cittadini, od a 'tutti' ove sono inclusi anche gli stranieri che potranno essere assoggettati a tributo, in quanto ve ne siano le ragioni obiettive, e lo consentano le norme internazionali"* (Resoconti dell'Assemblea costituente, 4206).

⁷⁴ SALVINI L., MELIS G., *L'evoluzione del sistema fiscale e il principio di capacità contributiva*, Padova, 2014.

7. I confini della territorialità nel diritto italiano: la capacità contributiva

Come appare evidente già da una prima lettura della disposizione contenuta all'art. 53 Cost., la norma, tramite l'utilizzo del termine *tutti*, introduce un termine potenzialmente idoneo ad estendere la potestà impositiva statale ben oltre i confini statali, includendovi anche soggetti astrattamente classificabili come "stranieri".

Al fine di evitare una tale interpretazione, la quale sarebbe certamente contraria anche ai precetti provenienti dal diritto internazionale, la dottrina ha cercato di individuare alcuni criteri potenzialmente idonei a delimitare la portata della locuzione *tutti*⁷⁵.

Una prima e risalente interpretazione tendeva a delimitare la potestà impositiva statale nei confronti dei soli soggetti, cittadini o stranieri, che godono dei servizi pubblici forniti dallo Stato⁷⁶. Tale soluzione deve essere certamente scartata sia per le motivazioni sopra rilevate in relazione alla

⁷⁵ Vi è però una autorevole, seppur isolata, dottrina (G. GAFFURI, *L'attitudine alla contribuzione*, Milano, 1969, 228) secondo la quale le restrizioni alla platea dei soggetti destinatari del prelievo tributario troverebbe fondamento in mere circostanze fattuali e non nelle norme costituzionali. In altre parole, la restrizione all'estensione della territorialità non deriverebbe da un limite costituzionale, ma dalla mera impossibilità materiale di esigere il prelievo fiscale nei confronti dei soggetti non residenti ubicati al di fuori del territorio nazionale. Si tratta però di una obiezione che finisce inevitabilmente per scontrarsi con quanto sopra affermato in materia di territorialità formale. Pertanto, a parere di chi scrive, non merita accoglimento.

⁷⁶ F. MAFEZZONI, *Il principio di capacità contributiva nel diritto tributario*, Torino, 1960, 12.

teoria del beneficio, sia perché concetti come quello di “godimento dei benefici” sono troppo vaghi ed indeterminati⁷⁷.

Di conseguenza, la dottrina più moderna focalizza la propria attenzione non sulla funzione del tributo quanto, piuttosto, sulla sua giustificazione, individuabile nell’art. 53 Cost. quale espressione del più generale principio di capacità contributiva⁷⁸.

⁷⁷ F. MOSCHETTI, *Il principio di capacità contributiva*, Padova, 1973, 213; I. MANZONI, *Il principio della capacità contributiva nell’ordinamento costituzionale italiano*, cit., 29, A. BERLIRI, *Principi di diritto tributario*, II, Milano, 1957, 200. N. D’AMATI, *Nesso costituzionale fra imposizione e spese pubbliche*, in *Contributi in omaggio a G.U. Papi*, Milano, 1964; O. LOMBARDI, *Problemi costituzionali in materia tributaria*, in *Temì tribut.*, 1961, 320; E. GIARDINA, *Le basi teoriche del principio di capacità contributiva*, Milano, 1961, 412.

⁷⁸ Come rileva C. SACCHETTO, *L’evoluzione del principio di territorialità e la crisi della tassazione del reddito mondiale nel paese di residenza*, cit., 55, “Non sono tenuti alla contribuzione alle spese pubbliche solo i cittadini, ma tutti coloro, che sono legati in qualche maniera al gruppo sociale. Il godimento dei servizi dello Stato quale criterio di ripartizione della spesa pubblica è stato “spazzato via” dal concetto di “solidarietà” introdotto dalla Costituzione del 1948. Altrimenti detto obbligo tributario non sorge sulla base di un rapporto commutativo Stato-individuo, ma sulla base di un rapporto di appartenenza ad una comunità, che è individuato nella residenza. Vi è cioè una inconciliabilità di fondo tra una auspicata disciplina che faccia salve le istanze di maggior efficienza e neutralità internazionali e i sistemi costituzionali nazionali che, come quello italiano, si ispirano ad una idea di attività impositiva di tipo redistributivo, solida rizzante ecc.”.

Nonostante tale concetto svolga diverse funzioni⁷⁹ e sia privo di una chiara e precisa definizione⁸⁰, si potrebbe affermare che il principio di territorialità contenuto all'interno dell'art. 53, Cost. legittimi il legislatore a sottoporre al prelievo tributario tutti coloro che manifestino una idonea forza economica.

Tuttavia, anche una simile ricostruzione, basata sul solo principio di capacità contributiva, presenta alcune significative problematiche. Sotto un primo punto di vista, è innegabile come una siffatta interpretazione sarebbe comunque in grado di estendere la potestà tributaria ben al di là dei confini nazionali poichè anche un soggetto non appartenente alla comunità statale ben potrebbe dimostrare un'idonea forza economica. Sotto una seconda prospettiva, invece, gli indici rilevatori di capacità contributiva non

⁷⁹ A. CARINCI, T. TASSANI, *Manuale di diritto tributario*, cit., 55 “In primo luogo, il principio individua il necessario collegamento tra prelievo tributario e finanziamento delle spese pubbliche, (...) In secondo luogo, il principio fissa il criterio in base al quale le spese pubbliche debbono essere ripartite tra i singoli: il carico fiscale deve essere determinato “in ragione” della “capacità contributiva” di ognuno (...) l’art. 53, comma 1, Cost. esprime una componente solidaristica le cui fondamenta sono da individuarsi nell’art. 2 Cost. L’attuazione dell’obbligo tributario risulta essere adempimento di “doveri inderogabili” di solidarietà “economica e sociale”, essendo strutturato per comportare un maggior sacrificio economico in capo a coloro che manifestano una maggiore forza economica (...) Il principio di capacità contributiva assolve ad una fondamentale esigenza di tutela del singolo consociato nel rapporto con lo Stato, delineando un forte vincolo per il legislatore tributario (...) Un’ultima dimensione del principio di capacità contributiva è quella che possiamo definire di tipo relazionale. Se la componente di garanzia del principio, nel rapporto Stato-consociato, fa emergere un limite di carattere assoluto (dal punto di vista del singolo) rispetto all’intervento autoritativo ablatorio, la componente relazionale esprime invece un limite di carattere relativo”.

⁸⁰ Si tratta, a ben vedere, di un criterio volutamente vago, privo di una espressa connotazione a carattere soggettivo o oggettivo. Ciò deriva principalmente dalla considerazione che i presupposti impositivi sono differenti e non è possibile individuare un'unica forza economica valevole per ogni tipologia di tributo.

garantiscono l'effettiva e materiale capacità dell'ente impositore di soddisfare la propria pretesa tributaria⁸¹. Si pensi, a mero titolo esemplificativo, all'ipotesi in cui, nonostante il soggetto manifesti un'effettiva forza economica ex art. 53, Cost., questi non detenga, all'interno del territorio nazionale, beni patrimoniali suscettibili di esecuzione coattiva⁸².

In questa prospettiva, occorre quindi includere nel campo di analisi anche il dovere di solidarietà politica, economica e sociale ex art. 2, Cost., di cui lo stesso art. 53, Cost. è espressione⁸³.

Ebbene, la tesi preferibile è quindi quella che delimita l'obbligo contributivo in base all'intensità della partecipazione personale alla comunità

⁸¹ Inoltre, come rileva G. FRANSONI, *La territorialità del diritto tributario*, cit., 269, “*La scarsa praticabilità di una simile soluzione non costituisce, l'elemento decisivo di critica. Ciò che ci pare avere una minor persuasività è l'aver anteposto, nella scelta del limite, la relazione del 'fatto' con il territorio rispetto a quella propria del soggetto. (...) se si assume che il soggetto avente una relazione con i fatti verificatisi nel territorio dello stato stia anche e necessariamente in una precisa relazione con la collettività alle cui spese egli è chiamato a concorrere, ciò impone di selezionare solo i fatti idonei a fungere da indice indiretto, appunto, della 'appartenenza' del soggetto alla collettività e, in questo modo, risulta preminente la preminenza del soggetto rispetto al fatto; se, invece, non si tiene in alcuna considerazione la relazione fra la collettività ed il soggetto, ma solo fra questi ed il fatto avente il requisito di territorialità, si corre il rischio di imputare il dovere contributivo a soggetti privi di qualsiasi relazione con la comunità statale*”.

⁸² Tale problematica risulta particolarmente accentuata con riferimento ai tributi c.d. periodici ove, nell'arco temporale sussistente fra realizzazione del presupposto e applicazione del tributo, il contribuente “trasferisca” gli elementi patrimoniali suscettibili di esecuzione coattiva dall'Italia all'estero.

⁸³ I. MANZONI, *Il principio della capacità contributiva nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 1965, 31, secondo cui occorre “*considerare rilevanti, ai fini contributivi, solo quei fatti o situazioni di fatto che nel territorio dello stato si verificano, o che in qualche modo ad esso si ricollegano, individuando, di conseguenza, i destinatari del dovere tributario sulla base di un rapporto di relazione con i fatti o situazioni, ed esclusivamente nei limiti di una tale relazione*”.

statale in virtù del dovere di solidarietà di cui all'art. 2 Cost⁸⁴. In altre parole, la partecipazione del soggetto (cittadino o straniero) alla vita dello Stato legittima l'apposizione di un dovere contributivo il quale sarà più ampio o più limitato a seconda dell'intensità di detta partecipazione.

Di conseguenza se, con riferimento ai cittadini, non appare dubitabile un tale collegamento, in relazione agli stranieri occorre che esista un differente legame personale, individuabile in elementi fra i quali, *in primis*, la residenza oppure una fonte reddituale.

Ciononostante, non ogni partecipazione alla comunità statale è idonea a giustificare l'esigibilità del tributo⁸⁵, ma è necessario che questa sia "duratura" ed "economica"⁸⁶.

Più precisamente, il concetto di "durevolezza", sebbene non richieda l'individuazione di una durata temporale minima predeterminabile, considera illegittimo il prelievo fiscale nei confronti dei soggetti il cui legame con la comunità statale sia inesistente o del tutto trascurabile.

A ben vedere, tale requisito altro non sarebbe se non una conseguenza implicita del concetto di "partecipazione"⁸⁷, poiché, a prescindere

⁸⁴ G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario. Parte Generale*, Padova, 2005, 25.

⁸⁵ F. MOSCHETTI, *Il principio di capacità contributiva*, cit., 215.

⁸⁶ F. MOSCHETTI, *Il principio di capacità contributiva*, Padova, cit., 215.

⁸⁷ G. FRANSONI, *La territorialità del diritto tributario*, cit., 272, "è difficile determinare la soglia di durata minima e, tuttavia, non per questo il criterio della durevolezza deve essere abbandonato in quanto esso consente almeno di escludere la legittimità del prelievo a carico dei soggetti il cui legame sia inesistente, ovvero del tutto trascurabile. Così configurato, però, il carattere della durevolezza non qualifica ulteriormente il criterio, in apparenza più vago, del legame del soggetto con l'ordinamento (...). È evidente, infatti, che la conseguenza di ritenere inesistente l'obbligo tributario a carico di soggetti il cui rapporto di appartenenza sia nullo o non assolutamente insignificante si perviene anche se non si connota il legame con il carattere della durevolezza (...)

dall'intensità del vincolo solidaristico, è difficile immaginare una vera e propria partecipazione derivante da un contatto istantaneo o pressoché trascurabile.

Sotto il secondo punto di vista, l'appartenenza alla comunità statale non può ridursi al solo esercizio o godimento delle libertà politiche⁸⁸, ma deve manifestarsi anche da un punto di vista economico. Di conseguenza, l'obbligo contributivo è esigibile solo da coloro che si trovano in una posizione di vantaggio materiale⁸⁹ a prescindere che questo derivi dall'esercizio di libertà economiche o altre libertà.

Da ultimo, la determinazione dell'estensione della territorialità dell'imposta così come recepita dalla costituzione deve tenere in

appare necessario escludere l'esistenza del vincolo stesso in presenza di rapporti del singolo con la collettività non sufficientemente durevoli”.

⁸⁸ Si rileva, però, quanto affermato da G. FRANSONI, *La territorialità del diritto tributario*, cit., 273, secondo il quale “*mentre il fondamento del vincolo può avere indubbiamente carattere economico, tuttavia il legame in sé ha sempre carattere politico (...) Se anche si volesse sostenere che la solidarietà economica si riconnette alle sole situazioni in cui l'agire dei soggetti incide sulla distribuzione delle risorse economiche, non si potrebbe da ciò dedurre l'irrelevanza, in quanto 'neutrali', dell'esercizio delle libertà diverse da quelle economiche in senso stretto. In ogni caso, sembrerebbe da preferirsi l'idea per cui la solidarietà economica, (...) sia esigibile da tutti coloro che si trovano in una posizione di vantaggio materiale, a prescindere dalla circostanza se siffatta posizione si riconnette, ad esempio, al godimento delle libertà economiche riconosciute dalla collettività medesima in cui il dovere è imposto, oppure in altre collettività. Detto altrimenti, non sembra che il dovere di solidarietà sia minore a carico di chi abbia solo la proprietà all'estero, ma viva in Italia esercitando ivi ogni altra libertà civile e politica”.*

⁸⁹ La posizione di vantaggio non può e non deve essere confusa con il concetto di beneficio, la quale deve essere distinta dalle cause giustificative dell'estensione della potestà impositiva statale. Più precisamente, mentre quest'ultimo termina individua un vantaggio inteso in sensi economici e concretamente valutabile, la posizione di vantaggio esprime semplicemente la possibilità del soggetto di esercitare i tradizionali diritti e doveri riconosciuti a favore dei cittadini.

considerazione anche di un terzo ed ultimo principio, ovverosia il principio di eguaglianza, contenuto all'interno dell'art. 3, Cost⁹⁰.

Più precisamente, il legislatore, nel determinare l'estensione del campo applicativo del tributo, deve tenere in considerazione anche il fondamento del principio di parità di trattamento. Ciò, tuttavia, non significa che i soggetti passivi devono essere trattati diversamente a seconda della loro qualifica di cittadino o straniero.

Infatti, occorre leggere tale principio alla luce del principio di capacità contributiva ex art. 53, Cost., il che comporta che, indipendentemente dallo *status* personale del soggetto, si ha uguaglianza di situazioni quando vi sia parità di capacità contributiva, per cui è costituzionalmente illegittima ogni arbitraria discriminazione non inquadrabile nel sistema dell'ordinamento giuridico e alla quale non corrisponda una corretta diversità di capacità contributiva⁹¹.

Pertanto, volendo sintetizzare i ragionamenti sopra effettuati, si deve ritenere che la Carta fondamentale consenta al legislatore di estendere la propria potestà impositiva nei confronti di tutti i soggetti (cittadini o stranieri), economicamente e durevolmente collegati alla comunità statale, ma nei limiti della forza economica da questi ultimi dimostrata.

8. (Segue) i confini della territorialità nel diritto internazionale

⁹⁰ Una prospettiva alternativa, incentrata sul rispetto del diritto di proprietà e della libertà di iniziativa economica privata, vede invece la capacità contributiva come un limite "oggettivo" e assoluto, il quale impone al legislatore di fondare ogni pretesa tributaria su presupposti a contenuto patrimoniale o economico. Sul tema, si veda F. MOSCHETTI, *Il principio di capacità contributiva*, cit., G. GAFFURI, *Il senso della capacità contributiva*, in AA.VV., *Diritto tributario e Corte costituzionale*, Napoli, 2006, 25.

⁹¹ C. SACCHETTO, *Voce*, "territorialità"

Ai sensi dell'art. 11, Cost., “*L'Italia (...) 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; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo*”.

Nonostante la funzione fondamentale di tale disposizione, ad opinione della dottrina maggioritaria, sia quella di legittimare l'adesione dell'Italia alle organizzazioni internazionali, l'art. 11 consente, al tempo stesso, anche l'introduzione di limitazioni a carattere sovranazionale all'esercizio dei poteri statali, fra i quali deve essere certamente ricompresa anche la potestà impositiva.

Sulla base di questo assunto, è quindi necessario verificare se sia possibile individuare regole di diritto internazionale idonee a delimitare l'estensione territoriale della pretesa tributaria.

Secondo la ricostruzione dottrinale prevalente, il principio di territorialità, inteso, in questo caso, come divieto apposto ad un ente sovrano di esercitare i propri poteri nel territorio di un altro Stato, deve essere considerato alla stregua di un “principio generale riconosciuto dalle nazioni civili”⁹²(ossia fonte residuale o sussidiaria applicabile in caso di assenza di

⁹² Secondo A. TANZI, *Introduzione al diritto internazionale contemporaneo*, cit., 114, “*si ritiene che i principi generali vadano considerati come assorbiti nella categoria del diritto consuetudinario (...) La tesi dell'assimilazione dei principi generali del diritto alla consuetudine trova conferma nel linguaggio della giurisprudenza italiana in tema di rilevazione e applicazione del diritto internazionale generale «trasformato» in diritto interno per il tramite dell'art. 10 della Costituzione. Ad esempio, nel 1987, nella causa Marcinkus ed altri – relativa al coinvolgimento in illeciti finanziari internazionali da parte di alti prelati vaticani organi della Santa Sede, in cui quest'ultima veniva equiparata a uno Stato sovrano – la Cassazione penale si è riferita alla consuetudine in materia di immunità dalla giurisdizione degli Stati esteri nei seguenti termini:*

trattati o consuetudini⁹³), riconosciuto dall'art. 38 dello Statuto della Corte internazionale di giustizia⁹⁴.

In questo contesto, si ritiene che l'esercizio delle prerogative statali, ivi compresa quella fiscale, richieda la previa individuazione di un nesso sufficiente (*genuine link*) volto ad evidenziare l'appartenenza del soggetto alla comunità di riferimento⁹⁵.

Costituisce un principio di diritto internazionale consuetudinario quello per cui uno Stato deve astenersi dall'esercitare i suoi poteri sovrani quando ciò implichi ingerenza sugli organi di rilevanza internazionale di un altro ente sovrano che operino nell'ambito del territorio di tale Stato (nella specie, il principio viene enunciato in riferimento agli enti centrali della Chiesa Cattolica)". Sul tema si veda anche G. GAJA, *Voce Trattati internazionali*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Milano, 1999, 344; F. SALERNO, *Voce Principi generali di diritto (diritto internazionale)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, 1996, 524; ID. *Voce Principi generali del diritto (diritto internazionale)*, in *Enc. Dir.*, 1986.

⁹³ F. LUPI, *Voce "Territorialità del tributo"*, cit., J. I. FORRY, *Differences in tax treatment of foreign investors: Domestic subsidiaries and domestic branches*, Berlino, 1984, 20; A. BERLIRI, *Principi di diritto tributario*, cit., 52; E. VATTEL, *Le droit des gens où principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, (a cura di) PRADIER-FODÉRE, II, Parigi, 1863, 106.

⁹⁴ "La Corte, cui è affidata la missione di regolare conformemente al diritto internazionale le divergenze che le sono sottoposte, applica: a. le convenzioni internazionali, generali o speciali, che istituiscono delle regole espressamente riconosciute dagli Stati in lite; b. la consuetudine internazionale che attesta una pratica generale accettata come diritto; c. i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili; d. con riserva della disposizione dell'articolo 59, le decisioni giudiziarie e la dottrina degli autori più autorevoli delle varie nazioni, come mezzi ausiliari per determinare le norme giuridiche".

⁹⁵ Tuttavia, come osserva G. CROXATO, *La imposizione delle imprese con attività internazionale*, cit., 45, "il constatare la sussistenza di un comportamento uniforme da parte degli Stati non consente di affermare la esistenza di un limite di diritto internazionale consuetudinario alla potestà tributaria, perché a tal fine è necessario dimostrare che la limitazione non è posta dagli Stati in modo autonomo, ma che essa è osservata dagli Stati in quanto considerata un obbligo di diritto

Tuttavia, non pare possibile qualificare detto principio alla stregua di un vero e proprio limite, ma di una mera conseguenza dell'attuale assetto della comunità statale internazionale il quale, in via di principio, è inidoneo a vietare e sanzionare comportamenti contrari. Sul piano internazionale, infatti, ogni Stato è dotato dello stesso potere d'imperio, il quale trova inizio e fine dove comincia il potere degli altri enti sovrani. Dunque, più correttamente, si deve parlare, ancora una volta, di auto limite, ovvero di una restrizione che lo Stato si autoimpone per assicurare il coordinamento e la cooperazione all'interno della medesima comunità internazionale⁹⁶.

internazionale... Appare pertanto fondato ritenere che nella fattispecie si tratti di autolimitazione da parte degli Stati e non di una limitazione imposta dal diritto internazionale”.

⁹⁶ V. UKMAR, G. CORASANITI, P. DE' CAPITANI DI VIMERCATE, *Diritto tributario internazionale*, Padova, 2009, XVIII, “*Il grande ostacolo alla evoluzione del diritto tributario internazionale è consistito essenzialmente nella resistenza politica, quasi gelosia degli Stati Nazioni – di origine ottocentesca ma che ancora oggi non è stata del tutto smantellata – di considerare la imposizione fiscale un attributo della sovranità con una libertà assoluta, anche di sopraffare altri ordinamenti, ritenendosi che non sussista alcun limite di diritto internazionale, Ciò ha influenzato anche la dottrina che in gran parte disconosce un diritto tributario internazionale tributario, se non minimale: l'unica connessione per anni ed anni è stata il riconoscimento della consuetudine di escludere dalla tassazione i diplomatici di altri Stati. Vi sono ancora oggi segni evidenti di tale retaggio storico, come l'esclusione, di massima del diritto di uno Stato di far valere all'estero il proprio credito d'imposta (anche se accertato al.; traverso un due process of law, e si tratti di un tributo con caratteristiche universalmente riconosciute, come una imposta sul reddito), o la resistenza alla previsione di procedure arbitrali (nonostante il ribadito impegno della International Chamber of Commerce «to encourage government to accept compulsory arbitration in international tax conflicts») o di una Corte indipendente per le controversie internazionali, o la previsione della necessità di assumere da Parte del Consiglio dell'Unione Europea deliberazioni in materia fiscale con voto unanime, anziché a maggioranza in tutte le altre materie. Ma la forza dell'economia spesso è superiore a quella della politica, così che l'atteggiamento, ormai anacronistico, è stato in parte superato grazie agli interventi ed alle sollecitazioni di organismi soprannazionali. Sono stati stipulati trattati di portata generale che limitano la sovranità nella imposizione (si pensi al Général*

Una seconda fonte di diritto internazionale potenzialmente idonea a limitare l'estensione della potestà impositiva statale è individuabile, sempre in base all'elencazione effettuata dall'art. 38 dello Statuto della Corte internazionale di Giustizia, nelle convenzioni internazionali fra le quali, *in primis*, le convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni stipulate in base al modello predisposto dall'Organizzazione per lo Sviluppo e la Cooperazione Economica (OCSE).

Rimandando la trattazione dettagliata del tema al Capitolo III, in questa sede è sufficiente limitarsi ad effettuare due rilievi.

In primo luogo, si tratta di atti pattizi a carattere prevalentemente bilaterale, in relazione ai quali l'ente sovrano non ha alcun obbligo a contrarre con la conseguenza che anche le convenzioni assumono natura di auto limite. Tuttavia, a differenza di quanto sopra affermato in relazione ai principi generali, la ratifica delle convenzioni, la quale attribuisce alle stesse forza di legge, conferisce a questa fonte normativa, limitatamente ai soli Stati contraenti, un effetto vincolante maggiormente incisivo.

In secondo luogo, sebbene le convenzioni contribuiscano a delimitare la potestà impositiva statale, queste non hanno alcuna diretta efficacia in ordine alla territorialità⁹⁷. Tali accordi non solo hanno una valenza limitata

Agreement on Tariffs and Trade con le Integrazioni conseguenti all'Uruguay Round), sono state sottoscritte oltre 2000 convenzioni «bilaterali» (ben poche sono le plurilaterali: ricordo storico è la convenzione sottoscritta nel 1927 dall'Italia con gli Stati successori dell'impero austro-ungarico; ma alla fine ridotto ad un accordo bilaterale fra l'Italia e l'Austria) che limitano la sfera di imposizione, sono state istituite comunità (dall'Unione Europea, al Mercosur, al Nafta), intese ad istituire mercati comuni attraverso limitazioni fiscali specialmente con riguardo ai movimenti di persone, merci, servizi e capitali”.

⁹⁷ Tuttavia, come sottolinea E. KEMMEREN, *The Origin principle*, cit., 17, “It should be noted, however, that a bilateral tax convention is generally considered to serve more purposes than the

solo ad alcune fattispecie impositive (imposte sui redditi e, in maniera assai più limitata, imposte sulle successioni e donazioni⁹⁸) ma, al tempo stesso, si limitano a prevedere criteri volti ad eliminare una duplicazione del prelievo impositivo senza incidere sulla facoltà del legislatore nazionale di assumere quale presupposto d'imposta elementi esterni al territorio nazionale.

Pertanto, allo stato attuale, non esiste alcun limite esterno vincolante all'estensione territoriale della territorialità della normativa tributaria nazionale espressamente regolato dal diritto internazionale. Tuttavia, sono gli stessi Stati che, al fine di assicurare un efficace coordinamento e cooperazione fra loro, autolimitano l'esercizio dei propri poteri così da non sconfinare all'interno del territorio di altri enti sovrani.

9. La territorialità nel diritto europeo

prevention of international juridical double taxation. It also covers prevention of tax avoidance and tax evasion, elimination of discriminatory taxation, and sharing tax revenues between contracting states. It does not only affect the position of the relevant states but also the position of individual taxpayers. Legal certainty for the individual taxpayer should be increased and burdensome administrative procedures might be reduced". K. VOGEL, R. PROKISCH, *Interpretation of Double Taxation Conventions, General report*, in *Cahiers de Droit International*, Vol. LXXVIIIa, IFA, 1993, 72, D. L. FORST, *The U.S. International Tax Treatment of Partnerships: A Policy-Based Approach*, in *Berkeley Journal of international Law*, 1996, 250.

⁹⁸ A fronte di più di 100 accordi stipulati in materia di imposizione reddituale, l'Italia ha stipulato solo 7 accordi in materia successoria. Più precisamente, gli unici accordi di cui è parte l'Italia sono quelli stipulati con Danimarca, Francia, Grecia, Israele, Regno Unito, Stati Uniti e Svezia. Sul tema si rinvia a R. ROSSI, *Il regime fiscale per i "neo residenti" e la convenzione in materia di imposte sulle successioni e donazioni tra Italia e Francia*, in *DPT int.*, 4, 2018, 1082; F. CANCELLIERE, *Aspetti fiscali internazionali nelle successioni mortis causa: il "treaty network" italiano*, in *Fisc. Int.*, 6, 2006, 491.

Ai sensi del successivo art. 117 Cost., nell'affermare che *“La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali”*.

Come noto, i trattati istitutivi dell'Unione europea hanno trasferito in capo al legislatore europeo alcune specifiche competenze statali (principio di attribuzione)⁹⁹, imponendo che le stesse siano esercitate al solo fine di raggiungere gli obiettivi perseguiti dalla stessa Unione (principio di proporzionalità)¹⁰⁰.

Pertanto, occorre domandarsi se il diritto europeo preveda una propria nozione di territorialità e se il diritto eurounionale apponga limiti alla territorialità italiana compatibili con la disposizione costituzionale.

Sotto il primo punto di vista, data l'assenza di una *“potestà impositiva”* dell'UE, si deve ritenere inesistente una territorialità di matrice europea.

⁹⁹ Corte Cost., 15 luglio 1976, n. 206, *“Con l'adesione ai trattati si è inserito un meccanismo di ricezione automatica (efficacia diretta) in base al quale nell'ordinamento italiano valgono anche le norme comunitarie emanazione di una fonte di produzione autonoma propria di un ordinamento distinto da quello interno”*. Sul tema si veda anche R. MICELI, *Indebito comunitario e sistema tributario interno*, Milano, 2008.

¹⁰⁰ P. BORIA, *Diritto tributario europeo*, cit., 328, secondo cui si tratta di un *“criterio essenziale per garantire che il perseguimento degli obiettivi di diritto interno produca il minor pregiudizio possibile rispetto alle finalità comunitarie(...) è da notare che il principio di proporzionalità mostra una notevole contiguità con il principio di effettività, in quanto esprime il bisogno di assicurare una concreta tutela ai cittadini in ordine ai diritti di fonte comunitaria, evitando che le norme nazionali pongano oneri ed adempimenti tali da rendere eccessivamente oneroso l'esercizio dei diritti medesimi”*. In giurisprudenza si rimanda a CGUE, 5 luglio 1977, C-114/76, *Beta-Mhle*; CGUE, 18 dicembre 1997, cause riunite C-286/95, C-340/95, C-401/95, *Molenheide*; CGUE, 21 marzo 2000, cause riunite C-110/98 e C-147/98, *Galbafri*.

A fronte di ciò, è però necessario sottolineare che, in relazione ad alcune fattispecie affidate alla competenza esclusiva dell'Unione, il legislatore europeo fa espresso riferimento a tale concetto, limitandosi, però, a rinviare alla nozione di territorialità adottata dagli Stati membri.

A mero titolo esemplificativo si può ricordare l'imposta sul valore aggiunto, regolata dal Titolo V del TFUE e dalla Direttiva 112/2006 e recepita nell'ordinamento nazionale dal Dpr 633/1972¹⁰¹ il quale, agli artt. 7 ss., disciplina la territorialità dell'imposta.

Si tratta, però, di un concetto differente rispetto al principio di territorialità fino ad ora analizzato. Difatti, mentre la territorialità di cui all'art. 53 Cost. ha la funzione, come sopra esaminato, di evidenziare il collegamento fra contribuente e comunità statale, la territorialità nell'imposta sul valore aggiunto è, insieme ai presupposti oggettivi e soggettivi, un mero requisito applicativo del tributo.

¹⁰¹ S. PELLEGRINI, *Il principio di territorialità nell'imposta sul valore aggiunto*, in *DPT*, 5, 2016, 2180; D. MANCA, F. MANCA, *IVA: Il presupposto della territorialità*, Milano, 2013.

Venendo ora al secondo interrogativo, il diritto eurounionale, anche in virtù del combinato disposto degli artt. 4¹⁰² e 5¹⁰³ TUE¹⁰⁴, tende, al fine di

¹⁰² “1. In conformità dell'articolo 5, qualsiasi competenza non attribuita all'Unione nei trattati appartiene agli Stati membri. 2. L'Unione rispetta l'uguaglianza degli Stati membri davanti ai trattati e la loro identità nazionale insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali. Rispetta le funzioni essenziali dello Stato, in particolare le funzioni di salvaguardia dell'integrità territoriale, di mantenimento dell'ordine pubblico e di tutela della sicurezza nazionale. In particolare, la sicurezza nazionale resta di esclusiva competenza di ciascuno Stato membro. 3. In virtù del principio di leale cooperazione, l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai trattati. Gli Stati membri adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione. 5. Gli Stati membri facilitano all'Unione l'adempimento dei suoi compiti e si astengono da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione”.

¹⁰³ “1. La delimitazione delle competenze dell'Unione si fonda sul principio di attribuzione. L'esercizio delle competenze dell'Unione si fonda sui principi di sussidiarietà e proporzionalità. 2. In virtù del principio di attribuzione, l'Unione agisce esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite dagli Stati membri nei trattati per realizzare gli obiettivi da questi stabiliti. Qualsiasi competenza non attribuita all'Unione nei trattati appartiene agli Stati membri. 3. In virtù del principio di sussidiarietà, nei settori che non sono di sua competenza esclusiva l'Unione interviene soltanto se e in quanto gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri, né a livello centrale né a livello regionale e locale, ma possono, a motivo della portata o degli effetti dell'azione in questione, essere conseguiti meglio a livello di Unione. Le istituzioni dell'Unione applicano il principio di sussidiarietà conformemente al protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità. I parlamenti nazionali vigilano sul rispetto del principio di sussidiarietà secondo la procedura prevista in detto protocollo. 4. In virtù del principio di proporzionalità, il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati. Le istituzioni dell'Unione applicano il principio di proporzionalità conformemente al protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità”.

¹⁰⁴ Sul rapporto fra le due disposizioni, si veda F. MUNARI, *Gli effetti del diritto dell'Unione europea sul sistema interno delle fonti*, in *Dir. Un. Eur.*, 4, 2013, 725, F. PODCAR, M. C. BARUFFI, *Commentario breve ai Trattati dell'Unione Europea*, Padova, 2014.

raggiungere gli obiettivi enunciati nel trattato, a comprimere la potestà legislativa degli Stati membri. Si tratta, però, di una compressione relativa, la quale rileva nelle sole materie lasciate alla competenza esclusiva dell'Unione (o a quelle allo stesso espressamente attribuite dagli Stati membri) fra le quali, *in primis*, la materia doganale, la politica monetaria dei paesi dell'area euro e la politica commerciale comune. Oltre a ciò, in materia fiscale, pare utile ricordare i vincoli derivanti dal divieto di applicare tributi discriminatori o protezionistici di cui all'articolo 110, TFUE e dalla c.d. armonizzazione fiscale¹⁰⁵, disciplinata dagli artt. 113 ss., TFUE.

Similmente a quanto affermato in relazione ai limiti derivanti dal diritto internazionale, anche il diritto europeo è quindi carente di una norma generale e astratta volta a delimitare la territorialità dell'imposta.

Pertanto, il legislatore nazionale può liberamente individuare il presupposto d'imposta, a condizione che questi rispetti, come si vedrà meglio nel Capitolo IV, il divieto di trattamenti discriminatori ed il principio di proporzionalità.

In sintesi, anche il diritto europeo non solo è privo di una propria autonoma nozione di territorialità ma, inoltre, omette di fissare di veri e propri limiti alla territorialità statale, demandando la questione, in via indiretta, ai principi generali del sistema eurounionale. Di conseguenza, fermo il rispetto di principi fondamentali come, ad esempio, il principio di proporzionalità e di parità di trattamento, gli organi europei, fra i quali, *in*

¹⁰⁵ Con tale termine si intende il procedimento con cui “*i vari paesi effettuano di comune accordo, o l’Autorità preposta al Trattato impone, la modifica di una determinata norma o di un dato tributo o l’adeguamento della struttura essenziale (tasso, base imponibile, ecc.) di una imposta, in conformità ad un modello unico*”. C. COSCIANI, *Problemi fiscali del mercato comune*, Milano, 1958, 89; ID., *La politica di armonizzazione fiscale della Comunità Economica Europea*, in *Quaderni Assonime*, Roma, 1952.

primis, la Corte di Giustizia, non possono sindacare l'estensione spaziale della potestà impositiva statale.

10. I criteri di collegamento

Premessa la necessità di subordinare l'imposizione fiscale ad un ragionevole criterio di collegamento fra Stato e soggetto passivo, occorre ora chiederci in cosa consista detto collegamento.

Più semplicemente, ci si deve domandare quali siano i criteri di collegamento idonei a manifestare un'appartenenza alla comunità politica ed economica statale.

I "criteri di collegamento" (termine mutuato dal diritto internazionale privato¹⁰⁶) svolgono, secondo la dottrina dominante¹⁰⁷, una duplice funzione.

In *primis*, questi individuano quelle situazioni di fatto e di diritto idonee ad evidenziare l'appartenenza del soggetto alla comunità statale¹⁰⁸, legittimando la pretesa impositiva da parte dell'ente impositore.

In *secundis*, stabiliscono le modalità con cui il soggetto esprime la propria capacità contributiva in relazione alla più o meno intensa partecipazione alla medesima comunità e, conseguentemente, delimitano

¹⁰⁶ In questo contesto, il termine individua le condizioni al ricorrere delle quali risultano applicabili nell'ordinamento nazionale norme derivanti da un altro ordinamento statale.

¹⁰⁷ G. CROXATO, *L'imposizione delle imprese con attività internazionale*, cit., R. LUPI, *Voce "Territorialità del tributo"*, cit.

¹⁰⁸ A. FEDELE, *Imposte reali ed imposte personali nel sistema tributario italiano*, in *Riv. Dir. Fin.*, 1, 2002, 450.

l'estensione dell'obbligo tributario, anche in considerazione della tipologia di tributo¹⁰⁹.

Entrambe le funzioni evidenziano come la connotazione oggettiva o soggettiva del criterio di collegamento prescelto non è del tutto indifferente, ma ha una diretta ricaduta sull'estensione dell'obbligo tributario a cui è assoggettato il soggetto che produce il reddito¹¹⁰.

L'obiettivo finale di questo capitolo è quindi quello di individuare le differenze strutturali fra le due forme di connessione fra Stato ed individuo, al fine di comprendere la ragione che spingono ad interrogarsi circa le modalità di determinazione del PoEM.

11. (Segue) i criteri Soggettivi

I criteri soggettivi, o a natura personale, individuano la partecipazione del soggetto alla comunità statale in base alla sua posizione personale rispetto alla medesima.

Tale integrazione fra soggetto e Stato è idonea a giustificare l'assoggettamento del contribuente all'obbligo tributario e, al contempo, a determinarne l'estensione.

Difatti, il collegamento personale, evidenziando un maggior grado di partecipazione alla comunità statale, giustifica un'imposizione reddituale più

¹⁰⁹ A mero titolo esemplificativo, benché sia legittimo assumere quale criterio di collegamento in relazione ad un tributo a natura personale un criterio oggettivo, il carattere del prelievo impositivo impone determina necessariamente una pretesa impositiva differente a seconda del collegamento fra Stato e soggetto.

¹¹⁰ G. FRANSONI, *La territorialità del diritto tributario*, cit., 302.

estesa, volta a ricomprendere i redditi ovunque prodotti dal contribuente (c.d. *Worldwide taxation*).

Ciò detto, il collegamento personale può derivare dall'applicazione di due criteri alternativi, ovverosia la cittadinanza (o nazionalità) o la residenza.

Il primo criterio, abbandonato dalla maggior parte degli Stati costituzionali di *civil law*, trova ancor'oggi accoglimento in alcuni Paesi di *common law* fra i quali, *in primis*, gli Stati Uniti d'America.

L'elaborazione statunitense, infatti, ricorrendo alla richiamata teoria del beneficio, sostiene che i "benefici" riconosciuti al contribuente non verrebbero meno in caso di trasferimento della residenza all'estero¹¹¹, circostanza inidonea a spezzare il legame soggettivo fra Stato e contribuente-cittadino¹¹².

¹¹¹ Cook v Tait, 5 maggio 1924, "*the principle was declared that the government, by its very nature, benefits the citizen and his property wherever found, and therefore has the power to make the benefit complete. Or, to express it another way, the basis of the power to tax was not and cannot be made dependent upon the situs of the property in all cases, it being in or out of the United States, nor was not and cannot be made dependent upon the domicile of the citizen, that being in or out of the United States, but upon his relation as citizen to the United States and the relation of the latter to him as citizen. The consequence of the relations is that the native citizen who is taxed may have domicile, and the property from which his income is derived may have situs, in a foreign country and the tax be legal-- the government having power to impose the tax*".

¹¹² A supporto di questa tesi si pensi, ad esempio, a quanto previsto all'art. 22, par. 1731 e 1732 del U.S. code secondo cui "*Whenever it is made known to the President that any citizen of the United States has been unjustly deprived of his liberty by or under the authority of any foreign government, it shall be the duty of the President forthwith to demand of that government the reasons of such imprisonment; and if it appears to be wrongful and in violation of the rights of American citizenship, the President shall forthwith demand the release of such citizen, and if the release so demanded is unreasonably delayed or refused, the President shall use such means, not amounting to acts of war and not otherwise prohibited by law, as he may think necessary and proper to obtain or effectuate the release; and all the facts and proceedings relative thereto shall as soon as practicable be*

A tal riguardo, sebbene siano innegabili i vantaggi garantiti da tale collegamento personale (fra i quali devono essere annoverati la facile individuazione del legame soggettivo e la sua tendenziale immutabilità), altrettanto innegabili sono le problematiche dallo stesso derivanti.

Più precisamente, oltre ai rilievi avanzati al paragrafo 6 con riferimento alla diretta correlazione fra leva fiscale e servizi forniti¹¹³, la cittadinanza, quale criterio di collegamento politico-sociale, è priva di una dimensione economico-produttiva poiché inadatta ad evidenziare la capacità contributiva del soggetto tenuto all'obbligo tributario.

Ciò detto, il criterio della residenza, anch'esso idoneo ad individuare un rapporto (tendenzialmente) stabile e duraturo¹¹⁴, evidenzia, al contrario della cittadinanza, uno specifico profilo economico, collegando il tributo alla forza economica del soggetto.

Se ciò è sicuramente vero per quanto riguarda i criteri c.d. sostanziali (es. domicilio, sede della direzione effettiva, ecc.), una parte della dottrina ha negato una simile conclusione anche con riferimento ai criteri c.d. formali fra cui, *in primis*, l'iscrizione nell'anagrafe della popolazione residente per le persone fisiche e la sede legale per le persone giuridiche.

Nello specifico, il primo criterio previsto dall'art. 2, co. 2 TUIR opera a prescindere dalla volontà del soggetto, circostanza che potrebbe condurre

communicated by the President to Congress. All naturalized citizens of the United States while in foreign countries are entitled to and shall receive from this Government the same protection of persons and property which is accorded to native-born citizens".

¹¹³ In questi casi, inoltre, si tratterebbe di una tutela residuale, destinata a trovare applicazione solamente in risposta a situazioni emergenziali come può essere, ad esempio, un grave disastro naturale.

¹¹⁴ G. CROXATTO, *La tassazione del reddito derivante da attività internazionale nel quadro della riforma tributaria*, in *DPT*, 1971, 10.

ad un assoggettamento al prelievo fiscale anche in assenza di un reale ed effettivo collegamento con la comunità statale, similmente a quanto avviene in applicazione del criterio della cittadinanza¹¹⁵.

A tale posizione interpretativa si è però obiettato che non solo l'iscrizione nell'anagrafe della popolazione residente è atto volontario posto in essere dal contribuente ma, inoltre, la richiesta può essere avanzata solo dai soggetti aventi la propria dimora abituale nel comune, concetto, quest'ultimo, ad evidente connotazione sostanziale.

Similmente, la sede legale per gli enti collettivi è espressione dell'autonomia negoziale dei soci, consentendo agli stessi di scegliere liberamente dove costituire la società; allo stesso tempo, essa rappresenta anche l'assetto normativo idoneo a determinare, sia a livello nazionale che a livello internazionale, i poteri dell'ente in ordine al compimento degli atti produttivi di redditi¹¹⁶.

Da ultimo, come già rilevato, la natura stabile e duratura del collegamento consente di assoggettare a tassazione il reddito ovunque prodotto dal contribuente. Si potrebbe addirittura sostenere che solo la tassazione dell'utile globale sarebbe una vera e propria "imposta sul reddito". Difatti, se si intende il reddito come l'insieme delle variazioni positive e negative subite dal patrimonio di un soggetto in un dato periodo, solo la tassazione su base mondiale sarebbe idonea ad incidere sul reddito, mentre la tassazione dovrebbe essere qualificata come imposta sul capitale, imposta sugli immobili, ecc.

¹¹⁵ G. MELIS, *La nozione di residenza fiscale delle persone fisiche nell'ordinamento fiscale italiano*, in *Rass. Trib.* 1995, 1074, G. MARINO, *La residenza nel diritto tributario*, Padova, 1999, 307.

¹¹⁶ G. FRANSONI, *La territorialità nel diritto tributario*, cit., 363.

12. (Segue) Il criterio di collegamento oggettivo: La Fonte del reddito

La tassazione su base oggettiva, denominata anche tassazione alla fonte, comporta, contrariamente alla tassazione su base personale, l'assoggettamento del contribuente al tributo in base al luogo di produzione del reddito e solamente per la materia imponibile ivi prodotta (*Source taxation*).

La normativa italiana è carente, a differenza di quanto avviene con riferimento alla residenza, di una vera e propria definizione di "fonte" del reddito¹¹⁷, limitandosi a prevedere, all'art. 23 TUIR, criteri differenti a seconda della tipologia di reddito, del luogo di ubicazione del bene, del luogo di residenza del debitore o della sede di svolgimento dell'attività.

A ciò si aggiunga, per i soli redditi d'impresa, un terzo e fondamentale criterio: la stabile organizzazione, definita, ai sensi dall'art. 162 TUIR, come la "*sede fissa di affari per mezzo della quale l'impresa non residente esercita in tutto o in parte la sua attività sul territorio dello Stato*"¹¹⁸.

¹¹⁷ Sebbene la dottrina nazionale ed internazionale non abbia mai dedicato particolare attenzione alla definizione del concetto di "fonte", dando lo stesso per scontato, questo può essere definito come il luogo in cui si genera il reddito derivante dall'attività economica svolta. Sul tema, R. A. MUSGRAVE, *Criteria for Foreign Tax Credit*, in *Taxation and Operations Abroad. Symposium*, 1960, 83.

¹¹⁸ L'espressione traduce la nozione di *permanent establishment* adottata nel diritto internazionale. Ai sensi dell'art. 5, Model tax convention on income and capital, 2017, "*For the purposes of this Convention, the term "permanent establishment" means a fixed place of business through which the business of an enterprise is wholly or partly carried on*". L'adozione del concetto di "organizzazione" si spiega, secondo quanto affermato da A. FANTOZZI, *La stabile organizzazione*, in *Riv. Dir. trib.*, 2, 2013, 100, nella volontà del legislatore nazionale di attribuire maggior

In altre parole, si tratta di una articolazione territoriale, priva dei caratteri di stabilità e continuità propri della residenza fiscale, volta a collegare l'attività d'impresa con il territorio ove la stessa viene esercitata al fine di attribuire allo Stato territorialmente competente il diritto di assoggettare a tassazione i redditi ivi prodotti¹¹⁹.

Nonostante sia oggi indiscusso un concomitante operare fra criterio della fonte e criterio della residenza, secondo alcuni autori¹²⁰, la *Source taxation* sarebbe l'unico collegamento territoriale in grado di assicurare una corretta applicazione del principio dell'*economic allegiance*.

Difatti, sebbene la produzione del reddito non sia idonea a spezzare il legame personale e soggettivo con lo Stato di residenza, quest'ultimo concetto evidenzerebbe un collegamento basato non sulla produzione della

importanza al profilo organizzativo rispetto a quello produttivo. Sul tema si rinvia a P. VALENTE, *Stabile organizzazione*, Milano, 2018, 45.

¹¹⁹ F. PAPARELLA, Voce "stabile organizzazione", in *Enc. Giur.*, 2016; L. PERRONE, *La stabile organizzazione*, in *Rass. Trib.*, 2, 2004, 796.

¹²⁰ K. VOGEL, *Worldwide vs. Source Taxation of Income - A Review and Re-evaluation of Arguments (Part I)*, cit., "Economic allegiance to a State can be based on mere consumption or it can be based on business activities, including investment activities. To the extent economic allegiance is founded on consumption, residence would constitute a suitable criterion, but it could not be the only controlling principle. Where a person is economically bound not only to the state of his or her residence, but also to another state through business activities or by way of income arising in the other state, Schanz deems the allegiance to this other state, the source state, to be more important than that to the state of residence. The state of residence to which the taxpayer is connected through consumption, he argues, should get its share, but it should get less than the source state where the income is produced. Consequently, Schanz recommends a division of the tax base. Three-fourths of the income in question should be taxed in the state of source, and one-fourth in the state of residence. In other words, the source State should levy three-fourths of the tax that it ordinarily would levy on residents and the State of residence should levy one-fourth of the tax it ordinarily would levy on domestic source income of nonresidents".

ricchezza, ma sul suo consumo. In quest'ottica, quindi, sarebbe solo lo Stato della fonte ad essere competente a tassare la maggior parte del reddito in quanto luogo di sua effettiva produzione.

A ciò si aggiunga, inoltre, come un sistema impositivo basato esclusivamente o prevalentemente sul criterio della fonte¹²¹ sarebbe maggiormente idoneo ad assicurare l'equità e l'eguaglianza fra residenti e non residenti.

Tali tesi non appaiono condivisibili poiché omettono di prendere in considerazione due elementi fondamentali.

In primo luogo, la territorialità è, come sopra rilevato, un concetto che trova il proprio fondamento nella sovranità statale. Pertanto, attribuire rilevanza al solo legame oggettivo significherebbe adottare una concezione di Stato (e, quindi, di sovranità statale) prevalentemente ancorata al territorio, concezione ormai superata e non più applicabile nell'odierno sistema giuridico e politico.

¹²¹ Come rileva A. MANGANELLI, *Voce "territorialità d'imposta, cit.*, "Nonostante la maggior parte degli Stati assoggetti ad imposizione il reddito mondiale dei propri residenti (o dei propri cittadini, come avviene negli Stati Uniti), vi sono tuttora molti Stati che presentano un sistema impositivo su base rigidamente territoriale. Tra questi i più importanti sono: Argentina, Hong-Kong, Kenia, Uruguay ed in generale i Paesi dell'America Latina. Il principio di tassazione del reddito mondiale subisce poi ulteriori eccezioni in Paesi come la Francia ed il Brasile, che assoggettano ad imposizione solo il reddito di fonte interna prodotto dalle imprese (le persone fisiche sono invece considerate soggetti passivi per il reddito ovunque prodotto). Qualche altro Paese esenta solo determinate categorie di reddito prodotto all'estero: così la Svizzera non colpisce il reddito d'impresa prodotto all'estero mediante una stabile organizzazione e il reddito derivante dal possesso di immobili situati all'estero; l'Australia prevede l'esenzione del reddito estero qualora esso sia soggetto ad imposta nello Stato in cui è prodotto; alle medesime condizioni l'Olanda esenta il reddito prodotto all'estero attraverso stabili organizzazioni, i dividendi distribuiti alle holding e altre categorie di reddito di fonte estera".

In secondo luogo, un sistema basato interamente sul criterio della fonte comporterebbe uno svilimento dei principi costituzionali sopra delineati poiché non solo la partecipazione alla comunità statale diverrebbe un fattore pressoché ininfluenza ma, inoltre, si vieterebbe al legislatore la creazione di fattispecie impositive realmente collegata alla capacità contributiva del soggetto, data la stringente limitazione territoriale.

una restrizione ingiustificata alla capacità contributiva del soggetto rilevante ai fini del prelievo fiscale.

Da ultimo, pare utile rilevare come l'evoluzione del mercato abbia portato ad una progressiva crisi del criterio in parola.

Più nello specifico, da un lato, la contemporanea presenza di più elementi idonei ad attribuire la competenza territoriale rischia di creare l'insorgere di possibili conflitti di doppia imposizione (si pensi ad esempio, all'ipotesi in cui Tizio, residente nello Stato A, acquisti un bene, ubicato nello Stato B, da Caio, residente nello Stato C).

Dall'altro lato, invece, la progressiva digitalizzazione del mercato rende particolarmente complessa l'individuazione dell'effettivo luogo di produzione della ricchezza, problematica evidenziata anche dai tentativi di introduzione di una stabile organizzazione digitale.

13. Riflessioni conclusive

Le riflessioni sopra svolte evidenziano chiaramente come una precisa individuazione del collegamento Stato-soggetto passivo sia un'esigenza alla quale occorre ancor'oggi far fronte.

Da un punto di vista applicativo, infatti, l'assenza di una simile analisi determinerebbe un inevitabile sovrapposizione della potestà impositiva fra

gli Stati i quali, in assenza di una precisa sfera di competenza, potrebbero astrattamente estendere la valenza spaziale della propria legge anche nei confronti di soggetti privi di qualsiasi tipo di connessione con la comunità statale di appartenenza.

Ciò non solo farebbe insorgere alcuni significativi problemi derivanti dal principio di uguaglianza ma, inoltre, creerebbe anche alcune incisive problematiche sotto l'aspetto politico.

Al contempo, da un punto di vista quantitativo, una imprecisa collocazione della residenza fiscale potrebbe estendere o ampliare il dovere contributivo del soggetto passivo, il quale si troverebbe costretto a soddisfare ampie pretese fiscali nei confronti di più giurisdizioni fiscali.

Da queste constatazioni appare quindi evidente che una eccessiva incertezza circa il significato di uno dei criteri fondamentali ai fini di individuare il collegamento soggettivo, come è, appunto, la sede dell'amministrazione effettiva, comporterebbe una serie di significative problematiche idonee ad incidere sui rapporti economici e politici fra gli Stati coinvolti.

CAPITOLO II
IL PLACE OF EFFECTIVE MANAGEMENT ALL'INTERNO
DEGLI ORDINAMENTI NAZIONALI: UN APPROCCIO
COMPARATO

SOMMARIO: 1. La sede sociale: fra diritto interno e diritto interazionale; 2. Definizione e funzione della sede sociale nel diritto comparato; 3. (Segue) il trasferimento della sede: fra incorporazione e amministrazione; 4. La sede nel diritto tributario: un approccio comparato; 5. Il collegamento formale: fra Place of Incorporation e sede legale; 6. L'oggetto principale; 7. La sede amministrativa o place of effective management; 8. L'origine del PoEM nella giurisprudenza inglese; 9. Il Central management and control; 10. La sede della direzione nell'ordinamento italiano; 11. La presunzione di residenza; 12. La sede di direzione effettiva nelle normative nazionali; 13. La sede dell'amministrazione: considerazioni conclusive;

1. La sede sociale: fra diritto interno e diritto interazionale

Addentrando ora nel cuore della trattazione, prima di ricostruire il concetto di sede dell'amministrazione negli ordinamenti nazionali, si rende innanzitutto opportuno effettuare una rapida ricostruzione dei possibili criteri adottati dagli Stati nazionali al fine di individuare quel collegamento soggettivo idoneo a fondare la più ampia potestà impositiva nei confronti del contribuente.

Questa ricostruzione deve però essere preceduta da una importante premessa. Segnatamente se, con riferimento alle persone fisiche, è sempre possibile rintracciare un collegamento soggettivo basato su una presenza fisica del soggetto passivo, altrettanto non si può dire con riferimento alle persone giuridiche.

Queste ultime, infatti, sono entità astratte, create dal diritto e prive di una vera e propria "consistenza fisica" la quale richiede un collegamento fondato anch'esso su una nozione puramente normativa.

Questa nozione è stata oggi individuata nel concetto di “sede dell’impresa.”

Si tratta di una nozione ampiamente utilizzata sia dai singoli legislatori nazionali sia dalla normativa sovranazionale la quale, tuttavia, assume differenti connotati a seconda della funzione che è chiamata a svolgere e dell’intensità del collegamento (sostanziale piuttosto che formale e viceversa).

Di conseguenza, per poter comprendere appieno i risvolti di una sua applicazione in ambito tributario, anche al fine di inquadrare correttamente il concetto di PoEM, è opportuno prendere le mosse proprio dal concetto di sede e del ruolo dalla stessa svolto nei singoli ordinamenti nazionali e, soprattutto, nel diritto internazionale privato.

2. Definizione e funzione della sede sociale nel diritto comparato

Da un punto di vista esclusivamente terminologico, la sede può essere genericamente definita come il “domicilio” dell’ente collettivo. Tuttavia, questa nozione può assumere diversi significati a seconda degli obiettivi che l’ordinamento si prefigge di raggiungere ricorrendo a tale termine.

Innanzitutto, la sede è l’elemento principale che consente di determinare la c.d. *lex societatis*, ovvero sia quel complesso di norme che regolano la nascita, la vita e l’estinzione degli enti commerciali.

Come già sopra accennato, a differenza di quanto avviene per le persone fisiche¹²², le quali nascono ed operano indipendentemente da un

¹²² Sul tema si veda P. PIANTAVIGNA, *La funzione della nozione di residenza fiscale nell’IRPEF*, in *Riv. Dir. Fin.*, 3, 2013, 275; B. BELLICINI, *Il trasferimento della residenza fiscale all’estero*

espesso riconoscimento da parte dell'ordinamento giuridico, le persone giuridiche e, in particolar modo, le società commerciali presuppongono un necessario intervento da parte della legislazione nazionale.

Più precisamente, l'imputazione di situazioni giuridiche attive e passive in capo ad un ente collettivo presuppone il previo riconoscimento dell'ente da parte dell'ordinamento giuridico di costituzione¹²³.

Difatti, come pacificamente riconosciuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza, le società non sono soggetti naturali, ma mere forme di esercizio di attività d'impresa in forma collettiva con le quali due o più persone mettono in comune risorse proprie per la realizzazione di un obiettivo lucrativo comune¹²⁴.

delle persone fisiche: un'ipotesi di compliance normativa, in *Fisco*, 22, 2016, 2157; V. RIGHINI, A. MAIDA, *Profili elusivi del trasferimento all'estero della residenza fiscale delle persone fisiche*, in *Fisco*, 36, 2010, 5839; P. VALENTE, *Il "centro degli interessi vitali" - Note sulla disciplina della residenza fiscale delle persone fisiche*, in *Fisco*, 49, 2009, 6742.

¹²³ P. PICONE, *Diritto internazionale privato delle società e riconoscimento di "Anstalten" e "Treuunternehmen" nell'ordinamento italiano*, in AA.VV., *Comunicazioni e Studi dell'Istituto di diritto internazionale e straniero dell'Università di Milano*, XV, Milano, 1978, 85.

¹²⁴ Nel sistema italiano, tale considerazione emerge chiaramente dal testo dell'art. 2247, Cod. Civ., secondo cui *"Con il contratto di società due o più persone conferiscono beni o servizi per l'esercizio in comune di un'attività economica allo scopo di dividerne gli utili"*. Come rileva A. ROSSI, *Art. 2247*, in A. MAFFEI ALBERTI, *Commentario breve al diritto delle società*, Padova, 2016, 3, *"Le società sono, nel sistema del codice civile, strutture organizzative soggettivizzate in funzione dell'esercizio di un'attività economica tramite la segregazione di patrimoni. Il fenomeno societario si manifesta a livello normativo sotto diversi profili: a) quale contratto, atto giuridico unilaterale o fatto giuridico, momento genetico-costitutivo e regola di azione nello svolgimento dell'attività economica; b) quale struttura organizzativa destinata a tracciare i rapporti tra i protagonisti dell'attività economica: soci, gestori, altri fornitori di fattori della produzione, terzi; c) quale soggetto cui sono imputati un patrimonio autonomo, l'attività economica ed il risultato di questa"*.

Le persone giuridiche, dunque, non sono soggetti autonomi legittimati ad agire in base alla *lex societatis* dello Stato di costituzione, ma sono esse stesse a costituire l'assetto normativo idoneo a regolare i rapporti interni (fra i soggetti che concorrono alla formazione della volontà dell'ente come, ad esempio, soci, detentori di altri titoli partecipativi, organo amministrativo, organo di controllo, ecc.) ed esterni (le modalità tramite le quali tale volontà interagisce con l'esterno con particolare riguardo alla responsabilità nei confronti dei creditori sociali e alla titolarità dei rapporti giuridici attivi e passivi, ecc.)¹²⁵.

In altre parole, la società è la *lex societatis*.

Tali considerazioni, confermate anche dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea, secondo cui “*diversamente dalle persone fisiche, le società sono enti creati da un ordinamento giuridico e, allo stato attuale del diritto comunitario, da un ordinamento giuridico nazionale. Esse esistono solo in forza delle diverse legislazioni nazionali che ne disciplinano costituzione e funzionamento*”¹²⁶, portano quindi a ritenere che la sede sociale, oltre a determinare l'ubicazione spaziale dell'ente, funge anche da parametro di individuazione delle regole in base alle quali la società esiste e opera.

¹²⁵ P. PICONE, *Diritto internazionale privato delle società e riconoscimento di "Anstalten" e "Treuunternehmen" nell'ordinamento italiano*, cit., 85.

¹²⁶ CGUE, 27 settembre 1988, C-81/87, *Daily Mail*. In dottrina, E. WYMEERSCH, *Il trasferimento della sede della società nel diritto societario europeo*, in *Riv. Soc.*, 2003, 4, 723; S. VAN THIEL, *The Daily Mail Case. Tax Planning and the European Right of Establishment. A Setback*, in *European Taxation*, 1988, XXVIII, 11, 357; S. N. FROMMEL, *EEC Companies and Migration: A Setback for Europe?*, in *Intertax*, 1988, XVI, 12, 409; C. C. CARLI, *Diritto tributario europeo e "paradisi fiscali": abuso del diritto... di stabilimento o lacuna del sistema fiscale comunitario?*, in *Riv. Dir. Eur.*, 1988, 2-4, 128; D. R. TILLINGHAST, “*A matter of definition: "Foreign" and "Domestic" Taxpayers*”, in *Int.l Tax & Bus. Law.*, 1984, II, 2, 239.

Una seconda peculiarità del concetto di sede deriva dalla sua stessa natura “polivalente”. La sede, infatti, è un collegamento territoriale che, oltre a determinare le conseguenze a cui si è sopra accennato, assume diversi significati a seconda dell’ambito disciplinare all’interno del quale la medesima viene impiegata. Si pensi, ad esempio, alla sede di cui all’art. 2296 cod. civ.¹²⁷ ove questa funge da criterio di determinazione della circoscrizione del Registro delle Imprese competente o, ancora alla normativa fallimentare, in cui essa è volta ad individuare giudice competente della procedura¹²⁸.

Da ultimo, come si vedrà meglio nelle pagine che seguono, la sede assume un differente contenuto a seconda dell’elemento a cui il legislatore decide di dare rilievo prioritario. Così, ad esempio, si può parlare di sede legale o di sede amministrativa o, ancora, di sede principale e di centro degli interessi principali¹²⁹.

¹²⁷ Art. 2296, Cod. civ., “L’atto costitutivo della società con sottoscrizione autenticata dei contraenti, o una copia autenticata di esso se la stipulazione è avvenuta per atto pubblico, deve entro trenta giorni essere depositato per l’iscrizione, a cura degli amministratori, presso l’ufficio del registro delle imprese nella cui circoscrizione è stabilita la sede sociale”.

¹²⁸ Art. 9, L.F., “Il fallimento è dichiarato dal tribunale del luogo dove l’imprenditore ha la sede principale dell’impresa. Il trasferimento della sede intervenuto nell’anno antecedente all’esercizio dell’iniziativa per la dichiarazione di fallimento non rileva ai fini della competenza. L’imprenditore, che ha all’estero la sede principale dell’impresa, può essere dichiarato fallito nella Repubblica italiana anche se è stata pronunciata dichiarazione di fallimento all’estero. Sono fatte salve le convenzioni internazionali e la normativa dell’Unione europea. Il trasferimento della sede dell’impresa all’estero non esclude la sussistenza della giurisdizione italiana, se è avvenuto dopo il deposito del ricorso di cui all’articolo 6 o la presentazione della richiesta di cui all’articolo 7”.

¹²⁹ M. BENEDETTELLI, *Sul trasferimento della sede sociale all’estero*, in Riv. Soc., 6, 2010, 1251, “Con il termine centro principale degli affari ovvero oggetto principale della società si intende invece il luogo in cui la società conduce prevalentemente la propria attività imprenditoriale,

3. (Segue) il trasferimento della sede: fra incorporazione e amministrazione

Fra gli aspetti sopra brevemente delineati, quello che assume maggior rilevanza è certamente il rapporto fra sede sociale e regolamentazione normativa di riferimento. Pur senza voler analiticamente approfondire la questione, ai fini qui di interesse pare opportuno analizzare, dal punto di vista del diritto internazionale privato, quali siano le conseguenze derivanti dal trasferimento della sede sociale da uno Stato all'altro.

entrando in rapporto con i terzi (lavoratori dipendenti, fornitori, clienti, finanziatori, controparti contrattuali in genere) e quindi manifestando all'esterno ed attuando quella volontà che si è (internamente) formata nella sede amministrativa, localizzata eventualmente altrove (...) Nozione ancora diversa è poi quella di centro degli interessi principali del debitore (o "COMI", dall'acronimo inglese della definizione), che il regolamento del Consiglio 30 giugno 2000 n. 1346 ("Reg. 1346/2000") sulle insolvenze transfrontaliere utilizza a diversi fini ma senza darne una precisa definizione, limitandosi a porre una presunzione relativa di coincidenza con la sede statutaria dei debitori-persone giuridiche (art. 3, par. 1) e ad affermare che esso dovrebbe essere individuato nel "luogo in cui il debitore esercita in modo abituale, e pertanto riconoscibile dai terzi, la gestione dei suoi interessi" (considerando n. 13). La Corte di giustizia è intervenuta già due volte in tema, precisando che si tratta di una nozione autonoma, da interpretare in modo uniforme indipendentemente da quanto disposto dalle legislazioni nazionali, dando rilievo al luogo, riconoscibile dai terzi, in cui il debitore amministra i propri interessi in modo regolare. La Corte ha peraltro "rafforzato" la menzionata presunzione, dichiarando che la stessa può essere superata solo in presenza di elementi oggettivi e, appunto, verificabili dai terzi, in particolare che il COMI di una società controllata può essere localizzato presso la sede della controllante solo quando la controllata sia una "letterbox company" che non svolga alcuna attività sul territorio dello Stato membro in cui è collocata la propria sede, non essendo sufficiente a tal fine che le sue scelte gestionali siano determinate dalla controllante stabilita in un altro Stato membro". Sul tema si veda anche ID., "Centro degli interessi principali" del debitore e forum shopping nella disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza transfrontaliera, in RDIPP, 2004, 499.

Per far ciò è però necessario introdurre due teorie che caratterizzano ancor'oggi la materia, ovverosia la teoria dell'incorporazione (*incorporation theory*) e la teoria della sede reale (*real seat theory*)¹³⁰. A tal proposito si deve però rilevare che se in passato tale bipartizione esprimeva esigenze tipiche della realtà giuridica del tempo, oggi non sembra più possibile individuare una netta linea di demarcazioni fra le due teorie. Difatti, nonostante sia innegabile l'utilità scientifica che ancor'oggi riveste la distinzione fra teoria dell'incorporazione e teoria della sede reale, fattori quali, ad esempio, norme speciali di diritto nazionale e accordi bilaterali hanno determinato un progressivo ravvicinamento fra le due teorie. Pertanto, ferma la validità scientifica di quanto sarà di seguito rilevato, occorre tenere a mente che l'effettiva identificazione del collegamento legislazione statale-ente collettivo non può prescindere da un'attenta analisi fattuale¹³¹.

¹³⁰ A. RIGHINI, *Il trasferimento transnazionale della sede sociale*, in *Contr. Impr.*, 3, 2006, 755 “*In linea di principio la possibilità, o meno, che un ordinamento ammetta il trasferimento della sede delle sue società, è subordinata al principio di collegamento territoriale che quello Stato adotta. Da questo collegamento dipende sia il riconoscimento stesso delle società nell'ambito di quell'ordinamento, che la relativa legge applicabile (cd. lex societatis)*”.

¹³¹ In questo senso F. MUCCIARELLI, *Società di capitali, trasferimento all'estero della sede sociale e arbitraggi normativi*, Milano, 2010, 47, secondo cui “*La ragione risiede nel fatto che le società vengono a esistenza solo qualora un ordinamento giuridico ritenga soddisfatti presupposti, da esso stabiliti, per l'esistenza di un ente distinto dai soci e retto dalla propria legge. Di conseguenza, la ricerca della legge applicabile alla società dovrebbe implicare anche una valutazione fattuale su quale ordinamento abbia presidiato alla costituzione dell'ente e si ritenga competente a disciplinarlo. Questa circostanza rende problematico assoggettare la società a classiche norme di conflitto bilaterali, le quali selezionano la legge applicabile in base ad un criterio di collocamento collocato spazialmente e determinato unilateralmente lege fori*”. P. PICONE, *Les méthodes de coordinations entre ordres juridiques en droit international privé: Course général de droit international privé*, in *Collected courses of The Hague Academy of International Law*, 9, 1999,

Partendo dalla teoria dell'incorporazione, questa stabilisce che il collegamento territoriale fra società ed ordinamento giuridico deve essere individuato facendo riferimento esclusivo al momento genetico e, pertanto, la legge applicabile sarà quella dello Stato di costituzione.

La giustificazione di tale approccio deve essere rinvenuta, secondo la ricostruzione dottrinale prevalente, nell'intento dell'ordinamento di attribuire la massima rilevanza alla volontà dei soci, i quali, al momento dell'atto costitutivo, stabiliscono, tramite l'indicazione della sede sociale, scegliendo, quindi, la legge applicabile al costituendo ente commerciali¹³².

Sul tema, benché la dottrina tenda a ricollegare la teoria dell'incorporazione al concetto di sede legale¹³³, si deve dar conto di due contrapposte correnti di pensiero.

Da un lato, alcuni ordinamenti, specialmente quelli di *common law*¹³⁴, attribuiscono importanza decisiva al c.d. *domicile of origin*, ovvero al luogo di originaria costituzione della società. La giustificazione di questa scelta interpretativa deriva dal ruolo svolto dal *Registered office* e dalla più volte richiamata teoria del beneficio.

Difatti, mentre negli ordinamenti continentali il *Registered office* è individuato dalla legge in funzione della sede legale enunciata dai soci

276; M. BENEDETTELLI, *La legge regolatrice delle persone giuridiche dopo la riforma del diritto internazionale privato*, in Riv. soc., 1, 1997, 39.

¹³² M. BENEDETTELLI, *Sul trasferimento della sede sociale all'estero*, cit.

¹³³ Sul tema si veda, A. SANTA MARIA, *Le società nel diritto internazionale privato*, Milano, 1973, 140; P. PICONE, R. BARATTA, *Diritto internazionale privato e comunitario*, Padova, 2004, 205; M. BENEDETTELLI, *Sul trasferimento della sede sociale all'estero*", cit., 1251.

¹³⁴ In particolare, massimi esponenti di questa teoria sono Inghilterra e Stati Uniti.

nell'atto costitutivo¹³⁵, negli ordinamenti di *common law* il *Registered office* è liberamente dichiarato dalle parti all'ufficio del registro, non essendo prevista la sua specifica indicazione all'interno del *memorandum* e degli *articles of association*¹³⁶. In secondo luogo, sempre secondo i sostenitori di questa tesi, l'ordinamento di originaria costituzione sarebbe il solo idoneo a riconoscere le tutele e i benefici necessari a raggiungere gli interessi sociali.

Seconda possibile interpretazione della teoria dell'incorporazione, adottata dalla Svizzera, sostiene che “*Le società sono regolate dal diritto dello Stato giusta, il quale sono organizzate, se ne adempiono le prescrizioni in materia di pubblicità o registrazione o, in mancanza di tali prescrizioni, si sono organizzate giusta il diritto di questo Stato*”¹³⁷. In altre parole, il paese

¹³⁵ Nel diritto italiano, si veda l'art. 2330 cod. civ., secondo cui “*Il notaio che ha ricevuto l'atto costitutivo deve depositarlo entro dieci giorni presso l'ufficio del registro delle imprese nella cui circoscrizione è stabilita la sede sociale, allegando i documenti comprovanti la sussistenza delle condizioni previste dall'articolo 2329*”.

¹³⁶ L'adozione di tale teoria da parte dell'Inghilterra, la quale ha cominciato a farvi riferimento a partire dal XVII secolo, trova la propria giustificazione nella circostanza che tale Stato ha da sempre svolto il ruolo di “esportatore di diritto”, consentendo alle società inglesi di modulare l'atto costitutivo come meglio credono. Di conseguenza, la diversa formulazione del corpo normativo alla base della *private company* risulta ininfluenza rispetto al funzionamento del sistema. Sul tema si rinvia a S. RAMELOO, *Corporation in private international law*, Oxford, 2001, 128. Al contrario, negli Stati Uniti d'America, la teoria dell'incorporazione ha assunto il nome di “*internal affairs doctrine*” secondo cui le regole attinenti al funzionamento della società e ai suoi rapporti con i terzi sono di esclusiva competenza dello Stato di costituzione, indipendentemente dal luogo in cui viene effettivamente svolta l'attività d'impresa. La ratio di tale scelta trova il proprio fondamento, ancora una volta, nella teoria del beneficio in base alla quale il collegamento territoriale viene giustificato in base ai vantaggi e alla protezione garantiti dall'ordinamento statale. Per una ricostruzione integrale della materia si rinvia a Y. BRAUNER, *United States*, in *Residence of Companies under Tax Treaties and EC Law*, (a cura di) G. MAISTO, Amsterdam, 2009; F. TUNG, *Before Competition: Origins of the Internal Affairs Doctrine*, in *Jour. Corp. Law*, 7-8, 2007, 102.

¹³⁷ Art. 154, l. 18 dicembre 1987 sul diritto internazionale private.

di costituzione (e, quindi, la legge regolatrice dell'ente) è lo Stato di registrazione¹³⁸.

È quindi di tutta evidenza che, in caso di trasferimento della sede da uno Stato all'altro, qualora ciò sia consentito sia dall'ordinamento di partenza sia da quello di arrivo, la società continuerà ad essere regolata dalla normativa dello Stato di incorporazione, ad eccezione dell'ipotesi in cui i soci preferiscano procedere allo scioglimento seguito dalla ricostituzione dell'ente nel paese di destinazione¹³⁹.

Contraria e opposta alla teoria dell'incorporazione è la teoria della sede reale, tendenzialmente privilegiata da parte degli Stati di *civil law*, secondo la quale la legge regolatrice della società deve essere individuata attribuendo rilievo prioritario alla c.d. sede amministrativa (o sede reale), definibile come il “cervello” della persona giuridica.

¹³⁸ M. KAHAN, E. B. ROCK, *Symbiotic Federalism and the Structure of Corporate Law*, in *Vanderbilt Law Review*, 58, 2005, 1573.

¹³⁹ Tuttavia, come rileva F. MUCCIARELLI, *Società di capitali, trasferimento all'estero della sede sociale e arbitrari normativi*, cit., “In realtà, l'analisi comparata potrebbe smentire quest'assunto perché molti ordinamenti di “teoria dell'incorporazione” pongono dei limiti alle società costituite all'estero ma operanti soltanto sul territorio nazionale (c.d. “pseudo-foreign corporations”). Tra gli Stati membri della UE, peraltro, dopo la sentenza *Inspire Art (...)* lo spazio residuo per normative “anti pseudo-foreign corporations” pare alquanto limitato (...). Se allarghiamo il campo di osservazione al di fuori dell'Unione Europea, inoltre, notiamo altri esempi importanti di leggi “anti pseudo-foreign corporations” adottate da paesi di “teoria dell'incorporazione”. Meritano di essere menzionati lo Stato di New York e la California, i quali estendono parte delle regole societarie alle società costituite all'estero e operanti sul proprio territorio”. Sul tema si veda anche A. GUACCERO, *Libertà di stabilimento e diritto societario degli Stati membri: Europa vs. Usa*, in *La competizione tra ordinamenti giuridici. Mutuo riconoscimento e scelta della norma più favorevole nello spazio giuridico europeo* (a cura di) A. PLAIA, Milano, 2007, 1; M. GNES, *La scelta del diritto*, Milano, 2004, 99.

La sede dell'amministrazione è, secondo i sostenitori di questa teoria, un criterio maggiormente oggettivo ed empirico rispetto al luogo di costituzione, potendo la stessa essere determinata a prescindere dalla volontà dei soci. Sotto un certo punto di vista, quindi, si potrebbe affermare che, mentre la teoria dell'incorporazione trova il proprio fondamento nella società come modello organizzativo per l'esercizio d'impresa, la teoria della sede reale prioritizza la società come ente giuridico autonomo e distinto rispetto alle persone dei soci¹⁴⁰.

In sintesi, si tratta di una teoria volta a valorizzare la reale ubicazione degli interessi della società, inteso come ente autonomo e distinto rispetto ai soci.

Il pieno accoglimento di questa teoria ha però una rilevante conseguenza all'atto del trasferimento di sede. Difatti, lo spostamento "di fatto" della sede sociale all'estero potrebbe comportare, in alcuni casi, uno scioglimento della società, circostanza contraria all'interesse dei soci e della società¹⁴¹.

¹⁴⁰ Il Lussemburgo, pur non affermando espressamente di privilegiare la sede dell'amministrazione, dà priorità a criteri di collocazione spaziale a carattere sostanziale. Si dà però atto che, che utilizzando esclusivamente criteri di natura sostanziale, si potrebbe consentire una facile "fuga dalla legislazione statale, ben potendo l'Organo amministrativo assumere le decisioni al di fuori del territorio nazionale esclusivamente al fine di sottrarsi alla *lex societatis*.

¹⁴¹ Tipico esempio di questa teoria è individuabile nella Germania, la quale considera il mutamento della sede legale alla stregua della perdita della nazionalità con conseguente scioglimento dell'ente collettivo (in tema si veda Corte d'Appello della provincia Bavarese, III camera civile, 7 maggio 1992, n. 3Z BR 14/92). In Belgio, invece, seppur trovi applicazione la teoria dell'incorporazione, la soluzione muta in quanto risulta possibile operare per trasferimenti in soluzione di continuità giuridica, sempre qualora questo sia possibile anche nello stato di destinazione. Per un'analisi comparatistica dei due criteri si veda G. PETRELLI, *Lo stabilimento delle società comunitarie in*

Si pensi, ad esempio, alla recente emergenza epidemiologica da COVID-19 la quale ha costretto amministratori e altri organi dirigenziali ad operare da remoto. Ebbene, in questo caso, non pare difficile immaginare un mutamento della sede amministrativa per circostanze di forza maggiore.

Alcuni importanti spunti di riflessione possono però essere rinvenuti nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea e, nello specifico, nella richiamata sentenza “*Daily mail*”¹⁴² secondo la quale il trasferimento della sede deve essere valutato alla luce del diritto nazionale, con l'unico limite del rispetto delle libertà fondamentali dell'Unione e, in particolare, della libertà di stabilimento¹⁴³. Quindi, ad esempio, una normativa nazionale che imponesse lo scioglimento della società anche

Italia, in *Il notaio tra regole nazionali ed europee*, a cura del Consiglio Nazionale del Notariato, 2003, 77.

¹⁴² C-81/87, *Daily Mail*, *cit.* La vicenda aveva ad oggetto una società costituita nel Regno Unito intenzionata a trasferire la propria residenza fiscale nei Paesi Bassi. La normativa vigente nel paese di partenza al momento dei fatti richiedeva l'autorizzazione da parte dell'autorità britannica che, nel caso di specie, era stata negata.

Il giudice europeo concluse di non poter attribuire ad una società costituita e registrata in base all'ordinamento di uno Stato membro il diritto di trasferire la propria sede centrale di gestione e controllo in altro Stato, mantenendo, al contempo, il proprio status attribuito dal paese di partenza. venne quindi negata, nel caso di specie, la facoltà di avvalersi della libertà di stabilimento primario, dovendo ricorrere allo scioglimento e ricostituzione nello stato di destinazione. Sul tema si vedano anche S. VAN THIEL, *Daily Mail Case. Tax Planning and the European Right of Establishment. A Setback*, *cit.*; S. N. FROMMEL, *EEC Companies and Migration: A Setback for Europe*, *cit.*; J. VAN HOORN JR., *Il trasferimento di sede di società alla luce del diritto comunitario*, in *Dir. Prat. Trib.* 3, 1989, 377; F. CAPELLI, *Trasferimento della sede amministrativa in altro stato*, in *Soc.*, 3, 1990, 297; E. WYMEERSCH, *Il trasferimento della sede della società nel diritto societario europeo*, *cit.*

¹⁴³ Occorre sottolineare che vi è pieno riconoscimento della sola libertà di stabilimento c.d. “secondaria”, ossia la facoltà di aprire succursali e sedi secondarie in altri Stati membri. Sul tema C. SALLUSTIO, *Il trasferimento della sede e della residenza fiscale dall'estero all'Italia. Profili sistematici*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2, 2014, 353.

qualora il trasferimento della sede avvenga mediante “*cambiamento del diritto nazionale applicabile*”, realizzerebbe un’ingiustificata restrizione della libertà di stabilimento¹⁴⁴.

L’ordinamento nazionale disciplina la materia all’art. 46 cod. civ.¹⁴⁵ e, soprattutto, all’art. 25, comma 1 della L. 218/1995¹⁴⁶ (Legge di riforma del diritto internazionale privato).

In questa sede è sufficiente rilevare come la normativa italiana adotti un criterio dell’incorporazione c.d. “temperato”, in base al quale l’ente estero

¹⁴⁴ CGUE, 16 dicembre 2008, C-210/06, *Cartesio* commentata da L. IDOT, *Transfert du siège social sans changement de loi applicable*, in *Europe* 2009 Février Comm, 89, 2009, 33; V. KOROM, P. METZINGER, *Freedom of Establishment for Companies: the European Court of Justice confirms and refines its Daily Mail Decision in the Cartesio Case C-210/06*, in *European Company and Financial Law Review*, VI, 1, 2009, 125; P. MANZINI, F. MUCCIARELLI, *Rivoluzione cartesiana? La fine del "vincolo necessario" tra società e legislazione nazionale*, in *Giur. Com.*, 2, 2009, 614; L. CERIONI, *The Cross-border Mobility of Companies within the European Community after the Cartesio Ruling of the ECJ*, in *Journal of Business Law*, 2010, 311.

¹⁴⁵ Art. 46 cod. civ., “*Quando la legge fa dipendere determinati effetti dalla residenza o dal domicilio, per le persone giuridiche si ha riguardo al luogo in cui è stabilita la loro sede. Nei casi in cui la sede stabilita ai sensi dell'articolo 16 o la sede risultante dal registro è diversa da quella effettiva, i terzi possono considerare come sede della persona giuridica anche quest'ultima*”.

¹⁴⁶ Art. 25, L. 218/1995, rubricato, “*Società ed enti*”, “*Le società, le associazioni, le fondazioni ed ogni altro ente, pubblico o privato, anche se privo di natura associativa, sono disciplinati dalla legge dello Stato nel cui territorio è stato perfezionato il procedimento di costituzione. Si applica, tuttavia, la legge italiana se la sede dell'amministrazione è situata in Italia, ovvero se in Italia si trova l'oggetto principale di tali enti. In particolare sono disciplinati dalla legge regolatrice dell'ente: a) la natura giuridica; b) la denominazione o ragione sociale; c) la costituzione, la trasformazione e l'estinzione; d) la capacità; e) la formazione, i poteri e le modalità di funzionamento degli organi; f) la rappresentanza dell'ente; g) le modalità di acquisto e di perdita della qualità di associato o socio nonché' i diritti e gli obblighi inerenti a tale qualità; h) la responsabilità per le obbligazioni dell'ente; i) le conseguenze delle violazioni della legge o dell'atto costitutivo. I trasferimenti della sede statutaria in altro Stato e le fusioni di enti con sede in Stati diversi hanno efficacia soltanto se posti in essere conformemente alle leggi di detti Stati interessati*”.

ha facoltà di mantenere il proprio carattere straniero a condizione che il Paese d'origine non imponga lo scioglimento in caso di trasferimento¹⁴⁷. Pertanto, in caso di trasferimento c.d. “trasformativo”¹⁴⁸, questo deve essere valutato anche alla luce della normativa applicabile nello Stato d'origine¹⁴⁹.

4. La sede nel diritto tributario: un approccio comparato

Come sottolineato nel capitolo precedente, una delle esigenze a cui il legislatore tributario deve far fronte in sede di determinazione del collegamento soggetto-territorio è data dalla tendenziale prevedibilità sia del carico fiscale sia del soggetto titolare della potestà impositiva, circostanza

¹⁴⁷ A. SANTA MARIA, *Spunti di riflessione sulla nuova norma di diritto internazionale privato in materia di società ed altri enti*, in *Riv. Soc.*, 5, 1996, 1102.

¹⁴⁸ Con tale termine si intende ogni tipologia di trasferimento della residenza che comporti, unitamente al mutamento della sede, anche il cambiamento del tipo sociale al fine di adottare un modello giuridico previsto dallo stato di “arrivo”.

¹⁴⁹ Nel caso lo stato di partenza adotti la teoria dell'incorporazione si possono evidenziare due problematiche fondamentali all'atto del trasferimento della residenza. In primo luogo, dal punto di vista del diritto civile, il mutamento della sede legale, essendo ancorato alla *lex societatis* di costituzione, la società in questione rimarrebbe comunque soggetta al diritto dello Stato di costituzione. Da un punto di vista più rilevante per il diritto tributario, affermare che la localizzazione territoriale muta solo al mutare della sede legale, l'unica soluzione possibile sarebbe quella di costringere la società allo scioglimento, con conseguente liquidazione, per poi riformarsi nel territorio di destinazione prescelto. Se, nel caso in cui il paese di destinazione adotti *l'incorporation theory*, non sussistono particolari problemi in merito a tale riconoscimento (a patto, ovviamente, che la società in questione sia validamente costituita ai sensi della legge nazionale), più problematica risulta essere la questione in alcuni paesi che adottano la *real seat theory*, come accade in Austria, dove non essendo riconosciuta la soggettività giuridica della società trasferitasi sul territorio, occorre che quest'ultima operi una (ri)costituzione.

indispensabile per orientare le scelte imprenditoriali degli operatori economici.

Questa considerazione rende del tutto evidente come un generico rinvio al concetto di sede, così come sopra delineato, sia inadatto a costituire l'unico criterio volto a dimostrare l'appartenenza del soggetto alla comunità politica ed economica di riferimento. Più semplicemente, l'esigenza di certezza non consente di utilizzare un concetto dai contorni notoriamente incerti.

Per far fronte a questa problematica, la maggior parte degli ordinamenti statali contemporanei ha quindi deciso di utilizzare un criterio volutamente più ampio, ovvero sia quella di residenza fiscale, idonea a ricomprendere più sfaccettature della nozione di sede.

Nonostante la netta preferenza per il collegamento basato sulla sede dell'amministrazione, criterio sostanziale maggiormente in grado di evidenziare una piena ed effettiva partecipazione alla comunità statale, è però indispensabile, al fine di comprendere le ragioni di tale preferenza, tratteggiare brevemente gli elementi essenziali dei criteri a questa alternativa.

5. Il collegamento formale: fra *Place of Incorporation* e sede legale

Prima concezione di "sede" rilevante ai fini tributari, storicamente più antica ed oggi privilegiata soprattutto dai Paesi di *common law*, è il c.d. *place of incorporation* (o, in breve, POI), ovvero sia il luogo di formale costituzione dell'ente commerciale.

Come appare evidente, questo criterio attribuisce prevalenza alla forma rispetto alla sostanza (*form over substance approach*) assicurando una maggior certezza al contribuente, il quale potrebbe essere in grado di

conoscere con certezza quale sarà lo Stato nei confronti del quale adempiere la propria obbligazione tributaria.

Al contempo, il POI consente anche una significativa riduzione del carico amministrativo in capo all'ente impositore, il quale può facilmente individuare la residenza fiscale del contribuente facilmente.

Fra gli Stati che privilegiano questo criterio vale sicuramente la pena di ricordare l'esperienza statunitense¹⁵⁰ ove, ai sensi paragrafo 770, lett. a), n. 4, dell'*Internal Revenue Code* (IRC), "*The term "domestic" when applied to a corporation or partnership means created or organized in the United States or under the law of the United States or of any State unless, in the case of a partnership, the Secretary provides otherwise by regulations*".

Tale criterio, originariamente introdotto dal *Tariff Act* del 1909¹⁵¹, viene giustificato in base alla natura federale dell'ordinamento statunitense,

¹⁵⁰ Gli USA adottano, a livello federale, anche una particolare classificazione di società, la quale si è evoluta nel corso del tempo. Più nello specifico, fino al 1996, in applicazione da quanto stabilito dalla Suprema Corte nel caso *Morrissey v. Commissioner* (U.S. Supreme Court 16 dicembre 1935), l'*Internal Revenue Service* (IRS) utilizzava il c.d. *resemblance test*, secondo cui erano considerate società solo gli enti caratterizzati dai seguenti elementi: i) l'esistenza di associati o membri; ii) se un obiettivo per cui esercitare un'attività il profitto esisteva; iii) se l'entità avesse continuità di vita separata da quella dei suoi membri; iv) l'esistenza di gestione centralizzata; v) l'esistenza di responsabilità limitata; e vi) se gli interessi nell'entità fossero liberamente trasferibile. Tuttavia, a causa del pesante onere probatorio che tale criterio poneva in capo all'Amministrazione finanziaria, nel 1996 questo è stato sostituito con il c.d. *check the box criteria* (CTB) secondo cui alcune entità specificatamente enumerate sono trattate come società per motivi fiscali, mentre altre entità possono eleggere la loro classificazione (ovvero "selezionare la casella" su un modulo inviato con l'IRS), se sono "idonei".

¹⁵¹ La prima vera e propria definizione positiva del criterio deve però essere attribuita al *War Revenue Act* del 1917. Per una ricostruzione completa dell'origine storica del criterio nel contesto statunitense si rinvia a O. Y. MARIAN, *The Function of Corporate Tax Residence in Territorial Systems*, in *Chap. Law. Rev.*, 157, 2014, 157.

la quale, fra fine XIX e inizio XX secolo, ha significativamente influenzato la normativa societaria statale.

In questo frangente temporale, infatti, non solo le società potevano essere costituite e operare solo in base alle singole legislazioni statali, ma, inoltre, non era raro che la medesima normativa domestica consentisse l'esercizio dell'attività d'impresa esclusivamente all'interno dei confini dello Stato di costituzione.

A ciò si aggiunga che la natura prevalentemente "locale" del mercato statunitense del tempo, caratterizzato dall'impiego di mezzi, capitale e lavoro raramente ubicati "*out of state*", contribuì a giustificare il legame fra prelievo impositivo e Stato di costituzione, in quanto era solo all'interno dei suoi confini che il contribuente riceveva la protezione e i vantaggi riconosciuti dall'ordinamento¹⁵².

Nonostante i significativi mutamenti del mercato sia nazionale che globale, gli U.S.A., salvo alcune significative aperture¹⁵³, continuano

¹⁵² O. MARIAN, *United States, in Corporate Tax residence and mobility*, (a cura di) E. TRAVERSA, Amsterdam, 2017.

¹⁵³ A seguito dell'ampia internazionalizzazione del mercato, la quale ha trovato un'ampia spinta proprio all'interno del sistema statunitense, la legislazione fiscale sia nazionale che convenzionale ha cominciato ad accogliere alcuni "correttivi" a carattere sostanziale, finalizzati ad ancorare la residenza fiscale dell'ente al luogo in cui lo stesso produce effettivamente il proprio reddito. Basti pensare, a mero titolo esemplificativo alla c.d. *Limitation of Benefits Clause* (in breve, LoB), finalizzata a prevenire il c.d. *treaty shopping*, limitando l'ambito applicativo delle convenzioni ai soli soggetti in possesso di un sufficiente livello di connessione (c.d. *sufficient nexus*) con la giurisdizione di appartenenza (o, più precisamente, di residenza). Sul tema, si veda P. VALENTE, *Beneficiario effettivo e treaty shopping*, Ipsoa, Milano, 2016, 73; ID., *Lotta all'evasione fiscale internazionale nel modello statunitense di convenzione contro le doppie imposizioni del 2016*, in *Fisco*, 1, 2016, 1860; J. C. FLEMING, *Searching for the Uncertain Rationale Underlying the US Treasury's Anti-treaty Shopping Policy*, in *Intertax*, XL, 4, 2012, 245

ancor'oggi ad utilizzare, sia in ambito nazionale che convenzionale¹⁵⁴, il POI quale principale criterio di determinazione della residenza fiscale.

Un ulteriore interessante esempio del POI, questa volta in ambito europeo, è quello irlandese ove, a seguito delle modifiche apportate dal *Finance Act* del 2014, il POI è stato elevato a principale criterio di collegamento¹⁵⁵.

Senza addentrarsi nell'analisi delle ragioni di tale modifica¹⁵⁶, ci si limita ad evidenziare come la scelta operata dal legislatore irlandese si pone nettamente in linea di controtendenza rispetto a quanto fatto dagli altri Stati continentali. Difatti, mentre in questi ultimi si rileva una progressiva espansione dei criteri di collegamento a carattere sostanziale, l'Irlanda ha preferito prediligere un approccio prettamente formale.

¹⁵⁴ Il POI ha svolto un'importante funzione anche nel modello di convenzione contro le doppie imposizioni U.S.A. Più nello specifico, ai sensi dell'art. 4 del modello di convenzione del 2006, il POI non solo fungeva da criterio volto alla determinazione della residenza fiscale ma questo, inoltre, assumeva anche la veste di *tie breaker rule*. Come sarà nel seguito meglio analizzato, questa impostazione si dimostra in netto contrasto con quanto previsto dal modello OCSE il quale attribuisce rilevanza decisiva ad un criterio di matrice sostanziale, ovverosia il PoEM. Tale impostazione, tuttavia, ha subito un radicale mutamento a seguito delle modifiche apportate al modello nel 2016 ove, il riferimento al POI è stato totalmente eliminato. Tale conclusione, a parere dei primi commentatori, altro non sarebbe che una delle misure introdotte a seguito dell'Action 6 del progetto BEPS, finalizzata, quindi, ad evitare fenomeni abusivi¹⁵⁴. Sul tema si rinvia a J. C. FLEMING, *Searching for the Uncertain Rationale Underlying the US Treasury's Anti-treaty Shopping Policy*, cit.; P. VALENTE, *Convenzione Italia-Usa Rassegna delle principali novità*, in *Fisco*, 35, 2010, 5678.

¹⁵⁵ In precedenza, l'Irlanda tendeva a replicare la soluzione inglese, facendo quindi ricorso, in via esclusiva, al solo *Central Management and Control*.

¹⁵⁶ La ragione di questa modifica normativa deriva, fondamentalmente, dall'esigenza di assicurare che la forte mobilità delle imprese costituite in Irlanda (dovuta anche al trattamento fiscale particolarmente vantaggioso per le società ivi costituite) non determini una progressiva perdita di gettito imponibile.

Difatti, ai sensi del paragrafo 23A, lett. a) del *Tax Consolidation Act* (TCA), così come modificato dal paragrafo 43 del *Finance Act* del 2014, “*a company which is incorporated in the State shall be regarded for the purposes of the Tax Acts and the Capital Gains Tax Acts as resident in the State*”¹⁵⁷.

Si tratta, però, di una normativa meno stringente rispetto a quella statunitense, poiché i paragrafi successivi della disposizione sopra richiamata continuano ancor’oggi a fare espresso riferimento al *Central Management and Control* il quale, quindi, assume un importante ruolo sussidiario.

Il legislatore italiano, nonostante all’interno del D.P.R. 29 gennaio 1958, n. 645, (c.d. testo unico delle leggi sulle imposte dirette o, in breve, TUID) facesse espresso riferimento al luogo di costituzione, ha oggi eliminato ogni riferimento a tale criterio sostituendolo con un altro criterio di natura formale, ovverosia la sede legale.

Questa scelta, al tempo criticata da parte della dottrina¹⁵⁸, viene giustificata dalla volontà del legislatore di dare rilevanza alla società come

¹⁵⁷ Tale regola è però soggetta ad alcune importanti eccezioni per le società costituite prima del 2015 e per tutto il periodo di transazione, recentemente scaduto il 31 dicembre 2020. In primo luogo, il criterio di incorporazione non si applica alle c.d. “società rilevanti” (società assoggettate, alternativamente, al controllo di soggetti residenti nell’Unione Europea o in un paese con cui l’Irlanda ha concluso un trattato, o è collegata una società la cui principale categoria di azione è negoziata in una borsa regolamentata nell’Unione Europea o in un paese con il quale l’Irlanda ha concluso un trattato) che svolgono attività commerciale in Irlanda o che sono connessa ad una società che esercita tale attività (c.d. “*trading exemption*”). In secondo luogo, il POI non trova applicazione nei confronti di società costituite in Irlanda considerate fiscalmente residenti in un altro Stato ai sensi di un trattato contro le doppie imposizioni (c.d. “*Treaty exemption*”).

¹⁵⁸ G. OPPO, *Categorie commercialistiche e riforma tributaria*, in AA.VV., *Riforma tributaria e diritto commerciale: le fattispecie*, in *Atti del convegno di Macerata del 12-13 novembre 1976*, Milano, 1978, 28.

rapporto in luogo della società come contratto¹⁵⁹ e si pone in linea di continuità con la maggior parte degli odierni ordinamenti di *civil law*.

Tuttavia, la sede legale, ossia il luogo in cui dall'atto costitutivo la società risulta avere il centro dei propri affari¹⁶⁰, assume, sia nell'ordinamento nazionale sia negli altri ordinamenti europei, una funzione prevalentemente sussidiaria. Segnatamente, in caso di “conflitto di sedi”, ovvero sia qualora la sede legale sia differente rispetto alla sede amministrativa, sarà quest'ultima a prevalere data la sua attitudine ad evidenziare l'effettiva partecipazione del soggetto alla comunità statale.

6. L'oggetto principale

Un ulteriore criterio sostanziale volto a valorizzare la partecipazione del soggetto passivo alla comunità statale è individuabile nel c.d. oggetto principale, criterio adottato dall'ordinamento nazionale e regolato dall'art. 73, co. 4 TUIR¹⁶¹.

Questo concetto, sconosciuto alla maggior parte degli ordinamenti sia europei che extra europei, colloca la residenza fiscale nel luogo in cui viene

¹⁵⁹ G. NOVARA, *Residenza di società ed enti nell'imposizione personale sui redditi*, in *Boll. Trib.*, 1, 1990, 18.

¹⁶⁰ G. MELIS, *Il trasferimento della residenza fiscal nell'imposizione sui redditi*, Roma, 2009, 226. *Contra*, G. OPPO, *Categorie commercialistiche e riforma tributaria*, in *cit.*

¹⁶¹ Art. 73, co. 4 e 5 TUIR “4. *L'oggetto esclusivo o principale dell'ente residente è determinato in base alla legge, all'atto costitutivo o allo statuto, se esistenti in forma di atto pubblico o di scrittura privata autenticata o registrata. Per oggetto principale si intende l'attività essenziale per realizzare direttamente gli scopi primari indicati dalla legge, dall'atto costitutivo o dallo statuto.* 5. *In mancanza dell'atto costitutivo o dello statuto nelle predette forme, l'oggetto principale dell'ente residente è determinato in base all'attività effettivamente esercitata nel territorio dello Stato; tale disposizione si applica in ogni caso agli enti non residenti.*”.

effettivamente esercitata l'attività necessaria per raggiungere lo scopo sociale, definita come *“l'attività essenziale per realizzare direttamente gli scopi primari indicati dalla legge, dall'atto costitutivo o dallo statuto”*¹⁶².

Nonostante i riferimenti alla legge, all'atto costitutivo e allo statuto possano, ad una prima lettura, spingere a considerare l'oggetto sociale alla stregua di un criterio a matrice prevalentemente formale, il successivo comma 5 dell'art. 73, TUIR attribuisce all'oggetto principale natura indubitabilmente sostanziale affermando come questo deve essere determinato in base all'attività *“effettivamente esercitata nel territorio dello Stato”*¹⁶³.

Pertanto, l'individuazione dell'oggetto sociale non può fermarsi al solo dato indicato nello statuto sociale, ma occorre compiere una vera e propria analisi empirica volta a valorizzare l'attività essenziale svolta dall'impresa, ovvero quella che consente di raggiungere gli scopi sociali¹⁶⁴.

¹⁶² C. SACCHETTO, *La residenza fiscale delle società*, in *Gazzetta Ufficiale e del Commercio Internazionale*, 2, 1988, 123; R. LUPI, S. COVINO, *Sede dell'amministrazione, oggetto principale e residenza fiscale delle società*, in *Dial. Dir. Trib.*, 10, 2005, 927.

¹⁶³ Nonostante l'art. 73, co. 5 faccia riferimento al criterio dell'effettività dell'oggetto sociale solo *“In mancanza dell'atto costitutivo o dello statuto nelle predette forme [atto pubblico o di scrittura privata autenticata o registrata]”*, l'Amministrazione finanziaria ha avuto modo di sottolineare, con la Circ. 4 agosto 2006, n. 28/E, che la *“la localizzazione dell'oggetto principale o l'esistenza della sede dell'amministrazione devono essere valutati in base ad elementi di effettività sostanziale e richiedono - talora - complessi accertamenti di fatto del reale rapporto della società o dell'ente con un determinato territorio, che può non corrispondere con quanto rappresentato nell'atto costitutivo o nello statuto”*.

¹⁶⁴ Circ. Guardia di Finanza 29 dicembre 2008, n. 1/2008, secondo la quale il concetto di oggetto è una *“definizione estremamente ampia, per circoscrivere la quale si ritiene in genere necessario prendere in considerazione lo svolgimento dell'attività per il cui esercizio la società è stata*

In quest'ottica, dovranno quindi essere valorizzati elementi come, ad esempio, l'ubicazione degli impianti e del personale, la sede degli uffici amministrativi o la localizzazione degli investimenti¹⁶⁵.

Non si tratta, però, di un'analisi meramente quantitativa (avente ad oggetto solo il luogo in cui sono ubicati la maggior parte degli asset), ma l'individuazione dell'oggetto sociale richiede necessariamente di coinvolgere anche gli aspetti qualitativi dell'attività di impresa, al fine di valorizzare "l'essenzialità" dell'oggetto.

Così, a mero titolo esemplificativo, la Suprema Corte ha affermato che l'oggetto principale non coincide con il luogo di mera ubicazione della maggior parte degli asset sociali ma, al contrario, è necessario dare rilievo centrale alla vera e propria attività di gestione ed utilizzazione di detti assets¹⁶⁶.

Si tratta, in quest'ultimo caso, di un'analisi particolarmente complessa con riferimento alle società la cui attività principale consiste esclusivamente nella sola gestione passiva di asset (c.d. "holding passive")¹⁶⁷ dovendosi,

costituita, nonché gli atti produttivi e negoziali ed i rapporti economici che la stessa pone in essere con terzi".

¹⁶⁵ Per un'analisi approfondita dei possibili fattori che possono assumere rilevanza nell'individuazione dell'oggetto principale, si rinvia a G. MELIS, *Italy*, in *Corporate tax residence and Mobility*, cit.

¹⁶⁶ Cass. 23 febbraio 2012, n. 7080; Cass. 17 gennaio 2014, n. 6995, secondo cui "*per identificare la nozione di principalità necessita fare riferimento a tutti gli atti produttivi e negoziali, nonché ai rapporti economici, che lo stesso ente pone in essere con i terzi, e per individuare il luogo in cui viene a realizzarsi l'oggetto sociale rileva, non tanto quello dove si trovano i beni principali posseduti dalla società, quanto la circostanza che occorra o meno una presenza in loco per la gestione dell'attività dell'ente*".

¹⁶⁷ Un particolare caso che merita attenzione è quello di una holding di gestione partecipazioni (o holding statica) estera abbia nel proprio asse patrimoniale solamente partecipazione in una società

pertanto, adottare un approccio completo facendo riferimento, se del caso, anche all'attività svolta da eventuali società controllate o collegate.

A ciò si aggiunga, inoltre, che la nozione di oggetto principale, basata, appunto, sulla localizzazione di asset produttivi e sulla loro gestione, potrebbe comportare una potenziale sovrapposizione con un altro criterio di collegamento territoriale, ovvero sia la stabile organizzazione¹⁶⁸.

Tanto premesso, si deve però rilevare come il profilo di maggior criticità risiede nella sua scarsa diffusione nel panorama tributario internazionale. Difatti, in assenza di un ampio utilizzo dello stesso, il criterio dell'oggetto sociale finisce per essere, nella maggior parte dei casi, un criterio di attrazione della residenza fiscale degli investitori esteri in Italia, circostanza evidentemente problematica sotto il profilo della doppia imposizione internazionale.

Per un'analisi dei profili inerenti alle ricadute di questo criterio di collegamento sul piano convenzionale, si rinvia al successivo capitolo III.

residente in Italia. La domanda che ci si deve porre è se tale holding possa essere considerata quale residente in quanto il suo unico scopo è la gestione di partecipazioni in Italia, ivi collocandovi il proprio oggetto principale. La soluzione che emerge tende ad escludere l'estensione della residenza fiscale italiana alla holding estere, perché, a ben guardare l'oggetto principale non è il possesso di tale azione, questo, deve essere più correttamente qualificato quale bene della società, mentre, l'oggetto principale, consiste nella gestione di tali partecipazioni, attività che può ben essere svolta fuori dal territorio italiano.

¹⁶⁸ M. R. VIVIANO, *La stabile organizzazione del non residente in Italia*, Napoli, 2007, 63; U. LA COMMARA, A. VALENTE, *La mera detenzione di un immobile da parte di un soggetto non residente non configura stabile organizzazione*, in *Fisco*, 9, 2008, 437. A tal proposito, la Corte di cassazione (Cass. 27 novembre. 1987, n. 8820) ha avuto modo di affermare che non si avrà stabile organizzazione qualora l'attività consista in una mera gestione dei beni. Di conseguenza, si avrà la presenza dell'oggetto principale all'interno del territorio qualora l'attività sia svolta attraverso la dismissione dei beni stessi immobile ed il bene stesso sia, quindi, l'oggetto stesso dell'attività commerciale.

7. La sede amministrativa o place of effective management

La ricostruzione dei criteri di identificazione della residenza fiscale sopra delineato deve ora necessariamente chiudersi con il concetto di sede dell'amministrazione, cuore dell'analisi del presente lavoro.

Si tratta, similmente all'oggetto sociale, di un criterio a natura sostanziale incentrato, quindi, su una verifica concreta e fattuale della presenza del soggetto nel territorio.

In linea con quanto visto in relazione alla nozione di sede legale, anche la sede dell'amministrazione trova origine, da un punto di vista terminologico, nel diritto internazionale privato ove viene definita come il luogo nel quale è ubicata la direzione e l'organizzazione amministrativa della società, al quale i terzi fanno riferimento per instaurare un rapporto con l'ente collettivo¹⁶⁹.

In altre parole, la sede amministrativa altro non è se non il criterio tramite il quale gli Stati che adottano la teoria della sede reale determinano l'applicabilità della propria *lex societatis*¹⁷⁰.

Questo iniziale definizione della nozione consente di effettuare una prima considerazione preliminare a carattere generale. Difatti, mentre nel diritto internazionale privato l'utilizzo della sede amministrativa esclude automaticamente la possibilità di fare ricorso anche al criterio della sede legale, altrettanto non avviene nel diritto tributario.

¹⁶⁹ E. SIMONETTO, *Società costituite all'estero od operanti all'estero* (artt. 2498-2510, in *Commentario del codice civile* (a cura di) A. SCAJOLA, G. BRANCA, Bologna-Roma, 1976, 221.

¹⁷⁰ F. MUCCIARELLI, *Società di capitali, trasferimento all'estero della sede sociale e arbitraggi normativi*, cit. M. BENEDETTELLI, *Sul trasferimento della sede sociale all'estero*, cit.

Più precisamente, se, da un lato, non pare possibile immaginare la contestuale e simultanea adozione della *real seat theory* e della *incorporation theory*, stante la loro tendenziale incompatibilità, non è raro che la normativa tributaria assuma quali validi criteri di collegamento, seppure alternativi fra loro, sia la sede legale sia la sede amministrativa come avviene, ad esempio, nell'ordinamento italiano.

Ebbene, tale sovrapposizione rende più complicata un'univoca identificazione della reale ubicazione dell'ente collettivo, circostanza che ha portato dottrina e giurisprudenza dominanti a ridurre significativamente la rilevanza dei fattori di collegamento formali attinenti, appunto, alla sede legale.

Tanto premesso, è però doveroso effettuare due necessarie premesse.

In primo luogo, è fondamentale rammentare che il concetto di sede dell'amministrazione adottato dagli ordinamenti nazionali e quello di *place of effective management* presente all'art. 4(3) del modello di convenzione contro le doppie imposizioni OCSE, sebbene presentino alcuni punti di contatto, sono due nozioni che devono essere tenute, per quanto possibile, separate e distinte.

Da un punto di vista "funzionale", la sede della direzione contenuta nelle normative nazionali funge da vero e proprio criterio di collegamento finalizzato a determinare la residenza fiscale dell'ente collettivo e, conseguentemente, il grado di partecipazione di tale soggetto alla comunità statale. Al contrario, il PoEM di cui all'art. 4(3) del modello OCSE mira, in via di sommaria approssimazione, a risolvere i conflitti di doppia imposizione derivanti da una "duplicazione" della residenza fiscale.

Significativamente differente è anche il contenuto sostanziale di due criteri. Difatti, come più volte espresso dal Commentario al Modello OCSE

relativo all'articolo 4(3), il PoEM convenzionale deve essere interpretato in base a criteri e linee direttrici differenti rispetto alla sede dell'amministrazione di cui alla normativa nazionale. La circostanza che, nel corso degli ultimi anni, gli Stati contraenti abbiamo frequentemente ignorato simile raccomandazione non è idonea a sovrapporre le due nozioni.

Pertanto, volendo sintetizzare, i due concetti di sede dell'amministrazione, seppure diretti al raggiungimento di obiettivi simili (individuazione dello Stato dotato della giurisdizione fiscale sul contribuente), finiscono per operare in maniera radicalmente differente, circostanza che rende quindi necessario procedere ad una distinta e separata analisi.

Un secondo ed ulteriore rilievo preliminare su cui occorre soffermare l'attenzione discende dall'ampio consenso della comunità nazionale nell'utilizzo della sede dell'amministrazione la quale, ad oggi, è impiegata dalla maggior parte delle normative tributarie nazionali.

Prima facie, sembrerebbe, quindi, che una simile diffusione del criterio consenta una facile individuazione dell'ubicazione spaziale degli enti collettivi, stante l'assenza di un contrasto fra criteri radicalmente differenti. Tuttavia, a ben vedere, ciò non è così.

Da un punto di vista analitico, l'introduzione della sede effettiva da parte del singolo ordinamento è il risultato del percorso storico e politico proprio del singolo Paese sicché non pare possibile individuare un unico punto di origine del criterio.

Al contempo, in una prospettiva più operativa, ogni ordinamento è caratterizzato da profili economici, politici e culturali che si riflettono nell'assetto di valori in base ai quali giurisprudenza e prassi nazionali applicano ed interpretano la nozione. Pertanto, le ineliminabili differenze fra

gli Stati portano ad attribuire alla sede della direzione un contenuto ed un significato differente da Paese a Paese. Rimandando la trattazione nel dettaglio alle pagine che seguono, ai fini qui di interesse si possono ricordare, a mero titolo esemplifico, le rilevanti conseguenze che esistono fra la sede dell'amministrazione intesa come luogo di gestione centrale e sede dell'amministrazione intesa come luogo della gestione giornaliera.

Si tratta, però, di due concezioni di sede dell'amministrazione che non possono essere ritenute totalmente separate. Difatti, se, da un lato, la prassi nazionale ed internazionale ha evidenziato una significativa compenetrazione fra le due (contrariamente, come si vedrà, alle raccomandazioni OCSE), dall'altro lato, la sede della direzione nazionale e quella convenzionale si pongono in un rapporto che potrebbe essere astrattamente definito come "di genere a specie". Tuttavia, data la concreta probabilità che i conflitti di doppia residenza ai quali il PoEM è chiamato a far fronte derivino proprio da una differente interpretazione della sede della direzione da parte degli Stati coinvolti, è indispensabile stabilire quale sia il contenuto e il portato che tale concetto assume nelle varie legislazioni statali.

Tanto premesso, volendo ricondurre ad unità l'analisi che sarà compiuta nelle pagine che seguono, nella consapevolezza delle innumerevoli differenti ancor'oggi esistente fra i vari ordinamenti in ordine all'interpretazione del *place of (effective) management*, punto di partenza fondamentale è dato dall'evoluzione della giurisprudenza britannica fra fine '800 ed inizio '900.

Ciò, non in quanto il test elaborato dall'*House of Lords* rappresenti l'antecedente storico della sede della direzione effettiva in ogni ordinamento nazionale, ma in quanto l'Inghilterra dei secoli scorsi fu la prima ad essere chiamata a confrontarsi con le problematiche relative alla delocalizzazione

societaria e fu proprio lo Stato britannico a suggerire, per la prima volta, di attribuire rilievo prioritario al centro decisionale.

In altre parole, se, da un lato, la soluzione britannica non può essere elevata ad unico ed unitario punto di origine delle varie sedi dell'amministrazione effettiva nazionali, dall'altro lato, il percorso logico-argomentativo seguito può ritenersi quantomeno condiviso fra tutti gli Stati.

8. L'origine del PoEM nella giurisprudenza inglese

La dottrina maggioritaria ritiene che l'origine del "PoEM" inglese debba essere collocata fra fine Ottocento ed inizio Novecento¹⁷¹ quale conseguenza dei mutamenti storici, politici, culturali ed economici caratterizzanti l'Inghilterra detto periodo.

In una prospettiva politico-economica, l'esigenza di individuare criteri di collegamento basati su un approccio sostanziale deriva certamente dalla dimensione e dal ruolo assunto dall'Impero britannico durante il c.d. secolo imperiale.

La significativa espansione britannica, sia da un punto di vista geopolitico, sia da un punto di vista economico consentì alla monarchia inglese di raggiungere un quasi assoluto dominio del commercio marittimo, guidato soprattutto dalla Compagnia delle Indie orientali.

¹⁷¹ Vi è però chi sostiene che un primo tentativo di ancorare la residenza fiscale dagli enti al luogo dove avviene la gestione degli stessi sia da ricondurre a Friedrich Von Savigny, il quale per primo afferma che la residenza fiscale degli enti doveva essere collocata nel "centro degli affari". Sul tema, si veda G. MERCURI, *Riflessioni sul concetto di Place of Effective Management: prospettive di ricerca ed attuali tendenze di sistema*, in *Riv. Dir. Fin.*, 3, 2019, 328.

Appare quindi evidente come una tale espansione, caratterizzata dalla prevalenza di attività di *import export*, soprattutto da e verso i territori indiani, rese concetti tradizionalmente di stampo formale inadeguati ad individuare l'effettiva ubicazione delle società commerciali.

Di conseguenza, la Corona inglese non era in grado di esercitare la propria sovranità fiscale nei confronti della maggior parte dei propri operatori economici del tempo.

In altre parole, la significativa delocalizzazione della ricchezza rese necessario individuare nuovi criteri di collegamento volti a consentire allo Stato di imporre (ed eseguire) il prelievo fiscale indipendentemente dal luogo di produzione del reddito.

Un secondo ed ulteriore fattore che contribuì alla nascita del *Place of Effective Management* deve essere individuato nelle conseguenze derivanti dalla c.d. seconda rivoluzione industriale. In particolare, le significative innovazioni tecnologiche nel campo delle telecomunicazioni e dei trasporti resero sempre più irrilevante il luogo di costituzione o di registrazione dell'impresa, rendendo necessario un collegamento basato su fattori di tipo materiale.

A ciò si aggiunga, inoltre, che le medesime innovazioni, unitamente alle concentrazioni di capitali e mezzi di produzione, resero possibile, per le varie imprese operanti prevalentemente o esclusivamente fuori dal territorio inglese, beneficiare di un capitale iniziale proveniente dal Regno Unito sottraendosi, però, all'imposizione sul reddito derivante dallo sfruttamento di detti capitali.

Pertanto, appare evidente come queste ragioni costrinsero il Regno Unito¹⁷² ad individuare soluzioni volte a consentire l'assoggettamento al prelievo nazionale di enti e società che, in applicazione dei vecchi criteri, sarebbero sfuggiti alla sfera impositiva statale, continuando, però, a beneficiando dell'intervento nazionale¹⁷³.

La creazione del c.d. "*central management and control test*" fu, quindi, un primo tentativo di rispondere concretamente alle esigenze di certezza nell'identificazione della residenza fiscale delle società commerciali, e, al tempo stesso, anche uno sforzo da parte della giurisprudenza britannica di reagire a possibili comportamenti abusivi potenzialmente idonei a sottrarre consistente materia impositiva all'erario nazionale.

Prima di analizzare le sentenze inglesi che diedero origine alla nozione qui in commento, è però necessario precisare che le decisioni che verranno di seguito citate non effettuano alcun riferimento al *place of effective management*, utilizzando, al suo posto, il concetto di *central management and control* (in breve, CMC)¹⁷⁴. Sebbene, come si vedrà in seguito, le due nozioni presentino innumerevoli punti di contatto, non può tuttavia affermarsi una totale corrispondenza fra le stesse.

¹⁷² Sebbene alcuni interventi in tema di corretta ubicazione della potestà impositiva possano essere già individuati all'interno al panorama sovranazionale antecedente all'intervento della giurisprudenza inglese (Si ricorda, ad esempio, il trattato fra Prussia e Sassonia del 16 aprile 1869), questi limitavano la propria efficacia alla mera individuazione con riferimento a specifiche e delimitate materie, non essendo idonei a fornire criteri guida a portata generale applicabili con riferimento all'ambito della giurisdizione tributaria.

¹⁷³ L. CERIONI, *The "Place of Effective management" as a Connecting factor for companies tax Residence within the EU vs. the freedom of establishment: The need of a rethinking cit.*

¹⁷⁴ A. RIBES, *Tax Residence and the Mobility of Companies in the European Union: The Desirable Harmonization of the Tax Connecting Factors*, in *Intertax*, XL, 11, 606.

Tuttavia, in considerazione della tendenziale coincidenza funzionale e del ruolo oggi assunto da queste prime pronunce giurisprudenziali nella formazione ed interpretazione del PoEM, le elaborazioni di seguito riportate si devono ritenere estensibili anche al PoEM.¹⁷⁵

Risulta pertanto sensato continuare ad individuare il momento genetico del PoEM, quantomeno con riferimento ai sistemi di *common law*, nelle pronunce di seguito riportate per la mera ragione che, a fronte di una possibile divergenza di contenuti, sia il CMC che il PoEM sono chiamati a svolgere funzione coincidente o, quantomeno, equiparabile.

Tanto premesso, la prima decisione rilevante è la *Calcutta Jute Mills Company* del 1876¹⁷⁶.

Calcutta Jute Mills Company, Limited era una *Limited liability company* originariamente costituita e registrata in Inghilterra sulla base dei *Company Acts* del 1862 e del 1867 al fine di rilevare alcune fabbriche di Juta situate a Ishera, in provincia di Calcutta (India).

L'attività principale della società, ovverosia l'acquisto, la lavorazione e la rivendita di Juta, era totalmente svolta in India, ove era anche residente la maggioranza degli azionisti. Al contempo, in base allo statuto sociale, l'attività gestoria e amministrativa era affidata ad un Consiglio di Amministrazione composto da un numero non inferiore a cinque amministratori, tutti residenti in UK (fatta salva la possibilità di nominare annualmente un direttore residente in loco). In assenza di uffici o locali in Inghilterra, il CdA si riuniva presso l'ufficio di uno degli amministratori, in

¹⁷⁵ P. VALENTE, *La residenza fiscale delle persone giuridiche nella prassi di alcuni paesi UE ed Extra UE*, in *Fisco*, 15, 2013, 2252.

¹⁷⁶ *Calcutta Jute Mills Company v. Henry Nicholson*, 2 febbraio 1876.

assenza di appositi contratti di utilizzazione o locazione e, quindi, “*entirely by his leave and favour*”.

In sintesi, mentre tutta l’attività sociale era svolta in India, in Inghilterra permanevano solo elementi formali, quali la registrazione presso il “*Registrar of Joint Stock Companies*” e la residenza dei componenti del *Board of directors*.

Ebbene, nonostante prima di allora l’*House of Lords* avesse attribuito all’ubicazione del centro operativo dell’impresa (i.e. il luogo dove veniva materialmente svolta l’attività dedotta nell’oggetto sociale della società) netta prevalenza rispetto agli altri elementi, nel caso di specie vi fu una totale inversione di tendenza. La Corte, infatti, confermò la posizione dell’Amministrazione Finanziaria britannica, collocando la residenza fiscale in Inghilterra sulla base dell’ubicazione del luogo di incorporazione e del *Board of directors*¹⁷⁷.

Nonostante sia innegabile la rilevanza attribuita nel ragionamento della Corte al *place of management*, occorre sottolineare come i giudici

¹⁷⁷ Di particolare interesse risulta essere l’argomentazione sostenuta dalla House of Lords in relazione all’ubicazione dei soggetti percettori del reddito derivante dall’attività sociale. Infatti, mentre la società che la CJM fosse assoggettabile ad imposizione per i soli *profits* ricevuti per la distribuzione a favore degli azionisti residenti in Inghilterra, la Corte sottolineò che, essendo la decisione circa la distribuzione degli utili competenza dell’organo amministrativo, anche i proventi distribuiti a favore di soggetti non residenti si dovevano ritenere come transitanti nel territorio inglese. Venne quindi considerato applicabile lo *Schedule (D) degli Acts 5 & 6 Vict. C. 35 e 16 e 17 Vict. C. 34* secondo cui “*certain duties ‘are granted to Her Majesty upon the annual profits ‘or gains arising or accruing to any person residing in Great Britain from any kind of property whatever, whether situate ‘in Great Britain or elsewhere and upon the annual ‘profits or gains arising or accruing to any person residing in ‘Great Britain from any profession, trade, employment, or ‘vocation, whether the same shall be respectively carried on in ‘Great Britain or elsewhere*”.

inglesi considerarono determinante il luogo di incorporazione, concetto di natura prettamente formale.

Pertanto, nonostante questa significativa apertura della giurisprudenza inglese, non è possibile affermare che la sentenza *Calcutta Jute Mills Company* sia il vero e proprio momento genetico della sede dell'amministrazione,

Sempre nel 1876, l'*House of Lords*, nella successiva sentenza *Cesena Sulfur Company v. Nicholson*¹⁷⁸, tornò nuovamente a pronunciarsi sulla rilevanza del *place of management* ai fini della determinazione della residenza fiscale. Sebbene si tratti di due precedenti estremamente simili, questo secondo caso presenta alcune significative differenze.

La società, sempre costituita nel Regno Unito, esercitava attività di commercializzazione ed estrazione di Zolfo da miniere ubicate a Cesena (Italia), tuttavia, a differenza del caso *Calcutta Jute Mills*, l'impresa era registrata nel luogo in cui veniva esercitata la predetta attività. Inoltre, diversamente dal caso sopra esaminato, la maggior parte degli amministratori e degli *stakeholders* non era residente in patria, ma in Italia.

In particolare, mentre la parte dell'organo amministrativo ubicato in *loco* era responsabile della gestione ordinaria e della supervisione delle attività giornaliere, il *Board of directors* inglese, di cui facevano parte anche gli amministratori residenti in Italia, era responsabile per le decisioni più rilevanti per la prosecuzione o la modificazione dell'attività sociale.

Pertanto, volendo sintetizzare, due soli erano gli elementi di collegamento fra imprese e territorio inglese ovvero sia il POI, stante la costituzione in patria, e le decisioni in ordine sia all'andamento gestionale (in

¹⁷⁸ The Cesena Sulphur Company, Limited v Henry Nicholson, 2 febbraio 1876.

particolare quelle relative alla distribuzione di dividendi e al futuro della società) sia alla commercializzazione del bene primario, assunte nel Regno Unito. Ed è proprio in base a quest'ultimo elemento che l'*House of Lords* fondò la propria decisione.

Più precisamente, venne ancora una volta affermato che la società doveva ritenersi residente, ai fini impositivi, in UK poiché le sia decisioni determinanti per l'andamento futuro della società sia quelle attinenti alla commercializzazione del bene primario venivano assunte in Inghilterra (indipendentemente dal luogo della loro effettiva implementazione).

Prima facie, la decisione dei giudici inglesi sembrerebbe replicare il precedente giurisprudenziale sopra esaminato.

Tuttavia, ad una analisi più attenta, è evidente come la sentenza *Cesena Sulphur C.* ampliò significativamente il percorso argomentativo seguito da *Calcutta Mills Jute C.* attribuendo rilevanza marginale a criteri in precedenza decisivi. Infatti, non solo venne considerato irrilevante il luogo di registrazione della società ma, inoltre, altrettanto ininfluyente fu giudicata la circostanza che le decisioni relative alla gestione dell'impianto minerario ubicato in Italia, vero e proprio centro operativo dell'impresa, erano assunte direttamente in loco¹⁷⁹.

I giudici inglesi giunsero ad una tale conclusione focalizzando l'attenzione sul luogo in cui veniva formata la volontà attinente alla vita dell'impresa ovvero sia dove era ubicato il suo "cervello". L'attività amministrativa svolta in Italia venne quindi qualificata come mera "esecuzione" dell'oggetto sociale, secondaria e subordinata rispetto alla gestione attinente alle decisioni volte a "raggiungere" lo scopo sociale.

¹⁷⁹ Nel testo della sentenza si legge, infatti, "(...) [*The Company*] was originally incorporated within the United Kingdom, though subsequently registered in Italy as an Italian Company."

Ciò detto, ferma la rilevanza dei due precedenti giurisprudenziali sopra esaminati, la sentenza che ad oggi viene unanimemente considerata quale punto di origine del PoEM inglese è la successiva *De Beers Consolidated Mines, Limited Vs. Howe*¹⁸⁰.

La società *De Beers Consolidated Mines, Limited* esercitava (ed esercita tutt'oggi) attività di estrazione, lavorazione e commercializzazione di diamanti in Sud Africa e, a differenza dei casi precedenti, non era stata costituita nel Regno Unito, ma direttamente a Kimberly (Cape Town), ove la stessa era anche registrata.

In questo caso, viene quindi totalmente a mancare un qualsivoglia collegamento formale fra impresa e territorio inglese, rendendo perciò la società in esame astrattamente svincolata da qualsiasi pretesa da parte dell'erario britannico.

Per quel che concerne la gestione sociale, il CdA - composto da amministratori residenti sia in Inghilterra (leggermente in maggioranza) sia in Sud Africa - si riuniva periodicamente nel Regno Unito e in Sud Africa, senza poter identificare una netta prevalenza di uno dei due luoghi rispetto all'altro.

Al fine di identificare un effettivo e prevalente luogo in cui veniva svolta la gestione della società, *l'House of Lords* esaminò quindi quale attività venisse effettivamente svolta dalle due composizioni del Consiglio di Amministrazione, giungendo alla conclusione che, mentre nel "CdA Sud Africano" venivano assunte le decisioni relative alla gestione delle miniere e alla lavorazione dei diamanti, nel "CdA inglese" le attività di principale interesse erano costituite dalla determinazione di tutto quel che concerneva

¹⁸⁰ *De Beers Consolidated Mines Ltd vs Howe*, House of Lords 1906, TC 198

la fase di commercializzazione dei diamanti, attività all'interno della quale doveva essere annoverata anche la determinazione del regime di negoziazione dei contratti di vendita e di acquisto.

Di conseguenza, la Corte inglese ritenne di dover qualificare la società come fiscalmente residente in Inghilterra sulla base del luogo di ubicazione della *“prevalente attività gestionale”*.

In particolare, questo concetto venne ricollegato al luogo dove *“its real business is carried on”*, ovverosia il luogo dove la concreta attività gestionale e direttiva veniva esercitata, elemento individuabile nel territorio in cui *“the central management and control actually abides”*.

Segnatamente, l'attività gestionale e di controllo venne ricollegata dai giudici non alla gestione dell'impianto minerario e produttivo, ma alla sola commercializzazione del prodotto finale, rappresentata in modo rilevante dalla conclusione dei contratti e dalle relazioni con i clienti. Ciò in quanto, ad opinione dell'organo giudicante, è solo tramite queste attività che la società era in grado di generare fatturato.

Il ragionamento seguito nel dispositivo di questa decisione non è però esente da critiche. Una delle più rilevanti obiezioni riguarda la valutazione dell'attività principale, in quanto fondamento per l'attribuzione della attività gestionale fondamentale.

I giudici inglesi, infatti, omisero di considerare l'attività di estrazione e lavorazione dei diamanti, mansione che, in base alla ricostruzione dei fatti, era affidata per la sua quasi totalità al CdA nella sua composizione sudafricana. Al contrario, venne attribuito ruolo decisivo al complesso di operazioni dirette alla commercializzazione del bene principale, attività coordinata e diretta dal consiglio di amministrazione basato in UK.

Più precisamente, secondo *l'House of lords* tale distinzione derivava, come sopra ricordato, dal fatto che era solo la commercializzazione ad essere in grado di generare fatturato, assumendo quindi il ruolo di unica vera e propria “fonte reddituale”¹⁸¹.

Una simile ricostruzione finisce inevitabilmente per scontrarsi con la realtà di fatto. Infatti, se è vero che la commercializzazione è l’attività finale che consente di monetizzare l’attività produttiva svolta dall’impresa, è altrettanto vero che in assenza dell’estrazione e lavorazione dei diamanti non sarebbe possibile conseguire alcun utile stante l’assenza di un prodotto da commercializzare.

Si tratta di una considerazione che trova un ulteriore elemento di critica nella successiva sentenza *Firestone Tyre & Rubber Co., Ltd*¹⁸².

Firestone Tire & Rubber Co., società americana registrata ad Akron, Ohio, era a capo di un'organizzazione mondiale composta da un grande gruppo di società che operavano in America e in varie parti del mondo. Alcune delle sue società associate e controllate producevano e vendevano pneumatici nei paesi in cui erano registrate e altre vendevano, nei paesi in cui erano registrate, pneumatici che erano stati prodotti in America o da società controllate in altri paesi. Per comodità, alcune questioni relative all'attività dell'organizzazione svolta al di fuori degli Stati Uniti d'America erano condotte da altre società controllate da *Firestone Tire & Rubber Co.*

Firestone Tyre Ltd., società inglese registrata nel 1922 e partecipata al 100% da *Firestone Tire & Rubber Co.*, era amministrata da un consiglio di

¹⁸¹ G. MOSCHETTI, *Origine storica, significato e limiti di utilizzo del place of effective management, quale criterio risolutivo dei casi di doppia residenza delle persone giuridiche*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2, 2010, 6.

¹⁸² *Firestone Tyre & Rubber Co., Ltd. v Lewellin*, 14 febbraio 1957.

amministrazione composto da persone residenti nel Regno Unito, ad eccezione del presidente del consiglio di amministrazione di *Firestone Tire & Rubber Co.*, residente negli Stati Uniti e componente del CdA di *Firestone Tyre Ltd.*

L'attività della controllata consisteva nella vendita di pneumatici *Firestone* nel Regno Unito, prodotti dapprima in America e, dal 1929 in poi, nel Regno Unito.

All'infuori dell'attività svolta nel Regno Unito, l'esportazione di pneumatici prodotti nel Regno Unito avveniva in base alle direttive fornite da *Firestone Tire & Rubber Co.*, la quale manteneva i rapporti con i clienti (si segnala che tale rapporto subì una parziale modifica fra il 1939 e il 1945).

Tuttavia, la negoziazione e la conclusione dei contratti, unitamente alla consegna del prodotto finale, avvenivano esclusivamente in base alle decisioni del CdA inglese.

Ebbene, nel caso in esame, la Corte inglese giudicò la società americana residente nel Regno Unito in quanto i rapporti fondamentali detenuti sia con i clienti sia con i fornitori erano gestiti dalla controllata inglese, la quale, quindi, era l'effettivo centro di gestione.

Queste obiezioni portano alla luce due fondamentali elementi critici che hanno caratterizzato il PoEM (o CMC) inglese fin dalla sua originaria concezione.

In primo luogo, tale criterio, oltre a rispondere alle esigenze a cui si è sopra accennato, ha una connotazione evidentemente politica.

Difatti, il PoEM/CMC, nella sua originaria formulazione, consentì all'Inghilterra, in un periodo di forte espansione economica, di ampliare la propria pretesa fiscale anche nei confronti di soggetti scarsamente collegati con il territorio nazionale. Non è un caso, infatti, che le prime elaborazione

della sede della direzione siano avvenute con riferimento a grandi imprese multinazionali.

Nonostante le elaborazioni giurisprudenziali successive abbiano certamente contribuito a fare chiarezza in ordine al contenuto della nozione, appare indubitabile la connotazione politica che tale criterio assume ancora al giorno d'oggi.

In secondo luogo, le decisioni sopra riportate evidenziano come, fin dagli albori, la sede dell'amministrazione centrale inglese assume una connotazione (volutamente) vaga e non predefinita, passibile di assumere differente contenuto a seconda dei casi¹⁸³.

Questa seconda considerazione sembrerebbe però perfettamente in linea con gli stessi obiettivi della nozione poiché, l'assenza di confini certi e predeterminati, consente di concretizzare il PoEM anche in un'ottica antielusiva, al fine di evitare una facile "fuga" verso Stati caratterizzata da un carico fiscale più ridotto rispetto a quello previsto nello Stato di origine del capitale.

Si tratta, però, di una considerazione che non tiene conto delle esigenze di certezza a cui il collegamento territoriale deve fare fronte come precedentemente ricordato è necessario, al fine di incoraggiare ed incentivare il commercio sia nazionale che internazionale, assicurare agli operatori economici un certo grado di certezza idonea a guidare le scelte imprenditoriali

Si potrebbe quindi affermare che gli elementi a cui la giurisprudenza inglese attribuisce rilevanza decisiva siano il luogo di residenza degli

¹⁸³ Una delle ragioni della grande genericità del contenuto del concetto e la scarsa chiarezza dello stesso può essere individuata nello stesso contesto storico nel quale le sentenze sopra esaminate sono state pronunciate.

amministratori, quello dove si riuniscono la maggioranza dei consigli di amministrazione e dove vengono conclusi i contratti¹⁸⁴ valorizzando, quindi, l'ubicazione del "cervello" dell'impresa.

Tanto premesso, le elaborazioni giurisprudenziali inglesi hanno assunto, e assumono tutt'oggi, un ruolo decisivo nella formazione e nell'elaborazione del concetto di PoEM accolto dalle convenzioni contro le doppie imposizioni.

Rimandando la trattazione al Capitolo III, in questa sede ci si deve limitare a rammentare che, sebbene nozioni quali sede dell'impresa e luogo della gestione siano concetti da tempo conosciuti dagli ordinamenti nazionali, le prime vere e proprie elaborazioni del concetto in un contesto tipicamente internazionale, sono indubabilmente quelle effettuate dall'*House of Lords* fra fine Ottocento e inizio Novecento.

Difatti, l'espansione geografica e commerciale inglese costrinse le Corti nazionali a confrontarsi con il problema della delocalizzazione dei redditi e dell'insufficienza dei collegamenti formali fin dall'inizio del secolo scorso.

E, allora, stante la sovrapposibilità degli obiettivi (regolare la potestà impositiva statale in caso di produzione del reddito in più di una giurisdizione) è evidente la logica che spinse la Lega delle Nazioni, prima, e l'OCSE, dopo, a fare riferimento ai principi ispiratori della posizione britannica¹⁸⁵.

¹⁸⁴ Tutti questi criteri sono però suscettibili di subire significative variazioni di anno in anno: il consiglio di amministrazione può essere tenuto in luoghi differenti, gli amministratori possono cambiare o semplicemente trasferire la propria residenza.

¹⁸⁵ J.F. AVERY JONES, *2008 OECD Model: Place of Effective Management – What One Can Learn from the History*, in *Bull Int'l Tax.*, May/June 2009, 183.

9. Il Central management and control

Ultimo profilo di analisi riferito alla posizione inglese concerne le differenze esistente fra CMC e PoEM rendendosi opportuno soffermarsi su alcuni aspetti che caratterizzano il criterio sostanziale utilizzato ancora oggi dal Regno Unito.

Difatti, come sopra ricordato, le pronunce sopra esaminate non fanno alcuna menzione al *place of effective management* utilizzando, al suo posto, il termine *Central management and control*.

Nonostante si tratti, in entrambi i casi, di criteri sostanziali basati sull'elemento gestionale e decisionale è però possibile individuare fra i due una significativa differenza a livello di contenuto.

Difatti, mentre il PoEM tende a valorizzare la gestione dell'impresa intesa nel senso più ampio, ivi compresa, in alcuni casi, anche la gestione giornaliera e l'amministrazione ordinaria, il CMC, invece, focalizza l'attenzione sulle sole decisioni chiave, ovverosia quelle che assumono la maggior rilevanza per la vita della società nel suo complesso.

Una simile differenza ha importanti ricadute applicative soprattutto sul piano accertativo.

Più precisamente, la verifica del PoEM pone l'accento su elementi sia a carattere intellettuale sia a carattere materiale come, ad esempio, il luogo di residenza della maggioranza degli amministratori, il luogo in cui si tengono le riunioni del consiglio di amministrazione, il luogo in cui gli amministratori svolgono le proprie funzioni (con particolare attenzione all'eventuale presenza di deleghe) e il luogo in cui vengono tenuti i registri contabili.

Il CMC, al contrario, focalizza la propria attenzione sul solo elemento intellettuale-gestionale, a prescindere dal soggetto formalmente deputato all'assunzione delle decisioni o dalla residenza degli amministratori.

In altre parole, il focus del CMC deve essere individuato nella natura delle decisioni assunte.

Di conseguenza, non appare irrealistico immaginare che il CMC venga collocato non nel luogo in cui si svolgono le decisioni del CdA quanto, piuttosto, in quello dove risiede altro soggetto che, nella sostanza, assume tutte le decisioni chiave.

Questa considerazione ha una importante ricaduta sull'accertamento della residenza fiscale delle società appartenenti ad un gruppo d'impresa. Segnatamente, se occorre necessariamente fare riferimento al luogo in cui vengono assunte le decisioni chiave, qualora un ente riceva gli impulsi direttivi più importanti dalla controllante non appare difficile ipotizzare che il CMC sia ubicato nel luogo ove si riunisce il CdA di quest'ultima.

Volendo sintetizzare, se, da un lato, il PoEM prende in considerazione anche elementi facilmente verificabili (i quali, sotto un certo punto di vista, potrebbero assumere connotazioni formali) come, ad esempio, il luogo di riunione del CdA risultante dai relativi verbali, dall'altro lato, il CMC richiede sempre e comunque una più attenta verifica sul contenuto della gestione imponendo, quindi, un approccio *case by case*¹⁸⁶.

10. La sede della direzione nell'ordinamento italiano

¹⁸⁶ Wood & Anor v Holden, 26 gennaio 2006. Sul tema A. NATHAN, *Determining company residence after Wood v. Holden*, in *STEP Magazine*, Autunno 2005, 1.

Il concetto di sede dell'amministrazione fa il proprio ingresso nell'ordinamento tributario italiano all'interno del D.P.R. 645/1958 (TUID)¹⁸⁷ il quale, all'art. 8, affermava che *“Soggetti passivi del rapporto tributario sono le persone fisiche e giuridiche, le società e le associazioni (...). Per imprese commerciali si intendono quelle che esercitano le attività indicate dall'art. 2195 del codice civile. Per soggetti tassabili in base al bilancio si intendono: a) le società per azioni, le società in accomandita per azioni, le società a responsabilità limitata, le società cooperative e le mutue assicuratrici, costituite nel territorio dello Stato; b) le società costituite all'estero in uno dei tipi indicati dalla lettera a) che hanno la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale dell'impresa nel territorio dello Stato”*.

Si trattava evidentemente di una disposizione che privilegiava la connessione formale rispetto a quella sostanziale. La sede dell'amministrazione, così come l'oggetto sociale, infatti, assumevano rilevanza esclusivamente nei confronti delle società costituite all'estero e non anche in relazione alle società di diritto italiano.

Pertanto, durante il periodo di vigenza del TUID, la sede dell'amministrazione veniva utilizzata quale criterio meramente secondario e subordinato rispetto al luogo di costituzione¹⁸⁸.

¹⁸⁷ L'antecedente storico di tale tributo, rappresentato dall'imposta sulla ricchezza mobile, regolata dalla legge 14 luglio 1864, n. 1830, nulla prevedeva in materia di sede dell'amministrazione. Difatti, all'infuori di alcuni generici riferimenti al concetto di “sede” dell'ente morale, l'art. 5 di tale disposizione legislativa si limitava ad affermare che *“Ogni individuo o ente morale, sì dello Stato che straniero, è tenuto all'imposta sui redditi della ricchezza mobile che ha nello Stato”*.

¹⁸⁸ Pare però utile rilevare che la giurisprudenza di merito e di legittimità ha a lungo tempo ritenuto che l'elemento fondamentale ai fini della soggettività fiscale ex art. 8, DPR 645/1958 non fosse la

Questa iniziale impostazione subì un radicale mutamento a seguito dell'entrata in vigore dell'IRPEG, regolata dal D.P.R. 29 settembre 1973, n. 598 il quale, all'art. 2, co. 1, lett. a), afferma che *“Sono soggetti all'imposta sul reddito delle persone: a) le società per azioni e in accomandita per azioni, le società a responsabilità limitata, le società cooperative e le società di mutua assicurazione che hanno nel territorio dello Stato la sede legale o amministrativa o l'oggetto principale dell'attività”*.

Ebbene, senza voler analizzare nel dettaglio la disposizione richiamata ci si deve limitare a rilevare come il legislatore, in sede di riforma, decise di parificare i criteri di collegamento sostanziali e formali, indipendentemente dal luogo di costituzione della società.

Venendo ora all'odierno contesto normativo, la disciplina di riferimento è contenuta all'interno dell'art. 73 TUIR il quale, sebbene recepisca i criteri di collegamento precedentemente utilizzati dal D.P.R. 598/1973, adotta un approccio letterale significativamente differente. Difatti, invece di ancorare la soggettività passiva direttamente alla sede legale, alla

sede amministrativa o il luogo dell'incorporazione quanto, piuttosto, l'obbligo di formazione del bilancio o rendiconto. Sul tema Cass., 14 aprile 1998, n. 2967, *“L'imposta sulle società, ai sensi e sotto il vigore degli art. 8 e 145 del d.P.R. 29 gennaio 1958 n. 645 (testo unico sulle imposte dirette), grava sulle persone giuridiche che siano tenute, per legge o per statuto, alla formazione di bilancio o rendiconto, e, cioè, di documenti contabili muniti di rilevanza esterna, e predisposti a tutela di interessi trascendenti l'ente tenuto a compilarli. Detta imposta, pertanto, non è applicabile nei confronti degli enti ecclesiastici, muniti di personalità giuridica per effetto del riconoscimento statale, i quali non sono obbligati, in forza di norme del diritto comune, o della legislazione concordataria, o del diritto canonico, alla redazione di bilancio o rendiconto, nel senso specificato, mentre restano irrilevanti, al fine in questione, eventuali forme di contabilità che le costituzione degli enti medesimi prescrivano per scopi meramente interni e nel limitato ambito dei rapporti interorganici”*. Conf. Cass., 30 marzo 1983, n. 2301; Comm. Trib. Centr., 19 maggio 1984, n. 5418; Comm. Trib. Centr., 30 aprile 1980, n. 4970.

sede dell'amministrazione e all'oggetto sociale, il primo comma dell'art. 73 si limita ad affermare che *“Sono soggetti all'imposta sul reddito delle società: a) le società per azioni e in accomandita per azioni, le società a responsabilità limitata, le società cooperative e le società di mutua assicurazione, nonché le società europee di cui al regolamento (CE) n. 2157/2001 e le società cooperative europee di cui al regolamento (CE) n. 1435/2003 residenti nel territorio dello Stato”*, demandando la definizione del concetto di residenza al successivo comma terzo¹⁸⁹.

Sebbene, nella sostanza, i criteri di collegamento rimangano i medesimi, la scelta operata dal legislatore della riforma sembrerebbe porre effettivamente sullo stesso piano i tre criteri di collegamento, attribuendo rilevanza al solo risultato finale derivante dalla loro applicazione, ovverosia la determinazione della residenza fiscale.

Tanto premesso, è però necessario sottolineare che la richiamata disposizione legislativa non fornisce alcuna definizione del concetto di “sede dell'amministrazione”.

¹⁸⁹ Art. 73, co. 3, TUIR, *“Ai fini delle imposte sui redditi si considerano residenti le società e gli enti che per la maggior parte del periodo di imposta hanno la sede legale o la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale nel territorio dello Stato. Si considerano altresì residenti nel territorio dello Stato gli organismi di investimento collettivo del risparmio istituiti in Italia e, salvo prova contraria, i trust e gli istituti aventi analogo contenuto istituiti in Stati o territori diversi da quelli di cui al decreto del Ministro dell'economia e delle finanze emanato ai sensi dell'articolo 168-bis, in cui almeno uno dei disponenti ed almeno uno dei beneficiari del trust siano fiscalmente residenti nel territorio dello Stato. Si considerano, inoltre, residenti nel territorio dello Stato i trust istituiti in uno Stato diverso da quelli di cui al decreto del Ministro dell'economia e delle finanze emanato ai sensi dell'articolo 168-bis, quando, successivamente alla loro costituzione, un soggetto residente nel territorio dello Stato effettui in favore del trust un'attribuzione che importi il trasferimento di proprietà di beni immobili o la costituzione o il trasferimento di diritti reali immobiliari, anche per quote, nonché vincoli di destinazione sugli stessi”*.

Contrariamente alla disciplina dettata per le persone fisiche, ove, ai sensi dell'art. 2 TUIR, viene effettuato un espresso rinvio alla definizione codicistica di residenza ex art. 43 cod. civ., l'art. 73 non rinvia al proprio corrispondente codicistico, rappresentato dall'art. 46 cod. civ. e all'art. 2505 cod. civ. per le società costituite all'estero, oggi sostituito dall'art. 25, l. 218/1995¹⁹⁰.

Per tale ragione, al fine di individuare cosa sia oggi la sede dell'amministrazione nel diritto tributario italiano, è necessario fare riferimento alle elaborazioni in materia svolte da giurisprudenza, dottrina e prassi.

In via di generale approssimazione, la dottrina ha definito la sede dell'amministrazione come il luogo in cui in cui è ubicata la c.d. alta direzione, ovvero sia quella attività gestionale avente ad oggetto tutte le decisioni fondamentali relative alla vita dell'azienda, concetto definito anche

¹⁹⁰ Art. 2505, Cod. civ. ante riforma 2003 “*Le società costituite all'estero, le quali hanno nel territorio dello Stato la sede dell'amministrazione ovvero l'oggetto principale dell'impresa, sono soggette, anche per i requisiti di validità dell'atto costitutivo, a tutte le disposizioni della legge italiana*”. Sul tema si rinvia a F. PERNAZZA, D. SABBATINI, *Diritto applicabile alle società costituite all'estero e responsabilità dell'unico azionista*, in *Soc.*, 8, 2002, 971; F. FIMMANO', *Trasferimento della sede sociale all'estero e principio di incorporazione*, in *Soc.*, 5, 1997, 574; F. SEATZU, *Sulla nuova disciplina delle società nel diritto internazionale privato italiano*, in *Giur. comm.*, 6, 1997, 830; M. BENEDETTELLI, *La legge regolatrice delle persone giuridiche dopo la riforma del diritto internazionale privato*, *cit.*; G. RAMONDELLI, *L'attuale D.I.P. Italiano in materia di società e sua influenza in sede di omologazione (Spunti in tema di forma degli atti e nazionalità della società)*, in *Riv. notariato*, 6, 1996, 1401, P. PICCOLI, G. ZANOLINI, *Le persone giuridiche nella riforma del diritto internazionale privato*, in *Riv. notariato*, 1-2, 1996, 163; F. LAURINI, *L'istituzione in Italia di sedi secondarie di società estere e la nuova disciplina del diritto internazionale privato*, in *Riv. notariato*, 1-2, 1996, 115; G. GIRELLO, *La legge applicabile alle persone giuridiche nel diritto internazionale privato*, in *Dir. comm. internaz.*, 1, 1996, 285;

come il “cervello dell’impresa”¹⁹¹. Pertanto, similmente a quanto avviene con riferimento al PoEM di cui all’art. 4(3) del modello di convenzione contro le doppie imposizioni OCSE, il focus dell’indagine accertativa deve essere posto non tanto sulla gestione giornaliera, quanto, piuttosto, sulle decisioni chiave relative all’intera impresa¹⁹².

Si tratta, quindi, di una nozione a carattere sostanziale¹⁹³ la cui analisi deve essere compiuta sulla base di un’indagine di fatto radicata sul caso concreto¹⁹⁴.

A fronte di ciò, occorre però rilevare come la giurisprudenza della Suprema Corte ha valorizzato, nel corso degli ultimi anni, una significativa componente “formale”, ricollegando la sede dell’amministrazione anche a nozioni di tipo civilistico¹⁹⁵.

¹⁹¹ G. CORASANITI, P. DE’ CAPITANI, *La nuova presunzione di residenza fiscale dei soggetti Ires*, in *Dir. e prat. Trib.*, 1, 2007, 102; G. MARINO, *La residenza nel diritto tributario*, cit., 104, C. GARBARINO, *La tassazione del reddito transnazionale*, Padova, 1990, 186.

¹⁹² Questa considerazione trova una propria conferma anche nella prassi amministrativa dell’Agenzia delle Entrate la quale, nella Circ. 4 agosto 2006, n. 28/E, afferma che “*Si tratta, infatti, di elementi già valorizzati nella esperienza interpretativa e applicativa, sia a livello internazionale che nazionale. Essi si ispirano sia a criteri di individuazione dell’effective place of management and control elaborati in sede OCSE, sia ad alcuni indirizzi giurisprudenziali*”.

¹⁹³ A. FRANCESCHIN, *Place of Effective Management e residenza fiscale*, in *Fisco*, 17, 2016, 1659.

¹⁹⁴ P. VALENTE, *Esterovestizione e residenza*, Milano, 2013, 138.

¹⁹⁵ Cass., 23 ottobre 2013, n. 24007, “*Ciò posto, va rilevato che la "sede dell’amministrazione", come si esprime la norma del D.P.R. n. 917 del 1986, art. 87, è quella da cui provengono gli impulsi volitivi inerenti all’attività di gestione dell’ente. Essa rappresenta, in altri termini, il momento essenziale nello svolgersi della vita della società, nel quale i rapporti a contenuto patrimoniale della stessa vengono voluti ed economicamente determinati. Questa Corte ha - in tal senso - più volte affermato che, ai fini dell’equiparazione di fronte ai terzi, ex art. 46 c.c., della sede effettiva della persona giuridica alla sede legale, deve intendersi per sede effettiva il luogo in cui hanno concreto svolgimento le attività amministrative e di direzione dell’ente ed ove operano i suoi organi*”.

Difatti, secondo la Corte di Cassazione, la sede dell'amministrazione deve essere ricondotta al luogo in cui si svolgono le attività amministrative e di direzione dell'ente fra le quali, ad esempio, le assemblee dei soci e le riunioni del consiglio di amministrazione¹⁹⁶.

Volendo individuare, a mero titolo esemplificativo alcuni dei criteri idonei a ricondurre la sede dell'amministrazione all'interno del territorio italiano, un primo indizio di particolare rilevanza è rappresentato dal luogo di residenza dei componenti del Consiglio di Amministrazione¹⁹⁷.

Essendo questo un organo tradizionalmente deputato alla gestione e alla direzione dell'impresa, appare logico ritenere che le scelte relative all'andamento della società siano assunte nel luogo in cui i componenti del CdA detengono la propria residenza¹⁹⁸.

amministrativi o i suoi dipendenti. Tale sede viene a costituire, dunque, il luogo deputato o stabilmente utilizzato, per l'accentramento dei rapporti interni e con i terzi, degli organi e degli uffici in vista del compimento degli affari e della propulsione dell'attività economica dell'ente".

¹⁹⁶ Cass., 7 febbraio 2013, n. 2869, "Ai sensi dell'art. 87, comma terzo, del d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, (secondo la numerazione vigente "ratione temporis", corrispondente all'odierno art. 73, comma terzo, in virtù della riforma introdotta dal d.lgs. 12 dicembre 2003, n. 344), per il quale, ai fini delle imposte sui redditi, si considerano residenti le società e gli enti che per la maggior parte del periodo d'imposta hanno sede legale o dell'amministrazione ad oggetto principale nel territorio dello Stato, la nozione di "sede dell'amministrazione", in quanto contrapposta alla "sede legale", coincide con quella di "sede effettiva" (di matrice civilistica), intesa come il luogo ove hanno concreto svolgimento le attività amministrative e di direzione dell'ente e si convocano le assemblee, e cioè il luogo deputato, o stabilmente utilizzato, per l'accentramento, nei rapporti interni e con i terzi, degli organi e degli uffici societari in vista del compimento degli affari e dell'impulso dell'attività dell'ente". Sul tema, si veda anche: Cass., 13 aprile 2004 n. 7037, Cass., civ. n. 3604 del 1984.

¹⁹⁷ *Ex multis*, Cass., 7 febbraio 2013, n. 2869; Cass., 23 ottobre 2013, n. 24007.

¹⁹⁸ Si tratta, però, di un mero indicatore e, in quanto tale, insufficiente, di per sé, a collocare la residenza fiscale della società in Italia. Sul tema si veda Cass. 4 giugno 2019, n. 15184, la quale ha

In secondo luogo, un ulteriore possibile indizio rilevante è dato dalla presenza nel territorio italiano di rappresentanti legali dotati di poteri paragonabili, nella sostanza, a quelli degli amministratori¹⁹⁹ come è, ad esempio, l'amministratore delegato.

Terzo possibile indicatore è individuabile nel luogo ove vengono tenute le assemblee dei soci. Sebbene l'assemblea non sia, di per sé, un organo deputato allo svolgimento di attività gestionali e amministrative (come è, invece, il CdA), questa ha indubbiamente un ruolo decisivo in relazione ad alcune decisioni chiave in grado di influenzare la sorte della società.

Si pensi, a mero titolo esemplificativo, alle decisioni attinenti alla nomina e revoca degli amministratori, all'approvazione delle operazioni straordinarie (fusioni, scissioni, trasformazioni, ecc.) o alla messa in liquidazione della società²⁰⁰.

Nonostante questi criteri²⁰¹ rappresentino indubitabilmente dei validi indicatori idonei a guidare l'attività accertativa dell'ente impositore,

negato la configurabilità della sede dell'amministrazione di una Holding di diritto olandese in Italia sulla base della mera residenza italiana dei componenti del CdA. Conf. Cass., 28 maggio 2019, n. 14627; CTR Treviso, 16 ottobre 2012, n. 91.

¹⁹⁹ È però escluso che la residenza di tali rappresentanti possa essere determinante al fine di individuare la sede dell'amministrazione qualora questi siano meri esecutori della volontà degli amministratori. Sul tema, si veda Assonime, Circ. 31 giugno 2007, n. 47, CTP Firenze, 18 aprile 2007, n. 108, Comm. Trib. Centr., 10 ottobre 1996, n. 4992.

²⁰⁰ Cass. 21 giugno 2019, n. 16697.

²⁰¹ Per una panoramica di quelli che possono essere ulteriori indici rivelatori della sede dell'amministrazione si veda Cass. Pen., 30 ottobre 2015, n. 43809 commentata da A. TOMASSINI, A. S. TINELLI, *Il caso "Dolce & Gabbana" e la nuova frontiera dell'esterovestizione*, in *Corr. Trib.*, 5, 2019, 450; R. RIZZARDI, *Sentenza "Dolce e Gabbana": i chiarimenti su elusione e funzione di direzione e coordinamento*, in *Corr. Trib.*, 2, 2016, 105; S. COVINO, V. PERRONE, R.

l'Agenzia delle Entrate non può utilizzare gli stessi alla stregua di mere presunzioni dovendo, in ogni caso, procedere ad una attenta analisi che tenga conto della struttura della società e dell'attività dalla stessa effettivamente esercitata.

Segnatamente, la sede dell'amministrazione, perché possa assumere rilevanza ai fini fiscali, deve soddisfare due specifiche condizioni: deve essere continuativa (l'attività gestionale svolta non deve ridursi al mero compimento di uno o più atti isolati, ma deve avere ad oggetto tutte - o almeno, la maggior parte - le decisioni volte a determinare la vita dell'impresa) e attuale (è necessario che la sede emerga nel momento in cui viene compiuta l'analisi potendo l'ubicazione di questo elemento mutare nel corso del tempo)²⁰².

A tal proposito, è ulteriormente necessario ricordare che l'individuazione della residenza fiscale non può prescindere, oltre che dalla situazione fattuale, anche dalla regolamentazione propria della società, contenuta all'interno dello statuto sociale²⁰³.

Ciò in quanto, l'azione e la gestione di un qualsiasi ente societario è regolamentata, oltre che dalla normativa applicabile, dalle previsioni

LUPI, *Dolce e Gabbana: nell'imbarazzo sull'elusione, sanzioni penali all'esterovestizione*, in *Dial. Trib.*, 1, 2014, 47.

²⁰² G. MARINO, *La residenza delle persone giuridiche nel diritto tributario italiano*, in *Dir. Prati Trib.*, 1, 1995, 1463; I. CUGUSI, *Il percorso tortuoso nella definizione del concetto di sede dell'amministrazione*, in *Riv. Trim. Dir. Trib.*, 3-4, 2007, 577.

²⁰³ T. TASSANI, *Autonomia statutaria delle società di capitali e imposizione sui redditi*, Milano, 2007, 244, "L'ordinamento statutario, come si vedrà è in grado di rilevare, in modi differenti, per la determinazione di ognuno di questi criteri. Non solo quando la norma tributaria fa riferimento ad un elemento statutario tipico quale la sede legale, ma anche quando richiede una valutazione in una prospettiva di "effettività", nelle ipotesi di sede dell'amministrazione e di oggetto principale".

statutarie, le quali possono, a volte, anche derogare alla disciplina legislativa, modificando il soggetto deputato alla gestione e i suoi poteri.

Si pensi, a mero titolo esemplificativo, alle differenze esistenti nel caso in cui lo statuto affidi la gestione dell'impresa ad un organo unipersonale (l'amministratore unico) o collegiale (il CdA) o, ancora, al caso in cui in questo secondo caso venga prevista l'amministrazione disgiuntiva in luogo di quella congiuntiva e viceversa.

Il contesto interpretativo sopra riportato rende evidente una significativa differenza fra la sede dell'amministrazione e il *central management and control* adottato dal diritto inglese. Difatti, mentre quest'ultimo focalizza la propria attenzione sulla sola attività di gestione, indipendentemente dal luogo ove si riuniscono azionisti e CdA, il criterio italiano valorizza, invece, il luogo materiale dove queste decisioni vengono assunte.

Si tratta, quindi, di una scelta che attribuisce minor rilevanza al concreto esercizio dell'attività di alta amministrazione ma, al tempo stesso, facilita l'attività accertativa data la possibilità di verificare la sede dell'amministrazione facendo riferimento ad elementi di pronta disponibilità come, ad esempio, i verbali di assemblea e i resoconti delle riunioni del consiglio di amministrazione.

L'approccio italiano può però comportare alcune significative problematiche derivanti dall'odierno contesto economico, politico e sociale ove la semplicità e facilità dei trasporti e delle comunicazioni a distanza rende particolarmente complesso determinare un unico "luogo" deputato alla gestione amministrativa.

Ed è proprio in questo contesto che la Suprema Corte, nel corso degli ultimi anni, ha attribuito nuova rilevanza anche ad elementi precedentemente

considerati irrilevanti fra i quali, *in primis*, il luogo ove vengono assunte le decisioni relative alla gestione *day by day*.

Sebbene il *Top Management* rimanga, ad oggi, l'elemento decisivo nell'individuazione della sede dell'amministrazione, il nuovo contesto economico impone un'analisi ad ampio spettro idonea ad individuare un effettivo collegamento sostanziale fra Stato e società.

11. La presunzione di residenza

Al fine di combattere fenomeni diretti alla fittizia localizzazione della sede dell'amministrazione e, più in generale, della residenza fiscale delle società all'estero²⁰⁴ per beneficiare di un trattamento fiscale più favorevole²⁰⁵, il legislatore tributario, similmente a quanto previsto all'art. 2, co. 2-bis TUIR per le persone fisiche, ha introdotto uno specifico meccanismo a carattere presuntivo.

Più precisamente, il D.L. 30 giugno 2006, n. 223²⁰⁶, ha introdotto all'interno dell'art. 73 TUIR i commi 5-*bis* e 5-*ter*²⁰⁷ i quali prevedono una

²⁰⁴ A differenza di quanto previsto dalla presunzione di residenza in tema di persone fisiche, la presunzione di esterovestizione non attribuisce alcun rilievo alla circostanza che il paese in cui ha sede il soggetto controllante sia o meno considerato a fiscalità privilegiata.

²⁰⁵ c.d. esterovestizione societaria, ossia "la fittizia localizzazione all'estero di una società (o ente commerciale), al fine di beneficiare di un'imposizione più favorevole, nonostante sia sostanzialmente situata nel territorio dello Stato".

²⁰⁶ convertito dalla L. 4 agosto 2006, n. 248

²⁰⁷ Art. 73, co. 5—*bis* e 5-*ter*, TUIR, "5bis. Salvo prova contraria, si considera esistente nel territorio dello stato la sede dell'Amministrazione di società ed enti, che detengono partecipazioni di controllo, ai sensi dell'art 2359, primo comma, codice civile, nei soggetti di cui alle lettere a) e b) del comma 1, se, in alternativa: a) Sono controllati, anche indirettamente ai sensi dell'art 2359,

presunzione di esistenza della sede dell'amministrazione in Italia qualora la società sia assoggettata al controllo ex art. 2359, co. 1 cod. civ. da parte di soggetti residenti all'estero o, alternativamente, sia amministrata da un CdA (o altro organo equivalente) composto prevalentemente da amministratori residenti nel territorio dello Stato²⁰⁸.

primo comma, del codice civile, da soggetti residenti nel territorio dello Stato; b) sono amministrati da un consiglio di amministrazione, o altro organo equivalente di gestione, composto in prevalenza di consiglieri residenti nel territorio dello Stato 5ter. Ai fini della verifica della sussistenza del controllo di cui al comma 5bis, rileva la situazione esistente alla data di chiusura dell'esercizio o periodo di gestione del soggetto controllato. Ai medesimi fini, per le persone fisiche si tiene conto anche dei voti spettanti ai familiari di cui all'articolo 5, comma 5"

²⁰⁸ Si deve però immediatamente evidenziare che, contrariamente a quanto avviene per la presunzione ex art 2, co. 2bis, non vi è nessuna statuizione in grado di collegare la società ad un comune nazionale. Il problema è tutt'altro che marginale, in quanto, l'assenza di tale individuazione, comporta l'impossibilità di determinare l'ufficio territorialmente competente all'attuazione dell'attività accertativa e alla conseguente emissione dell'avviso di accertamento. È opinione condivisa che la sede dell'amministrazione (o seat of effective management) si deve individuare nel comune ove vengono prese le scelte strategiche e gestionali della società, ossia nel luogo da dove provengono gli impulsi volitivi. Nell'applicazione della norma, si deve quindi valutare da dove provengono tali impulsi potendoli individuare nel luogo ove si trova il socio di controllo o l'azionista di riferimento. Se questa conclusione porta a un parallelismo socio di controllo - sede dell'amministrazione, in grado di identificare efficacemente l'ufficio dell'amministrazione finanziaria competente, non mancano opinioni discordanti a tale teoria. Si pensi ad esempio al caso in cui il socio di controllo non sia in grado di prendere le decisioni tecniche – gestionali, ma che affidi tale attività a specifici soggetti, sempre residenti in Italia, ma in altro comune. La presunzione troverà sempre applicazione, ma le decisioni gestionali, vengono prese in altro luogo, modificando il luogo della sede dell'amministrazione così come sopra definita. Se, quindi, da un lato l'art 73, co. 5-bis è utile e semplice strumento al fine di individuare l'effettiva residenza fiscale, non si può dire altrettanto per la sua attitudine a determinare l'esatto luogo di collocazione della sede dell'amministrazione, potendo, contrariamente a quanto previsto per la presunzione relativa alle persone fisiche, essere passibile di conflitti inerenti al profilo della competenza. Il problema è tutt'altro che marginale, soprattutto in merito alle difese che potrà poi avanzare il contribuente.

In quest'ottica due sono le esigenze alle quali la disposizione in parola intendere fare fronte. Da un lato, questa mira a fornire all'Amministrazione finanziaria, in quanto soggetto in potenziale "inferiorità conoscitiva"²⁰⁹, uno strumento idoneo a disconoscere trasferimenti di residenza fittizi sulla base di un criterio di semplice applicazione. Dall'altro lato, tramite la previsione della facoltà di fornire prova contraria, la norma assicura il rispetto dell'analisi basata sulle circostanze del caso concreto richiesta dalla giurisprudenza tributaria²¹⁰.

Si tratta, però, di un meccanismo presuntivo che, a differenza di quello previsto dall'art. 2, co 2-*bis*, TUIR per le persone fisiche, trova il proprio fondamento in un'analisi di tipo statico in luogo di una valutazione a carattere dinamico.

Infatti, l'attività accertativa è, di fatto, un'attività amministrativa e, in quanto tale, è subordinata alla disciplina generale rilevante per il diritto amministrativo. L'adozione di un 'avviso di accertamento da parte di un ufficio dell'a.f. senza un previo controllo circa la propria competenza territoriale può ben porsi in contrasto con l'art 97 Cost. In riferimento al principio di buona amministrazione. Il contribuente, muovendo da tali presupposti, potrebbe eccepire che, l'a.f. attribuendosi la competenza sul parallelismo residenza - socio di controllo/sede dell'amministrazione, senza motivare tale scelta o analizzare la situazione di fatto, ha agito in base ad una competenza eventuale ed ipotetica violando perciò i principi di buona amministrazione e di proporzionalità. In questo caso il contribuente, portando alla luce elementi in grado di collocare la competenza (sulla base del luogo ove vengono prese le decisioni gestionali) presso un'altra circoscrizione territoriale, potrebbe inficiare l'attività accertativa dell'amministrazione finanziaria. Sebbene il risultato di tale operazione sia l'invalidità dell'avviso di accertamento, e quindi l'annullamento dello stesso, non si deve sopravvalutare l'importanza di tale questione. È innegabile l'importanza della determinazione della competenza, ma, una semplice attività di controllo preventivo di tale requisito sarà già sufficiente ad evitare l'insorgere di tali problematiche. Sul tema, si rinvia a E. BAGAROTTO, *La presunzione di residenza fiscale delle società "esterovestite"*, Padova, 2008, 11.

²⁰⁹ A. FEDELE, *I principi costituzionali e l'accertamento tributario*, in *Riv. dir. fin.*, 1992, 463.

²¹⁰ G. MELIS, *Il trasferimento della residenza fiscale nell'imposizione sui redditi*, *cit.*, 345.

Più precisamente, mentre la presunzione di cui all'art. 2, co-bis trova applicazione in caso di cancellazione dall'anagrafe della popolazione residente e trasferimento all'estero, la presunzione di esterovestizione di cui all'art. 73, co. 5-bis e 5-ter si applica indipendentemente dal trasferimento, essendo sufficiente l'integrazione di uno dei due requisiti previsti dalla disposizione.

Venendo al vero e proprio contenuto della disposizione, tre sono gli elementi su cui occorre porre l'attenzione, ovverosia il concetto di sede dell'amministrazione, quello di controllo e, infine, il contenuto della prova contraria.

Partendo dal concetto di sede, è interessante notare come la norma non si limita ad una generica presunzione di residenza, ma ricollega il meccanismo presuntivo alla sola sede dell'amministrazione.

La ragione di questa scelta legislativa deriva, fondamentalmente, da motivazioni a carattere logico. Infatti, fra i tre criteri utilizzati al fine dell'individuazione della residenza fiscale è solo la sede dell'amministrazione a prestarsi ad un accertamento a carattere presuntivo, essendo impossibile un accertamento basato su presunzioni legali della sede legale (in quanto facilmente individuabile dallo Statuto, dall'atto costitutivo o dal Registro delle Imprese) o dell'oggetto principale²¹¹.

²¹¹ Come rilevano G. CORASANITI, P. DE' CAPITANI, *La nuova presunzione di residenza fiscale dei soggetti iredes, cit.*, nota 3, "Invero secondo alcuni sarebbe stato possibile colpire le esterovestizioni di società holding attraendo la loro residenza in Italia per il tramite del terzo criterio previsto dall'art. 73 t.u.i.r., ovvero l'oggetto principale dell'attività: quando tali società possedessero prevalentemente partecipazioni in enti italiani, infatti, si poteva – secondo questi autori – concludere che l'oggetto principale della loro attività fosse in Italia e considerarli quindi assoggettabili a prelievo in Italia su tutti i redditi ovunque prodotti. Tale impostazione, tuttavia,

avrebbe comunque incontrato l'ostacolo dell'art. 4 delle convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni e il criterio dirimente dei casi di doppia residenza rappresentato dal *place of effective management*. V. Pezzuto-Screpanti, *La verifica fiscale*, Milano, 2004, 359 e ss.; Uckmar V., *Plusvalenze e Fisco*, in *Corriere della Sera*, 4 gennaio 2006. In una risalente pronuncia però la Cassazione si era espressa negando la localizzazione della residenza in Italia di una società costituita in Svizzera che possedeva solo un immobile in Italia e che vedeva tra i suoi amministratori un soggetto residente in Italia che disponeva di pieni poteri: Cass., 10 dicembre 1974, n. 4172, riportata da Piazza M., *Guida alla fiscalità internazionale*, Milano, 2004, 103, nota 81. Ballarino, *La società per azioni nella disciplina internazionalprivatistica*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da Colombo-Porta-le, Torino, 1994, vol. 9*, 69, proponeva già questa soluzione per le società holding estere che fossero controllate da soggetti italiani e che a loro volta possedessero partecipazioni (anche) in società italiane. A ben vedere, si tratta di casi molto simili a quelli che il nuovo testo dell'art. 73 t.u.i.r. intende ricondurre alla presunzione di esistenza in Italia della sede dell'amministrazione (mentre per gli autori citati e per Ballarino occorrerebbe invece fondarsi sul criterio dell'oggetto principale dell'attività). Manzitti, *Considerazioni in tema di residenza fiscale delle società*, in *Riv. dir. trib.*, 1998, IV, 181 (nota a *Comm. centr.*, 10 ottobre 1996, n. 4992), invece, distingue il caso di una società estera che possiede beni materiali in Italia, come uno stabilimento, da quello in cui la società estera possiede solo partecipazioni. Nel primo caso, infatti, oggetto della società può dirsi un'attività industriale condotta in Italia: occorrerà poi verificare se tale attività sia quella principale o prevalente (a prescindere dalla localizzazione dei beni dell'impresa). Nel secondo caso, invece, l'attività sociale è di tipo finanziario e pertanto assai meno legata al territorio, per cui sarebbe più arduo ricondurre la residenza di un ente siffatto all'interno del territorio italiano in base al criterio dell'oggetto sociale. Questa impostazione sembra seguita anche dall'Agenzia delle entrate nella risoluzione 29 gennaio 2003, n. 18/E, nella quale si sostiene che i redditi della holding hanno natura finanziaria, in quanto derivano dall'impiego di capitale che convenzionalmente deve localizzarsi nel Paese ove si trova la sede legale della società holding e non invece in quello della società controllata. Pare interpretare in questo senso la risoluzione anche Piazza, *op. cit.*, 113. Lo stesso Autore (p. 117) sottolinea poi come sia difficile ricorrere al criterio di localizzazione della residenza dell'oggetto dell'attività nel caso di società di mero godimento, per le quali in effetti è assai problematica l'individuazione di una vera e propria attività economica che vada al di là dell'amministrazione finanziaria e contabile dei beni posseduti. In questi casi pare invece preferibile ricorrere ai criteri della sede legale o, semmai, della sede dell'amministrazione. Si tratta, in effetti, dei casi più problematici anche dal punto di vista del

In secondo luogo, il richiamo all'art 2359, co. 1, cod. civ.²¹² intende ricollegare l'individuazione della residenza a situazione di controllo c.d. "di diritto" (disposizione della maggioranza di voti in assemblea ordinaria) e di controllo c.d. "di fatto" (disposizione di un numero di voti sufficienti a dimostrare un'influenza dominante all'interno dell'assemblea ordinaria)²¹³.

A tal proposito, occorre però soffermarsi brevemente sul concetto di controllo indiretto ex art. 2359, co. 2 cod. civ.²¹⁴, richiamato solo dalla lett. a) dell'art. 73, co. 5-bis, TUIR.

Una prima interpretazione²¹⁵ attribuisce alla lettera a) una funzione integrativa del concetto di controllo delineato dal primo periodo della norma. Pertanto, il controllo indiretto dovrebbe essere considerato idoneo ad integrare il requisito di cui all'art. 73, TUIR.

contrasto all'erosione della base imponibile e al differimento delle imposte, posto che, non occorrendo l'impiego di grandi strutture, queste società sono facilmente collocabili oltre confine".

²¹² "Sono considerate società controllate: 1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria; 2) le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria; 3) le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa". Sul tema, F. CARBONETTI, *Art. 2359 – Società controllate e società collegate* in *Commentario Romano al nuovo diritto delle società, Vol. II, Tomo I, Commento agli articoli 2325-2379-ter*, (a cura di) D'ALESSANDRO, Padova, 2010, 375; M. NOTARI, J. BERTONE, *Società controllate e società collegate*, in *Commentario alla riforma delle società*, 2008, Milano, 673.

²¹³ T. VENTRELLA, *La nozione di controllo nel diritto tributario: dall'art. 2359 c.c. al "controllo di fatto"*, in *DPT int.*, 1, 2017, 282.

²¹⁴ "Ai fini dell'applicazione dei numeri 1) e 2) del primo comma si computano anche i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persona interposta; non si computano i voti spettanti per conto di terzi".

²¹⁵ E. BAGAROTTO, *La presunzione di residenza fiscale delle società "esterovestite"*, cit.

A sostegno di questa prima tesi si può riportare lo stesso dato letterale del secondo comma dell'art 2359 cod. civ., il quale, utilizzando la formula “*ai fini dell'applicazione dei numeri 1) e 2) si computano (...)*”, sembrerebbe intendere uno stretto collegamento fra i due commi. Conseguentemente, il richiamo effettuato dal co. 5-*bis* finirebbe per estendersi implicitamente anche al comma 2 per via della forte interdipendenza con il comma 1.

Vi è però anche una seconda e opposta tesi interpretativa la quale, sulla base del brocardo latino *ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*, afferma che l'assenza di un esplicito riferimento al controllo indiretto non possa che comportare l'irrilevanza dell'art. 2359, co. 2, cod. civ.²¹⁶.

Tale ipotesi troverebbe una conferma in altre disposizioni che ricollegano la propria efficacia a rapporti di controllo, le quali fanno esplicito riferimento anche al controllo indiretto. A mero titolo esemplificativo, basti ricordare gli artt. 167 e 168 TUIR.

Tuttavia, l'Amministrazione finanziaria sembrerebbe propendere per la prima ipotesi (più espansiva), dovendosi, quindi, ritenere rilevante anche il controllo indiretto²¹⁷.

Infine, per quel che concerne la prova contraria, è preliminarmente necessario sottolineare che questa non consiste in una mera “prova negativa”, finalizzata a negare l'insediamento estero quanto, piuttosto, in una vera e

²¹⁶ G. MELIS, *Il trasferimento della residenza fiscale nell'imposizione sui redditi*, cit., 349.

²¹⁷ Circ. 4 agosto 2006, n. 28/E “*La norma è applicabile anche nelle ipotesi in cui tra i soggetti residenti controllati e controllanti si interpongano più sub holding estere. La presunzione di residenza in Italia della società estera che direttamente controlla una società italiana, renderà operativa, infatti, la presunzione anche per la società estera inserita nell'anello immediatamente superiore della catena societaria; quest'ultima si troverà, infatti, a controllare direttamente la sub holding estera, considerata residente in Italia*”.

propria prova positiva, volta a dimostrare l'effettiva presenza di un centro direzionale nello Stato estero.

Questa considerazione richiede di distinguere fra holding miste (c.d. holding "dinamiche) le quali, oltre a detenere le partecipazioni svolgono anche una vera e propria attività economica, e le holding pure (c.d. holding "statiche") la cui attività si riduce nella mera detenzione delle stesse partecipazioni.

Con riferimento alla prima categoria di soggetti si tratta, nella sostanza, di società il cui funzionamento non risulta particolarmente differente rispetto ad un'ordinaria società commerciale. Conseguentemente, il contribuente potrà efficacemente resistere al meccanismo presuntivo dimostrando che la società è effettivamente gestita e amministrata all'estero.

Occorre, quindi, che le decisioni chiave dell'impresa vengano assunte nello Stato estero e non meramente approvate a seguito di deliberazione da parte della controllante italiana.

In altre parole, è necessario dimostrare che la società estera presenti una autonomia tale che le consenta, pur nel rispetto delle linee guida fornite dalla capogruppo, di determinare autonomamente la sorte della società.

Più complessa è, invece, la prova contraria in relazione alle c.d. holding statiche. Per lungo tempo la giurisprudenza ha ritenuto che tali entità, in quanto prive di una vera e propria attività economica, non fossero altro che schermi societari, creando quindi una sorta di automatismo fra l'utilizzo di detto strumento e la dimostrazione dell'abuso di stabilimento.

Tale orientamento è però oggi radicalmente mutato. Difatti, la Suprema Corte, con una serie di pronunce emanate a fine 2016, ha definitivamente sancito che la prova contraria fornita dal contribuente deve essere analizzata alla luce dell'attività in concreto esercitata dalla società. In

quest'ottica, l'utilizzo di una holding di partecipazioni, può rispondere a finalità diverse dal mero risparmio fiscale quali, *in primis*, una miglior organizzazione strutturale ed aziendale.

Argomentando diversamente, non solo si finirebbe per escludere la legittimità di strumenti che, anche nel diritto italiano, risultano pienamente leciti e legittimi (tant'è che le holding passive sono soggetti passivi IRES), ma si introdurrebbe una *probatio diabolica* obbligando il contribuente a dimostrare la presenza di una struttura operativa in relazione a società che, per loro natura, ne sono quasi totalmente prive.

In altre parole, la giurisprudenza italiana, conformemente a quella della Corte di Giustizia, impone, anche in questo caso, una valutazione ad hoc, basata sulle caratteristiche specifiche del caso concreto²¹⁸.

12. La sede di direzione effettiva nelle normative nazionali

²¹⁸ A tal proposito, particolarmente utili sono le considerazioni effettuate da Assonime, Circ. 31 ottobre 2007, n. 67, “*Esemplificando, la valenza prognostica del criterio di controllo attivo da parte del soggetto estero di società o enti residenti in Italia dipende indubbiamente dalla composizione del patrimonio della holding estera e dal peso che l'investimento nella partecipazione di controllo italiana riveste in concreto rispetto al totale delle sue attività patrimoniali. Nell'ipotesi in cui una holding estera, controllata o amministrata da soggetti residenti, sia titolare anche di partecipazioni di controllo in società estere (oltre che, ovviamente, di altri beni situati all'estero), essa dovrebbe avere la possibilità di opporre, quale prova contraria, la circostanza che la parte prevalente del possesso partecipativo attiene a società estere o ad altri investimenti all'estero, e che, quindi, la partecipazione di controllo nella società italiana costituisce una parte solo residuale del suo patrimonio. In questo caso, infatti, sarebbe ingiustificato e contrario al principio comunitario di proporzionalità pretendere che il contribuente sia tenuto a dimostrare la propria estraneità al territorio dello Stato sotto altri profili, quando il rapporto partecipativo con l'Italia già risulta, di per sé, obiettivamente marginale e non qualificante*”.

Prima di trarre le conclusioni derivanti dall'analisi della sede dell'amministrazione effettuata ai paragrafi precedenti, ai fini di una miglior comprensione della tematica è utile valutare brevemente le peculiarità evidenziate da alcune normative nazionali nella regolamentazione del criterio in parola.

Una prima normativa interna che merita di essere menzionata è certamente quella belga ove, a mente dell'art. 2, par. 5, lett. b), del codice dell'imposta sul reddito belga (ITC)²¹⁹, una società deve essere considerata fiscalmente residente in Belgio qualora questa abbia, alternativamente, la propria sede legale, lo stabilimento principale, o la sede di direzione o amministrazione²²⁰ all'interno del territorio.

La particolarità, in questo caso, è rappresentata dalla contemporanea presenza di due criteri, ovverosia lo stabilimento principale e la sede di direzione o amministrazione che, sebbene, a prima vista, possano apparire fra loro differenti, nella sostanza esprimono il medesimo significato.

Difatti, secondo la posizione giurisprudenziale dominante, il concetto di "stabilimento principale", altro non sarebbe se non il luogo dal quale provengono gli impulsi direttivi²²¹, creando quindi una quasi totale

²¹⁹ *"On entend par: (...) b) société résidente: toute société qui a en Belgique son siège social, son principal établissement ou son siège de direction ou d'administration et qui n'est pas exclue du champ d'application de l'impôt des sociétés"*.

²²⁰ Report della commissione fiscale al Senato, 1962 *"in realtà, "sede di gestione" e "Sede dell'amministrazione" dovrebbe essere considerati come sinonimi che vengono utilizzati per sottolineare che una società o entità è soggetta all'imposta sul reddito delle società in Belgio qualora la sede legale o la sede da cui questa la [società] gestisce tutta la sua attività in Belgio e all'estero si trova in Belgio"*

²²¹ Corte d'Appello di Bruxelles, 9 dicembre 1970, n. 493.

coincidenza con il terzo criterio, problematica riconosciuta anche in sede di approvazione del codice sull'imposta sul reddito²²².

Volendo trovare una logica di sistema, alcuni autori hanno affermato che il terzo criterio sarebbe finalizzato a dare risalto allo stabilimento "amministrativo" principale, evitando, in questo modo, di confonderlo con lo stabilimento commerciale o imprenditoriale²²³.

Indipendentemente da questa possibile ripetizione, la giurisprudenza belga tende ad individuare la sede amministrativa nel luogo in cui avvengono le riunioni del Consiglio di amministrazione, in quanto unico organo deputato alla gestione amministrativa.

La dottrina è però contraria a tale rigida posizione poiché il CdA non sempre è sinonimo di controllo amministrativo (si pensi, ad esempio, alle delibere in cui gli amministratori si limitino a ratificare le decisioni dell'assemblea degli azionisti).

Un ulteriore caso che merita di essere analizzato è quello della Danimarca ove, ai sensi della sezione 1(1) (2-6) del Selskabsskattelov (legge sull'imposta sui redditi) una società è residente in Danimarca qualora questa sia stata costituita all'interno del territorio o vi detenga la propria sede della direzione.

Le principali particolarità del sistema danese sono essenzialmente due.

In primo luogo, il legislatore, conscio delle possibili problematiche derivanti dall'applicazione del criterio ha fornito, seppure in via indiretta, una

²²² Camera dei rappresentanti, 1961, la quale sottolineò che, in realtà, il termine sede della direzione o dell'amministrazione non ha alcuna "conseguenza legale".

²²³ Sul tema si rinvia a N. BMMENS, F. HENNEAUX, *Belgium, in Corporate tax residence and Mobility, cit.*

definizione di sede della direzione, contenuta all'interno della relazione preliminare alla Selskabsskattelov²²⁴.

In secondo luogo, ai sensi della già menzionata relazione preliminare, la Danimarca, a differenza della maggioranza degli altri Stati europei, non attribuisce rilevanza decisiva al *top management* quanto, piuttosto, al *day to day management*²²⁵.

Ciò comporta che l'ubicazione del luogo in cui si svolgono le assemblee degli azionisti non assume alcuna rilevanza al fine dell'individuazione della sede della direzione poiché, salvo specifiche disposizioni statutarie, l'assemblea dei soci non ha nessuna competenza relativamente alla gestione giornaliera.

Ulteriormente, questa interpretazione può determinare alcune significative problematiche in relazione alle società holding (specialmente se statiche) in quanto prive di una vera e propria gestione giornaliera.

A tal proposito, in base a quanto affermato dall'amministrazione finanziaria danese, qualora una società non svolga una gestione quotidiana occorre fare riferimento al luogo in cui tutte le altre decisioni inerenti alla vita dell'impresa vengono assunte, attribuendo, quindi, una rilevanza *de residuo* al *Top Management*.

²²⁴ Relazione preliminare alla L. 2 novembre 1994, n. 35 1994/95, sezione 1 (1).

²²⁵ In giurisprudenza, di veda Decisione del Tribunale tributario nazionali DK: SR, 25 novembre 1999, Tidsskrift for Skatter og afgifter, 109 (2000); DK: SR, 16 dicembre 2014, SKM2015.53.SR; DK: SR, 7 ottobre 2014, SKM2014.690.SR, DK: SR, 27 agosto 2013, SKM2013.649.SR; DK: SR, 28 agosto 2012, SKM2012.591.SR; DK: SR, 27 gennaio 2009, SKM2009.59.SR; DK: LR, 14 dicembre 1999, Tidsskrift for Skatter og afgifter 196 (2000); DK: LR, 14 Dec. 1999, Tidsskrift for Skatter og afgifter 197 (2000); DK: LR: 25 novembre 1997, Tidsskrift for Skatter og afgifter 334 (1998), 334; DK: LR, 16 aprile 1996, Tidsskrift for Skatter og afgifter 476 (1996), e DK: LR, 19 dicembre 1995, Tidsskrift for Skatter og afgifter 257 (1996).

In assenza anche di questo elemento si deve fare riferimento al luogo in cui vengono esercitati i diritti derivanti dalle partecipazioni detenute dalla holding o a quello in cui viene posta in essere l'eventuale attività finanziaria²²⁶.

Tuttavia, come appare evidente, il concetto di sede della direzione danese risulta difficilmente conciliabile con l'utilizzo dei nuovi strumenti di telecomunicazione, i quali rendono estremamente semplice gestire le attività giornaliere della società anche a distanza. Sebbene, come si vedrà in seguito, tali problematiche siano riscontrabili anche in relazione all'approccio del *top management*, la gestione giornaliera presenta maggiori complessità stante la natura quasi istantanea della stessa²²⁷.

Ulteriore definizione di sede dell'amministrazione che merita di essere analizzata è quella fornita dalla Germania²²⁸.

Lo Stato tedesco, a differenza della maggior parte dei paesi europei, fornisce un'espressa definizione legislativa di sede dell'amministrazione. Questa, introdotta dall'art. 15 (1) del *Steueranpassungsgesetz* (StAnpG) del 16 ottobre 1934 ed oggi contenuta all'interno della sezione 10 dell'*Abgabenordnung* (codice fiscale generale), afferma che la sede dell'amministrazione deve essere valutata sulla base di tre elementi, ossia il la gestione principale dell'impresa, i soggetti deputati alla gestione principale dell'impresa e il centro delle decisioni più importanti.

²²⁶ Sec. C.D.1.1.1.4 VEJL 2016-2.

²²⁷ P. K. SCHMIDT, A. N. LAURSEN, T. N. LILJA "Denmark", in *Corporate Tax residence and mobility*, cit.

²²⁸ La Germania utilizza il concetto di sede dell'amministrazione al fine di determinare la residenza fiscale di una società dal 1920, ove la nozione era espressamente indicata dal par. 393 del *Körperschaftsteuergesetz* del 30 marzo 1920 (KStG 1920).

Procedendo secondo l'ordine delineato dalla norma, con il termine gestione principale dell'impresa si devono intendere tutte quelle decisioni al di sopra delle normali attività amministrative (stipula di contratti, cessioni di beni, ecc.) ma, al contempo, al di sotto di quelle decisioni strategiche tipicamente lasciate alla competenza dell'assemblea degli azionisti (fusioni, scissioni, procedure fallimentari, ecc.)²²⁹. Tale approccio, finisce quindi per individuare un nuovo concetto di gestione dell'impresa, il quale si pone al crocevia fra il *top management* e la gestione *day by day*.

Passando invece al secondo aspetto, il concetto di soggetti deputati alla gestione impone l'analisi di quella che è la struttura di governo societario delineata dal diritto tedesco. Questo, infatti, prevede una struttura dualistica che vede, da un lato, il consiglio di amministrazione (*Vorstand*), e, dall'altro lato, il consiglio di sorveglianza (*Aufsichtsrat*) e l'assemblea degli azionisti.

Pertanto, occorrerà valutare quale fra gli organi sopra individuati, è deputato, nel caso concreto, alla gestione amministrativa. A tal proposito, occorre però ricordare che, in taluni casi, la giurisprudenza tedesca ha ritenuto che configuri soggetto deputato alla gestione anche un azionista di maggioranza qualora questi non solo eserciti una rilevante influenza sulla vita della società, ma, soprattutto, quando lo stesso, tramite l'esercizio dei propri diritti, interferisca significativamente nella vita della società²³⁰.

²²⁹ Pare utile ricordare che, con riferimento alle società per azioni, la giurisprudenza tedesca suole distinguere fra attività di comando (*Leitung*), attribuite all'assemblea degli azionisti, e quelle di gestione (*Geschäftsführung*) tipiche del CdA.

²³⁰ BFH, 26 maggio 1970, II 29/65, BStBl. II 1970, 759; BFH, 17 luglio 1968, I 121/64, BStBl. II 1968, 695 m.no. 25; RFH, 25 luglio 1935, III A 98/35. *Contra*, T. TÖBEN, D. BIRK, *Place of Management – An Analysis of German Case Law in Practical Problems in European and International Tax Law. Essays in Honour of Manfred Mössner* (a cura di) JOCHUM, ESSERS, LANG, WINKELJOHANN, WIMANN, 2017, 499.

Da ultimo, per quel che concerne il luogo delle decisioni più importanti, questo deve essere individuato ove le stesse sono assunte e non dove queste vengono implementate²³¹.

Un'ultima esperienza statale che merita di essere ricordata è certamente quella della Federazione Russa.

Difatti, fino al 2015, la Russia non era dotata, con riferimento agli enti collettivi (definiti, dal punto di vista fiscale, come “organizzazioni”), di una nozione di residenza fiscale, limitandosi a distinguere fra organizzazioni russe (costituite in base alla legislazione nazionale) e organizzazioni straniere (costituite in base alla legislazione di un altro Stato).

Tuttavia, a partire dal 2015²³², la predetta situazione è stata (parzialmente) modificata.

Più precisamente, sono oggi previsti due criteri alternativi, ossia la sede legale o la sede amministrativa. Occorre però sottolineare che la modifica operata dal legislatore russo non ha inciso sulla menzionata qualificazione formale.

Pertanto, mentre, da un lato, una società costituita in Russia sarà sempre e comunque considerata fiscalmente residente, una società straniera,

²³¹ FG Münster, 17 giugno 2016, 9 K 593/13, EFG 2016, 1919 m.no. 101; BFH, 5 novembre 2014, IV R 30/11, BStBl. II 2015, 601 m.no. 27; BFH, 3 luglio 1997, IV R 58/95, BStBl. II 1998, 86 m.no. 21; BFH, 23 giugno 1992, IX R 182/87, BStBl. II 1992, 972 m.no. 15; BFH, 23 gennaio 1991, I R 22/90, BStBl. II 1991, 554 m.no. 18; BFH, 21 settembre 1989, V R 55/84, BFH/NV 1990, 353 m.no. 9; BFH, 21 settembre 1989, V R 32/88, BFH/NV 1990, 688 m.no. 10; BFH, 29 aprile 1987, X R 6/81, BFH/NV 1988, 63 m.no. 17; BFH, 11 aprile 1984, I R 82-84/80, BFH/NV 1986, 255 m.no. 8.

²³² Tali mutamenti sono da imputare alla legge federale contenenti gli emendamenti alle parti uno e due del codice fiscale della Federazione Russa (in relazione alla tassazione dei redditi delle società estere controllate e ai redditi delle entità straniere), del 24 novembre 2014, n. 376-FZ, in vigore a partire dal 1° gennaio 2015.

invece, potrà considerarsi residente solo qualora questa detenga la propria sede amministrativa all'interno del territorio nazionale²³³.

Similmente a quanto visto in relazione alla Germania, il legislatore russo, conscio delle possibili problematiche derivanti dall'assenza di una precisa definizione della nozione, ha previsto, all'art. 246, co. 2 del codice fiscale russo, un'espressa indicazione relativa a cosa si debba intendere per luogo di gestione (c.d. *Management test*).

Nello specifico, una società straniera deve ritenersi "residente" qualora l'organo esecutivo sia ubicato all'interno del territorio russo e questo svolga la maggior parte delle attività amministrative della società o, alternativamente, quando la persona autorizzata e responsabile per la pianificazione, la direzione e il controllo delle attività della società dia esecuzione alle stesse, anche tramite l'utilizzo di un organo collegiale, all'interno della Federazione Russa²³⁴.

Inoltre, qualora sia impossibile individuare un unico luogo in cui questi elementi siano collocati, il medesimo art. 246, co. 2, attribuisce rilevanza al luogo dove sono tenuti i registri contabili e documentali della società e dove il personale viene organizzato.

La modifica legislativa consente di effettuare due considerazioni conclusive.

²³³ E. KILINKAROVA, E. PUSTOVALOV, A. SAVITSKY, E. ZAKHAROV, "Russia", in *Corporate Tax residence and mobility*, cit.

²³⁴ È però presente una specifica eccezione in relazione ai fondi di investimento, il quale può essere considerato fiscalmente residente solo ove il soggetto deputato alla sua gestione sia fiscalmente residente in Russia e ponga in essere le attività di gestione dei beni all'interno del territorio dello Stato. La norma, tuttavia, omette di definire cosa si debba intendere per "soggetto deputato alla gestione" creando alcuni potenziali profili di problematicità in relazione al caso di organi a formazione collegiale.

In primo luogo, a differenza di quanto visto nei casi precedenti, la Russia non attribuisce prevalenza al *Top management* o alla gestione *day by day*, imponendo, invece, una valutazione a carattere quantitativo (dove vengono assunte la maggior parte delle decisioni, indipendentemente dal contenuto).

In secondo luogo, il codice fiscale russo prevede anche la possibilità di acquisire la residenza fiscale su base “volontaria”. Ciò può avvenire in due ipotesi: da un lato, qualora una società estera detenga una stabile organizzazione in Russia, questa può chiedere di essere considerata fiscalmente residente anche in assenza del luogo di gestione all’interno del territorio, rimanendo, però, libera di revocare questa dichiarazione di status in qualsiasi momento²³⁵; dall’altro lato, tale opzione può essere esercitata anche qualora la società svolga alcune predeterminate attività²³⁶.

²³⁵ Il principale vantaggio derivante da questa opzione risiede nella sottrazione della società ai regimi CFC (art. 7 Codice tributario russo) e alle norme sul beneficial owner (art. 3.4 Codice tributario russo), nonché nella facoltà di ottenere una sensibile riduzione del costo fiscale dei dividendi (art. 284 Codice tributario russo).

²³⁶ E. KILINKAROVA, E. PUSTOVALOV, A. SAVITSKY, E. ZAKHAROV, *cit.*, “*For example, companies that fall under the notions of “active foreign holding company” or “active foreign subholding company” can become a Russian tax resident only on their own initiative. Companies qualify as active if they have a certain structure of income, where passive income (as defined in the Tax Code) does not exceed 20%. To qualify as a foreign holding company, 75% of the shares of the foreign company should be owned by a Russian tax resident for at least 365 subsequent days and, to qualify as a foreign subholding company, 75% of the shares of the foreign company should be owned by a foreign holding company for at least 365 subsequent days. The same special rules on acquisition of the status of Russian tax residency apply to foreign companies that take part in concession projects, that are operators of new sea petroleum commodities deposits or direct shareholders of such operators and companies that take part in certain types of activity in international shipping. Changes are allowed on the list of exemptions and the list has already been amended several times*”.

13. La sede dell'amministrazione: considerazioni conclusive

Alla luce di quanto rilevato nei paragrafi precedenti, appare evidente l'importanza ai fini fiscali dell'attività amministrativa e gestionale svolta dall'impresa.

La ragione di questa considerazione appare evidente. L'imposizione diretta, infatti, è finalizzata a sottoporre una società al prelievo fiscale in ragione della sua capacità di produrre reddito, la quale non ha una dimensione statica quanto, piuttosto, dinamica.

Se così è, allora, occorre attribuire prevalenza non ad un concetto statico come è, appunto, la sede legale, ma ad una nozione dinamica in grado di influenzare e determinare tutte le attività idonee a determinare l'insorgere di un reddito imponibile.

Ebbene, tale nozione non può che essere individuata nel luogo ove vengono assunte le decisioni amministrative volte a regolare l'attività sociale.

Sono proprio queste scelte, siano esse strategiche ovvero semplicemente amministrative, a consentire alla società di compiere le attività idonee alla produzione del reddito.

Tuttavia, sebbene all'interno della comunità internazionale vi sia un generale consenso sulla rilevanza della sede dell'amministrazione effettiva al fine di determinare la residenza fiscale di un ente collettivo, altrettanto non si può affermare con riferimento all'effettivo contenuto della definizione in parola.

Difatti, come rilevato nelle pagine che precedono, il concetto di attività amministrativa “rilevante” non è interpretato uniformemente, ma trova una differente definizione a seconda dell’ordinamento di riferimento.

Questa conclusione, come si vedrà meglio nelle pagine che seguono, può, però, generare possibili fenomeni di doppia residenza e, quindi, di doppia imposizione. Si pensi, ad esempio, all’ipotesi in cui una società detenga nello Stato Alfa la direzione dell’attiva quotidiana, mentre assuma le decisioni imprenditoriali più rilevanti nello Stato Beta.

Pertanto, al fine di evitare tali possibili conflitti, l’unica soluzione, come si vedrà meglio in seguito, risiede nella necessità di fare riferimento alle convenzioni contro le doppie imposizioni.

CAPITOLO III

Il PoEM nelle convenzioni contro le doppie imposizioni

SOMMARIO: 1. La doppia imposizione internazionale ; 2. Le convenzioni contro le doppie imposizioni; 3. L'origine della sede della direzione effettiva nel contesto internazionale; 4. (Segue) il PoEM all'interno del modello OCSE; 5. L'interpretazione del PoEM nelle convenzioni contro le doppie imposizioni; 5.1. Le decisioni chiave; 5.2. il soggetto deputato alla formazione delle decisioni: organo amministrativo, socio di controllo e assemblea degli azionisti; 6. Il progetto BEPS e le modifiche alla tie breaker rule.

1. La doppia imposizione internazionale

Analizzata l'applicazione del PoEM all'interno del diritto nazionale, è ora necessario valutare come questo venga implementato nel contesto internazionale e, in particolar modo, all'interno delle convenzioni contro le doppie imposizioni.

A tal fine, occorre delineare i tratti essenziali della “doppia imposizione²³⁷ internazionale²³⁸” e quali siano gli strumenti atti a contrastarla.

²³⁷ Il concetto di doppia imposizione a cui si farà riferimento nel corso della trattazione è quello di doppia imposizione giuridica. Occorre però rilevare che esiste un'altra tipologia di doppia imposizione, ovverosia la doppia imposizione economica. Questa può essere definita come una duplice tassazione, in capo a soggetti diversi, di un reddito di medesima natura economica e può assumere connotazioni sia interne che esterne. Detto fenomeno non risultata essere vietato anzi, in alcuni casi, assume connotazioni quasi fisiologiche (si pensi, ad esempio, al caso della tassazione degli utili derivanti dall'esercizio sociale la quale avviene sia in capo alla società sia in capo al socio). Sul tema si veda C. GARBARINO, *Diritto tributario Convenzionale*, 2019, Torino, 21; R. FRANZÈ, *I metodi di eliminazione della doppia imposizione internazionale sul reddito*, in *Principi di diritto tributario europeo ed internazionale*, (a cura di) C. SACCHETTO, Torino, 2016, 83.

²³⁸ Sebbene il fenomeno della doppia imposizione riguardi principalmente ipotesi a carattere “internazionale” occorre rilevare che questa può assumere anche connotazioni interne. Si tratta, in

Nonostante il diritto internazionale non contenga una vera e propria definizione della nozione²³⁹, la dottrina considera doppia imposizione internazionale quelle fattispecie in cui le componenti reddituali di un soggetto vengono assoggettate al prelievo tributario in due o più Stati.

Ciò può accadere principalmente per due ragioni.

In primo luogo, ci si può trovare dinnanzi all'ipotesi in cui il soggetto passivo sia considerato residente in due o più Stati, a causa dell'applicazione di due criteri di collegamento differenti (ad esempio sede legale, da un lato, e sede amministrativa, dall'altro) o per una diversa interpretazione dei medesimi criteri (come potrebbe accadere nel caso in cui gli Stati coinvolti,

questo caso, di ipotesi in cui la duplicazione del prelievo impositivo non deriva dalla sovrapposizione fra la potestà impositiva di due o più Stati, ma, piuttosto, dalla duplicazione di norme interne idonee a colpire il medesimo presupposto d'imposta. A differenza di quanto accade nel caso della doppia imposizione internazionale, quella interna è considerata vietata in quanto contraria a principi fondamentali fra i quali, ad esempio, quello di capacità contributiva. Sul tema si rinvia a F. PEPE, *Spunti sul divieto di doppia imposizione "interna"*, in *Rass. Trib.*, 5, 2010, 1391; P. ADONNINO, *Voce Doppia imposizione (dir. tribut.)*, in *Enc. Dir.*, 1964; M. MAZZETTI, *Doppia imposizione*, in *Commento al testo unico delle imposte dirette*, (a cura di) G. M. BOIDI, C. CARBONE., Milano, 1958, 27.

²³⁹ Come ricorda M. VITALE, *Voce Doppia imposizione (dir. internaz.)*, in *Enc. Dir.*, 1964, sebbene la "dottrina più recente ha ormai, sotto la spinta della pratica, rinunciato ad una tale definizione generale" sia comunque possibile rinvenire alcuni primi tentativi di dare un contenuto al fenomeno. A tal proposito, l'autore ricorda "SPITALER, *Das Doppelbesteuerungsproblem bei den direkten Steuern*, Berlino, 1936: «Per doppia imposizione deve intendersi una concorrenza di norme che si verifica quando il potere tributario di diversi ordinamenti fiscali sovrani colpisce con propri tributi lo stesso oggetto». DORN, *Verhandlungen des 33 Deutschen Juristentages*, Berlino, 1925: «La doppia (pluri) imposizione internazionale si verifica quando diversi enti titolari della sovranità fiscale (in particolare diversi Stati sovrani), colpiscono lo stesso contribuente in ragione degli stessi presupposti fiscali con una imposta simile»".

applicando il criterio della sede amministrativa, attribuiscono diversa importanza al *Top management* rispetto al *day to day management*)²⁴⁰.

A titolo esemplificativo, si pensi al seguente caso: la Società Alfa Ltd, costituita negli Stati Uniti, svolge in Italia, unico luogo in cui si riunisce il Consiglio di Amministrazione, attività di produzione e commercio di vino. In questo caso, sia gli USA (in applicazione del POI) sia l'Italia (in virtù della sede dell'amministrazione o dell'oggetto principale) potrebbero considerare Alfa quale soggetto residente, con conseguente doppia tassazione di tutti i redditi dalla stessa ovunque prodotti.

In secondo luogo, la doppia imposizione potrebbe derivare dal concomitante operare del principio della *world wide taxation* con il principio della *source taxation*²⁴¹.

Si pensi, ad esempio, al caso in cui la società Beta S.r.l., costituita ed amministrata in Italia, svolga attività commerciale anche in Francia. In questa ipotesi, il primo Stato assoggetterà a tassazione i redditi ovunque prodotti da Beta, mentre il secondo solo quelli prodotti nel proprio territorio, con conseguente doppia imposizione della componente reddituale derivante dall'attività svolta in Francia.

²⁴⁰ A. CARINCI, T. TASSANI, *Manuale di diritto tributario*, cit., 134.

²⁴¹ P. BORIA, *Il Sistema tributario*, cit., 201, secondo cui “la sovrapposizione del principio del reddito mondiale (che porta alla tassazione nello Stato della residenza) e del principio di territorialità (che conduce all'imposizione nello Stato di produzione del reddito) determina sul piano logico la concomitante applicazione di due imposte, riconducibili ad ordinamenti nazionali distinti, sopra un medesimo presupposto”.

Tanto premesso, sebbene gli Stati possano dotarsi di disposizioni di diritto interno²⁴² volte a contrastare l'insorgere di tale fenomeno²⁴³, è ormai

²⁴² Al fine di eliminare il fenomeno, possono individuarsi quattro possibili metodi: il metodo del credito in base al quale lo Stato della residenza può riconoscere, unilateralmente, un credito per le imposte applicate nello Stato della fonte, prevedendo che l'imposta effettivamente pagata all'estero dal contribuente sul reddito derivante da fonti dello Stato estero è deducibile dalla imposta dovuta a livello domestico sul reddito prodotto su base mondiale; il metodo dell'esenzione, secondo cui lo Stato riconosce, nel rispetto di alcune condizioni (come, ad esempio, l'effettivo assoggettamento ad imposta nello Stato estero) un'esenzione per certi redditi di fonte estera; il metodo della deduzione, per il quale le imposte pagate nello Stato della fonte sono deducibili dal reddito prodotto a livello mondiale e imponibile nello Stato di residenza quale costo deducibile dell'attività; il metodo della riduzione, in base al quale lo Stato di residenza riconosce una riduzione percentuale delle imposte dovute e già assoggetta al prelievo impositivo nello Stato estero. Con specifico riferimento al sistema italiano, l'art. 165 TUIR prevede il metodo del credito d'imposta stabilendo che *“Se alla formazione del reddito complessivo concorrono redditi prodotti all'estero, le imposte ivi pagate a titolo definitivo su tali redditi sono ammesse in detrazione dall'imposta netta dovuta fino alla concorrenza della quota d'imposta corrispondente al rapporto tra i redditi prodotti all'estero ed il reddito complessivo al netto delle perdite di precedenti periodi d'imposta ammesse in diminuzione”*. Sul tema si rinvia A. DRAGONETTI, V. PIACENTINI, A. SFONDRINI, *Manuale di fiscalità internazionale*, Milano, Milano, 2019, 53; C. ALAGNA, S. MATTIA, *Doppia imposizione: il meccanismo del credito d'imposta*, in *Fisco*, 47-48, 2013, 7307; P. BORIA, *Il sistema tributario*, cit., 202; A. CONTRINO, *Sui rapporti tra la disciplina internazionale e la disciplina convenzionale del credito per le imposte estere*, in *Riv. Dir. trib.*, 2007, 1007; L. CARPENTIERI, D. LUPI, R. STEVANATO, *Il diritto tributario nei rapporti internazionali*, Milano, 2003, 144; M. INGROSSO, *Il credito d'imposta*, Milano, 1984, 213.

²⁴³ Nel diritto internazionale, non può essere rinvenuto un generale divieto di doppia imposizione internazionale. Difatti, come ricordato nei capitoli precedenti, la potestà impositiva nazionale deve ritenersi, tendenzialmente, illimitata. Conseguentemente, la doppia imposizione è un fenomeno non solo frequente ma, a volte, addirittura fisiologico. Ciò, tuttavia, non significa che la doppia imposizione internazionale debba essere tollerata in quanto questa determina una forte limitazione dell'internazionalizzazione delle imprese dissuadendo gli operatori economici dal porre in essere attività che interessano più Stati. La lotta alle doppie imposizioni, quindi, finisce per ridursi in un'autolimitazione del singolo Stato alla propria potestà impositiva al fine di garantire un

pacifico che lo strumento più efficace a tal fine è rappresentato dalle convenzioni internazionali per eliminare la doppia (o plurima) imposizione.

2. Le convenzioni contro le doppie imposizioni

Il momento genetico dei trattati internazionali contro le doppie imposizioni può essere collocato a fine del diciannovesimo secolo, periodo in cui Stati fortemente connessi da alleanze statali stipularono tali accordi al fine di regolamentare i rapporti economici fra loro intercorrenti. In quest'ottica, possono certamente essere ricordati il trattato Sassone prussiano sull'imposizione diretta del 16 aprile 1869, la convenzione Austro-ungherese sulla tassazione delle imprese del 18 dicembre 1869 e il trattato per la determinazione della potestà impositiva stipulato fra Austria, Ungheria e Prussia del 21 giugno 1899²⁴⁴.

Tuttavia, l'assenza di una regolamentazione sovraordinata in grado di guidare l'attività dei legislatori nazionali²⁴⁵ determinò non solo una

miglioramento dell'economia globale. Sul tema si rinvia a M. NORR, *Jurisdiction to Tax and International Income*, cit., "No rules of international law exist to limit the extent of any country's tax jurisdiction. Similarly, no rules exist to require a country to grant relief from international double taxation"; V. UCKMAR, *I trattati internazionali in materia tributaria*, in *Trattato di diritto tributario*, (a cura di) A. AMATUCCI, Padova, 2001, 401; A. AMATUCCI, *Il conflitto tra norme internazionali ed interne tributarie*, in *Riv. Dir. trib.*, 1999, 59; G. A. MICHELI, *Problemi attuali di diritto tributario nei rapporti internazionali*, cit.

²⁴⁴ Per una ricostruzione dettagliata dell'origine storica dei trattati in materia tributaria nell'ambito internazionale si rinvia a P. A. HARISS, *Corporate/Shareholder Income Taxation and Allocating Taxing Rights Between Countries: A Comparison of Imputation Systems*, Amsterdam, 1996, 291.

²⁴⁵ Per approfondire la procedura di formazione delle convenzioni contro le doppie imposizioni ad oggi vigente, si rinvia a C. GARBARINO, *Le Convenzioni contro la doppia imposizione*, in

significativa frammentazione del panorama internazionale (con conseguente lesione del principio di certezza del diritto) ma, anche un importante squilibrio derivanti dai rapporti di forza fra gli Stati, compromettendo l'equilibrato trattamento tributario riconosciuto ai contribuenti²⁴⁶.

Al fine di porre rimedio a queste problematiche, la Lega delle Nazioni²⁴⁷, fra il 1920 e il 1940, commissionò una serie di elaborati volti ad analizzare le problematiche attinenti alla doppia imposizione internazionale. Rinviando la trattazione alle pagine che seguono, fra questi deve certamente essere ricordato il c.d. report dei quattro economisti (Bruins, Einaudi, Seligman e Stamp)²⁴⁸ il quale rappresenta ancor'oggi uno degli studi più importanti in materia²⁴⁹.

AA.VV., *Materiali di Diritto Tributario Internazionale*, Milano, 2002, 51; V. UCKMAR, *I trattati internazionali in materia tributaria*, cit.

²⁴⁶ S. SHALHAV, *The evolution of Article 4(3) and its impact on the place of Effective management Tie Breaker Rule*, in *intertax*, XXXII, 10, 2004, 460.

²⁴⁷ Come rileva S. JOGARAJAN, *Double taxation and the League of Nations*, Melbourne, 2018, 16, “the League’s purpose was ‘to promote international co-operation and to achieve international peace and security’. The Covenant was primarily concerned with the prevention of war and with dispute resolution; however, Article 23(e) provided for the ‘equitable treatment for the commerce of all Members of the League’. This provision stemmed from the third of President Woodrow Wilson’s Fourteen Points: ‘the removal, so far as possible, of all economic barriers and the establishment of an equality of trade conditions among all the nations consenting to the peace and associating themselves for its maintenance’”.

²⁴⁸ BRUINS, EINAUDI, SELIGMANAND, STAMP, *Report on Double Taxation submitted to the Financial Committee — Economic and Financial Commission Report*, Document E.F.S.73. F.19, 5 aprile 1923.

²⁴⁹ Tale report trova origine da una risoluzione del Comitato Finanziario della LON, istituito a seguito della Conferenza finanziaria internazionale di Bruxelles, tenutasi fra il 24 settembre e l’8 ottobre 1920, secondo cui “Representations have been made to the Financial Committee that there are grave objections, not only on grounds of equity, but also on economic grounds, to existing

Difatti, alcuni dei principi fondamentali tracciati all'interno del predetto report possono ancor'oggi essere ritrovati all'interno²⁵⁰ delle convenzioni bilaterali (o, raramente, plurilaterali)²⁵¹ contro le doppie

systems of taxation, in so far as they compel citizens and corporations of one country to pay taxes in more than one country in respect of the same taxable subjects. The Financial Committee are of the opinion that it is desirable that this question should be studied from the widest possible standpoint, and that expressions of opinion upon it should be obtained from recognized experts on taxation together with concrete recommendations, if experts think fit, for eliminating any drawbacks attaching to double taxation. The possibility of an international convention regulating the matter should be considered". Sul tema si veda Y. DECORZANT, *Internationalism in the Economic and Financial Organization of the League of Nations*, in *Internationalism Reconfigured: Transnational Ideas and Movements between the World Wars*, (a cura di) D. LAQUA, Londra, 2011, 115; M. HILL, *The Economic and Financial Organization of the League of Nations*, Cambridge, 1946, 21.

²⁵⁰ Si ricorda, però, che, trattandosi di veri e propri trattati internazionali, anche le convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni devono considerarsi assoggettate alla convenzione di Vienna sul diritto dei trattati nonché alle limitazioni di diritto nazionale alla formazione e all'implementazione degli stessi trattati. In particolare, ai sensi dell'art. 31 della predetta convenzione "Un Trattato deve essere interpretato in buona fede seguendo il senso ordinato da attribuire ai termini del trattato nel loro contesto e alla luce del suo oggetto e del suo fine. Si può fare ricorso ai mezzi complementari d'interpretazione, in particolare ai lavori preparatori e alle circostanze nelle quali il trattato è stato concluso, allo scopo, sia di confermare il senso che risulta dall'applicazione dell'art. 31, sia di determinare il senso quando l'interpretazione data in conformità dell'art. 31 lasci il senso ambiguo o oscuro, oppure conduce ad un risultato che è manifestamente assurdo o irragionevole" Sul tema si rinvia a G. MELIS, *L'interpretazione nel diritto tributario*, Padova, 2003, 587; K. VAN RAAD, *International Coordination of Tax Treaty Interpretation and Application*, in *International and Comparative Taxation - Essays in Honour of K. Vogel*, New York, 2002, 217; J. F. AVERY JONES, The "one true meaning" of a Tax Treaty, in *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 2001, 221; G. BIZIOLI, *Tax treaty interpretation in Italy*, in *Tax Treaty Interpretation*, (a cura di) M. LANG, 2001, 195; A. POZZO, *L'interpretazione delle Convenzioni internazionali contro la doppia imposizione*, in *Diritto tributario internazionale* (a cura di) V. UCKMAR, 1999, 145.

²⁵¹ Ad oggi, l'unico esempio di convenzione plurilaterale contro le doppie imposizioni è rappresentato dalla Convenzione stipulata dai Paesi scandinavi il 9 novembre 1972. Tuttavia, sempre

imposizioni stipulate in base al “*Model Tax Convention on Income and on Capital*” elaborato dall’Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (in breve, OCSE)²⁵².

in ambito tributario, si può ricordare la convenzione multilaterale del 1988 sulla cooperazione amministrativa in ambito fiscale.

²⁵² Come sottolinea P. VALENTE, *Le convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, cit., 42, “Il Modello di Convenzione OCSE è strutturato in 7 capitoli per un totale di 31 articoli. Il capitolo I si compone di 2 articoli: l’art. 1 (“Soggetti”) e l’art. 2 (“Imposte considerate”). L’art. 1 esplicita il requisito soggettivo per l’applicazione del Modello, disponendo che la convenzione si applica alle persone residenti di uno o di entrambi gli Stati contraenti²². L’art. 2 enuncia il requisito oggettivo indicando che le imposte, cui si applica la convenzione, sono le imposte sul reddito e sul patrimonio. Il capitolo II, formato da 3 articoli, fornisce le definizioni essenziali per la comprensione del testo della convenzione. In particolare, l’art. 3 (“Definizioni generali”) riporta le nozioni di persona, società, impresa, traffico internazionale, autorità competente e nazionale; l’art. 4 (“Residenza”) spiega cosa si debba intendere con l’espressione “residente di uno Stato contraente”; l’art. 5 (“Stabile organizzazione”) tratta di un fenomeno di fondamentale rilevanza nel diritto tributario internazionale, i cui tratti distintivi sono talvolta fonte di controversie interpretative tra le autorità fiscali di Stati diversi. Il capitolo III si compone di 15 articoli (dal 6 al 21), riguardanti le varie tipologie di reddito. Essi individuano i criteri per prevenire la doppia imposizione nelle diverse fattispecie reddituali. Il capitolo IV è formato da un solo articolo relativo alle imposte sul patrimonio (art. 22). Il capitolo V si occupa dei metodi per evitare le doppie imposizioni. È composto dall’art. 23, suddiviso in due distinte sezioni che riportano metodi alternativi per l’eliminazione della doppia imposizione: il 23 A, relativo al metodo dell’esenzione e il 23 B che riguarda il metodo del credito d’imposta. Il capitolo VI, composto da 7 articoli, fornisce le disposizioni speciali riguardanti la non discriminazione (art. 24), la procedura amichevole (art. 25), lo scambio di informazioni (art. 26) e altri aspetti rilevanti nella negoziazione di una convenzione contro le doppie imposizioni. L’art. 27, introdotto nella versione 2003 del Modello di Convenzione OCSE, prevede una procedura di assistenza reciproca tra gli Stati contraenti nel recupero del diritto di credito tributario (relativo ad imposte non necessariamente coperte dal trattato) vantato da uno Stato nei confronti di un contribuente. Il capitolo VII comprende l’art. 30 (entrata in vigore) e l’art. 31 (cessazione di validità)”. Per una completa ricostruzione della struttura della convenzione, si rinvia a P. BAKER, *Double Taxation Conventions and International Tax Law*,

Si tratta, nello specifico, di un modello a natura non vincolante²⁵³ finalizzato, fondamentale, al raggiungimento di tre obiettivi, ovverosia la corretta individuazione della giurisdizione fiscale statale²⁵⁴, il miglioramento dell'attività di controllo statale, al fine di prevenire l'evasione fiscale e, infine, l'eliminazione di possibili fenomeni di doppia imposizione.

Londra, 1994, 6; A. FANTOZZI, K. VOGEL, Voce *Doppia imposizione internazionale*, in *Digesto*, IV ed., Torino, 1990; G. C. CROXATTO, *Diritto internazionale tributario*, in *Rass. trib.*, 1989, 447.

²⁵³ Cass., 28 luglio 2005, n. 17206 secondo cui il modello “non ha valore normativo e costituisce, al più, una raccomandazione diretta ai Paesi aderenti all’OCSE”. *Qualora un trattato venga però effettivamente stipulato, questo assume un preciso significato nei confronti dei soggetti terzi. A tal proposito, pare utile ricordare che, ai sensi dell’art. 38 dello statuto della Corte internazionale di giustizia “La Corte, cui è affidata la missione di regolare conformemente al diritto internazionale le divergenze che le sono sottoposte, applica: a) le convenzioni internazionali, generali o speciali, che istituiscono delle regole espressamente riconosciute dagli Stati in lite”. In dottrina, P. VALENTE, *Le convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, cit., 41, “Il Modello non costituisce fonte del diritto internazionale (generale o particolare), bensì una raccomandazione agli Stati aderenti e, come tale, non è vincolante per gli Stati medesimi: le singole convenzioni, infatti, possono discostarsi dal Modello OCSE per quanto attiene al contenuto delle disposizioni, che, come è possibile comprendere, riflettono le rispettive posizioni negoziali ed i compromessi delle parti contraenti”.*

²⁵⁴ Sul tema, si veda però E. REIMER, A. RUST, *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, Springer, 2015, 16, secondo cui “*treaty rules neither authorize, nor ‘allocate’ jurisdiction to tax to the contracting States. Moreover, the opinion that DTCs resolve cases of conflicting jurisdiction is obsolete. And even less do they attribute ‘the right to tax’ as some earlier DTCs appear to indicate; States have original jurisdiction to tax, as it is recognized by both constitutional laws and by public international law. Tax treaties also do not just introduce international ‘source rules’ that determine in which contracting State certain income ‘originates’ or capital assets ‘are located’. Such rules must always be complemented by other rules establishing under which conditions and in relation to which contracting State the income or assets concerned may be justifiably taxed*”.

Tanto premesso, ai sensi dell'art. 2 del modello²⁵⁵, questo trova applicazione, da un punto di vista oggettivo, nei confronti delle sole imposte sui redditi²⁵⁶ elencate all'interno del commentario allo stesso art. 2²⁵⁷.

Tale elenco, tuttavia, è da ritenersi non tassativo in quanto, ai sensi del paragrafo 4 dell'articolo in parola "*The convention shall apply also to any identical or substantially similar taxes that are imposed after the date of the signature of the convention in addition or, in place of, existing taxes*"²⁵⁸.

²⁵⁵ "*This Convention shall apply to taxes on income and on capital imposed on behalf of a Contracting State or of its political subdivisions or local authorities, irrespective of the manner in which they are levied. 2. There shall be regarded as taxes on income and on capital all taxes imposed on total income, on total capital, or on elements of income or of capital, including taxes on gains from the alienation of movable or immovable property, taxes on the total amounts of wages or salaries paid by enterprises, as well as taxes on capital appreciation. 3. The existing taxes to which the Convention shall apply are in particular: a) (in State (...)) 4. The Convention shall apply also to any identical or substantially similar taxes that are imposed after the date of signature of the Convention in addition to, or in place of, the existing taxes. The competent authorities of the Contracting States shall notify each other of any significant changes that have been made in their taxation laws*".

²⁵⁶ Ai sensi del Commentario all'art. 2, "*It is immaterial on behalf of which authorities such taxes are imposed; it may be the State itself or its political subdivisions or local authorities (constituent States, regions, provinces, départements, cantons, districts, arrondissements, Kreise, municipalities or groups of municipalities, etc.). The method of levying the taxes is equally immaterial: by direct assessment or by deduction at the source, in the form of surtaxes or surcharges, or as additional taxes (centimes additionnels), etc.*".

²⁵⁷ Per una definizione del concetto di *taxes on income and on capital*, assente dal commentario, si rinvia a R. ISMER, C. JESCHECK, *The Substantive Scope of Tax Treaties in a Post-BEPS World: Article 2 OECD MC (Taxes Covered) and the Rise of New Taxes*, in *Intertax*, XLV, 2, 2017, 382.

²⁵⁸ Secondo alcuni autori (M. CHIERICI, *Commentario modello Ocse di convenzione contro le doppie imposizioni*, in *Fiscalità estera*, 2015), più che di potenzialità espansiva (che verrebbe limitata dal potere sovrano degli Stati) si tratta una vera e propria "forza adeguatrice", che rende la convenzione capace di adattarsi ai mutamenti delle singole legislazioni nazionali senza dover essere rimaneggiata.

Venendo ora all'ambito soggettivo, ai sensi dell'art. 4(1) la convenzione trova applicazione nei confronti dei soli soggetti residenti²⁵⁹, definiti come “*any person who, under the law of that state is liable to tax therein by reason of his domicile, residence*”.

Detta definizione di “residente” porta però con sé alcuni significativi interrogativi, fra i quali, *in primis*, il significato da attribuire al rinvio alla legislazione nazionale²⁶⁰.

Più precisamente, il problema si pone in relazione alla questione se il rinvio debba essere inteso alla legislazione vigente al momento della ratificazione del modello (*static meaning*) o a quello che si ritrova nella

²⁵⁹ T. KULCSAR, *IFA Research Paper: The Tax Residence of Companies*, Rotterdam, 2013, 12, “According to the OECD Commentary the concept of residence is of importance in three cases: a) in determining DTC's personal scope, b) in solving cases where double taxation arises as a result of double residence and c) in solving cases where double taxation arises as a result of the fact that income is taxed by the source and by the resident state.

²⁶⁰ J. F. AVERY JONES, C. J. BERG, H. R. DEPRET, M. J. ELLIS, P. FONTANEAU, R. LENZ, T. MIYATKE, S. ROBERTS, C. SANDELS, J. STROBL, *The interpretation of tax treaties with particular reference to article 4(2) of the oecd model - I*, B.T.R., 1984, 24 “Read literally “the law of that State concerning the taxes to which the Convention applies” could include treaty law since the other treaties concluded by that State would be, or become, part of its internal law. If this were correct, a definition in another treaty could be read into the treaty under discussion. But it is thought that either the reference to law should be construed as relating only to internal law,” or this must be a case where the context would otherwise require. It may be that other treaties *in pari materia* could be considered as a supplementary means of interpretation in international law and in determining whether the context otherwise requires, and these are considered in the second part of this article. Another question, not considered here, is what happens if different parts of the State have different definitions of the same term. Similar problems occur in, for example, interpreting the United States Internal Revenue Code”.

legislazione nazionale al momento dell'applicazione della convenzione (*ambulatory meaning*)²⁶¹.

Secondo l'opinione largamente prevalente in dottrina, il rinvio alla legislazione nazionale non può che essere interpretato che in senso dinamico²⁶².

Difatti, se il rinvio dovesse essere interpretato restrittivamente (e, quindi, in maniera statica) si finirebbe per obbligare gli Stati contraenti a rinegoziare un nuovo trattato a seguito di ogni intervento legislativo e, al contempo, si fornirebbe ai legislatori nazionali un valido strumento sottrarsi alle prescrizioni convenzionali²⁶³.

Ciò detto, è proprio questo rinvio alle legislazioni nazionali che potrebbe comportare l'insorgere di una vera e propria situazione di doppia

²⁶¹ . F. AVERY JONES, C. J. BERG, H. R. DEPRET, M. J. ELLIS, P. FONTANEAU, R. LENZ, T. MIYATKE, S. ROBERTS, C. SANDELS, J. STROBL, *The interpretation of tax treaties with particular reference to article 4(2) of the oecd model*, 25.

²⁶² Se, da un lato, l'interpretazione statica assicura una maggior certezza del diritto (potendo il contribuente conoscere in ogni momento il contenuto della nozione di residenza rilevante ai fini convenzionali), dall'altro lato questo approccio costringerebbe gli Stati contraenti a dover rinegoziare ogni trattato in caso di modifiche legislative in quanto il riferimento di cui all'art. 4 diverrebbe totalmente inoperante. In tema si rinvia a J. F. AVERY JONES, C. J. BERG, H. R. DEPRET, M. J. ELLIS, P. FONTANEAU, R. LENZ, T. MIYATKE, S. ROBERTS, C. SANDELS, J. STROBL, *The interpretation of tax treaties*, cit., 90; C. GARBARINO, *La tassazione del reddito transnazionale*, cit., 535.

²⁶³ La preferenza per un'interpretazione evolutiva, sebbene con riferimento all'ambito oggettivo, è stata espressa anche dalla stessa amministrazione finanziaria. Più precisamente, a seguito della riforma del diritto tributario del 1973, l'introduzione di nuove imposte sul reddito spinse ad affermare, all'interno della RM, 25 febbraio 1973, n. 12/50261, che "*Nelle more di tali negoziati, tuttavia, visto l'art. 1, paragrafo 2) della Convenzione, questa Amministrazione considererà l'Accordo di che trattasi applicabile ai seguenti nuovi tributi che hanno sostituito quelli indicati nel relativo art. 1, paragrafo 1, lett. b)*".

imposizione. Pertanto, il modello introduce una specifica regola per fronteggiare a questo rischio, definita “*tie breaking rule*”²⁶⁴, contenuta all’interno dell’art. 4, paragrafi 2 (per le persone fisiche)²⁶⁵ e 3 (per le persone giuridiche).

Tuttavia, a differenza di quanto accade in relazione alle persone fisiche, per le quali il par. 2 prevede una serie di criteri ad applicazione progressiva²⁶⁶, in caso di enti e società viene introdotto un unico criterio individuabile, appunto, nel PoEM, oggi “formalmente sostituito”, come si vedrà meglio nel seguito, dalle Mutual Agreement Procedures (MAP).

²⁶⁴ S. DORIGO, P. MASTELLONE, *L’evoluzione della nozione di residenza fiscale delle persone giuridiche nell’ambito del Progetto BEPS*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2015, 35; F. MOSCHETTI, *Origine storica, significato e limiti di utilizzo del place of effective management, quale criterio risolutivo dei casi di doppia residenza delle persone giuridiche*, cit.; G. MAISTO, *Residence of Companies Under Tax Treaties and EC Law*, Amsterdam, 2009, 515;

²⁶⁵ P. BAKER, *The Expression ‘Centre of Vital Interests’ in Art. 4(2) of the OECD Model Convention*, in *Residence of Individuals Under Tax Treaties and EC Law* (a cura di) G. MAISTO, cit., 169; T. B. OLIVIER, *Developments in the Analysis of the Tie-Breaker Rules for Individuals Under Article 4(1) OECD*, in *Intertax*, XLV, 1, 2017, 82.

²⁶⁶ OECD Model Tax convention on income and capital, 2017, art. 4, par. 2, “Where by reason of the provisions of paragraph 1 an individual is a resident of both Contracting States, then his status shall be determined as follows: a) he shall be deemed to be a resident only of the State in which he has a permanent home available to him; if he has a permanent home available to him in both States, he shall be deemed to be a resident only of the State with which his personal and economic relations are closer (centre of vital interests); b) if the State in which he has his centre of vital interests cannot be determined, or if he has not a permanent home available to him in either State, he shall be deemed to be a resident only of the State in which he has an habitual abode; c) if he has an habitual abode in both States or in neither of them, he shall be deemed to be a resident only of the State of which he is a national; d) if he is a national of both States or of neither of them, the competent authorities of the Contracting States shall settle the question by mutual agreement”. P. VALENTE, *Il “centro degli interessi vitali” – note sulla disciplina della residenza fiscale delle persone fisiche*, cit.

Per tale ragione, data l'impossibilità di far riferimento ad altri criteri sussidiari, risulta fondamentale delineare con più precisione possibile come la sede della direzione effettiva debba essere interpretata.

3. L'origine della sede della direzione effettiva nel contesto internazionale

Per comprendere cosa si intenda oggi per *place of effective management* convenzionale, occorre ripercorrere brevemente la sua origine ed evoluzione all'interno della prassi internazionale.

A tal fine, punto di partenza fondamentale è rappresentato dal citato Report dei quattro economisti il quale, partendo dalla ben nota nozione di "*economic allegiance*"²⁶⁷, individuò quattro criteri in grado di attribuire allo Stato il diritto di assoggettare un soggetto al prelievo impositivo.

Più nello specifico si tratta del luogo di origine della ricchezza (c.d. *place of origin*), il luogo dove la ricchezza è situata, il luogo ove sono esercitati i diritti derivanti dalla ricchezza prodotta e il luogo dove il soggetto è residente o domiciliato²⁶⁸.

²⁶⁷ BRUINS, EINAUDI, SELIGMAN, STAMP, *Report on double taxation*, cit., 21, "*The starting-point of the modern theory must therefore be the doctrine of economic allegiance. In the most complex communities, with more fully developed taxation expedients, this doctrine is given quantitative expression by reference to terms of economic faculty or ability of the individual to pay. That is to say, the taxes, though measured by things, eventually fall upon persons and ought to fall upon them in the aggregate according to the total resources of the individual, leading to progressively larger sums being paid by the people who are richer*".

²⁶⁸ BRUINS, EINAUDI, SELIGMAN, STAMP, *Report on double taxation*, cit., 25 "*It is obvious from this discussion that the most important factors in the situation are (1) and (4), that is, the origin of the wealth and the residence or domicile of the owner who consumes the wealth. Most of the*

Nonostante il report sottolinei più volte la netta prevalenza di quest'ultimo criterio, in quanto l'unico in grado di individuare un'effettiva e reale partecipazione alla comunità economica statale, gli economisti affermarono che è proprio questa sua natura "fattuale" a determinare l'insorgere di situazioni di doppia imposizione. Di conseguenza, a parere degli autori, l'unica soluzione percorribile sarebbe quella di uniformare l'interpretazione della residenza a livello internazionale.

Rinviando quest'attività alla LON, il report tentò però di dare alcune utili indicazioni in materia²⁶⁹.

In particolare, a parere dei quattro economisti, la residenza dovrebbe essere determinata sulla base del collegamento sussistente fra i soggetti che possiedono e/o gestiscono l'ente collettivo e il luogo ove gli asset, i dipendenti e le attività commerciali sono situate. In altre parole, i quattro economisti affermarono, per la prima volta in ambito sovranazionale, l'esistenza di uno stretto collegamento fra residenza fiscale e attività gestionale, ritenendolo idoneo a risolvere i possibili conflitti in tema di doppia imposizione²⁷⁰.

discussion on double taxation has centered around these two points of origin and residence. It is clear, however, that the other two factors may sometimes become of importance, although in most cases they are significant only in reinforcing the claims of either origin or domicile".

²⁶⁹ Si ricorda, tuttavia, che non si tratta di una vera e propria definizione di domicilio, ma di una semplice indicazioni di fattori rilevanti ai fini di una sua definizione.

²⁷⁰ BRUINS, EINAUDI, SELIGMAN, STAMP, *Report on double taxation*, cit., 33, "It is true that the manager of the factory can generally do most effective work on the spot, but this is not necessarily so. In not a few instances the real brains of the management may be found at a distance. This is, however, apt to be the exception. (...) While in most cases the commercial manager can do most effective work on the spot or in the place where the head office is situated, there are many exceptions to the rule; and control at a distance is far more possible than before".

Un secondo importante intervento è quello apportato dal report e dalle risoluzioni del comitato tecnico degli esperti²⁷¹ della LON del 1925²⁷² basato sia sul lavoro svolto dai quattro economisti²⁷³ sia sulle raccomandazioni dell'Istituto di diritto internazionale e della Camera di Commercio internazionale (*International Chamber of Commerce* o ICC).

Sebbene il comitato sottolineò più volte la particolare difficoltà di individuare una nozione unitaria di “*fiscal domicile*” (stante le implicazioni di diritto civile ed internazionale), anch'esso attribuì prevalenza al “*head office or real centre of management*”.

Ciò fu dettato, in particolar modo, dalle elaborazioni compiute dal comitato in relazione al settore del commercio marittimo il quale, per sua natura, impone una forte delocalizzazione dell'attività tipica delle imprese operanti nel settore. In quest'ottica, a parere del comitato, deve assumere

²⁷¹ Il comitato si riunì a Ginevra in cinque occasioni: 4-9 giugno 1923, 8-12 ottobre 1923, 31 marzo-7 aprile 1924, 20 settembre-27 ottobre 1924 e 2-7 febbraio 1925. La doppia imposizione e il domicilio fiscale furono principalmente discussi nelle prime tre sessioni, ma a causa del ritardo tra una sessione e l'altra, gli Esperti del 1925 rivisitarono spesso le discussioni precedenti.

²⁷² Come si legge all'interno del verbale del primo incontro della sesta sessione del Financial Committee of the Provisional Economic and Financial Committee, Ginevra, 23 febbraio 1922 (in *League of Nations Archives; Box R 333; E.F./Finance VI/P.V.I; United Nations Geneva*) la necessità di trovare soluzioni concrete alla problematica della doppia imposizione fu espressa prima ancora del termine dei lavori del Report dei quattro economisti.

²⁷³ Sebbene alcuni autori (H. J. AULT, *Corporate Integration, Tax Treaties and the Division of the International Tax Base: Principles and Practice*, in *Tax Law Review*, 47, 1992, 565) ritengano il lavoro svolto dagli economisti il vero e proprio fondamento dell'elaborazione del comitato degli esperti, altri autori (M. J. GRAETZ, M. M. O'HEAR, *The “Original Intent” of U.S. International Taxation*, in *Duke Law Journal*, 46, 1997, 1021) ritengono che il ruolo del report dei quattro economisti fu del tutto marginale.

importanza decisiva l'effettivo centro decisionale o, per usare le parole del report, il luogo dove è ubicato il “cervello” dell'impresa²⁷⁴.

Il risultato di queste prime analisi, supportato da una forte spinta della ICC²⁷⁵, portò, nel 1927, all'emersione di una prima vera e propria bozza di modello di convenzione contro le doppie imposizioni²⁷⁶.

Nonostante le conclusioni a cui giunse il report del 1925, il comitato degli esperti, ritenendo il concetto di “reale centro di controllo” un termine eccessivamente vago²⁷⁷, decise, fermo il rinvio alla legislazione statale, di

²⁷⁴ Committee of Technical experts Report, 1925, 21, “the fiscal domicile should be *the place where the concern has its effective center i.e., the place where the “brain”, management and control of the business are situated. If this this definition is accepted, business will be prevented from nominally transferring their head-quarters to a place where the taxes are lower than in the country where the effective center of the business is situated”*”.

²⁷⁵ Alcuni autori (B. WELLS, C. LOWELL, *Income Tax Treaty Policy in the 21st Century: Residence vs Source*, in *Columbia Journal of Tax*, 1, 2013, 13; A. A. KRAGEN, *Double Income Taxation Treaties: The O.E.C.D. Draft*, in *California Law Review*, 1964, 306; C. J. CROBAUGH, *International Comity in Taxation*, in *Journal of Political Economy*, XXXI, 2, 1923, 262; E. R. A. SELIGMAN, *Double Taxation and International Fiscal Cooperation*, New York, 1928, 114) ritengono che fu proprio la spinta della ICC a portare alla formazione del modello.

²⁷⁶ League of Nations, *Double Taxation and Tax Evasion: Report Presented by the Committee of Technical Experts on Double Taxation and Tax Evasion*, 1927.

²⁷⁷ S. JOGARAJAN, *Double taxation and the League of Nations*, cit., 115.

adottare una differente *tie breaker rule*²⁷⁸, imponendo, in caso di doppia residenza, una redistribuzione proporzionale della potestà impositiva²⁷⁹.

Il concetto di *real seat of management* fu però ripreso all'interno di uno degli ultimi interventi della LON in tema di doppia imposizione, ovverosia il modello di Londra del 1946 il quale, a differenza del precedente modello messicano del 1943²⁸⁰, attribuì alla nozione un ruolo decisivo nell'individuazione del domicilio fiscale.

4. (Segue) il PoEM all'interno del modello OCSE

Venendo ora al modello OCSE (o, più precisamente, OECE, predecessore dell'OCSE), il primo intervento in materia di doppia imposizione deve essere attribuito al Comitato fiscale sulle questioni relative alla doppia tassazione anche detto *Working Party Number two* (o WP2).

²⁷⁸ Occorre rilevare, però, che il concetto di *real management and control* era comunque presente all'interno della bozza di convenzione. Più nello specifico, l'art. 4, in tema di dividendi e interessi, affermò espressamente come questi dovessero essere assoggettati ad imposizione nel luogo ove il *real management and control* era ubicato, terminologia ripresa anche con riferimento ai proventi derivanti dall'attività di commercio marittimo. Si tratta, però, di regole eccezionali applicabili ad una specifica categoria reddituali, inidonee a determinare la residenza fiscale da un punto di vista generale.

²⁷⁹ Committee of Technical Experts on Double Taxation and Tax Evasion Double Taxation and Tax Evasion, *Double Taxation and Tax Evasion, Draft Convention*, 1928, art. 11, "*In the case of taxpayers who possess a fiscal domicile in both Contracting States, the personal tax shall be imposed in each of these States in proportion to the period of stay during the fiscal year, or according to a division to be determined by agreement between the competent administrations*".

²⁸⁰ League of Nations Fiscal Committee London and Mexico Model Tax Conventions Commentary and Text.

Detto comitato, composto prevalentemente da delegazioni danesi e lussemburghesi, elaborò, fra il 1956 e il 1957, quattro report proponendo i primi 25 articoli destinati a divenire la base del modello di convenzione.

Ed è proprio in questo contesto che concetti qual gestione e controllo dell'impresa mutarono da semplici criteri di individuazione della residenza fiscale a veri e propri presupposti della *tie breaker rule*²⁸¹.

Tuttavia, l'utilizzo del concetto di *managed and controlled*, ampiamente diffuso nella prassi dell'epoca²⁸², ricevette alcune rilevanti critiche connesse alla naturale incertezza derivanti dalla stessa nozione²⁸³. Una società, difatti, potrebbe essere gestita e controllata anche in più luoghi

²⁸¹ Working party n. 2 of the Fiscal Committee (Denmark - Luxemburg), *Report on the concept of fiscal domicile*, 23 maggio 1957, "Where a person is fully liable to taxation in more than one Member country, the right to tax shall belong: (...) 2) In the case of a company or other body corporate (excluding estates of deceased persons), to the country in which its business is managed and controlled. Should any doubt exist as to the country in which the business of a company or other body corporate is managed and controlled, the competent authorities shall determine the question by agreement between themselves".

²⁸² Come si legge all'interno del report, "A study of the agreements in force has shown that the great majority of these accord the right no to tax to the country where the corporation is managed and controlled. Only as a rare exception is important attached to the place where the corporation has been registered (...) The Working Party considered that it was natural not to attach importance to a purely formal criterion like registration, but to attach importance to the State in which the corporation is actually managed, and it is proposed to choose the term "managed and controlled".

²⁸³ Questa incertezza fu sottolineata anche dallo stesso WP2 il quale sottolineo come "the term "managed and controlled" is not in itself clear. Normally no doubt would supposedly exist, but in the case of a company which satisfies the conditions for full liability to tax in several countries the question may arise whether it is "managed and controlled" by the managers, the board of directors or the shareholders (the general meeting). If, say, the controlling interest (the majority of the shares) is to be found in one country, the board of directors has its seat in another, and the company is managed from a third, there appears to be a problem which must be solved". Concludendo però, in un primo momento che "the question will hardly be of practical importance".

(si pensi alla presenza di più amministratori dotati di autonomia decisionale o al caso di forte ingerenza dell'assemblea dei soci) rendendo difficile risolvere una situazione di doppia imposizione sulla base di detto criterio²⁸⁴.

Ed è proprio al fine di rispondere a questa problematica che la delegazione svizzera sottopose al WP2 una differente *tie breaker rule* quale, appunto, il *place of effective management*²⁸⁵.

Sebbene, in un primo momento, il WP2 rimase fedele al concetto di *managed and controlled*, il quarto report del comitato recepì finalmente il “nuovo” criterio²⁸⁶, consacrando, per la prima volta, il PoEM a *tie breaker*

²⁸⁴ *contra* Union Corporation, Ltd v Inland Revenue, 9 marzo 1953; Johannesburg Consolidated Investment Co Ltd v Inland Revenue, 3 marzo 1953; Trinidad Leaseholds, Ltd v Inland Revenue: 9 marzo 1953; Ullock v The Unit Construction Co., Ltd, 30 novembre 1959, nella quale si legge che “*individual cases have not always so arranged themselves as to make it possible to identify any one country as the seat of central management and control at all. Though such instances must be rare, the management and control may be divided or even, at any rate in theory, peripatetic. Situations of this kind do not arise just to tease the minds of Judges: they are the product of some peculiar necessity, political or otherwise. The Union Corporation case (2), 34 T.C. 207, was of this kind*”.

²⁸⁵ Working party n. 2 of the fiscal committee (Denmark - Luxembourg), Third report on the concept of fiscal domicile. (Received on 16th September 1957). (FC/WP2(57)2) [Amendments and comments received from the Netherlands and Swiss delegations to the previous report on the concept of fiscal domicile], “*If it results from the application of paragraph 1 that a legal person is domiciled in each of the two States, then the place in which its effective management is situated shall be determinative of its domicile*”.

²⁸⁶ Working party n. 2 of the fiscal committee (Denmark Luxembourg), *Fourth report on the concept of fiscal domicile*, 28 ottobre 1957, “*Where under the provisions of this Convention the right to tax belongs to the State of residence, and in accordance with the national laws of the contracting State a person is subject to tax as a resident in more than one of them, this conflict shall be solved in the following way: (...) A company or other body corporate (excluding estates of deceased persons) shall be regarded as resident in the State in whose territory its place of effective management is situated*”.

*rule*²⁸⁷, scelta recepita anche nel report conclusivo del 1958²⁸⁸ e nel primo modello di convenzione contro le doppie imposizioni del 1963²⁸⁹.

²⁸⁷ La *ratio* della modifica, tuttavia, non fu attribuita alle osservazioni presentate dalla delegazione svizzera, quanto all'intento del WP2 di uniformare le proprie conclusioni alle elaborazioni effettuate dal WP5 in tema di commercio marittimo. Più precisamente, ai sensi del commento all'art. 2 "*In its former reports Working Party No. 2 proposed to adopt a preference criterion the term used in the Conventions concluded by the United Kingdom: "where its business is managed and controlled". As it has been stated that this term means the effective management of the enterprise, and as it must appear natural to use the same criterion in the two Articles, the Working Party now proposed the same formula in paragraph (2) as proposed in the Article on shipping and air transport enterprises*". Sul tema si veda anche Working party n°5 of the fiscal committee (Sweden - Belgium), *Report on the taxation of income and capital of shipping and air transport enterprises and of their crews*, 2 maggio 1957, "*An enterprise which has its fiscal domicile in one of the two contracting States is to be taxed, in respect of income from the international operation of ships or aircraft, and in respect of the capital (other than real property) appertaining there to, only in the State in whose territory its place of effective management is situated*".

²⁸⁸ Working party no. 2 of the fiscal committee (Denmark - Luxembourg), *final report on the concept of fiscal domicile*, 9 gennaio 1958, "*the formulation of the preference criterion in the case of companies etc. was considered in connection with the question of the taxation of income and capital of shipping and air transport enterprises. A study of the existing bilateral agreements for the avoidance of double taxation on such income and capital has shown that a number of Conventions accord the taxing power to the State in which the place of management of the enterprise is situated; other Conventions attach importance to "its place of effective management", others again to "the fiscal domicile" of the operator. The Conventions concluded by the United Kingdom in recent years provide, as regards corporate bodies, that a company shall be regarded as resident in the State in which "its business is managed and controlled". In this connection it has been made clear on the United Kingdom side that this expression means the "effective management" of the enterprise. As a result of these considerations, it is proposed to adopt as a preference criterion in the case of companies etc. the "place of effective management"*".

²⁸⁹ OECD, *Model tax Convention on Income and Capital*, 1963 (invariato anche nella versione del 1977), art. 4(3) "*[w]here by reason of the provision of paragraph 1 a legal person is a resident of both contracting states, the nit shall be deemed to be resident of the contacting state in which its place of effective management is situated*".

Tuttavia, ferma la necessità di valutare dove la società venisse effettivamente gestita, le prime versioni del modello non fornirono alcuna indicazione circa l'effettivo contenuto della nozione di PoEM²⁹⁰, limitandosi a parificare la nozione con quella di “*central management and control*” utilizzata dall'Inghilterra²⁹¹.

Questa carenza di una concreta definizione del concetto portò gli Stati contraenti ad interpretare il PoEM sulla base delle elaborazioni di diritto interno. Tale approccio fu però fortemente scoraggiato dall'OCSE secondo cui il PoEM convenzionale doveva (e deve tutt'oggi) considerarsi un concetto autonomo e indipendente.

Pertanto, al fine di ridurre l'incertezza legata all'interpretazione della nozione, il 28 agosto del 2000 fu emanato un apposito *Update* al modello, il quale tentò di fare chiarezza circa i contenuti di PoEM²⁹².

In particolare, la “nuova nozione” fu ancorata a due elementi. Da un lato, si affermò che il PoEM doveva essere individuato nel luogo ove

²⁹⁰ Alcune utili indicazioni possono però essere ritrovate all'interno delle osservazioni al commentario avanzate da alcuni Stati. Si può ricordare, a mero titolo esemplificativo, quanto affermato dalla nuova Zelanda, secondo cui “*New Zealand's interpretation of the term “effective management” is practical day to day management, irrespective of where the overriding control is exercised*”.

²⁹¹ Parificazione che fu però eliminata dalla versione del modello del 1992.

²⁹² OECD Comment on Model Tax Convention on Income and Capital, 2000, art. 4(3), par. 24, “*The Place of effective management is the place where key management and commercial decisions that are necessary for the conduct of the entity's business are in substance made. The place of effective management will ordinarily be the place where the most senior person or group of persons (for example a board of directors) makes its decisions, the place where the actions to be taken by the entity as a whole are determined; however, no definitive rule can be given, and all relevant facts and circumstances must be examined to determine the place of effective management. An entity may have more than one place of management, but it can have only one place of effective management at any one time*”.

vengono assunte le decisioni chiave dal punto di vista manageriale e commerciale. Dall'altro lato, fu attribuita importanza decisiva al luogo ove la persona o il gruppo di persone *senior* (come, ad esempio, il CdA) assumeva le proprie decisioni²⁹³.

Tale definizione, sebbene contribuì a fare chiarezza sul significato della nozione, non riuscì però ad eliminare totalmente il rinvio alle legislazioni nazionali essendo comunque necessario procedere ad una valutazione basata sulle circostanze del caso concreto.

Questa carenza di contenuto fu particolarmente avvertita all'indomani dell'avvento dei nuovi modelli di *business*, fortemente connessi all'utilizzo delle nuove tecnologie. Ciò portò, a seguito del Forum sull'impatto del Commercio elettronico, tenutosi ad Ottawa nel 1998²⁹⁴, alla formazione del *Business Profit Technical Advisory Group* (BP-TAG) il quale, nel triennio 2001-2003, produsse due report finalizzati ad analizzare la *tie breaker rule*²⁹⁵

²⁹³ SI ricorda, a tal proposito, che fu proprio in occasione di questa modifica che l'Italia avanzò un'eccezione al Commentario. In particolare, "*Italy does not adhere to the interpretation given in paragraph 24 above concerning most senior person or group of people (for example, a board of directors) as the sole criterion to identify the place of effective management of an entity. In its opinion the place where the main and substantial activity of the entity is carried on is also to be taken into account when determining the place of effective management of a person other than an individual*".

²⁹⁴ OECD, *Implementation of the Ottawa Taxation Framework conditions*, 2003, 11, "*The Ottawa OECD Ministerial Conference in 1998 "A Borderless World – Realizing the Potential of Electronic Commerce", which brought together OECD and non-OECD governments and the business community, furthered this through the adoption of the Ottawa Taxation Framework Conditions, which included a set of broad taxation principles that should apply to e-commerce*".

²⁹⁵ OECD, *The impact of the Communication Revolution on the Application of the Place of Effective Management as a Tie-Breaker Rule*; OCSE, *The Place of Effective Management Concept: Suggestion for Changes to the OECD Model Tax Convention*. Sul tema si veda C. ROMANO, *The*

alla luce delle nuove prospettive di mercato, successivamente confluiti in un *draft* di riforma dell'art. 4(3) del modello²⁹⁶.

Volendo sintetizzare, il TAG propose tre opzioni al fine di arginare le problematiche connesse all'individuazione del PoEM, la sostituzione di detto criterio con una nuova *tie breaker rule*²⁹⁷, l'espansione della nozione di PoEM contenuta all'interno del commentario e l'introduzione, similmente a quanto già previsto in relazione alle persone fisiche, di un "test gerarchico"²⁹⁸.

Evolving Concept of "Place of Effective Management" as a Tie-breaker Rule under the OECD Model Convention and Italian Law, in *European Taxation*, 9, 2001, 339.

²⁹⁶ OCSE, BP TAG, *Place of Effective Management Concept: Suggestion for changes to the OECD Model Tax Convention*, 27 maggio 2003.

²⁹⁷ Nello specifico, i criteri alternativi proposto furono la sede legale, il luogo di riunione del CdA o degli azionisti o il luogo dove l'*economic nexus* è più rilevante. Tutti e tre i già menzionati criteri comportano però alcune significative problematiche. Difatti, come sottolinea L. HINNEKENS, *How OECD Proposes to Apply Existing Criteria of Jurisdiction to Tax Profits Arising from Cross-border Electronic Commerce*, in *Intertax*, XXIX, 2, 2001, 323, "The TAG points out that the first test is the only one to provide certainty in the new environment, but it also points out that, being a purely formal tie, it is easily manipulated and may not offer the right policy answer. The second tiebreaker may not result in certainty and could give rise to extreme results where the shareholders are not neutral persons. The third test offers better support for the source than for the residence-based taxation".

²⁹⁸ OECD, BP TAG, *Place of Effective Management Concept*, cit., 3, "The second proposal is to adopt the following new version of paragraph 3 of Article 4 of the Model Tax Convention (the tie-breaker rule for persons other than individuals). That new version, which would replace the existing paragraph, follows the approach currently used in paragraph 2 (the tie-breaker rule for individuals) of using four different rules that apply in succession to resolve the dual-residence situation. Three different options have been offered as regards the second rule that would apply if the situation could not be solved through the place of effective management test. Comments are particularly invited on which of these three options should be preferred, on whether one of these options (e.g. option C, as was suggested by some members of the TAG) should be made the first rule after place of effective

In particolare, il TAG, oltre a reiterare la natura sostanziale del PoEM, effettuò tre precisazioni.

In primo luogo, l'identificazione della sede dell'amministrazione effettiva dovrebbe essere effettuata valutando il luogo ove le decisioni chiave a livello gestionale e commerciale sono assunte e non quello in cui le stesse vengono implementate.

Tuttavia, se questa raccomandazione, da un lato, consente di compiere una valutazione sulla base dell'intera attività svolta dalla società, dall'altro lato essa rischia di complicare ulteriormente l'individuazione del PoEM stante la difficile distinzione fra “adozione” e “implementazione” di una decisione.

Seconda chiarificazione proposta dal TAG concerne la necessità di evidenziare il luogo dove il soggetto detentore degli “interessi di controllo” della società assume le proprie decisioni. Sebbene, nell'ottica del TAG, detta

management with one of the other two options becoming the next rule in the hierarchy, and on whether the three options should rather be offered as three additional rules in the proposed hierarchy (and if yes, in which order). “3. Where by reason of the provisions of paragraph 1 a person other than an individual is a resident of both Contracting States, then its status shall be determined as follows: a) it shall be deemed to be a resident only of the State in which its place of effective management is situated; b) if the State in which its place of effective management is situated cannot be determined or if its place of effective management is in neither State, it shall be deemed to be a resident only of the State [OPTION A: with which its economic relations are closer] [OPTION B: in which its business activities are primarily carried on] [OPTION C: in which its senior executive decisions are primarily taken]. c) if the State [with which its economic relations are closer] [in which its business activities are primarily carried on] [in which its senior executive decisions are primarily taken] cannot be determined, it shall be deemed to be a resident of the State from the laws of which it derives its legal status; d) if it derives its legal status from neither State or from both States, or if the State the State from the laws of which it derives its legal status cannot be determined, the competent authorities of the Contracting States shall settle the question by mutual agreement”.

raccomandazione sarebbe finalizzata a dare la priorità alle vere e proprie decisioni chiave della società, appare evidente che, data l'assenza di una definizione di "soggetto detentore degli interessi di controllo", l'implementazione di una tale definizione avrebbe certamente complicato l'univoca individuazione del PoEM.

Terza ed ultima raccomandazione avanzata dal TAG ha ad oggetto la necessità di dare rilievo al luogo ove il CDA solitamente approva le decisioni strategiche e commerciali dei direttori esecutivi. Tale chiarificazione, tuttavia, omette di qualificare quali siano le decisioni rilevanti, non essendo presente alcuna precisazione con riferimento all'importanza delle suddette per la società²⁹⁹.

²⁹⁹ OECD, BP TAG, *Place of Effective Management Concept*, cit., 2, "The place of effective management will ordinarily be the place where the most senior person or group of persons (for example a board of directors) makes its decisions, [this corresponds to the third sentence of existing paragraph 24] which normally corresponds to where it meets. There are cases, however, where the key management and commercial decisions necessary for the conduct of the entity's business are in substance made in one place somewhere by a person or group of persons but are formally finalized somewhere else by it or by another person or group of persons. In such cases, it will be necessary to consider other factors. Depending on the circumstances, these other factors could include: – Where a board of directors formally finalizes key management and commercial decisions necessary for the conduct of the entity's business at meetings held in one State, but these decisions are in substance made in another State, the place of effective management will be in the latter State. – If there is a person such as a controlling interest holder (e.g., a parent company or associated enterprise) that effectively makes the key management and commercial decisions that are necessary for the conduct of the entity's business, the place of effective management will be where that person makes these key decisions. For that to be the case, however, the key decisions made by that person must go beyond decisions related to the normal management and policy formulation of a group's activities (e.g., the type of decisions that a parent company of a multinational group would be expected to take as regards the direction, co-ordination and supervision of the activities of each part of the group).

Sebbene la maggior parte delle proposte suggerite dal BP TAG non trovò accoglimento, la successiva modifica al modello (e relativo commentario) del 2008 fece propri alcuni dei principi ispiratori del lavoro svolto dal TAG.

In primo luogo, il nuovo testo, al fine di attribuire ancora più importanza ad un approccio di tipo sostanziale, eliminò ogni riferimento espresso al CdA e, allo stesso tempo, incoraggiò una valutazione basata sull'attività strategica e commerciale svolta dalla società nel suo complesso³⁰⁰.

A fronte di ciò, la modifica certamente più rilevante fu l'introduzione, al paragrafo 24.1, della facoltà di risolvere i conflitti di doppia residenza (e, quindi, di doppia imposizione) sulla base delle procedure amichevoli di cui all'art. 25 del modello prevedendo, a tal fine, una serie di criteri utili a guidare la procedura³⁰¹.

– Where a board of directors routinely approves the commercial and strategic decisions made by the executive officers, the place where the executive officers perform their functions would be important in determining the place of effective management of the entity. In distinguishing between a place where a decision is made as opposed to where it is merely approved, one should consider the place where advice on recommendations or options relating to the decisions were considered and where the decisions were ultimately developed.”

³⁰⁰ P. VALENTE, *Modello di convenzione OCSE: modifiche agli artt. 1-5 del modello e al commentario*, in *Fisco*, 32, 2008, 5782

³⁰¹ OECD, *Model tax convention on Income and Capital*, 2008, Commentario, par. 24.1, “Competent authorities having to apply such a provision to determine the residence of a legal person for purposes of the Convention would be expected to take account of various factors, such as where the meetings of its board of directors or equivalent body are usually held, where the chief executive officer and other senior executives usually carry on their activities, where the senior day-to-day management of the person is carried on, where the person’s headquarters are located, which country’s laws govern the legal status of the person, where its accounting records are kept, whether

Tale modifica fu però aspramente criticata. Secondo i primi commentatori³⁰² l'introduzione delle procedure amichevoli all'interno dell'art. 4(3) non solo era ridondante (in quanto procedura sempre percorribile ai sensi dell'art. 25 del modello) ma, inoltre, l'assenza di specifici obblighi relativi alla durata delle trattative avrebbe potuto assoggettare il contribuente ad un indefinito periodo di attesa.

A ciò si aggiunga, inoltre, che a fronte delle linee guida previste dal commentario in tema di procedure amichevoli, nessuna indicazione veniva fornita in relazione alla *tie breaker rule* al tempo "ufficialmente" applicabile, creando significativi problemi di certezza del diritto³⁰³.

determining that the legal person is a resident of one of the Contracting States but not of the other for the purpose of the Convention would carry the risk of an improper use of the provisions of the Convention etc.".

³⁰² Business and Industry Advisory Committee to the OECD (BIAC), *Comments on the OECD Public Discussion Draft: Draft Comments of the 2008 Update to the OECD Model Convention*, 31 May 2008, "Since the competent authorities always have the possibility to go for a mutual agreement procedure in cases where they have doubts or do not agree with the decision made by the other authority, the proposed option is, in our understanding, not necessary. Furthermore, in situations where the two states follow different approaches, the option does not help. It can, on the contrary, have far reaching negative consequences for the business entities in case no agreement can be found, e.g., because there is a lack of criteria accepted by both states. No entitlement to treaty benefits or relief will be the consequence for the taxpayer".

³⁰³ J. DE BOER, *Comments on the 2008 Update to the Model Tax Convention – Place of Effective Management*, 28 maggio 2008, "Paragraph 24.1 of the proposed Commentary lists a number of factors that the competent authorities are expected to take into account when they apply the case-by-case approach, such as the place where the meetings of the board of directors or equivalent body are usually held, where the chief executive officer and other senior executives usually carry on their activities, etc. Countries not applying this approach determine the residence of a legal person on the basis of its place of effective management as is provided by Art. 4 (3) of the Model Tax Convention. The current text of paragraph 24 of the 2005 Commentary offers guidance to tax

Tanto premesso, l'ultimo passaggio del percorso evolutivo dell'art. 4(3) del modello (e relativo commentario) e successivo all'approvazione dell'*Action 6* del progetto *Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS), ha portato, nel 2017, ad una nuova ed ulteriore modifica del modello.

Più nello specifico, al fine di evitare l'insorgere di frodi e abusi, il nuovo commentario ha definitivamente sostituito il PoEM con le MAP introdotte nel 2008 creando, di fatto, una nuova *tie breaker rule*. Tuttavia, se, a prima vista, la modifica apportate al testo dell'art. 4(3) possa sembrare radicale, ciò, a ben vedere, non è così.

Rimandando la trattazione della tematica al paragrafo ad esso dedicato, in questa sede è sufficiente ricordare che il nuovo art. 4(3) non impone agli Stati contraenti di conformarsi alla nuova *tie breaker rule*, rimanendo gli stessi liberi di mantenere la formulazione originaria ed il riferimento al PoEM³⁰⁴.

authorities and taxpayers to construe the term “place of effective management”. It explicitly provides that “The place of effective management will ordinarily be the place where the most senior person or group of persons (for example a board of directors) makes its decisions, the place where the actions to be taken by the entity as a whole are determined; however, no definitive rule can be given”. The 2008 Update suggests to delete this sentence in the future Commentary. Consequently, the Commentary would not provide for a testable criterion. However, it further states that all relevant facts and circumstances must be examined to determine the place of effective management without enumerating possible facts and circumstances to take into account, as opposed to the case-by-case approach. In other words, the new Commentary would not offer any guidance to tax authorities and taxpayers”.

³⁰⁴ OECD, Commentary on art. 4, par. 24.5 “Some States, however, consider that it is preferable to deal with cases of dual residence of entities through the rule based on the “place of effective management” that was included in the Convention before 2017. These States also consider that this rule can be interpreted in a way that prevents it from being abused. States that share that view and that agree on how the concept of “place of effective management” should be interpreted are free to

Inoltre, le indicazioni fornite dallo stesso commentario al fine di raggiungere l'accordo amichevole fra gli Stati contraenti³⁰⁵ sono, per la maggior parte, le medesime a cui la dottrina e la giurisprudenza internazionale associano la sede della direzione effettiva³⁰⁶.

In altre parole, il nuovo art. 4(3) non ha apportato alcuna radicale modifica sostanziale, ma, semplicemente, una mera innovazione formale diretta ad ancorare il PoEM ad una concreta ed effettiva verifica sostanziale.

5. L'interpretazione del PoEM nelle convenzioni contro le doppie imposizioni

Delineata l'origine e l'evoluzione del PoEM, occorre ora analizzare come lo stesso sia oggi interpretato a livello convenzionale.

include in their bilateral treaty the following version of paragraph 3: Where by reason of the provisions of paragraph 1 a person other than an individual is a resident of both Contracting States, then it shall be deemed to be a resident only of the State in which its place of effective management is situated”.

³⁰⁵ OECD, Commentary on art. 4, par. 24.1 “*Competent authorities having to apply paragraph 3 would be expected to take account of various factors, such as where the meetings of the person’s board of directors or equivalent body are usually held, where the chief executive officer and other senior executives usually carry on their activities, where the senior day-to-day management of the person is carried on, where the person’s headquarters are located, which country’s laws govern the legal status of the person, where its accounting records are kept, whether determining that the legal person is a resident of one of the Contracting States but not of the other for the purpose of the Convention would carry the risk of an improper use of the provisions of the Convention etc. Countries that consider that the competent authorities should not be given the discretion to solve such cases of dual residence without an indication of the factors to be used for that purpose may want to supplement the provision to refer to these or other factors that they consider relevant”.*

³⁰⁶ P. VALENTE, *Il nuovo Modello OCSE di Convenzione contro le doppie imposizioni: profili di novità*, in *Fisco*, 6, 2018, 557.

A tal proposito, occorre innanzitutto rilevare che, rispetto alla nozione di sede della direzione adottata nel diritto interno, il PoEM convenzionale deve essere interpretato alla luce delle raccomandazioni OCSE, le quali impongono una lettura autonoma, prescindendo, quindi, dalla giurisprudenza e dalla prassi nazionale³⁰⁷.

Ad oggi, però, non si può affermare che tale raccomandazione sia mai stata effettivamente rispettata. Ciò in quanto, stante l'utilizzo del criterio dinnanzi alle Corti di merito nazionali, l'influenza della dogmatica interna assume certamente ruolo prioritario.

Inoltre, un'interpretazione separata ed autonoma della sede della direzione effettiva richiederebbe, in assenza di una chiara e precisa definizione del PoEM a livello convenzionale, un consenso universale circa i tratti caratteristici della *tie breaker rule*, risultato che, per le ineliminabili differenze politiche, economiche e culturali esistenti fra le varie giurisdizioni statali, non può essere raggiunta.

Ciononostante, il PoEM, inteso quale *tie breaker rule*, non può essere considerato un criterio efficiente qualora venga interpretato utilizzando

³⁰⁷ Conseguenza di questa autonomia funzionale è data dal divieto di sovrapporre la nozione di *place of management* contenuta all'interno dell'art. 4(1) con quella di *place of effective management*. Difatti, sebbene i due concetti possano apparire, a prima vista, sovrapponibili, le due nozioni svolgono una funzione radicalmente differente: se, da un lato, il *place of management* identifica uno dei criteri utilizzabili dallo Stato contraente al fine di individuare la residenza fiscale di un soggetto diverso da una persona fisica, il PoEM mira a risolvere le situazioni di doppia residenza, indipendentemente dall'utilizzo o meno della nozione interna. Sul tema si veda anche G. BIZIOLI, *The Evolution of the Concept of the Place of Management in Italian Case Law and Legislation: Interaction with Tax Treaties and EC Law*, in *European Taxation*, XLVIII, 10, 2008, 527 e J. F. AVERY JONES, *Place of effective management as a residence tie-breaker*, in *Bulletin for international fiscal documentation*, LXIII, 5, 2005, 20.

esclusivamente il diritto domestico³⁰⁸, applicato alla nozione di sede della direzione effettiva ivi applicata.

Al fine di superare queste problematiche, negli ultimi anni (soprattutto a seguito delle modifiche apportate del 2017) si è diffusa, in ossequio a quanto già affermato dall'ormai nota giurisprudenza inglese, la tendenza ad attribuire al PoEM non una definizione statica quanto, piuttosto, una natura dinamica.

In altre parole, l'individuazione del PoEM non deve essere effettuata sulla base di criteri "standardizzati", ma occorre procedere ad un'analisi di tipo fattuale³⁰⁹.

Ciò, tuttavia, non significa che, nella prassi operativa, non possano essere rinvenuti criteri guida idonei ad indirizzare l'attività degli interpreti. In particolare, due sono gli elementi che, generalmente, devono essere presi in considerazione, ovverosia: il contenuto delle decisioni chiave e il soggetto deputate alla sua formazione³¹⁰.

5.1. Le decisioni chiave.

³⁰⁸ E. BURGSTALLER, K. HASLINGER, *Place of Effective Management as a Tie-Breaker-Rule-Concept, Developments and Prospects*, in *Intertax*, XXXII, 8-9, 2004, 376; L. HINNEKENS, *Revised OECD-TAG Definition of Place of Effective Management in Treaty Tie-Breaker Rule*, in *Intertax*, XXXI, 10, 2003, 314.

³⁰⁹ Richiamando ancora una volta la sentenza de Beers, Lord Loreburn, nel definire la nozione, afferma che "*this is a pure question of fact, to be determined, not according to the construction of this or that regulation or bylaw, but upon scrutiny of the course of business and trading*". Sul tema si veda anche J. OWEN, *Can effective management be distinguished from central management and control?*, in *British Tax Review*, 2003, 297.

³¹⁰ E. BURGSTALLER, K. HASLINGER, *Place of Effective Management as a Tie-Breaker-Rule-Concept, Developments and Prospects*, cit.

Per quel che concerne il primo elemento, l'assenza di una esplicita definizione di cosa si debba intendere per decisioni chiave aveva portato la dottrina e la prassi internazionale a domandarsi se queste dovessero essere sovrapposte alle decisioni attinenti al *day to day management*, inteso come quel complesso di attività gestorie quotidiane finalizzate a realizzare lo scopo principale dell'impresa, generando entrate sufficienti a pagare le spese, fornire un profitto ai titolari e aumentare il valore intrinseco dell'impresa³¹¹, o a quelle relative al *Top management*, il quale ricomprende tutte le attività in grado di influenzare significativamente la vita dell'impresa, modificandone la struttura, ma anche, semplicemente, indirizzando gli obiettivi primari della società³¹².

Questa contrapposizione di veduta può essere individuata valorizzando i chiarimenti emanate fra due amministrazioni finanziarie nazionali come, ad esempio, quella australiana e quella danese.

Difatti, mentre la prima³¹³ ritiene che il PoEM debba essere collocato ove il *top level management* considera tutti i fatti rilevanti ed assume

³¹¹ Sebbene l'effettivo contenuto di queste decisioni vari a seconda dell'attività esercitata dall'impresa, volendo fare qualche esempio, costituiscono attività di gestione quotidiana l'approvvigionamento di beni e materia prima (nel caso in cui la società svolga attività di commercio di beni), l'organizzazione del personale (nel caso di prestazione di servizi) o, ancora, la manutenzione ordinaria dei beni strumentali necessari allo svolgimento dell'attività

³¹² Costituiscono esempi di *Top management*, oltre all'approvazione di delibere aventi ad oggetto operazioni straordinarie (come, ad esempio, fusioni, scissioni, trasformazioni, cessioni di rami d'azienda significativi, ecc.) anche le decisioni aventi ad oggetto le deleghe di poteri, la valutazione periodica dei risultati dell'impresa (come la formazione del bilancio di esercizio) o, ancora, tutte le decisioni in grado di porre un significativo peso economico in capo alla società.

³¹³ Australian Taxation Office, Interpretative Decision 2006/127; Taxation Ruling TR 2004/15; M. DIRKIS, *Still a Problem Child: Central management and Control after RITA*, in *Revenue Law Journal*, 15, 2005, 1.

decisioni informate idonee ad indirizzare la società nel suo complesso, la seconda ritiene che occorra a far riferimento alle attività che, nell'immediato, producono il reddito, riferibili alla gestione quotidiana dell'attività produttiva.

In questo incerto panorama ci si deve però domandare se attribuire prevalenza all'uno piuttosto che all'altro elemento gestionale risponda effettivamente alle finalità perseguite dalla *tie breaker rule* di cui all'art. 4(3) del modello OCSE.

Difatti, come precedentemente affermato, il PoEM assume natura autonoma rispetto alle nozioni di sede della direzione (effettiva) tipica del diritto interno, richiedendo un'analisi fattuale idonea a valutare tutti gli elementi propri del caso concreto.

Se così è, allora, affermare che il concetto di "decisioni chiave" possa essere sovrapposto con la nozione di *day to day management* piuttosto che a quella di *Top management*, finirebbe per violare l'espressa finalità della disposizione convenzionale.

Si tratta, quindi, di individuare un differente criterio idoneo a determinare quali siano le decisioni funzionali ad attrarre il PoEM in uno Stato piuttosto che in un altro.

Un'utile indicazione può essere rinvenuta nella giurisprudenza olandese secondo la quale è necessario fare riferimento alle decisioni idonee ad assumere uno "*steering role in respect of key activities*".

Secondo detto orientamento giurisprudenziale, quello che conta al fine di individuare il PoEM non è tanto il *top management* o il *day to day management* quanto, piuttosto, l'idoneità delle decisioni ad indirizzare le

attività chiave della società, senza che altri soggetti possano influenzare l'operato dei soggetti deputati a tale attività³¹⁴.

È però necessario precisare che anche queste precisazioni provengono dalla giurisprudenza nazionale e, pertanto, non possono essere ritenute idonee a guidare una diffusa interpretazione del PoEM convenzionale.

Tanto premesso, non si può fare a meno di rilevare che, da un punto di vista operativo, le prassi tende a favorire il *top management* rispetto alla gestione quotidiana³¹⁵. Ciò, tuttavia, non è dovuto ad un intrinseco accoglimento del *top management* a livello convenzionale quanto, piuttosto, ad una maggior idoneità di detta attività amministrativa ad influenzare l'attività sociale svolta dalla società.

Pertanto, è comunque necessario procedere ad una valutazione su base casistica senza limitarsi all'individuazione del solo *top management*.

5.2. il soggetto deputato alla formazione delle decisioni: organo amministrativo, socio di controllo e assemblea degli azionisti

³¹⁴ I. J. J. BURGERS, *Some thoughts on further Refinement of the Concept of Place of Effective Management fo Tax Treaty Purpose*, in *Intertax*, XXXV, 6-7, 2007, 378, “decisive for determining the place of effective management are the activities of the company as described in its statutes and its key activities, being the economical tasks actually fulfilled by the taxpayer. It is not important whether or not top management of the multinational has a general managerial function in respect of the taxpayer (...) and in view of the necessary strategic coordination, but it is decisive whether or not top management had such a steering role in respect of the key activities of the taxpayer that these activities are no longer fulfilled by the taxpayer or under the guidance of the taxpayer's own statutory management”.

³¹⁵ B. A. VAN DER MERWE, *The phrase 'place of effective management' Effectively explained?*, in *South Africa Mercantile Law Journal*, 2006, 121.

Il secondo profilo sul quale occorre soffermare l'attenzione è dato dal soggetto deputato (a livello fattuale o statutario) all'assunzione delle decisioni di cui al paragrafo precedente.

Più precisamente, ci si deve interrogare se il concetto di gestione tipico del PoEM sia idoneo a ricomprendere le sole decisioni assunte da parte dell'organo deputato all'attività amministrativa (il consiglio di amministrazione o *board of directors*) oppure se possa estendersi anche alle determinazioni adottate dall'assemblea degli azionisti o, eventualmente, dal socio di controllo.

A tal fine, è però preliminarmente necessario ricostruire brevemente la composizione ed il funzionamento dei soggetti sopra individuati.

Nel sistema italiano, l'attività propriamente amministrativa, quantomeno nelle società per azioni, può essere svolta secondo tre sistemi alternativi³¹⁶ ovvero il sistema tradizionale, fondato sulla contemporanea presenza di un consiglio di amministrazione (in breve, CdA) e di un collegio sindacale, il sistema dualistico (di matrice tedesca), che vede affiancarsi un consiglio di gestione ad un consiglio di sorveglianza e, infine, il sistema monistico (di matrice anglosassone e adottato prevalentemente dai paesi di *common law*), che vede la presenza del solo consiglio di amministrazione il quale devolve il compito di controllo ad un comitato per il controllo della gestione, costituito all'interno dello stesso CdA³¹⁷.

³¹⁶ Relazione al d.lgs. 17 gennaio 2006, n. 3 “*La principale innovazione consiste nella possibilità di scegliere – oltre al metodo tradizionale di amministrazione e controllo che si applica in mancanza di diversa scelta statutaria – due ulteriori modelli di amministrazione, precisamente il sistema “dualistico” e quello “monistico”.*”

³¹⁷ L. GENGHINI, *Le società di capitali e le cooperative, II*, Padova, 2015, 452.

Il primo sistema, inoltre, consente di affidare la gestione anche ad un Amministratore unico, il quale dovrà comunque essere affiancato dal collegio sindacale (qualora ciò sia richiesto dalla legge).

Senza soffermarsi sulla dibattuta questione circa la natura giuridica di tale organo³¹⁸, si deve rilevare come questo sia dotato di quattro poteri fondamentali: il potere di gestione, il quale contempla la stessa gestione e amministrazione della società, il potere di rappresentanza, il quale contempla il potere degli amministratori di manifestare nei confronti dei terzi le decisioni adottate e di impegnare la società attraverso contratti e negozi giuridici, il potere esecutivo, il quale consente di dare esecuzione alle delibere assembleari e, infine, i poteri di iniziativa e di organizzazione dell'impresa, i quali consentono, tra l'altro, di convocare l'assemblea dei soci e di redigere il progetto di bilancio³¹⁹.

³¹⁸ Sul tema si rinvia a Cass. SS. UU. 14 dicembre 1991, n. 13498, Cass. 23 agosto 1991, n. 9076. In dottrina, DE CRESENZO, *Il rapporto società-amministratori*, 279

³¹⁹ Relazione al d.lgs. 6/2006, *cit.*, "La gestione dell'impresa sociale spetta in via esclusiva agli amministratori (art. 2380 bis, primo comma), i quali hanno poteri di gestione estesi a tutti gli atti che rientrano nell'oggetto sociale (art. 2380 bis, primo comma) e una rappresentanza generale per tutti gli atti compiuti in nome della società (art. 2384, primo comma). Lo statuto o l'atto di nomina o di delega possono limitare in vario modo questi poteri di gestione o di rappresentanza, o entrambi, anche prevedendo una dissociazione tra rappresentanza generale (ad esempio attribuita al presidente) e poteri di gestione (ad esempio attribuiti al consiglio, al comitato esecutivo o ad amministratori delegati). In tutti questi casi le limitazioni "che risultano dallo statuto o da una decisione degli organi competenti" (articolo 2384, secondo comma, nonché articolo 9.2 della direttiva n. 151 del 9 marzo 1968 del Consiglio dei Ministri della CEE), anche se pubblicate, non sono opponibili ai terzi, salvo che si provi che questi abbiano intenzionalmente agito a danno della società (art. 2384, secondo comma). Nei rapporti esterni, per tutelare l'affidamento dei terzi - e salva l'*exceptio doli* - sia gli atti compiuti dall'amministratore munito del potere di rappresentanza ma privo del potere di gestione (atti estranei all'oggetto sociale o casi di dissociazione del potere di rappresentanza dal potere di gestione), sia gli atti che eccedono i limiti - anche se pubblicati - ai

Fra questi, ai fini qui di interesse, i poteri certamente più rilevanti sono individuati nel potere di gestione e quello di rappresentanza, i quali consentono al CdA di decidere ed attuare gli atti necessari per la vita dell'impresa.

All'interno del sistema italiano vi è però una sensibile differenza fra i due poiché, mentre la gestione spetta esclusivamente agli amministratori, trovando quale proprio unico limite l'inerenza delle decisioni all'oggetto sociale, il potere di rappresentanza deve essere espressamente conferito dallo statuto o da apposita delibera assembleare³²⁰.

Uno dei profili significativamente più incisivi in materia è dato dalle possibili limitazioni all'esercizio dei sopra citati poteri. Questi possono essere legali³²¹ o, alternativamente, convenzionali i quali, secondo l'interpretazione oggi prevalente, possono ricomprendere sia il potere di rappresentanza sia quello di gestione.

Da ultimo, senza addentrarsi eccessivamente nelle procedure di nomina dell'organo amministrativo, questo deve essere eletto dall'assemblea degli azionisti e può essere composto sia da soci che da soggetti estranei alla compagine sociale.

Ebbene, sulla base anche di quanto affermato dall'OCSE, secondo cui *“The place of effective management’ will ordinarily be where the most senior person or group of persons (for example a board of directors) make its decisions, the place where the action to be taken by the entity as a whole*

poteri di gestione o di rappresentanza, rimangono validi e impegnativi; nei rapporti interni, invece, la mancanza o eccesso di potere o l'estraneità dell'atto all'oggetto sociale restano rilevanti quale base per un'azione di responsabilità (art. 2393 e 2393 bis), quale giusta causa di revoca (art. 2383, terzo comma), e quale motivo di denuncia al collegio sindacale o al tribunale (artt. 2408 e 2409)”.

³²⁰ DE CRESCENZO, *La gestione*, in *Le nuove S.p.a.*, (a cura di) O. CAGNASSO, L. PANZANI,

³²¹ Zanichelli, Bologna, 2010, 797.

*are determined*³²², il CdA è il soggetto maggiormente idoneo ad attrarre il PoEM nel luogo ove questo soggetto è ubicato.

Si tratta, quantomeno in situazioni “ordinarie” nelle quali la funzione di gestione è affidata unicamente ed esclusivamente al CdA o all’Amministratore unico, dell’unico organo aziendale dotato di un potere di gestione, il quale è potenzialmente idoneo a ricomprendere sia la gestione *day-by-day* che il *Top management*.

Si pensi, a mero titolo esemplificativo, ad una PMI costituita sotto forma di S.r.l., gestita interamente da un consiglio di amministratore ubicato in Italia e avente quale proprio oggetto sociale l’import-export di prodotti fabbricati fuori dal territorio nazionale. In questo caso, sarà solo il CdA ad assumere le decisioni organizzative necessarie attraendo, quindi, il PoEM all’interno del territorio italiano.

Un secondo soggetto che può potenzialmente incidere sull’ubicazione del PoEM è il c.d. Amministratore delegato (in breve, AD), figura assimilabile (ma non del tutto sovrapponibile) al CEO noto nel diritto anglosassone.

Questi, quantomeno nel sistema italiano, è un componente del CdA al quale lo stesso consiglio attribuisce funzioni proprie costituendo, secondo l’opinione prevalente³²³, un nuovo organo societario. Sebbene la delega sia revocabile e il soggetto delegato debba agire comunque in base alle direttive impartite dal CdA, la questione più rilevante è certamente data dall’estensione della delega di funzioni.

³²² Model Tax Convention on Income and on Capital: Condensed Version 2003, Commentary on article 4, par. 24.

³²³ G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, cit.*, 384.

Nella dottrina commercialistica possono individuarsi due distinti indirizzi interpretativi. Da un lato vi è chi ritiene che, sulla base del dato letterale dell'art. 2381, co. 1, Cod. civ. e, più precisamente, dal periodo “proprie funzioni”, la delega non possa investire tutte le funzioni, contrariamente a quanto previsto dalla disposizione vigente ante riforma del 2003³²⁴.

Dall'altro lato, invece, vi è chi ritiene che, in assenza di uno specifico divieto, non vi sarebbe alcun motivo per escludere una delega di funzioni omnicomprensiva³²⁵.

Indipendentemente dalla soluzione interpretativa adottata, è evidente come l'estensione della delega di funzioni possa influenzare significativamente la collocazione PoEM.

³²⁴ In giurisprudenza Trib. Parma 16 giugno 2000 secondo cui “*Si deve escludere la validità della clausola che attribuisca all'organo amministrativo la possibilità di delegare indistintamente i propri poteri "disgiuntamente" ai suoi componenti e ciò per il motivo che si andrebbe così a legittimare, fermo l'ossequio apparente alla regola della collegialità, un sistema disgiuntivo di gestione, inidoneo ad assicurare una gestione unitaria e responsabile a tutela della quale è posto il metodo collegiale, atteso che la delega consentirebbe di investire tutti i consiglieri, in via autonoma tra loro e per i medesimi settori di attività, di tutte le funzioni proprie dell'organo amministrativo*”. In dottrina, CAGNASSO, *Brevi note in tema di delega del potere gestorio nelle società di capitali*, in *Le Soc.*, 2003, 802. Secondo G.F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale*, cit., 385, “*In base all'attuale disciplina non possono mai essere delegati: a) la redazione del bilancio di esercizio (art. 2423); b) la facoltà di aumentare il capitale sociale (art. 2443) e di emettere obbligazioni convertibili per delega (art. 2420-ter); c) gli adempimenti posti a carico degli amministratori in caso di riduzione obbligatoria del capitale sociale per perdite (art. 2446 e 2447); d) la redazione del progetto di fusione o di scissione (art. 2501-ter e 2506-ter)*”.

³²⁵ F. GALGANO, R. GENGHINI, *Il nuovo diritto societario*, CEDAM, Padova, 2006, p. 453, “*Questa può essere, e di regola è, una delega globale, comprensiva di tutti i poteri di amministrazione*”.

Difatti, sebbene il CdA mantenga pur sempre un certo grado di controllo sull'attività dell'AD, potendo lo stesso anche avocare a sé operazioni rientranti nella delega o revocare la stessa, il soggetto delegato rimane comunque dotato di un autonomo potere di gestione e rappresentanza, il quale potrebbe attrarre il concetto di *effective management*.

E, allora, in questi casi si rende necessaria una valutazione *case by case*, la quale risulta fortemente influenzata dalle considerazioni sopra effettuate con riferimento al “tipo” di gestione alla quale attribuire rilievo prioritario³²⁶.

Terzo ed ulteriore soggetto che può potenzialmente influenzare la collocazione del PoEM è l'assemblea degli azionisti.

Nonostante si tratti di un organo non tipicamente deputato alla gestione amministrativa, questo non solo ha alcune importanti funzioni deliberative attinenti alle decisioni di maggior rilievo per la società (es. approvazione del bilancio sociale, deliberazioni relative a fusioni, scissioni e trasformazioni, nomina del CdA, ecc.) ma può essere destinatario, in base alle disposizioni statutarie, anche di alcune specifiche competenze al confine fra potere decisorio e potere gestorio.

³²⁶ A tal proposito si rinvia a Cass., 9 giugno 1988, n. 3910, la quale ha considerato una società di commercio marittimo di diritto panamense residente in Italia in virtù delle attività svolte da un proprio agente operante nel territorio italiano. In particolare, nel caso in esame, a parere della Corte furono giudicati determinanti gli estesi poteri che la procura attribuiva al soggetto residente ed attivo in Italia, di gran lunga superiori a quelli propri di un normale agente, la constatazione che il soggetto gestiva su scala globale tutte le navi di proprietà della società dall'Italia, non limitandosi ai traffici coinvolgenti il solo territorio di sua residenza e l'utilizzo da parte dello stesso soggetto di conti bancari esteri intestati alla società per operazioni non necessariamente collegate all'attività d'impresa, tanto da indurre a “sospettare” una sua natura di azionista della stessa.

In quest'ottica, è fondamentale stabilire con quanta più precisione possibile quali siano i rapporti intercorrenti fra organo amministrativo e assemblea.

Da un punto di vista generale, nell'ordinamento italiano, così come nella maggior parte degli ordinamenti di *civil law* e di *common law*, la competenza prettamente gestoria dell'assemblea ha carattere delimitato e specifico, mentre quella degli amministratori ha natura generale³²⁷. In altre parole, l'assemblea dei soci è competente solo in relazioni alle decisioni di maggior importanza. Sebbene, ad una prima analisi, ciò potrebbe portare ad escludere la rilevanza di tale organo nella determinazione del PoEM, ad una più attenta lettura questa conclusione deve essere scartata.

Difatti, attribuendo rilevanza prevalente al solo *Top management*, si potrebbe arrivare sino ad affermare che, data la natura delle decisioni generalmente affidate dalla legge all'assemblea degli azionisti, quest'ultima ben potrebbe attrarre a sé l'*effective management*.

Sarà quindi necessario verificare con la dovuta attenzione due elementi. Da un lato, occorrerà valutare il grado di libertà concesso all'assemblea dallo statuto e dalla legge valutando se le decisioni in questione abbiano ad oggetto la mera approvazione della scelta già elaborata dal CdA o se l'assemblea possa effettivamente indirizzare l'attività gestionale compiuta dagli amministratori. Dall'altro lato, invece, sarà necessario analizzare le decisioni assunte dall'assemblea in relazione all'intera attività aziendale, al fine di poter determinare quale sia l'impatto delle stesse sulla gestione della società.

³²⁷ L. GENGHINI, *Le società di capitali e le cooperative*, cit., 479.

Da un punto di vista interno, una simile analisi può potenzialmente rilevarsi problematica con riferimento ad un particolare tipo societario ovverosia le S.r.l. Questo modello societario, a seguito della riforma del diritto societario del 2003, la quale aveva fra i propri obiettivi principali quello di dare rilievo alla persona del socio³²⁸, è oggi caratterizzato da una significativa ingerenza dell'assemblea sull'attività gestoria.

Difatti, mentre l'assemblea nelle società per azioni è legittimata ad assumere le decisioni nelle sole materie attribuite alla loro competenza dalla legge, nelle S.r.l., ai sensi dell'art. 2479, cod. civ., *“I soci decidono sulle materie riservate alla loro competenza dall'atto costitutivo, nonché sugli argomenti che uno o più amministratori o tanti soci che rappresentano almeno un terzo del capitale sociale sottopongono alla loro approvazione”*.

Già da una prima lettura della disposizione emerge chiaramente l'assenza della chiara e netta ripartizioni di funzioni tipica della S.p.A. in quanto l'oggetto dell'attività amministrativa dell'assemblea nelle società a

³²⁸ Relazione al d.lgs. 6/2003, cit. *“La riforma in materia di società a responsabilità limitata, secondo quanto indicato dall'art. 3 della legge di delega, si muove nella direzione di una integrale revisione di tale modello societario. Essa, parallelamente ad un processo rilevabile sul piano internazionale, sia in Europa sia al di fuori di essa, intende offrire agli operatori economici uno strumento caratterizzato da una significativa ed accentuata elasticità e che, imperniato fondamentalmente su una considerazione delle persone dei soci e dei loro rapporti personali, si volge a soddisfare esigenze particolarmente presenti nell'ambito del settore delle piccole e medie imprese. In questo senso, come già avvenuto in altri ordinamenti, la società a responsabilità limitata cessa di presentarsi come una piccola società per azioni ed abbandona la tradizione del nostro ordinamento che ne faceva risalire il più immediato antecedente storico alla anonima per quote. Essa si caratterizza invece come una società personale, la quale perciò, pur godendo del beneficio della responsabilità limitata (che del resto, dopo la generale ammissibilità della società unipersonale a responsabilità limitata, non può più ritenersi necessariamente presupporre una rigida struttura organizzativa di tipo corporativo), può essere sottratta alle rigidità di disciplina richieste per la società per azioni”*.

responsabilità limitata può essere esteso in forza alle disposizioni contenuto nello statuto. Pertanto, non pare difficile immaginare come competenze tipicamente attribuite all'organo amministrativo possano essere affidate all'assemblea dei soci.

A fronte di ciò, è però opportuno sottolineare come l'attribuzione di un più o meno ampio potere gestionale in capo all'assemblea non può e non deve essere assunto a fattore decisivo nella determinazione del soggetto concretamente deputato all'*effective management*. È infatti indispensabile verificare se i poteri gestionali affidati all'assemblea siano dalla stessa effettivamente esercitati, potendo la stessa anche delegarli al CdA o, in alcuni casi, non esercitarli affatto.

Di conseguenza, la verifica del PoEM dovrà essere compiuta in virtù di una verifica fattuale basata sulle concrete ed effettive attività gestorie svolte dai due organi nel periodo di riferimento.

Da ultimo, si rende quantomeno opportuno soffermarsi brevemente sulla persona del c.d. socio di controllo.

Si tratta, nello specifico, di un soggetto, sia questo una persona fisica o altra società, titolare di una partecipazione idonea ad attribuire allo stesso la maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea (generalmente pari al 50,01% del capitale sociale) o un'influenza dominante sulla stessa.

In materia, il caso più rilevante è certamente rappresentato dall'ipotesi dei gruppi di società definibili come un'aggregazione di imprese societarie formalmente autonome ed indipendenti l'una dall'altra, ma assoggettate tutte ad una direzione unitaria da parte della capogruppo al fine di raggiungere un unico ed unitario scopo comune, detto interesse di gruppo³²⁹.

³²⁹ G. F. CAMPOBASSO, *Diritto commerciale, cit.*, 289.

Si tratta di un fenomeno tendenzialmente fisiologico volto ad assicurare la razionalizzazione e l'efficientamento del sistema produttivo il quale, pertanto, non è ostacolato né dagli ordinamenti nazionali e né da quello internazionale.

Con specifico riferimento all'attività di direzione e controllo, nonostante sia inevitabile una tendenziale conformità dell'attività della controllata alle strategie industriali e ai piani aziendali approvati dalla capogruppo, quale presupposto naturale dell'esistenza del gruppo, ci si deve chiedere fino a che punto tale influenza possa delimitare il potere gestionale proprio degli organi sociali della controllata senza comportare un'alterazione dell'*effective management*³³⁰.

In altre parole, la questione vuole rispondere al quesito se l'impulso strategico proveniente dalla capogruppo sia idoneo a collocare il PoEM nel luogo ove quest'ultima (o, più precisamente, il proprio CdA) è collocato.

Alcuni utili spunti in materia possono innanzitutto individuarsi nella giurisprudenza britannica³³¹ e in quella danese³³² secondo cui è necessario valutare se gli amministratori della controllata possano analizzare e, eventualmente, rifiutare gli impulsi direzionali provenienti dalla controllata.

Si tratta, essenzialmente, di distinguere fra la generale attività di direzione e coordinamento volta, appunto, ad indirizzare l'attività sociale, e

³³⁰ A. M. GAFFURI, S. COVINO, *Ancora su residenza fiscale, sede amministrativa e società holding*, in *dial. Trib.*, 2006, 77.

³³¹ *Supreme Court*, 6 settembre 2006, *Sp C 561, News Datacom Ltd v Atkinson*; *High Court of Justice*, 10 maggio 2005, *Wood & Anor v Holden*.

³³² *Steen Halkjaer v. Skatteministeriet*, 8 agosto 1995, n. 2498/1992. Sul tema si veda anche L. WEIZMAN, *Taxing remuneration from employment aboard a Ship: Where is the Place of Effective management Situated*, in *ET*, 5, 1996, 163.

la vera e propria “eterodirezione”, la quale lascia alla controllata un margine di manovra estremamente ridotto.

A tal proposito, giova però ricordare che, secondo la giurisprudenza³³³, *“l’attività di direzione e coordinamento è un quid pluris rispetto al mero esercizio del controllo, in quanto espressione di un potere di ingerenza più intenso, consistente nel flusso costante di istruzioni impartite dalla società controllante e trasposte all’interno delle decisioni assunte dagli organi della controllata, involgenti momenti significativi della vita della società, quali, a titolo di esempio, le scelte imprenditoriali, il reperimento dei mezzi finanziari, le politiche di bilancio, la conclusione di contratti importanti ed altro”*.

Di conseguenza, mentre l’attività di direzione e coordinamento individua *“l’esercizio di una pluralità sistematica e costante di atti di indirizzo idonei ad incidere sulle decisioni gestorie dell’impresa, cioè sulle scelte strategiche e operative di carattere finanziario, industriale, commerciale che attengono alla conduzione degli affari sociali”*³³⁴, l’eterodirezione consiste nella *“pressoché integrale ingerenza dei poteri degli organi della controllata e non la (normale) compressione dei poteri stessi”*³³⁵.

³³³ Trib. Palermo 15 giugno 2011.

³³⁴ P. MONTALENTI, “Direzione e coordinamento nei gruppi societari: principie problemi”, in Riv. soc., 2007, pag. 321.

³³⁵ Individuazione della residenza fiscale delle holding passive di partecipazioni operanti in gruppi multinazionali di Pasquale Formica e Caterina Guarnaccia (in “il fisco” n. 28 del 2018, pag. 1-2752) Fondazione Centro Studi U.N.G.D.C., Circ. 20 maggio 2009, n. 7; G. MARINO, M. MARZANO, R. LUPI, *La residenza delle società e controllo tra schemi OCSE ed episodi giurisprudenziali interni*, in Dial. Trib., 3, 2008, 96; G. MARINO, *La relazione di controllo nel diritto tributario: analisi interdisciplinare e ricostruzione sistematica*, Padova, 2008, 306.

Nonostante la distinzione fra le due attività possa essere relativamente agevole nel caso di società c.d. operative, altrettanto non si può affermare con riferimento alle *holding* statiche.

In quest'ultimo caso, infatti, la quasi totale assenza di una sostanziale attività gestionale rende particolarmente complicato individuare quante e quali decisioni sono non altro che una mera esecuzione degli impulsi direzionali provenienti dalla capogruppo.

In questo caso, ferma la necessità di procedere ad un'analisi ancorata alle risultanze del caso concreto, è fondamentale che l'amministrazione accertatrice, oltre a verificare il grado di influenza dominante, tenga ben presente il tipo di attività svolta da una *holding* statica (perfettamente conforme al modello legale).

Un'ulteriore e conclusiva considerazione circa le possibili ingerenze fra compagine sociale e organi gestionali concerne l'ipotesi in cui uno dei soci sia titolare di un c.d. diritto particolare.

A seguito della riforma del diritto societario del 2003, il legislatore, con l'intento di offrire agli operatori economici uno strumento caratterizzato da una significativa ed accentuata elasticità, incentrato sulla persona dei soci e dei loro rapporti personali³³⁶, ha apportato alcune significative modifiche all'articolo 2468, co. 3 cod. civ.³³⁷, introducendo all'interno del nostro

³³⁶ CNN, Studio n. 138-2011/I, *I diritti particolari del socio - Vicende della partecipazione tra regole legali ed autonomia statutaria*, est. R. GUGLIELMO, M. SILVA.

³³⁷ “Le partecipazioni dei soci non possono essere rappresentate da azioni né costituire oggetto di offerta al pubblico di prodotti finanziari. Salvo quanto disposto dal terzo comma del presente articolo, i diritti sociali spettano ai soci in misura proporzionale alla partecipazione da ciascuno posseduta. Se l'atto costitutivo non prevede diversamente, le partecipazioni dei soci sono determinate in misura proporzionale al conferimento. Resta salva la possibilità che l'atto costitutivo

ordinamento i c.d. diritti particolari. Ai sensi della richiamata disposizione, lo statuto delle S.r.l. può oggi prevedere, a favore di alcuni soci predeterminati, uno o più diritti particolari anche a carattere amministrativo come, ad esempio, la facoltà di apporre un diritto di veto in relazione al compimento di alcune operazioni o compiere direttamente delle attività gestorie predeterminate.

Come appare evidente, la presenza di tali diritti potrebbe determinare, in linea teorica, una forte ingerenza del socio (anche di minoranza) all'interno dell'attività amministrativa della società idonea, sempre in astratto, a modificare il luogo dove viene svolta l'amministrazione effettiva.

Sebbene la giurisprudenza di legittimità non si sia ancora pronunciata in materia, alcune utili indicazioni possono essere tratte dalla sentenza della CTR Lombardia n. 2869 del 2013³³⁸, secondo la quale l'esercizio delle prerogative del socio (nel caso di specie si trattava di visione e pre-approvazione delle bozze di bilancio e scelta degli amministratori) non è idonea a determinare lo spostamento della sede della direzione effettiva.

Sebbene la sentenza non affronti espressamente la questione dei diritti particolari, si può ritenere, ferma restando la necessità di contenere l'esercizio di tali diritti all'interno di un perimetro fisiologico, che i diritti

preveda l'attribuzione a singoli soci di particolari diritti riguardanti l'amministrazione della società o la distribuzione degli utili. Salvo diversa disposizione dell'atto costitutivo e salvo in ogni caso quanto previsto dal primo comma dell'articolo 2473, i diritti previsti dal precedente comma possono essere modificati solo con il consenso di tutti i soci. Nel caso di comproprietà di una partecipazione, i diritti dei comproprietari devono essere esercitati da un rappresentante comune nominato secondo le modalità previste dagli articoli 1105 e 1106”.

³³⁸ CTR Lombardia n. 2869 del 2013, la quale riassume la causa a seguito della pronuncia di Cassazione.

particolari rientrano all'interno del concetto di esercizio delle prerogative del socio, le quali non sono idonee a spostare il PoEM.

Difatti, anche qualora il socio abbia il diritto di compiere alcuni specifici atti amministrativi, è pur sempre l'organo amministrativo a detenere la generale gestione della società.

Dunque, sembrerebbe che la questione faccia riferimento, ancora una volta, alla necessità di determinare la residenza fiscale della società partendo dalle previsioni statutarie³³⁹.

Volendo sintetizzare i ragionamenti sopra effettuati, è possibile affermare che, benché il PoEM sia un concetto tradizionalmente ancorato all'esercizio di prerogative tipicamente affidati all'organo di controllo, l'evoluzione del diritto societario e la conseguente espansione dei poteri gestionali affidati a soggetti diversi dal CdA richiede inevitabilmente di procedere ad un'attenta analisi del singolo caso in esame la quale deve essere compiuta non in base ai poteri potenzialmente esercitabili dall'assemblea o dalla società controllante in base allo statuto o a separati accordi contrattuali, ma, piuttosto, in base ad un'attenta determinazione del soggetto che detiene la materiale ed effettiva gestione dell'impresa.

6. Le osservazioni al Commentario OCSE apportate dall'Italia

Un'ultima importante considerazione in ordine all'interpretazione del concetto di *place of effective management* sulla quale è importante

³³⁹ T. TASSANI, *Autonomia statutaria delle società di capitali e imposizione sui redditi*, Milano, 2007, 244

soffermarsi, riguarda le osservazioni apportate dall'Italia al modello di convenzione contro le doppie imposizioni del 2010.

Più precisamente, come si legge al paragrafo 25 del Commentario all'art. 4 del modello, "*As regard as paragraph 24 and 24.1³⁴⁰ Italy holds the view that the place where the main and substantial activity of the entity is carried on is also to be taken into account when determining the place of effective management of a person other than an individual*".

In altre parole, lo Stato italiano ritiene che il PoEM non debba essere interpretato facendo ricorso solamente al concetto di sede dell'amministrazione, ma occorre valutare anche l'ubicazione di quello che in Italia è noto come l'oggetto principale.

Si tratta, secondo l'opinione della prassi amministrativa, di una scelta dettata da esigenze ³⁴¹ di effettività volta, quindi, ad individuare un legame reale e concreto fra Stato e contribuente.

Ciò significa, quindi, che i conflitti inerenti alla doppia imposizione che coinvolgono lo Stato italiano richiedono all'Amministrazione finanziaria di non limitarsi all'individuazione del solo luogo dal quale provengono gli impulsi direttivi, dovendo la stessa compiere anche un'analisi concreta, sulla base dell'attività concretamente svolta dalla società, volta ad individuare organizzazioni di mezzi e persone idonee a identificare l'oggetto principale.

³⁴⁰

³⁴¹ Circ. 4 agosto 2006, n. 28/E "*In sede internazionale, ed in particolare nelle "osservazioni" contenute nel Commentario all'articolo 4 del Modello OCSE, l'Amministrazione finanziaria italiana si è - da sempre - preoccupata di salvaguardare i principi di effettività, richiamati nell'ordinamento domestico, ritenendo che la sede della "direzione effettiva" di un ente debba definirsi non soltanto come il luogo di svolgimento della sua prevalente attività direttiva e amministrativa, ma anche come il luogo ove è esercitata l'attività principale*".

Tuttavia, una simile precisazione comporta due possibili problematiche.

In primo luogo, ad un estremo dello spettro applicativo, vi potrebbero essere casi in cui il luogo in cui è ubicato l'oggetto principale e quello in cui vengono assunte le decisioni chiave si trovino in due Stati differenti. Simili situazioni richiedono, quindi, di capire quale dei due elementi debba prevalere rispetto all'altro.

Poche indicazioni possono essere tratte dal Commentario OCSE il quale si limita a specificare che il PoEM deve essere individuato facendo riferimento “*anche*” all'oggetto principale, senza specificare se esista un rapporto di subordinazione fra i due.

A ben vedere, però, si tratta di ipotesi molto simili a quelle analizzate dalla giurisprudenza inglese fra fine '800 ed inizio '900 (si ricordi, ad esempio, il caso *De Beers*, ove l'attività principale, ovverosia l'estrazione mineraria, veniva interamente svolta fuori dallo Stato in cui venivano assunte le decisioni principali). Sebbene sia sicuramente impossibile estendere i ragionamenti effettuati dalla giurisprudenza inglese all'interno dell'ordinamento, si possono comunque rilevare alcuni interessanti spunti di riflessione.

In particolare, la soluzione della problematica potrebbe essere individuata proprio nella corretta identificazione del concetto di “oggetto principale”. Non è raro, infatti, che l'attività dell'impresa sia divisa in più fasi fra loro collegate le quali, però, non vengono svolte nel medesimo luogo. E, allora, considerare “principale” l'attività di produzione piuttosto che quella di commercializzazione potrebbe avere delle significative ripercussioni sull'individuazione del PoEM.

Una ulteriore problematica, tutt'altro che infrequente, deriva dal recepimento del criterio dell'oggetto principale solo da parte dell'Italia, situazione dalla quale può derivare una possibile duplicazione della residenza qualora siano coinvolti Stati che valorizzano il solo criterio della sede dell'amministrazione.

In entrambi i casi, sembrerebbero però determinanti due strumenti messi a disposizione dal modello di convenzione: le procedure amichevoli e lo scambio di informazioni.

Rimandando la trattazione delle prime alla sezione ad esse dedicate, in questa sede pare utili soffermarsi sul solo scambio di informazioni.

Come precedentemente sottolineato, le osservazioni apportate dall'Italia al modello OCSE mirano a garantire uno chiaro e preciso risultato, ovvero sia l'individuazione di una ubicazione territoriale *effettiva*.

Ed in quest'ottica, un chiaro e completo scambio di informazioni può certamente garantire un'analisi reale e concreta del caso esaminato al fine di determinare quale sia l'effettivo luogo di ubicazione dell'impresa, indipendentemente dal "criterio" preferito dalle singole Amministrazioni nazionali.

7. Il progetto BEPS e le modifiche alla *tie breaker rule*

Prima di procedere all'analisi delle modifiche apportate al commentario a seguito delle indicazioni fornite in seno al progetto BEPS, pare opportuno ricostruire brevemente la genesi e le finalità dell'*action plan*.

Negli ultimi anni, a seguito del radicale mutamento del panorama economico mondiale dovuto, principalmente, all'ampia diffusione del c.d. commercio elettronico, la mobilità delle società commerciali, specialmente

quelle di grandi dimensioni, ha determinato alcune particolari problematiche in ambito tributario.

Fra queste la più importante è certamente la c.d. erosione della base imponibile termine volto a identificare tutte quelle strategie di pianificazione fiscale che sfruttano lacune e disallineamenti nelle normative fiscali statali per spostare artificialmente i profitti in luoghi a bassa o nessuna tassazione³⁴².

Ebbene, al fine di eliminare o, quantomeno, limitare tale fenomeno il G20, a partire dal 2012³⁴³, ha stilato un apposito piano di azione volto appunto ad arginarlo.

È interessante notare che detto progetto rappresenta, congiuntamente alle nuove disposizioni in tema di scambio di informazioni, una delle prime vere e proprie aperture degli Stati.

³⁴² In base alla nota Breve n. 13, ottobre 2015, *Il progetto Base Erosion and Profit Shifting (BEPS)*, tale fenomeno può essere definito come “*l'insieme di strategie di natura fiscale che talune imprese pongono in essere per erodere la base imponibile (base erosion) e dunque sottrarre imposte al fisco. La traslazione dei profitti (profit shifting) da paesi ad alta imposizione a paesi a tassazione nulla o ridotta è, di fatto, essa stessa una strategia che conduce all'erosione della base imponibile. Tali pratiche sono consentite: da strategie fiscali aggressive in contesti ad alto tasso di innovazione, digitalizzazione e globalizzazione; dalla rigidità dei sistemi fiscali a fronte di una estrema "flessibilità dei redditi di impresa"; dalla possibilità di scindere l'imposizione delle fonti reddituali dalle attività economiche che le generano; dall'assenza di co-ordinamento e dalla presenza di asimmetrie tra i diversi regimi fiscali nazionali ad esempio in termini di un difforme trattamento (a fini fiscali) delle componenti di bilancio di impresa (e.g. interessi, dividendi, ecc.) e di una valutazione non uniforme delle voci reddituali associate a transazioni intra-gruppo e non*”.

³⁴³ La necessità di porre rimedio a tale fenomeno fu avvertita per la prima volta durante il G20 di Los Cabos del 18 giugno 2012, durante il quale fu espresso “*the need to prevent base erosion and profit shifting and we will follow with attention the ongoing work of the OECD in this area*”. Ciò portò, nel febbraio 2013 alla pubblicazione del report *Addressing Base Erosion and Profit Shifting*, il quale diede l'impulso per la presentazione, durante il G20 del 2013 a San Pietroburgo dell'*Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, il quale culminò nella versione finale del report esposta durante il G20 di Lima nel 2014, e successivamente nel 2015.

Nonostante il progetto sia composto, ad oggi, da un numero complessivo di 15 “azioni”³⁴⁴, ai fini qui di interesse l’unica rilevante è l’*Action 6* denominata *Prevention of tax treaty abuse*, la quale, come già precedentemente rilevato, ha modificato la *tie breaker rule convenzionale sostituendo il PoEM con le Mutual Agreement Procedures*.

Volendo tracciare brevemente la genesi storica di tali procedure, è possibile trovare un primo meccanismo alternativo di risoluzione delle controversie all’interno dell’art. 14 del modello di convenzione della Lega delle nazioni del 1927³⁴⁵.

Tuttavia, la scarsa implementazione del citato procedimento, ha spinto la dottrina ad individuare il vero e proprio momento genetico di tali strumenti all’interno del modello di convenzione contro le doppie imposizioni OCSE

³⁴⁴ Action 1: Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 2: Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 3: Designing Effective Controlled Foreign Company Rules, Action 4: Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 5: Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance, Action 6: Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 7: Preventing the Artificial Avoidance of Permanent Establishment Status, Actions 8-10: Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Action 11: Measuring and Monitoring BEPS, Action 12: Mandatory Disclosure Rules, Action 13: Guidance on Transfer Pricing Documentation and Country-by-Country Reporting, Action 14: Making Dispute Resolution Mechanisms More Effective, Action 15: Developing a Multilateral Instrument to Modify Bilateral Tax Treaties.

³⁴⁵ League of Nations, *Double Taxation and Tax Evasion: Report Presented by the Committee of Technical Experts on Double Taxation and Tax Evasion*, 1927. Sul tema, S. JOGARAJAN, *Double taxation and the League of Nations*, cit., B. WELLS, C. LOWELL, *Income Tax Treaty Policy in the 21st Century: Residence vs Source*, cit.; A. A. KRAGEN, *Double Income Taxation Treaties: The O.E.C.D. Draft*, in *California Law Review*, cit.; C. J. CROBAUGH, *International Comity in Taxation*, in *Journal of Political Economy*, cit.; SELIGMAN, *Double Taxation and International Fiscal Cooperation*, cit.

del 1963³⁴⁶, il quale, all'art. 25, disciplina espressamente un procedimento volto a risolvere le controversie internazionali derivanti dall'applicazione e dall'interpretazione dei trattati contro le doppie imposizioni.

Ora come allora, si tratta di un procedimento estraneo al diritto interno, volto a consentire alle Amministrazioni fiscali coinvolte di consultarsi tra loro al fine di risolvere problemi di doppia imposizione³⁴⁷ avanzati dai contribuenti o dalle stesse amministrazioni fiscali³⁴⁸.

Più precisamente, il procedimento, attivabile in caso di una duplicazione del prelievo fiscale in contrasto con le previsioni del trattato, è suddiviso in due segmenti (c.d. *two-tier procedure*).

In primo luogo, seguito della valutazione di ammissibilità del ricorso, le autorità fiscali coinvolte attiveranno un dialogo fra loro, volto al raggiungimento di una soluzione concordata (la vera e propria *mutual agreement procedure*).

In secondo luogo, qualora, entro due anni dal ricevimento del ricorso, le amministrazioni tributarie non raggiungano un accordo, può essere avviata, senza la preventiva autorizzazione da parte di queste ultime, la

³⁴⁶ OCSE, *Model tax Convention on Income and Capital*, 1963.

³⁴⁷ GASPARRI T., VALENTE P., CORREIA F., VINCENTI F., MATTIA S., *Procedure amichevoli (MAP)*, Milano, 2018, 48, "La procedura amichevole è applicabile pure in assenza di qualsiasi doppia imposizione contraria alla Convenzione, quando l'imposizione in questione non è conforme ad una disposizione della Convenzione. È il caso in cui uno Stato assoggetti ad imposizione una particolare categoria di reddito in relazione al quale la Convenzione attribuisca all'altro Stato una potestà impositiva esclusiva, anche se questo non sia in grado di esercitarla per via di una lacuna nella rispettiva normativa interna".

³⁴⁸ TOMASSINI, MARTINELLI, *L'accesso alla «Mutual Agreement Procedure» nell'arbitration convention*, in *Corr. Trib.*, 2012, p. 1238.

procedura arbitrale di cui al par. 5 dell'art. 25³⁴⁹, volta al superamento della fase di stallo.

L'originaria formulazione della MAP ha però da sempre presentato alcune significative problematiche, fra le quali devono essere annoverate la scarsa definizione della scansione temporale della procedura, il marginale coinvolgimento del contribuente e, soprattutto, l'assenza di un obbligo di risultato.

Segnatamente, anche a seguito dell'introduzione della procedura arbitrale ad opera delle modifiche al modello OCSE del 2008, le MAP convenzionali richiedono un mero obbligo di diligenza e buona fede nell'espletamento della procedura, non essendo le amministrazioni coinvolte tenute al raggiungimento di un accordo vincolante.

Tali problematiche sono però state affrontate con attenzione in seno al progetto *Base erosion profit shifting* (in breve, BEPS) e, più precisamente, dall'Action 6 finalizzata a prevenire fenomeni di *treaty shopping*³⁵⁰ e *treaty abuse*³⁵¹ e, al contempo, dell'Action 14 (*Making Dispute Resolution Mechanisms*

³⁴⁹ Tale norma è stata introdotta solo nel 2008 ad opera dell'OCSE, *Model tax Convention on Income and Capital*, 2008.

³⁵⁰ P. VALENTE, *Beneficiario effettivo e treaty shopping*, cit., 73; ID., *Lotta all'evasione fiscale internazionale nel modello statunitense di convenzione contro le doppie imposizioni del 2016*, in *fisco*, 2016, 1860; J. C. FLEMING, *Searching for the Uncertain Rationale Underlying the US Treasury's Anti-treaty Shopping Policy*, cit.; M. BARGAGLI, *Il regime fiscale delle royalties tra normativa interna e trattati internazionali sulle doppie imposizioni. Riflessioni sul 'treaty shopping'*, in *Fisc. Internaz.*, 4, 2008, 299.

³⁵¹ P. A. BARRETO, *The Prevention of Tax Treaty Abuse in the BEPS Action 6: A Brazilian Perspective*, in *Intertax*, XLIII, 12, 2015, 825; Q. JIANG, *Treaty Shopping and Limitation on Benefits Articles in the Context of the OECD Base Erosion and Profit Shifting Project*, in *Bull. for Intl. Taxn.*, LXIII, 3, 2015, 140.

*More Effective*³⁵²). Segnatamente, mentre la prima ha elevato le MAP a primario criterio di risoluzione delle controversie concernenti la duplicazione della residenza fiscale³⁵³e, la seconda ha introdotto una serie di correttivi volti ad ovviare alle problematiche applicativa a cui si è sopra accennato.

Tuttavia, a parere di chi scrive, la *ratio* della modifica convenzionale appare evidentemente errata.

Come più volte sottolineato nel corso della trattazione, la duplicazione della residenza fiscale del soggetto passivo non può e non deve essere paragonata ad un fenomeno esclusivamente a carattere elusivo. Segnatamente, sebbene possa non è infrequente osservare trasferimenti fittizi della propria residenza al solo fine di ottenere un vantaggio fiscale, la maggior parte delle situazioni di duplicazione del collegamento territoriale deriva da un mero contrasto fra le disposizioni normative degli Stati coinvolti, totalmente indipendenti da un intento abusivo del contribuente.

In altre parole, volendo sintetizzare, l'art. 4(3) non è una norma anti abuso pura, ma una semplice regola di coordinamento volta a risolvere i conflitti di giurisdizione.

Fatta questa necessaria premessa, si tratta ora di analizzare il concreto funzionamento della “nuova” *tie-breaker rule*. In particolare, due sono le questioni sulle quali è soffermarsi: il procedimento di formazione dell'accordo e gli elementi alla base dello stesso.

³⁵²P. TOLEDO PIRES DE OLIVEIRA, *Action 14 of the OECD/G20 base erosion and profit shifting initiative: making dispute resolution more effective – did action 14 «piggyback» on the initiative?*, in *Bulletin for international taxation*, LXXI, 1, 2017, 8; PROSS, LIO, *Modernising MAP: BEPS Action 14 to improve dispute resolution*, in *International Tax Review*, 2016, 16.

³⁵³ OECD, *Preventing the Granting of the Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances, Action 6 – 2015 Final Report*, Parigi, 2015, par. 38.

A tal fine, è quindi necessario volgere lo sguardo verso i c.d. *minimum standard*³⁵⁴, *ovverosia quelle regole di condotta sviluppate* dietro impulso del forte impegno politico da parte degli Stati coinvolti.

In primo luogo, viene richiesto che gli Stati assicurino la piena e tempestiva implementazione delle obbligazioni derivanti dai trattati relative alle MAP secondo i canoni di buona fede.

In quest’ottica, è necessario assicurare l’applicabilità delle MAP anche alle controversie in tema di prezzi di trasferimento (o *Transfer pricing*, in breve TP), garantire una durata massima delle procedure pari a 24 mesi e istituire un processo di valutazione e monitoraggio (c.d. *Peer Review and Monitoring Process*) delle iniziative adottate dagli Stati membri (“FTA MAP Forum”)³⁵⁵.

In secondo luogo, viene evidenziata la necessità che il procedimento amministrativo promuova la prevenzione delle controversie su questioni inerenti ai trattati e alla loro tempestiva risoluzione.

Attività idonee a tal fine sono, ad esempio, l’individuazione dei soggetti dotati di idonei poteri per risolvere le questioni sottoposte, l’attribuzione agli stessi di risorse idonee allo scopo e la conoscibilità, da parte dei contribuenti, dell’esistenza e delle modalità applicative delle MAP.

Infine, terzo ed ultimo *minimum standard* è dato dalla necessità di consentire un’adeguata tutela del contribuente garantendo, ad esempio, una

³⁵⁴ F. BONNET, *Implementing the Action 14 minimum standard: signs of improved dispute resolution*, in *Tax notes international*, XC, 4, 2018, 427.

³⁵⁵OCSE, *Multilateral Strategic Plan On Mutual Agreement Procedures: A Vision For Continuous Map Improvement* “the Forum on Tax Administration has determined that competent authorities from among the FTA-member countries shall form a forum (the FTA MAP Forum) to meet regularly to deliberate on general matters affecting all participants’ programs for conducting mutual agreement procedures.

partecipazione diretta al procedimento, e la possibilità di avviare la procedura dinnanzi ad entrambe le amministrazioni coinvolte.

In ossequio a tale piano d'azione, il nuovo modello di convenzione (e relativo commentario) del 2017 ha quindi apportato anche alcune significative modifiche all'art. 25 fra le quali, *in primis*, l'attribuzione della facoltà di avviare la procedura dinnanzi ad entrambe le amministrazioni fiscali coinvolte a favore del contribuente³⁵⁶.

Tali modifiche, sebbene rappresentino certamente un significativo passo avanti, non hanno però risolto tutte le problematiche connesse allo strumento convenzionale.

Difatti, non solo le MAP rimangono tutt'oggi prive di un obbligo di risultato³⁵⁷ ma, come sottolineato anche dal paragrafo 70.1³⁵⁸ del nuovo commentario all'art. 25³⁵⁹, la durata della procedura può essere variata a

³⁵⁶ Per un'analisi statistica circa l'implementazione delle nuove misure all'interno delle convenzioni bilaterali ad oggi vigenti si rinvia a C. GERLACH, N. NIEMEYER, *The New Tie-Breaker-Rule for Companies According BEPS Action Point 6: A (Too) Radical Change?*, in *Intertax*, XLVI, 10, 2018, 753.

³⁵⁷ Si ricorda che, come sancito dal punto 65 del commentario, l'introduzione della procedura arbitrale all'interno delle convenzioni stipulate fra i singoli Stati contraenti risulta ancor'oggi una mera opzione, potendo gli Stati decidere di optare per un'esclusione di questa fase all'interno delle proprie convenzioni.

³⁵⁸ “*States that consider that the two year period is too short may amend the provision to allow an arbitration request to be made only after three years. Also, States are free to provide that, in certain circumstances, a longer period of time will be required before the request can be made in a specific case. This could be done, for example, by allowing the competent authorities to agree, on a case-by-case basis, to a different time period before the expiration of the two years*”.

³⁵⁹ “*1. Where a person considers that the actions of one or both of the Contracting States result or will result for him in taxation not in accordance with the provisions of this Convention, he may, irrespective of the remedies provided by the domestic law of those States, present his case to the competent authority of either Contracting State. The case must be presented within three years from*

seconda delle esigenze delle autorità nazionali coinvolte, minando sensibilmente la certezza e celerità del procedimento.

Ciò detto, con specifico riferimento alle MAP intese come *tie breaker rule*, l'Action 6 del progetto BEPS, così come il commentario alla convenzione contro le doppie imposizioni del 2017, individua una serie di

*the first notification of the action resulting in taxation not in accordance with the provisions of the Convention. 2. The competent authority shall endeavour, if the objection appears to it to be justified and if it is not itself able to arrive at a satisfactory solution, to resolve the case by mutual agreement with the competent authority of the other Contracting State, with a view to the avoidance of taxation which is not in accordance with the Convention. Any agreement reached shall be implemented notwithstanding any time limits in the domestic law of the Contracting States. 3. The competent authorities of the Contracting States shall endeavour to resolve by mutual agreement any difficulties or doubts arising as to the interpretation or application of the Convention. They may also consult together for the elimination of double taxation in cases not provided for in the Convention. 4. The competent authorities of the Contracting States may communicate with each other directly, including through a joint commission consisting of themselves or their representatives, for the purpose of reaching an agreement in the sense of the preceding paragraphs Where, a) under paragraph 1, a person has presented a case to the competent authority of a Contracting State on the basis that the actions of one or both of the Contracting States have resulted for that person in taxation not in accordance with the provisions of this Convention, and b) the competent authorities are unable to reach an agreement to resolve that case pursuant to paragraph 2 within two years from the date when all the information required by the competent authorities in order to address the case has been provided to both competent authorities, any unresolved issues arising from the case shall be submitted to arbitration if the person so requests in writing. These unresolved issues shall not, however, be submitted to arbitration if a decision on these issues has already been rendered by a court or administrative tribunal of either State. Unless a person directly affected by the case does not accept the mutual agreement that implements the arbitration decision, that decision shall be binding on both Contracting States and shall be implemented notwithstanding any time limits in the domestic laws of these States. The competent authorities of the Contracting States shall by mutual agreement settle the mode of application of this paragraph.” Per una ricostruzione delle modalità operative delle procedure amichevoli si rinvia a GASPARRI T., VALENTE P., CORREIA F., VINCENTI F., MATTIA S., *Procedure amichevoli (MAP)*, cit., 43.*

elementi che, in linea teorica, sono in grado di guidare le amministrazioni finanziarie nazionali durante la fase decisionale, senza però impedire alle stesse di fare ricorso ad ulteriori elementi ritenuti rilevanti in relazione al caso di specie³⁶⁰. Tuttavia, ad una più attenta lettura, emerge chiaramente come i criteri indicanti dal nuovo commentario sono, in larga parte, i medesimi elementi diretti a determinare l'ubicazione del PoEM.

È quindi più che evidente come la modifica operata a seguito dell'Action 6 del progetto BEPS assume una connotazione più formale che sostanziale.

Il PoEM, come più volte ricordato nel corso della trattazione, è un criterio di collegamento che richiede necessariamente una analisi di tipo fattuale e concreto ancorata ad un approccio *case-by-case*, simile a quello seguito dalle MAP.

Di conseguenza, una quasi perfetta coincidenza in termini di contenuto fra MAP e PoEM non fa altro che introdurre un mero procedimento formale. Tuttavia, in assenza di un obbligo di risultato e di una efficacia vincolante degli accordi, la modifica apportate dal progetto BEPS non appare, a parere di chi scrivo, idonea a risolvere le problematiche inerenti e conseguenti al *place of effective management*.

³⁶⁰ C. GERLACH, N. NIEMEYER, *The New Tie-Breaker-Rule for Companies According BEPS Action Point 6: A (Too) Radical Change?*, cit.

CAPITOLO IV

Il PoEM nel diritto europeo

SOMMARIO: 1. Il diritto UE e il divieto di doppia imposizione; 2. L'art. 293 TFUE 189; 3. La doppia imposizione alla luce delle libertà fondamentali; 4. Residenza fiscale e PoEM nel diritto positivo dell'Unione europea; 5. La residenza fiscale nella giurisprudenza della Corte di Giustizia; 6. (Segue) Il PoEM alla luce della libertà di stabilimento; 7. Le cause idonee a giustificare la restrizione delle libertà di stabilimento: il divieto di pratiche abusive; 8. Il Rapporto fra PoEM e Libertà di stabilimento: il caso italiano; 9. L'interdipendenza fra PoEM e Libertà di stabilimento; 10. Le procedure amichevoli; 11. Le MAP nel diritto italiano; 12. Conclusioni.

1. Il diritto UE e il divieto di doppia imposizione

La competenza legislativa dell'Unione è basata sul principio del conferimento o dell'attribuzione³⁶¹ in base al quale l'Unione europea ha

³⁶¹ R. SZUDOCZKY, D. WEBER, *Constitutional Foundation: EU Tax Competences; Treaty Basis for Tax Integration; Source and Enactment of EU Tax Law*, in *Terra/Wattel - European Tax Law*, (a cura di) P.J. WATTEL, O. MARRES, H. VERMEULEN, Alphen aan den Rijn, 2019, 11.

competenza sulle materie conferite dagli Stati membri nei Trattati. Tale competenza può essere esclusiva³⁶², concorrente³⁶³ o di sostegno³⁶⁴.

Sebbene l'Unione sia più volte intervenuta anche con riferimento ad alcune tematiche relative all'imposizione diretta³⁶⁵, la competenza affidata

³⁶² Art. 3, TFUE, “1. L'Unione ha competenza esclusiva nei seguenti settori: a) unione doganale; b) definizione delle regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno; c) politica monetaria per gli Stati membri la cui moneta è l'euro; d) conservazione delle risorse biologiche del mare nel quadro della politica comune della pesca; e) politica commerciale comune. 2. L'Unione ha inoltre competenza esclusiva per la conclusione di accordi internazionali allorché tale conclusione è prevista in un atto legislativo dell'Unione o è necessaria per consentirle di esercitare le sue competenze a livello interno o nella misura in cui può incidere su norme comuni o modificarne la portata”.

³⁶³ Art. 4, TFUE, “1. L'Unione ha competenza concorrente con quella degli Stati membri quando i trattati le attribuiscono una competenza che non rientra nei settori di cui agli articoli 3 e 6. 2. L'Unione ha una competenza concorrente con quella degli Stati membri nei principali seguenti settori: a) mercato interno; b) politica sociale, per quanto riguarda gli aspetti definiti nel presente trattato; c) coesione economica, sociale e territoriale; d) agricoltura e pesca, tranne la conservazione delle risorse biologiche del mare; e) ambiente f) protezione dei consumatori; g) trasporti; h) reti transeuropee; i) energia; j) spazio di libertà, sicurezza e giustizia; k) problemi comuni di sicurezza in materia di sanità pubblica, per quanto riguarda gli aspetti definiti nel presente trattato. 3. Nei settori della ricerca, dello sviluppo tecnologico e dello spazio, l'Unione ha competenza per condurre azioni, in particolare la definizione e l'attuazione di programmi, senza che l'esercizio di tale competenza possa avere per effetto di impedire agli Stati membri di esercitare la loro. 4. Nei settori della cooperazione allo sviluppo e dell'aiuto umanitario, l'Unione ha competenza per condurre azioni e una politica comune, senza che l'esercizio di tale competenza possa avere per effetto di impedire agli Stati membri di esercitare la loro”.

³⁶⁴ Art. 6, TFUE, “L'Unione ha competenza per svolgere azioni intese a sostenere, coordinare o completare l'azione degli Stati membri. I settori di tali azioni, nella loro finalità europea, sono i seguenti: a) tutela e miglioramento della salute umana; b) industria; c) cultura; d) turismo; e) istruzione, formazione professionale, gioventù e sport; f) protezione civile; g) cooperazione amministrativa”.

³⁶⁵ Si possono ricordare, ad esempio, le disposizioni in tema di trattamento fiscale di dividendi, interessi e canoni.

agli organi europei è certamente estremamente limitata, rimanendo gli Stati membri liberi di regolare e modificare la propria disciplina sull'imposizione sui redditi.

Conseguentemente, tale limitata competenza non consente al legislatore europeo di limitare la potestà impositiva statale al fine di salvaguardare il diritto del contribuente a non vedersi sottoposto ad un doppio prelievo impositivo.

A fronte di ciò, una duplicazione del carico tributario presenta evidenti profili di conflitto con uno dei principali obiettivi perseguiti dall'ordinamento europeo, ovverosia la realizzazione del c.d. mercato unico³⁶⁶. Difatti, la doppia imposizione è un fenomeno idoneo a limitare l'espansione economica del mercato interno, creando barriere a carattere tributario.

³⁶⁶ Come rileva, G. CAPECCHI, *Il mercato interno – quadro generale e principi di funzionamento*, in *Elementi di diritto dell'Unione Europea*, (a cura di) U. DRAETTA, N. PARISI, Milano, 2018, 103, “*Il mercato interno dell'Unione è uno spazio economico, senza frontiere interne, dove si consente a persone, merci, servizi e capitali di circolare liberamente, nel rispetto di un quadro giuridico uniforme e di alcune politiche comuni. La creazione del mercato interno rappresenta una delle istanze fondamentali dell'Unione e un evento di straordinaria rilevanza nella storia delle relazioni europee. Il raggiungimento di questo risultato, peraltro ancora in divenire, ha necessariamente richiesto una lunga gestazione, di cui è bene dare brevemente conto*”. Sul tema si veda anche R. ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, Torino, 2020, 459; ID., *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2019, 347, N. J. DE BOER, *Fundamental Rights and the EU Internal Market: Just how Fundamental are the EU Treaty Freedoms?*, in *ULR*, IX, 1, 2013, 148; I. MALETI, *The Law and Policy of Harmonisation in Europe's Internal Market*, Cheltenham, 2013; F. TESAURO, *Diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2012, 365. Nella dottrina internazionale, S. WEATHERILL, *Maximum versus Minimum Harmonisation: Choosing between Unity and Diversity in the Search for the Soul of the Internal Market*, in *From Single Market to Economic Union. Essays in memory of John A. Usher*, (a cura di) N. N. SHUIBHNE, L. W. GORMLEY, Oxford, 2012, 175; P. SYRPIS, *The Judiciary, the Legislature and the EU Internal Market*, Cambridge, 2012, 3.

Sul tema, la Commissione europea, in alcune sue comunicazioni³⁶⁷, benché abbia sostenuto come la doppia imposizione è un fenomeno indubitabilmente impeditivo al funzionamento del mercato comune, ha, al tempo stesso, sistematicamente evidenziato che, allo stato attuale, non esiste alcuna fonte di diritto primario³⁶⁸ o secondario che imponga agli Stati membri un dovere di eliminazione della duplicazione del prelievo fiscale.

In altre parole, anche in assenza di un espresso divieto di doppia imposizione all'interno dei trattati, la duplicazione del prelievo impositivo derivante dalla sovrapposizione della potestà impositiva di due Stati membri è certamente idonea ad ostacolare la realizzazione degli obiettivi perseguiti dall'Unione europea fra i quali, *in primis*, la realizzazione del mercato univo.

Quest'ultima circostanza impone quindi di domandarsi se i principi generali dell'Unione, così come interpretati dalla Corte di Giustizia, individuino, anche in via indiretta, un vero e proprio divieto di doppia imposizione.

³⁶⁷ Sebbene si tratti di strumenti c.d. di soft law, come rilevano A. CARINCI, T. TASSANI, *Manuale di diritto tributario*, cit., 37, “Negli ultimi anni, e non solo in materia fiscale, si è assistito ad una forte diffusione delle fonti di soft law” percepita “soprattutto a livello europeo ed internazionale, derivando dalla necessità, sempre più avvertita, di un’azione congiunta e coordinata dei singoli legislatori nazionali per affrontare fenomeni tributari di portata mondiale”. Sul tema si veda anche P. PISTONE, *Soft tax law: steering legal pluralism towards international tax coordination*, in *Traditional and alternative routes to European tax integration* (a cura di) D. WEBER, Amsterdam, 2010, 97.

³⁶⁸ Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo e al Comitato economico e sociale europeo, *Coordinamento dei sistemi di imposizione diretta degli Stati membri nel mercato interno*, 19 dicembre 2006, COM (2006) 823; Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo, *Doppia imposizione nel mercato unico*, 11 novembre 2011, COM (2011) 712.

2. Il “divieto” di doppia imposizione contenuto all’art. 293 TFUE

L’attività esegetica che deve essere compiuta in questo capitolo non può che partire dalle disposizioni di diritto primario precedenti alle modifiche apportate dal Trattato di Lisbona³⁶⁹ e, nello specifico, dall’art. 293 TCE³⁷⁰ il quale attribuiva agli Stati membri il compito di avviare fra loro negoziati finalizzati all’eliminazione della doppia imposizione.

Prima facie, si potrebbe ritenere che, prima delle modifiche del 2007, l’eliminazione della doppia imposizione fosse un vero e proprio obiettivo dell’ordinamento europeo. Ad una più attenta lettura, una simile affermazione appare indubitabilmente errata.

Difatti, la disposizione da ultimo richiamata si limitava a prevedere un mero obbligo a carattere “procedurale” imponendo agli Stati membri solamente l’avvio dei negoziati, senza prevedere alcun limite temporale o obbligo di risultato. Pertanto, secondo l’opinione dominante, l’art. 293 TCE non introduceva alcun vero e proprio obbligo di eliminazione della doppia imposizione, circostanza che, di conseguenza, impediva alla Corte di Giustizia un sindacato in materia.

³⁶⁹ Per una ricostruzione delle modifiche apportate dal Trattato di Lisbona, si veda J. C. PIRIS, *Il Trattato di Lisbona*, Milano, 2013; M. C. BARUFFI, *Dalla costituzione europea al trattato di Lisbona*, Padova, 2008.

³⁷⁰ Art. 293, TCE, “*Gli Stati membri avvieranno fra loro, per quanto occorra, negoziati intesi a garantire, a favore dei loro cittadini: - la tutela delle persone, come pure il godimento e la tutela dei diritti alle condizioni accordate da ciascuno Stato ai propri cittadini, - l’eliminazione della doppia imposizione fiscale all’interno della Comunità, - il reciproco riconoscimento delle società a mente dell’articolo 48, comma secondo, il mantenimento della personalità giuridica in caso di trasferimento della sede da un paese a un altro e la possibilità di fusione di società soggette a legislazioni nazionali diverse, - la semplificazione delle formalità cui sono sottoposti il reciproco riconoscimento e la reciproca esecuzione delle decisioni giudiziarie e delle sentenze arbitrali*”.

A ciò si aggiunga, inoltre, che, da un punto di vista operativo, la disposizione è stata raramente utilizzata nella prassi.

Difatti, come affermato anche dalla stessa Corte di Giustizia, l'art. 293 TCE non attribuiva ai cittadini alcun diritto a non essere tassati più volte sulla medesima fattispecie³⁷¹, ma si limitava a riconoscere una facoltà, a favore degli Stati membri, di instaurare negoziati al fine di eliminare le sovrapposizioni della giurisdizione fiscale nazionale.

Pertanto, gli Stati membri, in occasione della negoziazione che ha portato alla conclusione del Trattato di Lisbona, hanno deciso di eliminare tala disposizione, in quanto norma priva di reale efficacia ed utilità³⁷².

Questa modifica può essere letta secondo due linee interpretative.

Da un lato, si potrebbe ritenere che l'eliminazione dell'art. 293 TCE abbia inteso sottrarre al legislatore europeo ogni compito in relazione alla lotta contro la doppia imposizione, attribuendo tale attività esclusivamente agli Stati membri.

³⁷¹ CGUE, 12 maggio 1998, causa C-336/96, *Gilly*. Commentata da J. F. AVERY JONES, *What is the Difference between Schumacker and Gilly?*, in *European Taxation*, XXXIX, 1, 1999, 2; H. VAN DEN HURK, *The European Court of Justice knows its limits (A discussion inspired by the Gilly and ICI cases)*, in *EC Tax Review*, VIII, 4, 1999, 211; K. EICKER, *Tax Treaties and EC Law: Comment on the Gilly Case*, in *ET*, XXXVIII, 10, 1998, 322; K. VOGEL, *Some observations regarding 'Gilly'*, in *EC Tax Review*, VII, 3, 1998, 150; S. MEDICI, *Convenzioni fiscali e principio di non discriminazione nel contesto dell'Unione europea*, in *DPT*, 3, 1998, 845.

³⁷² P. PISTONE, *Double taxation: Selected Issues of Compatibility with European Law, Multilateral Tax Treaties, and CCCTB*, in *Double burdens within the European Union*, (a cura di) A. RUST, Aalphen Aan Den Rijn, 2011, 187; E. REIMER, *The Abolition of Article 293 EC: Comments on Hoffmann's Analysis*, in *Double Taxation within the European Union* (a cura di) A. RUST, Amsterdam, 2011, 87; P. MARCHESSOU, *Le conseguenze fiscali del Trattato di Lisbona*, in *DPT*, 3, 2010, 595.

Dall'altro lato, invece, un'interpretazione meno restrittiva potrebbe portare a ritenere che l'eliminazione dell'art. 293 TCE sia segno della sola intenzione di rimuovere dal sistema una norma notoriamente ambigua e priva di risvolti applicativi, al fine di ricomprendere l'eliminazione della doppia imposizione nel più generale obiettivo dell'armonizzazione delle normative fiscali nazionali³⁷³.

Ebbene, questa seconda interpretazione, anche alla luce della frequente menzione del fenomeno all'interno del diritto secondario³⁷⁴, sembrerebbe essere quella preferibile.

Se così è, allora, occorre domandarsi se, allo stato attuale, esistano delle disposizioni di diritto primario finalizzate ad eliminare la doppia

³⁷³ S. DORIGO, *Residenza fiscale delle società e libertà di stabilimento nell'unione europea*, Padova, 2012, 83, "L'abrogazione dell'art. 293, che una lettura superficiale potrebbe far apparire quale segno del definitivo tramonto della rilevanza europea della doppia imposizione, pare quindi al contrario sancirne la definitiva consacrazione, nel senso che la sua eliminazione, in quanto obiettivo essenziale dell'Unione, è ora affidata al diretto coinvolgimento delle sue istituzioni, in modo da favorire soluzioni coordinate ed efficaci. L'inerzia serbata dagli Stati nel dar seguito all'obbligo di cui alla citata disposizione ha creato, nel tempo, situazioni paradossali – riflesse come subito vedremo dalle incertezze manifestate dalla Corte di giustizia – nelle quali una situazione (la doppia imposizione) contraria agli obiettivi del Trattato aveva tuttavia diritto di cittadinanza nell'ordinamento comune. Ora, con l'abrogazione dell'art. 293, si può ragionevolmente assistere ad una diretta presa in carico del problema da parte delle istituzioni europee".

³⁷⁴ Basti pensare, a mero titolo esemplificativo, a quanto affermato dal quinto considerando della Direttiva (UE) 2016/1164 del 12 luglio 2016, secondo cui "Ove l'applicazione di tali norme dia luogo a una doppia imposizione, i contribuenti dovrebbero beneficiare di uno sgravio tramite una detrazione dell'imposta versata in un altro Stato membro o in un paese terzo, a seconda del caso. Le norme dovrebbero pertanto mirare non solo a contrastare le pratiche di elusione fiscale, ma anche a evitare la creazione di altri ostacoli al mercato, come la doppia imposizione". Sul tema si veda anche A. CUOCO, P. SERVA, *La procedura APA in caso di trasferimento da Stati UE*, in *Corr. Trib.*, 7, 2019, 708.

imposizione o se tale obiettivo sia rinvenibile solo in delimitati e specifici casi riscontrabili nella sola normativa secondaria.

3. (Segue) la doppia imposizione alla luce delle libertà fondamentali

L'analisi dell'interrogativo sopra posto non può che partire dalle elaborazioni emerse in seno alla Corte di Giustizia dell'Unione europea.

Più precisamente, il primo passaggio fondamentale è rappresentato dalle sentenze *Gilly*³⁷⁵ e *Kerckhaert-Morres*³⁷⁶, ove i giudici europei sono stati chiamati a pronunciarsi con riferimento all'abrogato art. 293 TCE. In queste pronunce, sebbene, come precedentemente ricordato, la Corte abbia negato la possibilità di riconoscere in capo ai contribuenti un diritto a non essere sottoposti due volte al prelievo impositivo, i giudici europei hanno comunque concluso, sebbene in via indiretta, nel senso di ritenere la doppia imposizione contraria agli obiettivi di funzionamento del trattato.

In altre parole, come confermato anche dalle successive sentenze *Block*³⁷⁷ e *Dasmeaux*³⁷⁸, ferma l'impossibilità da parte dell'Unione di

³⁷⁵ CGUE, C-336/96, *cit.*

³⁷⁶ CGUE, 14 novembre 2005, causa C-513/14, *Kerckhaert-Morres*, commentata da V. HEYDT, *Juridical Double Taxation: Kerckhaert and Morres*, in *Landmark Decisions of the ECJ*, in *Direct Taxation*, (a cura di) W. HASLEHNER, G. KOFLER, A. RUST, Alphen aan den Rijn, 2015, 181.

³⁷⁷ CGUE, 12 febbraio 2009, causa C-67/08, *Block*, commentata da J. MONSENEGO, *Double Taxation in the EU: The Future After Block*, in *Tax Notes International*, 2009 215.

³⁷⁸ CGUE, 16 luglio 2009, causa C-128/08, *Dasmeaux*, commentata da M. DASSESSE, *Double Taxation of Foreign Dividends: The Damseaux Case Aiming at the Wrong Target Criticism Should Be Directed towards France and Not Belgium*, in *EC Tax Review*, XIX, 3, 2010, 122; T. O'SHEA, *ECJ Upholds Belgian Divided Tax Treatment*, in *Tax Notes International*, 2009, 354.

imporre ad uno degli Stati membri l'adozione di una misura unilaterale (quale, ad esempio, la rinuncia alla pretesa impositiva), deve potersi affermare l'esistenza di un vero e proprio obbligo, in capo agli Stati membri, di procedere alla conclusione di una soluzione concordata, anche mediante l'utilizzo del modello convenzionale.

Su quest'ultimo rilievo si deve però dare atto di una posizione interpretativa, adottata dalla medesima Corte, contraria e opposta.

Si tratta della sentenza *SGI*³⁷⁹, ove i giudici europei, sebbene relativamente ad un'ipotesi di doppia imposizione in tema di *Transfer pricing*, hanno giudicato lo strumento convenzionale inidoneo a porre rimedio alle restrizioni alle libertà fondamentali derivanti dalla duplicazione del prelievo impositivo³⁸⁰.

³⁷⁹ CGUE, 21 gennaio 2010, causa C-311/08, *SGI*, commentata da J. T. K. MEUSSEN, *The SGI Case: ECJ Approves Belgian System of Selective Profit Corrections in Relation to Foreign Group Companies*, in *European Taxation*, L, 6, 2010, 245.

³⁸⁰ In questo caso, tuttavia, si trattava di accordo convenzionali *ad hoc*, la cui negoziazione si rendeva necessaria solo qualora si dovesse riscontrare una doppia imposizione derivante da una rettifica degli utili di imprese associate. In questo caso, infatti, non solo l'obbligo di contrattazione imporrebbe un ulteriore onere economico e burocratico non giustificabile ma, inoltre, durante il periodo di contrattazione il contribuente rimarrebbe comunque assoggettato ad un duplice prelievo impositivo. Più precisamente, la Corte afferma, al punto 54, che “*riguardo alla possibilità di applicare la convenzione arbitrale occorre rilevare, al pari dell'avvocato generale al paragrafo 48 delle sue conclusioni, che l'avvio di una procedura di composizione amichevole della controversia tra le amministrazioni tributarie interessate, di cui all'art. 6 della sezione 3 di tale convenzione, comporta oneri amministrativi ed economici supplementari per la società che sottopone il proprio caso a detta procedura. Peraltro, tale procedura, ed eventualmente una procedura arbitrale che la seguisse, si può protrarre per parecchi anni. Orbene, durante questo periodo, detta società deve sopportare l'onere della doppia imposizione. Inoltre, risulta che, in particolare alla luce degli elementi ripresi al punto 29 della presente sentenza, la normativa di cui trattasi nella causa principale si applica in determinate situazioni che non rientrano nell'ambito di applicazione di detta convenzione*”.

Indipendentemente dall'approccio seguito, si deve comunque ritenere che la Corte di Giustizia, similmente alla Commissione europea, consideri la doppia imposizione internazionale, un fenomeno potenzialmente impeditivo al corretto funzionamento dell'Unione il quale, tuttavia, non è espressamente vietato dal diritto eurounionale.

Tuttavia, questa conclusione, soprattutto se analizzata alla luce dei recenti interventi della Corte di giustizia in materia di libertà di stabilimento, non appare del tutto convincente.

Segnatamente, occorre fare riferimento all'ampia e ormai consolidata giurisprudenza in tema di divieto di restrizioni di stampo fiscale alla libertà di stabilimento, la quale giudica incompatibili con il diritto eurounionale tutte quelle misure che, sebbene a contenuto non discriminatorio, finiscono per limitare o semplicemente scoraggiare l'esercizio della predetta libertà³⁸¹.

Ebbene, appare evidente come il rischio di duplicazione del prelievo impositivo sia una circostanza idonea a dissuadere i contribuenti dall'esercizio della libertà di stabilimento.

Si tratterebbe, come affermato da alcuni autori, di una c.d. "quasi-restrizione", in quanto, ferma la non espressa contrarietà della doppia imposizione alle disposizioni contenute nei trattati, appare evidente come detto fenomeno possa, nella sostanza, limitare l'esercizio della libertà di stabilimento³⁸².

³⁸¹ Per una completa ricostruzione dell'evoluzione di tale orientamento giurisprudenziale si rinvia a A. DEL SOLE, *Discriminazioni e restrizioni fiscal – i principi della Corte di Giustizia delle Comunità Europee*, Milano, 2007 e G. BIZIOLI, *Evoluzione del diritto di stabilimento nella giurisprudenza in materia fiscale della Corte di Giustizia*, in *Riv.dir. pubbl.com.*, 1999, 381.

³⁸² P. PISTONE, *Il credito per le imposte estere e il diritto comunitario: la Corte di giustizia non convince*, in *Riv. Dir. trib.*, 2000, 69.

In altre parole, la duplicazione del prelievo impositivo, la quale deriva, per sua stessa natura, dal difetto di coordinamento fra due o più ordinamenti nazionali, può evidenziare un fenomeno discriminatorio e limitativo delle libertà fondamentali non dissimile all'ipotesi in cui tali conseguenze derivino dalla singola normativa nazionale.

Il giudizio di illegittimità relativo alle restrizioni alle libertà fondamentali non può, infatti, essere limitato alle sole situazioni "interne" poiché, così facendo, si finirebbe inevitabilmente per creare una nuova ed ulteriore discriminazione fra contribuenti incisi dalle sole normative nazionali e contribuenti incisi dalle disposizioni di più Stati membri.

D'altronde, a ben vedere, le due situazioni possono anche essere considerate parzialmente sovrapponibili.

Anche in caso di doppia imposizione, la "discriminazione" deriva comunque dall'applicazione di una normativa nazionale, ma applicata "in combinato disposto" con le disposizioni dell'altro Stato membro coinvolto³⁸³.

In conclusione, volendo sintetizzare i ragionamenti precedenti, si può affermare che la doppia imposizione è tendenzialmente indifferente rispetto al diritto eurounionale ma diviene fenomeno contrario al diritto primario qualora questa determini una discriminazione o una restrizione all'esercizio delle libertà fondamentali³⁸⁴.

³⁸³ S. DORIGO, *Doppia imposizione internazionale e diritto dell'Unione europea*, in *Riv. Trim. dir. trib.*, 1, 2013, 23.

³⁸⁴ Si rileva, però, che, secondo alcuni autori, potrebbe ritenersi tale pretesa anche "indirettamente" in violazione del diritto primario. Si potrebbe affermare, infatti, che il mantenimento di una situazione di doppia imposizione viole il dovere dello stato di astenersi dall'adottare misure o condotte in grado di mettere in pericolo il perseguimento degli obiettivi dei trattati, come era espressamente sancito dall'art. 10, secondo paragrafo TCE.

4. Residenza fiscale e PoEM nel diritto positivo dell'Unione europea

Tanto premesso, prima di procedere all'analisi dell'implementazione del PoEM all'interno del diritto eurounionale, è opportuno soffermarsi brevemente sul concetto di residenza fiscale accolto dall'ordinamento europeo.

A tal proposito, ci si deve innanzitutto domandare se l'ordinamento europeo conosca una propria autonoma definizione del concetto.

Tale interrogativo deve senz'altro trovare una risposta di segno negativo in quanto la normativa europea, similmente a quella convenzionale, non contiene alcuna propria definizione di residenza fiscale³⁸⁵.

La giustificazione di tale carenza normativa deve essere individuata nella limitata competenza del diritto eurounionale con riferimento all'imposizione diretta.

Come emerge chiaramente anche dai lavori preparatori dell'ormai abbandonato progetto di Costituzione europea, la disciplina fiscale europea si fonda, oltre che sull'unione doganale e sulla c.d. armonizzazione fiscale,

³⁸⁵ S. DORIGO, *Residenza fiscale delle società e libertà di stabilimento nell'unione europea*, cit., 70 il quale, però, rileva anche che “Di fatto, non esiste allo stato attuale una definizione di residenza fiscale valevole nel contesto del diritto dell'Unione. Altro è per concetti diversi (...) ad esempio, del concetto di ‘centro degli interessi principale del debitore’ previsto dal regolamento n. 1346/2000 sulle procedure di insolvenza transfrontaliera [oggi sostituito dal Regolamento (UE) 2015/848]. La Corte di Giustizia, nella sentenza *Interedil* (C-396/09 del 20 ottobre 2011), ha riconosciuto che siffatto concetto, siccome previsto da una norma del regolamento, ha un significato autonomo da quello che possono attribuirgli gli ordinamenti degli Stati membri e deve, perciò, essere ricostruito ed interpretato in maniera uniforme”.

sulla radicata convinzione che l'imposizione diretta debba essere affidata esclusivamente (o prevalentemente) alla competenza degli Stati membri³⁸⁶.

L'imposizione sul reddito è, infatti, strettamente connessa alla politica fiscale³⁸⁷ propria degli Stati membri, i quali devono essere lasciati liberi di determinare il carico impositivo complessivo in capo ai propri consociati e la misura in cui questi sono tenuti a contribuire alle spese pubbliche.

A ciò si aggiunga, inoltre, come l'imposizione diretta è inevitabilmente collegata ai valori fondamentali enunciati dalle singole Carte costituzionali, i quali vanno ben al di là della logica economica e concorrenziale propria dell'ordinamento europeo.

In altre parole, l'attribuzione di una competenza (quasi) esclusiva agli Stati membri in tema di imposizione diretta deriva dal fatto che è solo il legislatore nazionale in grado di modulare il prelievo impositivo in base alle esigenze e alle limitazioni proprie del singolo Stato membro.

Ciò, tuttavia, non ha impedito al legislatore europeo di intervenire su alcune specifiche materie improntate a quella finalità concorrenziale e liberistica propria del diritto europeo.

In questi settori, la necessità di individuare una definizione del concetto di "residenza fiscale" è stata sopperita, similmente a quanto avviene nel diritto convenzionale, rinviando alle elaborazioni proprie delle

³⁸⁶ P. BORIA, *Diritto tributario europeo, cit.*, 315.

³⁸⁷ Tuttavia, come rileva R. CORDIERO GUERRA, *Politica Fiscale della CE*, in *Dizionario di diritto pubblico*, (a cura di) S. CASSESE, Milano, 2006, 4329, "Il termine 'politica fiscale' viene tradizionalmente utilizzato per indicare l'insieme delle direttive che ispirano, in un determinato momento storico, le scelte legislative inerenti alla struttura del prelievo di ciascuno Stato. (...) Diversa accezione il termine 'politica fiscale' assume nel contesto della Comunità Europea, dal momento che gli Stati membri non hanno devoluto ad essa il potere di istituire tributi a carico dei cittadini che ivi risiedono".

legislazioni nazionali. Tipici esempi di questa impostazione possono essere rinvenuti nella c.d. direttiva madre-figlia³⁸⁸ o nella direttiva fusioni³⁸⁹.

Si deve però sottolineare che l'utilizzo della residenza fiscale in ambito europeo assolve ad una funzione ben diversa rispetto alla finalità da questa rivestita all'interno degli ordinamenti nazionali.

Difatti, se, in quest'ultimo conteso, la residenza assolve, come precedentemente rilevato, il compito di delimitare la potestà impositiva nazionale, in ambito europeo il collegamento territoriale mira semplicemente ad evitare che un soggetto extra-UE possa godere dei benefici introdotti dalle normative eurounionali senza averne diritto³⁹⁰.

Si tratta, quindi, di una mera delimitazione soggettiva del campo applicativo delle norme, sconnessa dall'esercizio di una vera e propria potestà impositiva.

Tanto premesso, è però interessante notare come, in tempi più recenti, il legislatore europeo abbia aperto le porte verso un intervento più decisivo

³⁸⁸ Direttiva 1990/435/CEE del 23 luglio 1990, successivamente modificata e integrata dalle Direttive 2011/96/UE del 30 novembre 2011 e 2015/121/UE del 27 gennaio 2015. Sul tema si rinvia a P. SELLA, *Pagamenti di royalties e dividendi a un non residente: per la ritenuta ridotta o l'esenzione Madre-Figlia non è sufficiente il Modello*, in *Fisc. & comm. Int.*, 8-9, 2017, 41; L. ROSSI, G. FICAI, *Modifiche 'antielusive' alla Direttiva Madre Figlia*, in *Corr. Trib.*, 22, 2015, 1699; M. SIEGFRIED, *La tassazione dei dividendi in Italia come stato di residenza*, in *Corr. Trib.*, 7, 1991, 505.

³⁸⁹ Direttiva 90/434/CEE del 23 luglio 1990, oggi confluita, a seguito di modifiche, nella Direttiva (UE) 2017/1132 del 14 giugno 2017. Si ricorda inoltre, che la disciplina sulle operazioni straordinarie è oggi destinata a subire un ulteriore mutamento a seguito della nuova Direttiva (UE) 2019/2121 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 novembre 2019, alla quale gli Stati Membri dovranno conformarsi entro il 31 gennaio 2023.

³⁹⁰ S. DORIGO, *Residenza fiscale delle società e libertà di stabilimento nell'unione europea*, cit., 71.

in materia, circostanza che emerge chiaramente dalla proposta di direttiva sulla base imponibile consolidata comune³⁹¹.

Si tratta, nello specifico, di una proposta di direttiva finalizzata ad introdurre una disciplina europea comune volta a determinare la base imponibile delle società a prevalente attività transnazionale calcolando il reddito su base consolidata per poi ripartire la base imponibile fra gli Stati interessati i quali, a loro volta, applicheranno le proprie aliquote interne³⁹².

In questo contesto, la Commissione ha previsto una esplicita definizione di residenza ai fini dell'applicabilità della previsione normativa affermando che *“una società che ha sede legale, luogo di costituzione o di*

³⁹¹ Come ricorda P. VALENTE, *La proposta di direttiva sulla Common consolidated corporate tax base (Ccctb) Il consolidamento della base imponibile*, in *Fisco*, 14, 2011, 2207, *“Il consolidato comunitario è stato illustrato, per la prima volta, nel 2001, quando, nella comunicazione n. 582 e nello studio n. 1681, la Commissione europea ha esposto la nuova strategia di eliminazione degli ostacoli fiscali esistenti nel mercato interno. Nel “Non-Paper” del 7 luglio 2004, predisposto in vista del Consiglio Ecofin del settembre 2004, la Commissione ha ribadito le linee di azione già esposte e i vantaggi che, dall’introduzione della CCCTB, potrebbero derivare alle imprese comunitarie che svolgono attività transfrontaliera”*.

³⁹² Come ricorda C. SCARDINO, *La UE rilancia la base imponibile consolidata comune per l’imposta sulle società (CCCTB)*, in *Fisc. & Comm. Int.*, 3, 2016, 34, *“La CCCTB offre, in particolare due grandi vantaggi: il primo è legato a un significativo miglioramento del contesto imprenditoriale nel mercato unico. Infatti, le imprese potrebbero utilizzare soltanto un unico sistema europeo per calcolare il loro fatturato soggetto a tassazione piuttosto che affrontare 28 Regolamenti nazionali: questo comporterebbe una riduzione del carico amministrativo, dei costi di conformità e delle incertezze legali per le aziende transnazionali. Il secondo vantaggio è relativo al contributo alla lotta all’evasione europea; infatti, con una base comune, tutti gli Stati Membri applicherebbero le stesse regole per calcolare i profitti delle aziende transnazionali e si eliminerebbero le asimmetrie tra i regimi fiscali nazionali, che la pianificazione fiscale aggressiva spesso sfrutta e anche la possibilità di utilizzare regimi preferenziali per il trasferimento degli utili (...) Il suo scopo ultimo è favorire la mobilità degli investimenti, la creazione di nuovi posti di lavoro nonché, in definitiva, la crescita del mercato unico europeo”*.

*direzione effettiva in uno Stato membro e non è, in base ai termini di un accordo concluso da tale Stato membro con un paese terzo, considerata come residente fiscale in tale paese terzo è considerata residente a fini fiscali in tale Stato membro*³⁹³.

In questo contesto, appare particolarmente rilevante volgere lo sguardo anche verso le modifiche apportate a detta proposta nel 2016³⁹⁴. Più precisamente, la “nuova proposta” ha eliminato dalla disposizione in tema di residenza il riferimento alle legislazioni nazionali, precedentemente contenuto all’interno dell’art. 6, par. 1³⁹⁵.

Sebbene, a livello interpretativo, si potrebbe ritenere che l’individuazione della residenza in base ai criteri nazionali sia ancor’oggi elemento decisivo al fine di consentire ad una società di poter optare per il regime CCCTB, appare evidente come l’eliminazione del riferimento alle

³⁹³ Art. 6 (3) (oggi art. 4) della Proposta di Direttiva del Consiglio relativa a una base imponibile consolidata comune per l'imposta sulle società, COM (2011) 121 final del 3 ottobre 2011.

³⁹⁴ Proposta di Direttiva del Consiglio relativa a una base imponibile consolidata comune per l'imposta sulle società, COM (2016) 683 final del 25 ottobre 2016. A tal proposito, pare utile ricordare che la Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 15 marzo 2018 sulla proposta di direttiva del Consiglio relativa a una base imponibile comune per l'imposta sulle società ha approvato,

con emendamenti, la proposta sulla base imponibile comune per le società (CCTB) e quella relativa alla base imponibile comune consolidata per l'imposta sulle società (CCCTB). Sul tema si rinvia a A. DELLA ROVERE, F. PECORARI, *Verso una base imponibile comune consolidata per le imprese UE*, in *Fisco*, 18, 2018, 1754.

³⁹⁵ Art. 6, COM (2011) 121 final, “Una società cui si applichi la presente direttiva, che sia residente a fini fiscali in uno Stato membro, può optare per il regime previsto dalla presente direttiva alle condizioni ivi previste. 2. Una società cui si applichi la presente direttiva, che non sia residente a fini fiscali in uno Stato membro, può optare per il regime previsto dalla presente direttiva alle condizioni ivi previste con riferimento ad una stabile organizzazione mantenuta in uno Stato membro”.

normative interne possa anche evidenziare un chiaro intento del legislatore europeo di introdurre un autonomo concetto di residenza fiscale.

Da ultimo, rimandando la trattazione alle pagine che seguono, è interessante notare anche come la proposta di direttiva introduca una propria *tie-breaker rule* basata sulla disposizione di cui all'art. 4(3) del modello OCSE precedente alle modifiche del 2017 facendo esplicito riferimento al concetto di *Place of effective management*³⁹⁶.

5. La residenza fiscale nella giurisprudenza della Corte di Giustizia

L'approccio al tema della residenza fiscale adottato dal legislatore europeo trova una propria conferma anche nella giurisprudenza della Corte di Giustizia.

I giudici europei, infatti, ritengono la residenza fiscale un fattore che gli Stati membri possono legittimamente utilizzare al fine di delimitare l'ambito di efficacia spaziale e soggettivo delle normative tributarie

³⁹⁶ Art. 4 (3), COM (2016) 683 final, “*Where the place of effective management of a group member engaged in shipping or in inland waterways transport is aboard a ship or boat, the group member shall be considered to be resident for tax purposes in the Member State of the home harbour of the ship or boat, or, where there is no such home harbour, in the Member State of residence for tax purposes of the operator of the ship or boat. 4. A resident taxpayer shall be subject to corporate tax on all income derived from any source, whether inside or outside the Member State where it is resident for tax purposes. 5. A non-resident taxpayer shall be subject to corporate tax on all income from an activity carried on through a permanent establishment in a Member State*”.

nazionali, sia facendo riferimento alle disposizioni nazionali, sia a quelle convenzionali³⁹⁷.

In altre parole, anche i giudici europei sanciscono un principio di tendenziale libertà nella determinazione dei criteri di collegamento fra soggetto e Stato.

Tuttavia, in considerazione degli obiettivi dell'UE, non si tratta di una libertà assoluta quanto, piuttosto, relativa poiché il legislatore nazionale trova un limite all'esercizio della propria funzione legislativa nelle disposizioni derivanti dai trattati.

Pertanto, a fronte di una tendenziale libertà di esercizio della propria potestà impositiva nel campo dell'imposizione diretta³⁹⁸ (la quale ricomprende anche la facoltà di stabilire i criteri di collegamento ritenuti più idonei), gli Stati membri devono esercitare questa facoltà nel rispetto dei principi fondamentali dell'Unione europea fra i quali, *in primis*, la libertà di stabilimento.

³⁹⁷ È infatti affermazione pacifica che “*gli Stati membri restano competenti a determinare i criteri della tassazione dei redditi e del patrimonio al fine di eliminare, se del caso mediante convenzioni, le doppie imposizioni. In tale ambito, nel quadro delle convenzioni bilaterali stipulate per evitare la doppia imposizione gli Stati membri sono liberi di stabilire i fattori di collegamento al fine di ripartirsi la competenza tributaria*” CGUE, 21 settembre 1999, causa C-307/97, *Saint-Gobain. Conf.* CGUE, C-336/96, *cit.* e CGUE, 29 aprile 1999, C-311/97, *Royal Bank of Scotland*. Sul tema si veda F. ARAMINI N. SAVINI, *Triangular cases under the OECD Model Convention and the European Court of Justice's case law*, in *DPT*, 3, 2002, 39; H. E. KOSTENSE, *The Saint-Gobain case and the application of tax treaties. Evolution or revolution?*, in *EC Tax Review*, IX, 4, 2000 220.

³⁹⁸ CGUE, 12 dicembre 2006, causa C-374/04, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, “*se è pur vero che la materia delle imposte dirette rientra nella competenza degli Stati membri, questi ultimi devono tuttavia esercitare tale competenza nel rispetto del diritto comunitario*”. S. GINGELL, *The Taxation of Outbound Dividends in the EC: Has AG Geelhoed Got it Right?*, in *The EC Tax Journal*, IX, 1, 2007, 11.

6. (Segue) Il PoEM alla luce della libertà di stabilimento

La libertà di stabilimento, disciplinata dagli artt. 49³⁹⁹ e 54⁴⁰⁰ TFUE, riconosce ai cittadini e alle società operanti all'interno dell'Unione il diritto di esercitare un'attività economica in un altro Stato membro su base stabile e continuativa e offrire i loro servizi in altri Stati membri su base temporanea, pur restando nel loro paese d'origine.

Ciò presuppone non soltanto l'abolizione di ogni discriminazione basata sulla nazionalità ma anche, al fine di poter veramente usufruire di tale libertà, l'adozione di misure volte a facilitarne l'esercizio, ivi compresa l'armonizzazione delle norme nazionali di accesso o il loro reciproco riconoscimento⁴⁰¹.

³⁹⁹ Art. 49, TFUE, “*Nel quadro delle disposizioni che seguono, le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono vietate. Tale divieto si estende altresì alle restrizioni relative all'apertura di agenzie, succursali o filiali, da parte dei cittadini di uno Stato membro stabiliti sul territorio di un altro Stato membro. La libertà di stabilimento importa l'accesso alle attività autonome e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società ai sensi dell'articolo 54, secondo comma, alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini, fatte salve le disposizioni del capo relativo ai capitali*”.

⁴⁰⁰ Art. 54, TFUE, “*Le società costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro e aventi la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale all'interno dell'Unione, sono equiparate, ai fini dell'applicazione delle disposizioni del presente capo, alle persone fisiche aventi la cittadinanza degli Stati membri. Per società si intendono le società di diritto civile o di diritto commerciale, ivi comprese le società cooperative, e le altre persone giuridiche contemplate dal diritto pubblico o privato, ad eccezione delle società che non si prefiggono scopi di lucro*”.

⁴⁰¹ Sul tema, pare opportuno sottolineare come il richiamato art. 54 TFUE individui alcuni elementi teoricamente idonei ad ancorare una società al territorio nazionale. In quest'ottica, costituiscono

Nonostante detta libertà copra, con riferimento alle persone fisiche, la libertà di stabilimento sia primario⁴⁰² sia secondario⁴⁰³, la Corte di Giustizia ha più volte affermato, a partire dalla nota sentenza *Daily Mail*⁴⁰⁴, come le società, essendo “creature del diritto nazionale”, non possano beneficiare di un diritto equivalente al diritto di stabilimento primario.

Pertanto, il trasferimento dell'*head office*, in quanto fattore in grado di spezzare il legame fra diritto nazionale e società, non può ritenersi coperto dalla libertà di stabilimento⁴⁰⁵.

criteri di particolare rilevanza quelli di sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro di attività principale ai quali il medesimo art. 54 fa riferimento al fine di applicare la citata libertà. Difatti, ci si potrebbe interrogare se tali criteri possano essere idonei ad individuare un concetto di “residenza” europea valevole sia nel diritto commerciale sia nel diritto tributario. Tale interrogativo deve certamente ricevere una risposta negativa. La finalità dell'elencazione contenuta nell'art. 54, infatti, non è quella di definire criteri di collegamento territoriale quanto, piuttosto, quella di individuare le caratteristiche di cui un ente collettivo deve essere dotato al fine di poter beneficiare delle libertà fondamentali previste dal trattato. Si tratta, quindi, di meri criteri applicativi con riferimento ad una specifica previsione legislativa, i quali non possono essere estesi al di fuori della loro limitata funzione.

⁴⁰² Tale libertà garantisce la possibilità di svolgere un'attività a contenuto economico tramite lo stabile inserimento in altro stato membro, rinunciando contestualmente al collegamento con lo stato d'origine.

⁴⁰³ Questo secondo diritto di stabilimento riconosce la facoltà di costituire un legame secondario (come, ad esempio, una sede secondaria) con un secondo stato, senza rinunciare al collegamento con lo stato d'incorporazione.

⁴⁰⁴ C-81/87, *Daily Mail*, cit. Sul tema si veda anche S. VAN THIEL, *The Daily Mail Case: Tax Planning and the European Right of Establishment. A Setback*, in *ET*, 1988, 357.

⁴⁰⁵ C-81/87, *Daily Mail*, par. 24, “Ciò considerato, dall'interpretazione degli artt. 52 e 58 del trattato non può evincersi l'attribuzione alle società di diritto nazionale di un diritto a trasferire la direzione e l'amministrazione centrale in altro Stato membro pur conservando la qualità di società dello Stato membro secondo la cui legislazione sono state costituite”.

In questi casi, però, il diritto nazionale non potrebbe spingersi fino a negare all'ente collettivo la possibilità di porre in essere un c.d. "trasferimento trasformativo", ove la società, al momento del trasferimento della sede, adotti anche una delle forme legali previste dal paese di destinazione⁴⁰⁶.

Tuttavia, come affermato nella più recente sentenza *National Grid Indus*⁴⁰⁷, ciò non significa che una società sia totalmente privata della libertà

⁴⁰⁶ CGUE, causa C-210/06, *cit. Cartesio*. Sul tema si rinvia a LOMBARDO, *Le (a)simmetrie di Cartesio e la "nuova" libertà di stabilimento delle società nella prospettiva del trattato di Lisbona*, in *Soc.*, 2010, 1084; L. CERIONI, *The Cross-border Mobility of Companies within the European Community after the Cartesio Ruling of the ECJ*, *cit.*; A. M. RHODE, *Cartesio: diritto comunitario e "tassazione in uscita"*, in *Fisc. int.*, 3, 2009, 221; O'SHEA, *Cartesio: Moving a Company's Seat Now Easier in the EU*, in *Tax Notes International*, 2009 1071; V. KOROM, P. METZINGER, *Freedom of Establishment for Companies: the European Court of Justice confirms and refines its Daily Mail Decision in the Cartesio Case C-210/06*, in *European Company and Financial Law Review*, VI, 1, 2009, 125; D. DEÁK, *Cartesio: A Step Forward in Interpreting the EC Freedom to Emigrate*, in *Tax Notes International*, LIV, 6, 2009, 493; F. MANZINI, P. MUCCIARELLI, *Rivoluzione cartesiana? La fine del "vincolo necessario" tra società e legislazione nazionale*, *cit.*; S. CRESPI, *Il trasferimento all'estero della sede delle società: la sentenza Cartesio*, in *Riv. Dir. int. Priv. e proc.*, XLV, 6, 2009, 869; M. ZYDŁO, *Emigration of Companies under the EC Treaty: Some Thoughts on the Opinion of the Advocate General in the Cartesio Case*, in *European Review of Private Law*, 2008 973.

⁴⁰⁷ CGUE, 29 novembre 2011, causa C-371/10, *National Grid Indus*, commentata da M. MOJANA, S. MARCHIÒ, *Transferring a Company's Tax Residence within the European Union: Implementation of the New Italian Exit Taxation Rule*, in *European Taxation*, LII, 10, 2013, 579; H. VAN ARENDONK, *National Grid Indus and Its Aftermath*, in *EC Tax Review*, XXII, 4, 2013, 170; P. J. WATTEL, *Exit Taxation in the EU/EEA Before and After National Grid Indus*, in *Tax Notes International*, LXV, 5, 2012 371; F. CAPITTA, G. LETIZIA, *National Grid Indus Case: Consequences under an Italian Perspective*, in *EC Tax Review*, XXI, 5, 2012, 277; R. KOK, *Exit Taxes for Companies in the European Union after National Grid Indus*, in *EC Tax Review*, XXI, 4, 2012, 200; C. DE PIETRO, *Exit tax societaria e le garanzie della proporzionalità: una questione*

di stabilimento primario poiché, qualora consentito dal diritto nazionale, questa ben potrebbe trasferire la sede della direzione in un altro stato membro mantenendo, però, la propria sede legale nello Stato di costituzione.

Pertanto, è possibile individuare due ipotesi di trasferimento una prima, in cui il trasferimento della sede legale avviene congiuntamente al trasferimento dell'*head office* ed una seconda, ove il trasferimento ha ad oggetto la sola sede legale.

Quindi, assumendo che il termine *head office* corrisponda a quello di sede della direzione effettiva, solo il primo caso potrebbe determinare un effettivo spostamento del PoEM in quanto, come precedentemente rilevato, la sede legale non ha alcuna rilevanza nell'implementazione della *tie breaker rule* convenzionale.

Se così è, però, non pare che il trasferimento della sola sede legale possa determinare l'insorgere di una doppia imposizione la quale, sebbene non sia un fenomeno apertamente in contrasto con il diritto eurounionale, potrebbe comunque limitare o impedire il pieno esercizio della libertà di stabilimento.

Tanto premesso, è però necessario ricordare come il trasferimento “formale” della sede dell'amministrazione da uno Stato membro ad un altro non è, di per sé, circostanza idonea a determinare anche il mutamento del PoEM.

Si pensi, ad esempio, all'ipotesi in cui le due giurisdizioni coinvolte adottino una differente interpretazione del concetto di sede della direzione

rimessa agli Stati membri, in *Rass. Trib.*, 5, 2012, 1356; A. MORGILLO, *Exit tax e libertà di trasferimento. Il caso National Grid Indus*, in *Rivista di diritto tributario internazionale: International Tax Law Review*, 2, 2012, 202.

effettiva basata, sempre a titolo esemplificativo, sull'ormai ben nota contrapposizione fra *Top management* e *day to day management*.

O ancora, si ipotizzi il caso in cui lo stato di partenza adotti una o più specifiche disposizioni volte a “riattrarre” la sede di direzione nel territorio nazionale in caso di trasferimenti affetti da motivazioni abusive⁴⁰⁸.

Ebbene, in questi casi emerge chiaramente il possibile contrasto fra libertà di stabilimento e interesse dello Stato membro al mantenimento del legame soggettivo o territoriale con il contribuente.

Se così è, allora, occorre domandarsi se tale restrizione debba essere considerata sempre e comunque vietata o se lo Stato membro coinvolto possa legittimamente avanzare delle cause giustificative idonee a determinare la compatibilità del diritto nazionale con quello eurounionale.

7. Le cause idonee a giustificare la restrizione delle libertà di stabilimento: il divieto di pratiche abusive

⁴⁰⁸ Come si spiegato meglio *infra*, questo è il caso della normativa italiana in tema di esterovestizione. Sul punto si veda A. PURPURA, *Note in tema di esterovestizione, libertà di stabilimento e (non) abusività delle norme tributarie a margine di recente giurisprudenza di legittimità*, DPT, 1, 2020, 276; G. ESCALAR, *Criticità dei rilievi di esterovestizione di società unionali di Gabriele*, in *Corr. Trib.*, 12, 2019, 1074; F. NANETTI, R. TIEGHI, *Dalla residenza fiscale alla “libertà di stabilimento: spunti in tema di “delocalizzazione societaria” ed “esterovestizione”*, in *Riv. dir. trib.*, 4, 2015, 83; M. GIACONIA, A. PREGAGLIA, *Per la Commissione UE la presunzione di esterovestizione è conforme ai principi comunitari*, in *Fisc. & Comm. Int.*, 5, 2011, 5.

In linea di generale approssimazione, il diritto eurounionale vieta agli Stati membri di adottare disposizioni, anche fiscali, idonee⁴⁰⁹ ad impedire, limitare o scoraggiare l'esercizio delle libertà fondamentali⁴¹⁰. Tale principio, a portata generale, deve certamente ritenersi applicabile all'intera normativa tributaria e, quindi, anche ai tributi non armonizzati⁴¹¹.

Tuttavia, anche in questo caso, non si tratta di un divieto assoluto. La giurisprudenza della Corte di giustizia, Partendo dal dato normativo contenuto nei trattati, individua una serie di "cause di giustificazione", tendenzialmente idonee a legittimare una restrizione delle libertà fondamentali⁴¹².

Fra queste, quella che oggi assume maggior importanza è sicuramente il divieto di frodi e abusi secondo cui uno Stato membro può adottare misure restrittive delle libertà fondamentali finalizzate ad impedire che un proprio contribuente si sottragga indebitamente all'applicazione delle disposizioni nazionali.

⁴⁰⁹ Tale principio generale non deve ritenersi limitato alle sole ipotesi di disposizioni a contenuto discriminatorio, essendo sufficiente che la disposizione controversa abbia un effetto ostruzionistico o distorsivo delle libertà previste dal trattato.

⁴¹⁰ Ciò è stato per la prima volta enunciato dalla CGUE, causa C-8/74, *Dasonville*, secondo cui "Ogni normativa commerciale degli Stati membri che possa ostacolare direttamente o indirettamente, in atto o in potenza, gli scambi intracomunitari va considerata come una misura d'effetto equivalente a restrizioni quantitative".

⁴¹¹ CGUE, causa C-540/07, *Commissione v. Italia*.

⁴¹² Come sottolinea P. BORIA, *Diritto tributario europeo, cit.*, 153, "Il giudizio relativo al principio di non restrizione presenta pertanto una tipica struttura binaria in quanto si articola in due fasi fondamentali: a) accertamento dell'esistenza di un ostacolo rispetto alle libertà di circolazione previste dal trattato; b) valutazione di una ragionevole causa di giustificazione che legittimi l'esistenza della misura nazionale restrittiva".

Le elaborazioni giurisprudenziali in materia devono essere fatte risalire alle sentenze *Cadbury Shweppes*⁴¹³ e *Halifax*⁴¹⁴, nelle quali viene affermato che una restrizione alla libertà di stabilimento può essere giustificata da motivi di lotta contro frodi e abusi solo qualora abbia “*lo scopo specifico di ostacolare comportamenti consistenti nel creare costruzioni puramente artificiali, prive di effettività economica e finalizzate ad eludere la normale imposta*”⁴¹⁵.

A tal proposito, la Corte di Giustizia, nel corso degli anni, ha fornito alcune utili indicazioni utili a determinare cosa si intenda per costruzioni puramente artificiali, anche note con il termine inglese *wholly artificial arrangement*.

^CGUE, 13 dicembre 2005, causa C-196/04, *Cadbury Shweppes*, Sul tema si veda S. RAVENTÓS, *A Landmark Decision in the Field of Abuse: Cadbury Schweppes*, in *Landmark Decisions of the ECJ in Direct Taxation*, (a cura di) W. HASLEHNER, G. KOFLER, A. RUST), Alphen aan den Rijn, 2015, 139; G. TURNER, *The Legitimacy of CFC Legislation Within the Community*, in *The EC Tax Journal*, IX, 1, 2007, 23; M. BEGHIN, *La sentenza Cadbury-Schweppes e il "malleabile" principio della libertà di stabilimento*, in *Rass. Trib.*, 3, 2007, 983; S. CIPOLLINA, *CFC legislation e abuso della libertà di stabilimento: il caso Cadbury Schweppes*, in *Riv. Dir. Fin.*, 2, 2007, 13; C. ROMANO, *Using Tax Haven under European Law: Cadbury Schweppes and CFC rules*, in *Riv. Dir. Trib. Internaz.*, 2, 2007, 127; P. ROSSI, *Aperta la via della concorrenza fiscale in ambito UE. Per la Corte UE, le regole CFC confliggono con la libertà di stabilimento*, in *Fisco*, 36, 2006, 5580.

⁴¹⁴ CGUE, 21 febbraio 2006, causa C-255/02, *Halifax*, commentata da R. DE LA FERIA, *The European Court of Justice's solution to aggressive VAT planning - further towards legal uncertainty?*, in *EC Tax Review*, XV, 1, 2006, 27. Sebbene la sentenza avesse ad oggetto una questione in tema di I.V.A., le conclusioni raggiunte dalla Corte sono pacificamente ritenute estensibili anche alle imposte dirette.

⁴¹⁵ CGUE, C-196/04, *cit.* punto 55.

Più nel dettaglio, questo principio generale, oggi parzialmente regolato anche dalla recente direttiva ATAD⁴¹⁶, afferma che le amministrazioni nazionali sono tenute a verificare la sussistenza di due presupposti: uno a carattere oggettivo, individuato nella natura indebita del vantaggio fiscale ed integrato qualora sia disatteso l'obiettivo perseguito dalla normativa europea allo scopo di ottenere un vantaggio fiscale indebito, ed uno a carattere soggettivo, presente qualora, nell'ottica dell'operatore economico, l'operazione persegue essenzialmente⁴¹⁷ lo scopo di conseguire un vantaggio fiscale⁴¹⁸.

⁴¹⁶ L'undicesimo considerando della direttiva afferma che “*Norme generali antiabuso sono presenti nei sistemi fiscali per contrastare le pratiche fiscali abusive che non sono ancora state oggetto di disposizioni specifiche. Tali norme sono pertanto destinate a colmare lacune e non dovrebbero pregiudicare l'applicabilità di norme antiabuso specifiche. All'interno dell'Unione le norme generali antiabuso dovrebbero essere applicate alle costruzioni che non sono genuine; in caso contrario il contribuente dovrebbe avere il diritto di scegliere la struttura più vantaggiosa dal punto di vista fiscale per i propri affari commerciali. È inoltre importante garantire che le norme generali antiabuso si applichino in modo uniforme in situazioni nazionali, all'interno dell'Unione e nei confronti di paesi terzi, così che l'ambito di applicazione e i risultati dell'applicazione in contesti nazionali e transfrontalieri siano identici. Agli Stati membri non dovrebbero essere impediti di imporre sanzioni nei casi in cui è applicabile la norma generale antiabuso. Nel valutare se una costruzione debba essere considerata non genuina, gli Stati membri dovrebbero avere la possibilità di prendere in esame tutte le valide ragioni economiche, incluse le attività finanziarie*”.

⁴¹⁷ Tale concetto deve però, come anche sottolineato dall'AG Bobek nelle conclusioni relative alla decisione della CGUE, 22 novembre 2017, causa C-251-16, *Cussens*, deve essere applicato “restrittivamente” e quindi “*se le operazioni in questione possono avere una giustificazione economica diversa dal vantaggio fiscale, allora il criterio non è soddisfatto*”. Per un'analisi dettagliata di detto requisito si rinvia a G. ESCALAR, *Per una rilettura critica della nozione unionale di abuso del diritto fiscale*, in *Corr. Trib.*, 3, 2019, 291.

⁴¹⁸ Nonostante detti requisiti siano stati consolidati nelle sentenze *Halifax* e *Cadbury Schweppes*, è importante rilevare che una prima embrionale definizione dei due presupposti emerge già da CGUE, 14 dicembre 2000, causa C-110/99, *Emsland-Stärke*. Più precisamente, come rilevato dall'AG

Tuttavia, la verifica di questi requisiti deve necessariamente essere basata sull'analisi di una serie di elementi a carattere oggettivo⁴¹⁹.

Infatti, come successivamente confermato anche dalla Commissione europea⁴²⁰, *“l'individuazione di una costruzione di puro artificio corrisponde quindi di fatto a un'analisi basata sul criterio della prevalenza della sostanza sulla forma (“substance over form”)*” la quale deve tenere in considerazione una serie di fattori oggettivi rinvenibili nel caso concreto⁴²¹.

Maduro nelle conclusioni relative alla causa *Halifax*, *“Nella causa Emsland Stärke, comunque, la Corte ha fatto un passo in avanti nella formulazione di una più elaborata dottrina comunitaria dell'abuso del diritto. (...) Per accertare comportamenti abusivi essa [la Corte] ha quindi introdotto un parametro dato dalla sussistenza, da un lato, di «un insieme di circostanze oggettive dalle quali risulti che, nonostante il rispetto formale delle condizioni previste dalla normativa comunitaria, l'obiettivo perseguito dalla detta normativa non è stato raggiunto» e, dall'altro, di «un elemento soggettivo che consiste nella volontà di ottenere un vantaggio derivante dalla normativa comunitaria mediante la creazione artificiosa delle condizioni necessarie per il suo ottenimento». (...) Il cittadino può invocare un diritto solo nei limiti in cui la disposizione comunitaria che formalmente glielo conferisce non gli serva a conseguire «vantaggi illeciti e palesemente estranei all'obiettivo di tale disposizione». Al contrario, quando il diritto è esercitato nei limiti posti dagli obiettivi e dai risultati perseguiti dalla disposizione comunitaria di cui trattasi, non c'è abuso ma solo legittimo esercizio del diritto. Sono perciò del parere che questa nozione di abuso valga da principio interpretativo del diritto comunitario”*.

⁴¹⁹ Tale valutazione a carattere oggettivo, come sottolineato anche da CGUE, 13 marzo 2007, causa C-524/04, *Thin Cap*, commentata da ROLLE, *La corte UE salva l'applicazione «selettiva» della «thin cap»* in *Corr. Trib.*, 20, 2007, 1641, deve essere applicata anche con riferimento al presupposto soggettivo.

⁴²⁰ Comunicazione della Commissione europea del 10 dicembre 2007, COM (2007) 785, *“The application of anti-abuse measures in direct taxation within the EU and in relation to third countries”*.

⁴²¹ Alcuni autori (P. VALENTE, *Costruzione ‘genuina’ e ‘sostanza economica’ nei principi comunitari*, in *Fisco*, 7, 2017, 657) associano al termine costruzione puramente artificiosa, il duplice significato di operazione priva di sostanza economica oppure intervento carente di valide ragioni

Al fine di fare ulteriore chiarezza, può essere utile ricordare gli indicatori⁴²² forniti dalla Risoluzione del Consiglio dell'8 giugno 2010⁴²³, i quali, nel complesso, impongono di tenere in considerazione la reale natura della società interposta.

Così, ad esempio, si riterrà esistente una struttura artificiosa qualora la società si sostanzi soltanto in una sede fittizia (una c.d. società “fantasma”) ove, anche nel caso in cui vi sia una presenza fisica, l'artificiosità potrebbe risultare dalle circostanze finanziarie e personali della specie⁴²⁴. Possono

economiche. Il primo di questi due termini può essere inteso come una tipologia di operazione per la quale deve essere verificata la coerenza tra le forme impiegate dal contribuente e gli obiettivi da raggiungere. In altre parole, in questi casi, si ritengono prive di sostanza economica tutte quelle operazioni che non sono sorrette da valide ragioni economiche che siano in grado di giustificare la serie di azioni poste in essere per godere del beneficio conseguito. Il secondo elemento, ossia la sussistenza delle valide ragioni economiche concernere, invece, la mancanza di motivazioni idonee a giustificare la costituzione dell'operazione ritenuta come abusiva. Sebbene entrambe le nozioni debbano essere valutate sulla base di elementi soggettivi, si può legittimamente affermare che la seconda tipologia di costruzione è incentrata sull'elemento soggettivo.

⁴²² “- *l'insufficienza di motivi economici o commerciali validi per l'attribuzione degli utili, che pertanto non rispecchia la realtà economica; - la costituzione non risponde essenzialmente a una società reale intesa a svolgere attività economiche effettive; - non esiste alcuna correlazione proporzionale tra le attività apparentemente svolte dalla CFC e la misura in cui tale società esiste fiscalmente in termini di locali, personale e attrezzature; - la società non residente è sovracapitalizzata: dispone di un capitale nettamente superiore a quello di cui ha bisogno per svolgere un'attività; - il contribuente ha concluso transazioni prive di realtà economica, aventi poca o nessuna finalità commerciale o che potrebbero essere contrarie agli interessi commerciali generali se non fossero state concluse a fini di evasione fiscale*”.

⁴²³ Risoluzione del Consiglio sul coordinamento delle norme sulle società estere controllate (SEC) e sulla sottocapitalizzazione nell'Unione europea 2010/C 156/01, dell'8 giugno 2010.

⁴²⁴ Con riferimento alle società c.d. holding, si veda Cass. 21 settembre 2016, n. 27113, commentata da F. FRANCONI, *La peculiarità delle “holding pure” richiede un'interpretazione ad hoc della normativa fiscale internazionale* in *Fisco*, 7, 2017, 673. In particolare, detta sentenza (intervenuta

quindi essere fattori decisivi come, ad esempio, gli effettivi poteri decisionali degli organi societari, la loro dotazione di mezzi finanziari propri o l'esistenza di un rischio commerciale⁴²⁵.

Pertanto, in linea teorica, qualora uno Stato membro negasse lo spostamento della sede della direzione effettiva sulla base della contestazione dell'effettività dell'insediamento nello Stato di arrivo si potrebbe affermare

in relazione a una controversia avente ad oggetto l'applicazione del credito d'imposta convenzionale) afferma che i requisiti convenzionali di "beneficiario effettivo" dei dividendi e di "sede di direzione effettiva" nello Stato contraente debbono "essere accertati, in fatto, tenendo conto della peculiarità dell'oggetto e della natura della società madre percipiente. In particolare, qualora quest'ultima rivesta la qualità di holding o subholding di pura partecipazione, i suddetti requisiti non possono essere esclusi per il solo fatto della mancanza di una significativa struttura organizzativa; della esiguità di costi gestionali e di crediti operativi; della mancata fatturazione di servizi gestionali a favore della società figlia erogante; e nemmeno per il fatto che la società madre percipiente sia a sua volta totalitariamente partecipata da una capogruppo residente in uno Stato non contraente. È invece necessario che l'indagine sia dal giudice di merito condotta - per quanto attiene alla qualità di "beneficiario effettivo" dei dividendi percepiti - sul trattenimento ed autonomo impiego dei dividendi medesimi, ovvero sulla loro traslazione alla capogruppo residente nello Stato non contraente; e - per quanto concerne la "sede di direzione effettiva" nello Stato contraente - sul luogo di effettiva adozione delle decisioni direttive, amministrative e di coordinamento delle partecipazioni possedute dalla società madre percipiente, secondo l'attività tipica di holding da quest'ultima esercitata".

⁴²⁵ In dottrina, con specifico riferimento alla libertà di stabilimento, si è ritenuto che elementi fondamentali sui quali occorre focalizzare l'analisi siano l'assenza di un livello minimo di presenza fisica nel territorio dello Stato di stabilimento e l'esercizio di una effettiva attività economica (*ex multis*, S. GRILLI, *Le costruzioni di puro artificio nella giurisprudenza della corte di giustizia: considerazioni in tema di effettiva attività economica*, in *Rass. Trib.*, 4, 2008, 1155). La costruzione di puro artificio si ricollegerebbe, in relazione alla libertà di stabilimento, all'assenza di un legame con il territorio di stabilimento in grado da giustificare la presenza del soggetto (indicatori di questa circostanza possono essere la presenza di locali, attrezzatura, personale, ecc.) e al mancato esercizio di un'attività economica connotata del carattere di effettività.

che tale limitazione alla libertà di stabilimento altro non sia se non una limitazione diretta ad evitare una pratica abusiva.

Vi è però da chiedersi se l'attrazione del PoEM nello Stato di partenza per effetto di una differente interpretazione del concetto possa effettivamente configurarsi alla stregua di un fenomeno volto a prevenire una pratica di abusiva.

Difatti, come precedentemente affermato in relazione alle modifiche al commentario apportate a seguito dell'*Action 6* del progetto BEPS, l'utilizzo del PoEM quale *tie breaker rule* non risponde prettamente ad una finalità antiabusiva, potendo tale situazione verificarsi anche in situazioni fisiologiche derivante dalla contrapposizione di diversi schemi interpretativi.

8. Il Rapporto fra PoEM e Libertà di stabilimento: il caso italiano

Al fine di comprendere meglio quale sia il rapporto fra sede della direzione effettiva e libertà di stabilimento, alcune utili indicazioni possono essere rinvenute nella procedura di infrazione avviata dalla Commissione europea in relazione alla disposizione italiana in tema di esterovestizione.

Volendo ricostruire sinteticamente la vicenda, a seguito dell'introduzione dei commi *5-bis* e *5-ter* all'art. 73, TUIR, i quali, come già precedentemente ricordato, prevedono una presunzione di fittizia collocazione della residenza fiscale all'estero degli enti collettivi⁴²⁶, l'Associazione dei Dottori Commercialisti (ora Associazione Italiana Dottori

⁴²⁶ Per una ricostruzione della disciplina si rinvia a quanto affermato nel capitolo 2.

Commercialisti o, in breve, AIDC) presentò, nel giugno 2009⁴²⁷, un reclamo alla Commissione Europea, affermando l'illegittimità della disposizione⁴²⁸.

In particolare, la predetta denuncia fondava le proprie contestazioni su due elementi fondamentali, ovverosia la violazione della libertà di stabilimento e l'inidoneità a giustificare tale restrizione alla luce del divieto di frodi e abusi.

Con riferimento al primo dei due elementi, l'AIDC sosteneva che la disposizione in tema di esterovestizione fosse idonea a generare un rischio di doppia residenza fiscale e, quindi, di doppia imposizione. Ciò, a detta dell'associazione, finirebbe per determinare proprio quell'effetto dissuasivo ed ostativo tipico di una restrizione all'esercizio della libertà di stabilimento in quanto i contribuenti, al fine di limitare i rischi connessi ad un eccessivo

⁴²⁷ Vale la pena di ricordare come la predetta denuncia sia stata posta a seguito di alcune posizioni della giurisprudenza di merito in materia, fra le quali vale la pena di ricordare CTR Toscana, 18 gennaio 2008, n. 61, commentata da D. STEVANATO, *Prova dell'esterovestizione e luogo di effettuazione delle notifiche: viene prima l'uovo o la gallina?*, in *GT - Riv. giur. trib.*, 5, 2008, 429; CTP di Belluno, 14 gennaio 2008, nn. 173 e 174, commentata da D. STEVANATO, *Holdings statiche e accertamento della residenza fiscale italiana dell'ente estero*, in *Corr. Trib.*, 12, 2008, 965. Particolarmente interessante è quanto affermato dai giudici toscani, secondo cui, "non si può configurare la collocazione della sede amministrativa di una società presso un'altra soltanto perché tra le due vi è uno stretto collegamento, che riguarda essenzialmente il coordinamento delle rispettive attività e finalità"

⁴²⁸ Denuncia ADC, 1° giugno 2009, n. 6, *Illegittimità comunitaria della presunta residenza fiscale in Italia di società ed enti avente la sede in altro stato comunitario*. Per un'analisi dettagliata delle argomentazioni alla base della predetta denuncia, si rinvia a A. BENIGNI, C. TOMASSINI, *Compatibilità con il diritto comunitario delle norme sull'esterovestizione*, in *Fisc. & Comm. Int.*, 45, 2009, 3704; F. CARRIROLO, *Il trasferimento all'estero della sede di società italiana e in Italia della sede di società estera*, in *Fisco*, 48, 2009, 7912.

carico fiscale, avrebbero limitato lo spostamento della propria sede direzionale⁴²⁹.

A ciò si aggiunga, inoltre, che, non potendo il contribuente conoscere a priori l'eventuale giudizio relativo all'esterovestizione o se gli elementi a sua disposizione siano o meno idonei a fondare la prova contraria, questi potrebbe essere assoggettato a pesanti regimi sanzionatori con riferimento, oltre che all'omesso versamento, anche all'omessa dichiarazione⁴³⁰.

⁴²⁹ ADC, Denuncia n. 6/2009, nota 21, *“I trattati contro le doppie imposizioni fiscali, che si rifanno usualmente al modello OCSE (art. 4), non consentono di trovare una soluzione equitativa al problema: anzi, la complicano. Infatti, in base a questi modelli la sede di una società è dove essa ha la propria sede legale o domicilio, ovvero dove è amministrata o in base a criteri simili adottati in via unilaterale dagli Stati. Laddove questi criteri conducano a ipotesi di "doppia residenza fiscale", risulta dirimente dove la società è gestita e amministrata. In base ai trattati, quindi, opera la tie breaker rule che dovrebbe risolvere i casi di doppia residenza. Il problema è che la " tbr " è una procedura di natura amichevole che investe le amministrazioni di due Stati contraenti e non è automatico che uno dei due Stati riconosca l'efficacia della presunzione e continui, pertanto, ad affermare la residenza della società all'interno dei suoi confini, con conseguente diritto di tassare la stessa società proprio in base all'art. 4 del Trattato. Vero che l'art. 25 delle convenzioni modello Ocse mette a disposizione del contribuente, senza privarlo degli ordinari rimedi legali disponibili, una procedura detta amichevole, sottoponendo il proprio caso all'autorità competente del proprio Stato o dello Stato ove è ubicato il suo investimento. Ma si tratta pur sempre di una procedura attivabile non prima di una notifica che comporta una imposizione che il contribuente ritiene non conforme alla disposizione della Convenzione (siamo, quindi, già in fase processuale). Quest'ultima procedura non offre alcuna garanzia di eliminazione della doppia imposizione al contribuente, posto che gli Stati sono solo tenuti a tentare di eliminare il contrasto interpretativo: si tratta, in definitiva, di un'obbligazione di mezzi e non di risultato. Concludendo, nei casi di applicazione della presunzione ad una società costituita in altro Stato della comunità sussiste il rischio che, nei fatti, si giunga ad una doppia imposizione”*.

⁴³⁰ A tal proposito, si sottolinea che, in base a quanto affermato dalla Ris. 5 novembre 2007, n. 312/E, *“Per quanto riguarda la prova contraria necessaria per superare la presunzione di “esterovestizione” di cui all'articolo 73, comma 5-bis si evidenzia che la stessa può essere*

Particolarmente interessante è anche quanto affermato dall'AIDC in relazione alla determinazione della sede dell'amministrazione.

A tal proposito, l'AIDC osserva come l'utilizzo del luogo di riunione del CdA al fine di determinare la sede della direzione effettiva non costituisce un criterio di collegamento sufficiente.

Difatti, lo sviluppo dei nuovi mezzi di telecomunicazione e l'ampia diffusione di modalità di gestione a distanza rendono difficile individuare con certezza detto luogo. Se, invece, la sede dell'amministrazione dovesse essere fatta coincidere con la sede di direzione effettiva come previsto dalle disposizioni convenzionali, appare evidente come detta nozione mal si concilierebbe con un criterio a carattere presuntivo⁴³¹.

offerta nella competente sede di accertamento e non tramite la procedura di interpello cosiddetto disapplicativo disciplinata dall'articolo 37-bis, comma 8, del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600. Ciò non solo perché la predetta dimostrazione è prevalentemente basata su elementi di fatto non agevolmente desumibili dalla documentazione su cui normalmente è incentrata l'analisi preventiva in sede di interpello, ma anche perché la procedura ex articolo 37-bis, comma 8, del D.P.R. n. 600 del 1973 è in genere esperibile per la disapplicazione di norme che incidono in maniera diretta ed immediata sul quantum dell'obbligazione tributaria, ossia di norme che limitano deduzioni, detrazioni, crediti d'imposta o altre posizioni soggettive altrimenti ammesse dall'ordinamento tributario e che per ciò stesso, a differenza della norma recata dall'articolo 73, comma 5-bis, che incide sulla soggettività passiva, impattano direttamente sulla determinazione del debito tributario".

⁴³¹ ADC, Denuncia n. 6/2009, "La conclusione di cui sopra è ulteriormente avvalorata da fatto che le norme domestiche negano ogni tipo di procedura di verifica "preventiva", sì che la presunzione di residenza si circoscrive in sede di accertamento e nel successivo ambito processuale in fase di impugnazione dell'avviso di accertamento, con indesiderati oneri finanziari che la società UE dovrà sopportare a titolo di imposte, sanzioni, interessi e costi per il contenzioso".

All'indomani di questa denuncia, la Commissione europea sottopose all'Amministrazione finanziaria italiana sette quesiti⁴³² volti a valutare la compatibilità della disposizione con la libertà di stabilimento (anche alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia e, in particolare, del caso *Barbier*⁴³³ e *Cadbury Schweppes*).

In particolare, il quarto quesito interrogò l'Amministrazione italiana circa quali fossero i “*dati indicativi circa la localizzazione in altri Stati dell'UE o dello SEE di società o enti la cui residenza in Italia è (sistematicamente/ripetutamente) considerata effettiva in forza delle disposizioni*”.

Nonostante alcuni autori abbiano sottolineato come la Commissione, nella propria richiesta di chiarimenti, non impose un esame relativo al PoEM⁴³⁴, appare evidente come le argomentazioni a difesa del concetto di sede dell'amministrazione avanzate dall'Agenzia delle entrate possano essere estese anche al PoEM.

⁴³² UE-Pilot, Caso 777/10/TAXU, ove la Commissione affermò che “*nella misura in cui i commi 5-bis, ter e quater dell'art. 73 TUIR applicano in via generale una presunzione di residenza in Italia nei confronti di società ed enti residenti nell'UE e nello SEE che si trovano in determinate situazioni (...) non necessariamente indice dell'esistenza di una 'direzione effettiva' in Italia e obbligano le stesse ad un eccessivo carico di prova (contraria) ai fini di dimostrare un 'concreto radicamento della direzione effettiva nello Stato estero', tali disposizioni potrebbero costituire un ostacolo all'esercizio delle libertà fondamentali di circolazione dei lavoratori e dei movimenti di capitali nell'UE o nello SEE*”.

⁴³³ CGUE, 11 dicembre 2003, causa C-364/01, *Barbier*.

⁴³⁴ L. CERIONI, *The 'Place of Effective Management' as a Connecting factor for Companies' Tax Residence Within the EU vs. the Freedom of Establishment: The Need for a Rethinking?*, in *German Law Journal*, 2009, 1095, il quale afferma che “*it [la richiesta di chiarimenti] did not go as far to call into question the compatibility of the 'place of effective management' criterion with the exercise of freedom of establishment by companies*”.

Fra le predette argomentazioni, quella che risulta di maggior interesse è data dal rapporto esistente fra la sede dell'amministrazione e l'esercizio delle libertà di stabilimento.

A parere dell'amministrazione finanziaria, infatti, il concetto di residenza fiscale e, a monte, quello di sede dell'amministrazione, non può e non deve essere valutato alla luce della libertà di stabilimento in quanto nettamente distinto dall'esercizio di un'effettiva attività economica in un altro Stato.

Ciò, inoltre, sarebbe rilevante, sempre a detta dell'Agenzia delle entrate, sia per il concetto nazionale, ampiamente accolto in altri Stati europei, sia per la nozione di PoEM, contenuta all'interno del modello OCSE⁴³⁵.

Volendo sintetizzare, in base a questa posizione interpretativa, essendo l'imposizione diretta al di fuori dell'ambito di efficacia della libertà

⁴³⁵ Risposta dell'Agenzia delle entrate alla richiesta di informazione della Commissione europea, 19 marzo 2010, prot. 2010/39678, "il riferimento, contenuto nel documento della Commissione, alla giurisprudenza comunitaria in materia di abuso delle libertà comunitarie di stabilimento e circolazione dei capitali (e, in particolare, alle sentenze C-364/01, Barbier, C-196/04, Cadbury Schweppes) non appare del tutto conferente. Ed invero, a quanto consta, la Corte di Giustizia mantiene ben distinto il piano della determinazione dello 'statuto' giuridico e tributario della società dall'eventuale esercizio abusivo delle libertà comunitarie per il tramite di strutture societarie prive di sostanza economica. Non risulta, infatti, che la giurisprudenza comunitaria in materia di effettività dell'insediamento economico ed esercizio abusivo delle libertà comunitarie si sia mai occupata degli elementi costitutivi della nozione di residenza fiscale – ed in particolare di sede dell'amministrazione. Al riguardo, si evidenzia che la soluzione italiana, lungi dal costituire una novità nel panorama legislativo comunitario, recepisce soluzioni già avanzate nel dibattito internazionale con riferimento alla nozione (di derivazione OCSE) di 'effective place of management and control', nonché consolidate nell'esperienza applicativa di altri ordinamenti (ad esempio, Paesi Bassi e Germania)".

di stabilimento, l'allocazione della residenza fiscale dovrebbe sempre e comunque essere ritenuta compatibile con il diritto europeo.

Sebbene la Commissione ritenne tali risposte sufficienti e decise di non perseguire oltre la procedura, occorre domandarsi se, effettivamente, il PoEM e l'esercizio della libertà di stabilimento debbano essere valutati su due piani distinti.

9. L'interdipendenza fra PoEM e Libertà di stabilimento

Prima di valutare se le affermazioni avanzate dall'Agenzia delle entrate italiana nell'ambito della predetta procedura possano essere ritenute applicabili anche al PoEM convenzionale, occorre domandarsi se, nella sostanza, il diritto eurounionale conosca una vera e propria nozione di sede della direzione effettiva.

Nonostante né il legislatore, né il giudice europeo abbiano mai preso un'esplicita posizione in materia, alcune utili indicazioni possono essere individuate nella più volte richiamata sentenza *Cadbury Schweppes*.

Più precisamente, una parte della dottrina⁴³⁶ ritiene che la necessità di un insediamento economico effettivo, più volte espressamente richiamate all'interno della pronuncia, possa essere assimilato ad una "effettiva gestione" dell'impresa. In altre parole, il luogo dove l'impresa detiene una sufficiente integrazione economica (inteso come effettivo esercizio

⁴³⁶ G. MOSCHETTI, *Origine storica, significato e limiti di utilizzo del place of effective management, quale criterio risolutivo dei casi di doppia residenza delle persone giuridiche*, cit., L. CERIONI, *The 'Place of Effective Management' as a Connecting factor for Companies' Tax Residence Within the EU vs. the Freedom of Establishment: The Need for a Rethinking?*, cit.

dell'attività) e una sostanziale presenza temporale (continuato esercizio dell'attività, altro non sarebbe se non una differente declinazione del PoEM.

Tale circostanza risulta ulteriormente supportata dalle conclusioni a cui giunge la Corte in *Cadbury Schweppes*, le quali sembrano avere ad oggetto proprio l'effettivo insediamento al fine dell'imposizione sui redditi⁴³⁷.

Una ulteriore utile indicazione relative al concetto di PoEM accolto in sede eurounionale può essere rinvenuta all'interno del regolamento attuativo della Direttiva 2006/112 in tema di imposta sul valore aggiunto.

In questo contesto, infatti, viene affermato che la sede dell'attività economica deve essere individuata nel luogo ove vengono svolte le funzioni di amministrazione centrale dell'impresa, il quale deve essere determinato prendendo in considerazione il “*luogo in cui vengono prese le decisioni essenziali concernenti la gestione generale dell'impresa, del luogo della sua sede legale e del luogo in cui si riunisce la direzione*”⁴³⁸.

⁴³⁷ Il caso aveva ad oggetto la compatibilità della normativa UK in tema di *Controlled Foreign Companies* (CFC) con la libertà di stabilimento, in relazione a due società controllate dal gruppo C.S. all'international financial services di Dublino, al fine di goderne del trattamento fiscale agevolato attribuito a queste dalla legislazione irlandese. In particolare, la domanda di cui al rinvio pregiudiziale concerneva la compatibilità dell'inclusione nella base imponibile agevolata della società figlia nel reddito della società madre, considerando che tale regime di trasparenza non si applicherebbe qualora la controllata fosse stata residente nello stato della controllante.

⁴³⁸ Art. 10, Regolamento 282/2011/EU del 15 marzo 2011. Sul tema si veda anche CGUE, 28 giugno 2007, causa C-73/06, *Planzer Luxembourg*, secondo cui “*La determinazione del luogo della sede dell'attività economica di una società implica la presa in considerazione di un complesso di fattori, al primo posto dei quali figurano la sede statutaria, il luogo dell'amministrazione centrale, il luogo di riunione dei dirigenti societari e quello, abitualmente identico, in cui si adotta la politica generale di tale società. Possono essere presi in considerazione anche altri elementi, quali il domicilio dei principali dirigenti, il luogo di riunione delle assemblee generali, di tenuta dei documenti*

Tuttavia, si tratta, in entrambi i casi, di due ricostruzioni che non consentono di affermare l'esistenza di una vera e propria nozione di PoEM a carattere europeo.

Nella prima ipotesi non solo ci trova dinnanzi ad un intervento prettamente giurisprudenziale (inidoneo, dunque, a creare una definizione a carattere "normativo), ma, inoltre, la Corte non effettua nessun riferimento espresso al concetto di sede della direzione effettiva.

Al contempo, nel secondo caso, la nozione di cui alla Direttiva 2006/112 esplica la propria efficacia in ambito IVA. Sebbene sia possibile affermare un certo grado di compenetrazione fra imposte dirette e IVA, deve essere esclusa una totale estendibilità della nozione elaborata con riferimento all'imposta sul valore aggiunto anche all'imposizione sul reddito, stante l'assenza di una specifica competenza del legislatore europeo in materia.

Per tali ragioni, in assenza di un'autonoma definizione europea, l'unico concetto di PoEM accolto dal diritto europeo non può che essere che quello convenzionale.

A sostegno di questa conclusione si deve ricordare che sia la Corte di giustizia⁴³⁹, sia lo stesso legislatore europeo⁴⁴⁰ hanno più volte giudicato

amministrativi e contabili e di svolgimento della maggior parte delle attività finanziarie, in particolare bancarie". Conf. CGUE, 6 ottobre 2011, causa C-421/10, Stoppelkamp.

⁴³⁹ CGEU, C-336/96, *cit.*; CGEU, 21 settembre 1999, causa C-307/97, *Saint Gobain*, commentata da F. ARAMINI, *Triangular cases under the OECD Model Convention and the European Court of Justice's case law*, in *DPT int.*, 1, 2002, 39; E. KOSTENSE, *The Saint-Gobain case and the application of tax treaties. Evolution or revolution?*, *cit.*; M. LAUSTERER, *The Saint-Gobain Judgment of the ECJ*, in *EC Tax Journal*, IV, 1, 1999, 45; CGUE, 23 febbraio 2006, causa C-513/03, *Van Hilten*.

⁴⁴⁰ Basti pensare ai frequenti rinvii operati dalla legislazione europea in tema di imposizione diretta al diritto convenzionale. Fra questi, a mero titolo esemplificativo, si può richiamare il dettato dell'art.

l'allocazione della residenza fiscale sulla base delle convenzioni OCSE (facendo, quindi, riferimento al PoEM) una libertà ampiamente riconosciuta in capo agli Stati membri.

Questa libertà deve, però, essere valutata alla luce dell'intero ordinamento dell'Unione europea e non del solo rapporto di competenza fra Stati membri.

A tal proposito, non si può fare a meno di ricordare come la Corte sia in passato giunta ad affermare quale fosse lo Stato più idoneo ad assoggettare un contribuente a tassazione qualora l'utilizzo dei criteri convenzionali determini una discriminazione nello Stato di destinazione (c.d. *host state restriction*)⁴⁴¹.

Sebbene tale principio di diritto sia emerso in relazione ad una controversia avente ad oggetto la libertà di stabilimento in relazione ad una

2 (1) (a) (ii) della direttiva madre-figlia, secondo cui “*Ai fini dell'applicazione della presente direttiva si intende per: a) «società di uno Stato membro» qualsiasi società: (...); ii) che, secondo la legislazione fiscale di uno Stato membro, sia considerata come avente il domicilio fiscale in tale Stato membro e, ai sensi di una convenzione in materia di doppia imposizione conclusa con uno Stato terzo, non sia considerata come avente tale domicilio fuori dell'Unione*”, disposizione replicata anche all'interno della direttiva fusioni e della direttiva interessi e canoni.

⁴⁴¹ Questo è quanto affermato nella CGUE, 14 febbraio 1995, causa C-279/93, *Schumacher*, commentata da P. PISTONE, *La non discriminazione anche nel settore dell'imposizione diretta: intervento della Corte di giustizia*, in *DPT*, 5, 1995, 1471; T. LYONS, *Discrimination against Individuals and Enterprises on Grounds of Nationality: Direct Taxation and the European Court of Justice*, in *EC Tax Journal*, I, 1, 1995, 27; B. KNOBBE-KEUK, *ECJ bans Discrimination against Non-residents*, in *Intertax*, XXIII, 5, 1995, 234; J. WOUTERS, *The Case-Law of the European Court of Justice on Direct Taxes: Variations upon a Theme*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, I, 2, 1994; 179.

persona fisica⁴⁴², alcuni autori hanno affermato che la predetta conclusione dovrebbe ritenersi applicabile anche con riferimento alle persone giuridiche. Difatti, il rimando effettuato dall'art. 54 TFUE è tale da consentire una generale espansione dell'elaborazione intervenuta in relazione alle persone fisiche in tema anche nei confronti di enti e società⁴⁴³.

Perciò, l'applicazione del PoEM non deve mai comportare una discriminazione fra soggetti nazionali, (come possono essere, ad esempio, le società costituite secondo la normativa dello Stato membro di partenza), e soggetti appartenenti ad un'altra giurisdizione europea.

Ma, allora, sorge spontaneo domandarsi se una violazione della libertà di stabilimento abbia sempre carattere discriminatorio o viceversa.

La risposta a tale interrogativo impone, ancora una volta, di fare riferimento a quello che è il c.d. diritto secondario dell'Unione europea.

Nell'ambito delle direttive in tema di tassazione diretta, infatti, il legislatore europeo utilizza più volte il riferimento alla nozione di residenza sia nazionale sia convenzionale. Ebbene, sulla base di questo richiamo, appare evidente come un fattore consacrato all'interno di una disposizione eurounionale non possa considerarsi esente dal rispetto delle libertà fondamentali UE.

⁴⁴² Il caso riguardava un cittadino belga che produceva reddito da lavoro subordinato in Germania, ordinamento in cui era vietata l'applicazione del c.d. splitting (sistema che consente la possibilità di dividere il proprio reddito fra i componenti della famiglia, in modo da poter giovare di un'aliquota minore data dalla redistribuzione del reddito e, di conseguenza, ottenere un'imposta di entità minore) ai soggetti non residenti. Pare utile ricordare come questa fu la prima ipotesi in cui la Corte affermò la prevalenza del divieto di discriminazione e della libertà di circolazione (al tempo fissati, rispettivamente, dagli articoli 12 e 39 del TCE) sulle disposizioni interne.

⁴⁴³ J. WOUTERS, *Fiscal Barriers to Companies' Cross-Border Establishment in the Case-Law of the EC Court of Justice*, in *Yearbook of European Law*, 1994, 73.

Conseguentemente, sulla scorta anche della giurisprudenza in tema di abuso del diritto sopra richiamata, si deve ritenere che, sebbene gli Stati siano liberi di utilizzare i criteri di collegamento da questi ritenuti più opportuni, occorre che gli stessi non vadano al di là di quanto necessario a raggiungere i propri scopi dovendo gli stessi essere strumenti giudicati “proporzionali”⁴⁴⁴.

Così, ad esempio, qualora uno Stato ritenga che, in caso di controllo societario, la sede della direzione effettiva debba sempre e comunque essere individuata nello Stato della controllante, tale applicazione del PoEM non potrebbe che essere giudicata in contrasto con le libertà fondamentali riconosciute dal trattato.

In altre parole, il diniego dell’effettività e, conseguentemente, dello spostamento della sede della direzione effettiva, deve necessariamente derivare da una contestazione circa una non genuina ed effettiva integrazione della società nello Stato di destinazione.

Da ultimo, occorre però svolgere due importanti precisazioni conclusive: in primo luogo, è evidente come il concetto di effettività dell’insediamento deve essere necessariamente valutato sulla base di un approccio *case by case*, in quanto il collegamento economico e territoriale è sensibilmente differente a seconda del tipo di attività esercitata. Così, ad

⁴⁴⁴ Come rileva P. BORIA, *Diritto tributario europeo*, cit., 328, si tratta di un “*criterio essenziale per garantire che il perseguimento degli obiettivi di diritto interno produca il minor pregiudizio possibile rispetto alle finalità comunitarie(...) è da notare che il principio di proporzionalità mostra una notevole contiguità con il principio di effettività, in quanto esprime il bisogno di assicurare una concreta tutela ai cittadini in ordine ai diritti di fonte comunitaria, evitando che le norme nazionali pongano oneri ed adempimenti tali da rendere eccessivamente oneroso l’esercizio dei diritti medesimi*”. In giurisprudenza si rimanda a CGUE, 5 luglio 1977, causa C-114/76, *Beta-Mhle*; CGUE, 18 dicembre 1997, cause riunite C-286/95, C-340/95, C-401/95, *Molenheide*; CGUE, marzo 2000, causa C-110/98 e C-147/98, *Galbafriisa*.

esempio, basti pensare alle differenze esistenti fra una società operativa ed una mera *holding*.

In secondo luogo, è fondamentale rilevare come le predette conclusioni siano strettamente collegate alle elaborazioni giurisprudenziali in tema di abuso del diritto. Tuttavia, come già sopra rilevato, un decentramento dell'attività amministrativa non è sempre e comunque dettato da ragioni a carattere elusivo o fraudolento, potendo questo essere il risultato anche di una mera contrapposizione dei criteri di collegamento applicati dagli Stati coinvolti.

Pertanto, allo stato attuale, si deve ritenere che l'unico effettivo limite di diritto europeo all'utilizzo del PoEM quale criterio di allocazione della residenza fiscale è dato dal divieto di utilizzare le disposizioni dei trattati (e, nello specifico, la libertà di stabilimento) in frode alla normativa nazionale.

10. Le procedure amichevoli

Delineato il quadro generale dei rapporti intercorrenti fra diritto eurounionale e *place of effective management* si tratta ora di volgere lo sguardo verso il "nuovo criterio" di risoluzione delle controversie: le procedure amichevoli.

A tal proprio, è però necessario effettuare una importante considerazione preliminare. A differenza del PoEM, il quale non riceve alcuna specifica regolamentazione nella normativa europea, le MAP, già da tempo, sono state oggetto di previsioni normative *ad hoc*.

Un primo tentativo di regolamentare la risoluzione delle controversie fiscali internazionali può essere rinvenuto nella proposta per una Direttiva

volta all'eliminazione della doppia imposizione derivante dalle rettifiche da prezzi di trasferimento⁴⁴⁵.

Sebbene tale proposta fu ritirata dalla stessa Commissione nel 1996, il Consiglio dell'Unione europea decise comunque di perseguire tale obiettivo utilizzando, però, un altro strumento tipico del diritto internazionale pubblico, ovvero le convenzioni multilaterali.

Così, il 23 luglio 1990, gli Stati membri della (allora) Comunità europea firmarono la Convenzione relativa all'eliminazione delle doppie imposizioni in caso di rettifica degli utili di imprese associate, ratificata in Italia dalla l. 22 marzo 1993, n. 99⁴⁴⁶.

Si tratta, similmente alle MAP, di procedure volte alla risoluzione delle controversie in materia fiscale le quali, tuttavia, presentano alcune significative differenze rispetto alla procedura convenzionale⁴⁴⁷.

Innanzitutto, dal punto di vista oggettivo, la Convenzione trova applicazione solamente con riferimento alle imposte sui redditi e, più precisamente, sono fattispecie rilevanti solo quelle derivanti dalle

⁴⁴⁵ *Proposal for a Directive concerning the elimination of double taxation in connection with the adjustment of transfer of profits between enterprises (arbitration procedure)*, trasmessa al Consiglio in data 29 novembre 1976 e pubblicata nella gazzetta ufficiale dell'Unione europea OJ C 304 del 21 dicembre 1976, 4.

⁴⁴⁶ G. ROLLE, *Recenti sviluppi della convenzione "arbitrale" in materia di prezzi di trasferimento*, in *Fisc. Int.*, 3, 2005, 234; G. D'ALFONSO, *Transfer pricing: gli strumenti per dirimere le controversie*, in *Amm. & Finanz.*, 21, 2007, 19.

⁴⁴⁷ Per un'analisi dei rapporti fra le due misure precedenti alle modifiche del 2017 si veda M. LANG, *ECJ and Mutual Agreement Procedures*, in *Intertax*, XLII, 3, 2014, 169; J. F. AVERY JONES, *The Relationship Between the Mutual Agreement Procedure and International Law*, in *EC Tax Review*, VIII, 1, 1999, 4.

contestazioni di cui all'art. 110 del T.U.I.R.⁴⁴⁸ in materia di prezzi di trasferimento.

Dal punto di vista soggettivo, invece, l'ambito di applicazione è limitato alle sole imprese residenti aventi rapporti di partecipazione con imprese stabilite in altri Stati membri ed alle stabili organizzazioni ubicate in Italia di imprese residenti in altro Stato membro.

La differenza più rilevante con le MAP convenzionali è però rinvenibile nella previsione di un vero e proprio obbligo di risultato. Segnatamente, mentre l'art. 25 del Modello OCSE impone un mero dovere di diligenza nell'esaminare la questione, la convenzione 90/436/CEE prevede che, qualora le amministrazioni nazionali non raggiungano un accordo nei due anni dalla proposizione del ricorso, queste devono istituire una commissione consultiva.

Quest'ultima sarà quindi incaricata di esprimere un parere sul modo di eliminare la doppia imposizione, al quale le amministrazioni coinvolte potranno poi conformarsi o discostarsi⁴⁴⁹, ma esprimendo, in ogni caso, una

⁴⁴⁸ Art. 110, co. 7, TUIR, *“I componenti del reddito derivanti da operazioni con società non residenti nel territorio dello Stato, che direttamente o indirettamente controllano l'impresa, ne sono controllate o sono controllate dalla stessa società che controlla l'impresa, sono determinati con riferimento alle condizioni e ai prezzi che sarebbero stati pattuiti tra soggetti indipendenti operanti in condizioni di libera concorrenza e in circostanze comparabili, se ne deriva un aumento del reddito. La medesima disposizione si applica anche se ne deriva una diminuzione del reddito, secondo le modalità e alle condizioni di cui all'articolo 31quater del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 600. Con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, possono essere determinate, sulla base delle migliori pratiche internazionali, le linee guida per l'applicazione del presente comma”*.

⁴⁴⁹ Il parere diviene vincolante se, entro sei mesi da quando viene reso dalla commissione consultiva, le autorità competenti non raggiungono un accordo (anche difforme dal parere).

soluzione idonea a eliminare la doppia imposizione. Si tratta, quindi, di un vero e proprio obbligo di risultato.

Tuttavia, anche tale convenzione presenta alcune significative problematiche.

Più precisamente, ferma l'evidente limitazione derivante dal ristretto ambito operativo, anche la Convenzione limita significativamente il ruolo del contribuente.

Inoltre, e forse in maniera molto più rilevante, il ricorso alla procedura arbitrale impone, in base al dettato della l. 99/1993, un'espressa alternatività fra questa ed il processo tributario, comprimendo significativamente l'utilità dello strumento.

Anche al fine di arginare queste problematiche è oggi intervenuta la Direttiva 2017/1852 (UE)⁴⁵⁰ (anche detta Direttiva *Dispute Resolution Mechanisms* o DRM)⁴⁵¹, recepita in Italia dal recente D.lgs. 10 giugno

⁴⁵⁰ Direttiva (UE) 2017/1852 del 10 ottobre 2017, sui meccanismi di risoluzione delle controversie in materia fiscale nell'Unione europea, recepita in Italia dal D.lgs. 10 giugno 2020, n. 49. Sul tema si veda G. FOGLIA, M. POZIELLO, *Luci e ombre del recepimento in Italia della Direttiva "Dispute Resolution Mechanism"*, in *Corr. Trib.*, 10, 2020, 879; A. DELLA CARITA', A. LIOTTA, *Il nuovo procedimento per la risoluzione delle controversie fiscali in ambito UE*, in *Fisc. & Comm. Int.*, 5, 2020, 64; T. GASPARRI, *Il nuovo meccanismo di risoluzione delle controversie tra Stati membri dell'Unione*, in *Fisco*, 2020, 3055.

⁴⁵¹ Direttiva (UE) 2017/1852 del 10 ottobre 2017, sui meccanismi di risoluzione delle controversie in materia fiscale nell'Unione europea. Sul tema, G. ZEYEN, *When European Taxation Meets Arbitration: Recent Initiatives to Introduce and Promote Arbitration in International and European Taxation*, in *Intertax*, XLV, 1, 2017, 722; B. FERRONI, *La nuova Direttiva UE per la risoluzione delle controversie fiscali*, in *Fisco*, 5, 2018, 454.

2020⁴⁵², n. 49⁴⁵³, la quale ha introdotto all'interno dell'ordinamento europeo una specifica disciplina diretta a “risolvere le controversie tra Stati membri che emergono dall'interpretazione e applicazione di accordi e convenzioni che prevedono l'eliminazione della doppia imposizione del reddito e, ove applicabile, del capitale”⁴⁵⁴.

Occorre innanzitutto rilevare come la normativa europea non introduca un vero e proprio procedimento a carattere innovativo essendo la procedura ivi prevista applicabile nelle stesse ipotesi di cui all'art. 25 del modello OCSE e dalla Convenzione 90/436/CEE.

⁴⁵² Si ricorda che il termine ultimo per il recepimento della Direttiva era fissato al 30 giugno 2019 e, pertanto, stante il ritardo da parte dell'Italia, la Commissione europea ha avviato una procedura d'infrazione (procedimento n. 2019/0217) prevedendo, come termine ultimo per il recepimento, il 27 gennaio 2020. Stante il superamento di tale termine la Commissione potrà eventualmente decidere di deferire la questione alla Corte di giustizia.

⁴⁵³ F. MORRA, M. SEVERI, *Il recepimento della nuova Direttiva per la risoluzione delle controversie fiscali da parte del D.lgs. n. 49/2020*, in *Riv. Dir. trib., supplemento telematico* del 17 giugno 2020; A. CASTOLDI, I. ABBAMONDI, *Finalmente attuata in Italia la Direttiva per le procedure internazionali per l'eliminazione della doppia imposizione*, in *Fisc. & Com. Int.*, 10, 2020, 42; G. FOGLIA, M. POZIELLO, *Luci e ombre del recepimento in Italia della Direttiva “Dispute Resolution Mechanism”*, cit.; DELLA CARITA', LIOTTA, *Il nuovo procedimento per la risoluzione delle controversie fiscali in ambito UE*, cit.

⁴⁵⁴ Tuttavia, come ricorda T. GASPARRI, *Il nuovo meccanismo di risoluzione delle controversie tra Stati membri dell'Unione*, cit., “La Direttiva - nonostante lo scopo di contribuire all'eliminazione della doppia imposizione, indicato nel Preambolo - non introduce autonomi criteri di ripartizione del potere impositivo fra Stati membri, né indica i casi in cui il contribuente può invocare una Convenzione contro la doppia imposizione. Si inserisce, invece, nel quadro delle vigenti Convenzioni e dei casi controversi che possono derivare dalla loro applicazione, in linea con gli obiettivi perseguiti dall'azione 14 del piano OCSE/G20 contro l'erosione della base imponibile e lo sviamento di profitti (l'Action Plan against Base Erosion and Profit Shifting, BEPS Action Plan) volta a rendere più efficaci i meccanismi per la risoluzione delle controversie già previsti nei trattati bilaterali contro le doppie imposizioni”.

Volendo sintetizzare, la Direttiva introduce un procedimento diretto a eliminare, in modo certo, efficace e definitivo, la doppia imposizione tramite la previsione di scadenze chiare e delineate e di un vero e proprio obbligo di risultato.

L'obiettivo ultimo è quindi quello di garantire ai soggetti (imprese o privati) operanti all'interno dello spazio economico europeo un ambiente favorevole alla crescita economica, eliminando le distorsioni derivanti dalla difforme interpretazione delle convenzioni fiscali bilaterali internazionali o delle Convenzioni arbitrali.

Come appare evidente, sebbene la Direttiva non faccia espresso riferimento al progetto BEPS, la stessa si pone in linea di perfetta continuità con l'Action 14, assicurando, nel suo complesso, un efficace perseguimento dei *minimum standard* all'interno del contesto europeo⁴⁵⁵ e l'*action 6*, ampliando le situazioni in cui è possibile fare ricorso alle MAP.

Appare però utile sottolineare come la Direttiva sia improntata al principio di sussidiarietà di cui all'art. 5 del TFUE limitandosi a dettare solo quanto necessario per instaurare un meccanismo efficace ed efficiente per risolvere le controversie nel contesto del corretto funzionamento del mercato interno ma lasciando, al contempo, un significativo margine di manovra a favore dei legislatori nazionali.

Questo inquadramento generale della disciplina evidenzia chiaramente che, nonostante la nuova Direttiva DRM introduca una procedura idonea ad inglobare anche le controversie riconducibili all'ambito applicativo dell'art. 25 del modello OCSE, questa limita il proprio campo di

⁴⁵⁵ S. GOVIND, *The New Face of International Tax Dispute Resolution: Comparing the OECD Multilateral Instrument with the EU Dispute Resolution Directive*, in *EC Tax Review*, XXVII, 6, 2018, 309.

applicazione alle sole “*controversie tra l’Autorità competente italiana e le Autorità competenti degli altri Stati membri dell’Unione europea*”⁴⁵⁶.

Di conseguenza, le controversie che coinvolgono Stati extra-UE dovranno essere risolte in base alla procedura convenzionale.

Ci si trova in presenza, quindi, di due distinti procedimenti: un primo di matrice europea, caratterizzato da una precisa scansione temporale e da un obbligo di risultato, ma applicabile solo in relazione alle controversie fra Stati membri ed un secondo, derivante dal diritto convenzionale e privo di obbligo di risultato, utilizzabile per le controversie sorte nei confronti di Stati extra-EU.

Ciononostante, la formulazione letterale dell’art. 1 della Direttiva consente di trarre, in via indiretta, una implicita conclusione. Più precisamente, la limitazione dell’ambito applicativo della Direttiva alle sole controversie fra Stati membri evidenzia un espresso riconoscimento, da parte del legislatore europeo, di un ambito di competenza riservato alle sole convenzioni contro le doppie imposizioni e, di conseguenza, alle MAP convenzionali.

Pertanto, non è possibile dubitare circa la compatibilità fra MAP convenzionali e diritto europeo, fermo restando il rispetto del campo di applicazione delle relative procedure.

11. Le MAP nel diritto italiano

⁴⁵⁶ Art. 1, D.lgs. 49/2020, il quale recepisce l’art. 1 della Direttiva 2017/1852 secondo cui “*La presente direttiva stabilisce le norme relative a un meccanismo per risolvere le controversie tra Stati membri che emergono dall’interpretazione e applicazione di accordi e convenzioni che prevedono l’eliminazione della doppia imposizione del reddito e, ove applicabile, del capitale*”.

Una ulteriore questione sulla quale occorre porre l'attenzione attiene alle ricadute della normativa convenzionale ed europea sul diritto nazionale e, più precisamente, sui diritti costituzionalmente garantiti al contribuente.

Come precedentemente sottolineato, i meccanismi di risoluzione delle controversie trovano la propria base normativa non nel diritto nazionale quanto, piuttosto, nel diritto sovranazionale e, più precisamente, nella sottoscrizione di un accordo bilaterale internazionale e nei trattati fondamentali dell'Unione Europea.

Ciò detto, sebbene entrambe le procedure siano, in linea di generale approssimazione, compatibili con l'ordinamento italiano in virtù del combinato disposto degli artt. 11 e 117 della Costituzione, la previsione di una procedura volta alla risoluzione delle controversie in materia fiscale desta alcune problematiche in relazione al rapporto fra la stessa e il diritto di difesa costituzionalmente garantito dall'art. 24, co. 2 Cost.

La disposizione da ultimo richiamata, pacificamente applicabile anche al processo tributario, prevede, al comma secondo, che *“La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento.”*

Ebbene, nonostante la Direttiva DRM abbia compiuto significativi passi avanti in relazione all'effettivo coinvolgimento del contribuente all'interno della procedura, appare innegabile che, allo stato attuale, le procedure amichevoli sono e rimangono procedimenti “endo-amministrativi”.

Il contribuente, infatti, è solo dotato di una facoltà di fornire informazioni e rispondere a quesiti posti dalle autorità fiscali, non essendo prevista alcuna specifica forma di contraddittorio.

Stante la natura simil-processuale del risultato del procedimento (si tratta, infatti, di una decisione diretta alla risoluzione di una controversia

fiscale avente carattere vincolante) il contribuente si vedrebbe assoggettato ad una decisione vincolante alla cui formazione non ha preso parte.

A tale conclusione potrebbe però essere obiettato che la soluzione adottata dalle amministrazioni coinvolte non costituisce, al pari di una sentenza, una decisione immediatamente vincolante, potendo il contribuente decidere se accettare o meno la stessa entro sessanta giorni dalla notifica, ferma la rinuncia ai mezzi di impugnazione ordinari in caso di accettazione.

Tuttavia, tale obiezione non merita accoglimento. Porre in capo al contribuente la scelta fra un procedimento essenzialmente *inaudita altera parte* la cui accettazione preclude un suo sindacato e la rinuncia agli ordinari mezzi di impugnazione finirebbe inevitabilmente per aumentare il carico amministrativo e, al contempo, svilire gli obiettivi di celerità e certezza ai quali la Direttiva DRM intende far fronte.

Di conseguenza, è necessario valutare attentamente quali siano gli elementi in base ai quali sia consentita una delimitazione del diritto di difesa derivante dal diritto internazionale ed europeo assicurando, allo stesso tempo, l'efficienza e la celerità della procedura.

Una seconda questione che emerge dal raffronto fra MAP e diritto nazionale deriva dalle possibili problematiche derivanti dal principio di parità di trattamento riconosciuto dalla Carta costituzionale.

Ai sensi degli artt. 16 e 13 della Direttiva, deve essere riconosciuta la facoltà di avviare lo strumento di risoluzione delle controversie anche qualora la pretesa tributaria sia divenuta definitiva.

La seconda delle richiamate norme è stata oggi recepita dal diritto nazionale all'interno dell'art. 3, co. 2 del D.lgs. 49/2020, secondo cui “*a presentazione dell'istanza di apertura di procedura amichevole non è preclusa dalle procedure amministrative tributarie che comportano la*

definitività dell'imposta e non richiede la preventiva instaurazione delle procedure contenziose nazionali”.

In altre parole, la mancata impugnazione dell'atto impositivo o la positiva conclusione di un accertamento con adesione non sono circostanze preclusive dell'attivazione della procedura amichevole.

Ci si deve però chiedere se tale conclusione abbia determinato una modifica al previgente orientamento in relazione alle MAP convenzionali, oggi applicabili, come sopra accennato, in relazione alle controversie con Stati extra-UE.

Più precisamente, ai sensi della Circolare 21/2012⁴⁵⁷, *“A seguito della mancata impugnazione dell'atto di accertamento l'effetto di definitività dell'imposta dallo stesso recata impedisce che quest'ultima possa essere modificata a seguito di un riesame in seno alla MAP e dell'eventuale accordo raggiunto fra le autorità competenti. Il medesimo effetto di immutabilità si realizza a seguito di accertamento con adesione, ai sensi del d.lgs. 19 giugno 1997, n. 218, e di mediazione tributaria o conciliazione giudiziale ai sensi, rispettivamente, degli articoli 17-bis e 48 del d.lgs. n. 546 del 1992, con impatto sulla MAP nel senso di precluderne l'esperimento ai fini della revisione dell'imposta risultante dai rispettivi atti di definizione”.*

Accogliendo questa interpretazione si finirebbe inevitabilmente per creare un'evidente discriminazione fra procedure amichevoli intra-UE, attivabili anche in caso di definitività dell'atto accertativo, e procedure amichevoli extra-UE, ove la definitività dell'accertamento precluderebbe il ricorso all'art. 25 del modello OCSE.

⁴⁵⁷ Circ., 5 giugno 2012, n. 21/E.

A tal riguardo, occorre ricordare che, con un documento ufficiale del 15 dicembre 2017⁴⁵⁸, lo Stato italiano, conscio di questa limitazione, si è espressamente impegnato a risolvere tale problematica tramite appositi interventi legislativi i quali, tuttavia, risultano ad oggi assenti.

È quindi necessario valutare se le disposizioni di cui al D.lgs. 49/2020 siano estensibili anche alle MAP extra-europee e, in caso contrario, quale sia la base normativa idonea a giustificare il differente trattamento.

In tema, pare ulteriormente opportuno ricordare un'ulteriore significativa differenza fra il contesto convenzionale e quello europeo rappresentata dal ruolo del c.d. ravvedimento operoso.

Più precisamente, ai sensi della relazione illustrativa al D.lgs. 49/2020 è espressamente escluso dal campo di applicazione della deroga di cui al citato art. 3, co. 2 il ravvedimento operoso ex art. 13, D.lgs. 472/1997⁴⁵⁹.

Si tratta di una limitazione evidentemente in contrasto non solo con la Direttiva, ma anche con il dettato dell'art. 25 del modello OCSE, il quale consente l'avvio della procedura anche in caso di "*bona fide taxpayer-initiated adjustment*".

A ciò si aggiunga, inoltre, che una tale conclusione finirebbe inevitabilmente per creare situazioni particolarmente complesse con Stati come, ad esempio, la Germania, la quale accetta espressamente la presentazione di un'istanza diretta all'avvio della procedura anche in caso di rettifica della dichiarazione.

⁴⁵⁸ OCSE, *Making Dispute Resolution More Effective – MAP Peer Review Report, Italy (Stage 1)*.

⁴⁵⁹ F. MATTARELLI, *Procedure di risoluzione delle controversie in materia di doppia imposizione. Riflessioni de iure condendo in vista dell'attuazione (già tardiva) della Direttiva 2017/1852*, in *Rass. Trib.*, 4, 2019, 752.

Sempre in tema di definitività della pretesa tributaria, vale la pena ricordare come l'art. 113, Dl. 104/2020, accogliendo i rilievi fatti dai primi commentatori, ha attribuito effetto preclusivo alle sole sentenze passate in giudicato, sostituendo il precedente riferimento alle sentenze “di merito da parte della commissione tributaria competente”. Si deve quindi ritenere possibile l'avvio della procedura anche in presenza di una sentenza di merito non ancora passata in giudicato⁴⁶⁰.

12. Conclusioni

L'assenza di una specifica disciplina in tema di doppia imposizione, circostanza resa necessaria dalla libertà in tema di imposizione diretta lasciata dall'Unione europea agli Stati membri, rende particolarmente complicata l'individuazione dei contorni del PoEM nel contesto eurounionale.

Tale “vuoto normativo”, deve quindi essere colmato facendo ricorso ai principi fondamentali enunciati nei trattati fra i quali, *in primis*, le libertà fondamentale.

In altre parole, la facoltà statale di fare ricorso ai criteri ritenuti più idonei a collocare la residenza fiscale di un ente collettivo non può spingersi fino al punto di arrivare a negare il godimento delle libertà fondamentali ad un soggetto.

⁴⁶⁰ In tema di rapporto fra procedure amichevoli e processo tributario, pre e post Direttiva 2017/1852, si veda F. MATTARELLI, *La sospensione del processo tributario: influenza del nuovo art. 39, D.Lgs. n. 546/1992 sulle procedure amichevoli internazionali in materia di transfer pricing*, in *Rass. Trib.*, 1, 2017, 132; G. DAL CORSO, A. RENDA, *Il ruolo del processo tributario nell'ambito delle nuove procedure amichevoli*, in *Fisco*, 1, 2021, 52.

Pertanto, da un punto di vista applicativo, l'unico limite in relazione all'applicabilità del PoEM all'interno del contesto eurounionale deve essere individuato nel divieto di discriminazione.

Per quel che concerne, invece, il contenuto del PoEM, essendo questa una nozione a carattere prevalentemente casistico, la determinazione dell'effettiva ubicazione spaziale della società deve necessariamente rispettare il principio di proporzionalità, non potendo gli Stati membri attribuire rilevanza ad elementi che determinino un'eccessiva restrizione alla libertà di stabilimento.

Potenzialmente più incisivo può essere, invece, l'apporto del diritto europeo con riferimento alla nuova *tie breaker rule*. Difatti, la presenza di una chiara procedura volta al raggiungimento di un accordo amichevole fra le amministrazioni nazionali coinvolte appare idonea, almeno da un punto di vista teorico stante la recentissima introduzione del nuovo meccanismo, a porre rimedio a quelle criticità tipicamente connesse alle MAP convenzionali assicurando, quindi, un sistema maggiormente improntato alla certezza e alla tutela del contribuente.

CAPITOLO V
RIFLESSIONI CONCLUSIVE:
PROBLEMATICHE ATTUALI E PROSPETTIVE EVOLUTIVE
DEL PoEM

SOMMARIO: 1. Le sfaccettature del PoEM; 2. (Segue) l'interpretazione del PoEM; 3. L'inquadramento delle problematiche attuali; 4. L'importanza del PoEM alla luce delle convenzioni amichevoli; 5. Il ruolo dell'Unione europea; 6. La tassazione nell'era digitale e l'assenza di un collegamento fisico; 7. Riflessioni conclusive.

1. Le sfaccettature del PoEM

La ricostruzione del ruolo oggi rivestito dal PoEM nel contesto nazionale, convenzionale ed europeo effettuata nei capitoli precedenti consente in questa sede di trarre alcune utili conclusioni al fine di determinare se, nella sostanza, sia possibile ricostruire un concetto unitario idoneo a risolvere le problematiche evidenziate nei paragrafi precedenti.

Per far ciò, si rende però necessario determinare, con il maggior grado di certezza possibile, quale sia il ruolo che il PoEM è chiamato a svolgere nei contesti normativi richiamati.

Difatti, sebbene le varie interpretazioni di sede dell'amministrazione presentino tratti comuni, questa nozione riveste un ruolo significativamente differente a seconda della finalità alla quale la stessa è chiamata a far fronte.

Partendo dalla normativa nazionale, il PoEM rappresenta un vero e proprio criterio di collegamento il cui scopo principale è quello di consentire allo Stato di assoggettare al tributo il contribuente per i redditi dallo stesso ovunque prodotti. Ciò per due ordini di ragioni.

In primo luogo, gli impulsi direttivi provenienti dalla sede dell'amministrazione (effettiva), intesa quale "cervello" dell'impresa, sono, nella sostanza, il fondamento delle attività idonee a produrre il reddito. In altre parole, l'ubicazione formale dell'impresa o l'esecuzione materiale delle scelte imprenditoriali adottate dall'organo amministrativo non sono idonee a produrre ricchezza imponibile in assenza di una attività gestionale a monte.

Pertanto, il PoEM giustifica una estensione della potestà impositiva nei confronti dei redditi ovunque prodotti in considerazione della circostanza che è solo tramite gli impulsi volitivi dallo stesso proveniente che l'impresa (e, a seconda delle circostanze, il gruppo) riesce a conseguire un ricavo.

In secondo luogo, la sede della direzione, intesa, questa volta, come il luogo in cui è materialmente collocata l'attività gestionale, evidenzia l'ubicazione spaziale del soggetto alla quale fornitori, clienti e amministrazioni statali devono necessariamente fare riferimento per interfacciarsi con la società. Di conseguenza, appare evidente che solo nello Stato del PoEM è possibile evidenziare una effettiva presenza territoriale.

Pertanto, il PoEM, nel contesto nazionale, identifichi un preciso legame territoriale e, al contempo, legittimi l'estensione della potestà impositiva sui redditi ovunque prodotti.

Il *Place of Effective Management* assume un ruolo radicalmente differente nell'ambito delle convenzioni contro le doppie imposizioni.

In questo caso, tralasciando il concetto di *place of management* di cui all'art. 4 (1), in quanto si limita ad indicare uno dei possibili criteri che le normative nazionali possono adottare al fine di determinare la residenza fiscale, il PoEM non mira, come avviene nel diritto nazionale, a determinare il collegamento fra Stato e soggetto ma, al contrario, esso è diretto

esclusivamente ad ovviare a situazioni di conflitto dalle quali deriva una “doppia residenza” e, conseguentemente, una doppia imposizione.

Nel momento in cui la disposizione di cui all’art. 4(3) viene invocata dagli Stati contraenti, la norma convenzionale, affermando che “*Where by reason of the provisions of paragraph 1 a person other than an individual is a resident of both Contracting States*”, riconosce implicitamente l’esistenza di un valido collegamento territoriale e il conflitto potrebbe derivare da una contrapposizione fra sede dell’amministrazione e sede legale ma anche, in alcuni casi, dalla presenza di due opposte interpretazioni nazionali del concetto di sede dell’amministrazione.

In sostanza, l’art. 4(3) è principalmente diretto ad individuare lo Stato con il quale il collegamento è più intenso o, con le parole della norma, “effettivo”.

Si tratta, quindi, di una norma che non limita la potestà impositiva statale per assenza di un collegamento idoneo a giustificare l’esercizio della stessa, ma di una mera disposizione convenzionale (quindi concordata fra le parti) finalizzata a risolvere situazioni di conflitto fra due Stati sovrani in posizione paritaria e contrapposta.

Da ultimo, venendo al contesto europeo, il PoEM esplica la propria efficacia non in relazione alla potestà impositiva statale quanto, piuttosto, con riferimento all’esercizio delle libertà fondamentali dell’Unione fra cui, *in primis*, la libertà di stabilimento.

In altre parole, il PoEM, inteso come luogo di gestione dell’impresa, è volto, nel diritto eurounionale, a giustificare un effettivo insediamento dell’impresa idoneo a legittimare l’esercizio delle libertà fondamentali derivanti dai trattati.

Si tratta, quindi, di una regola volta ad assicurare il regolare funzionamento del mercato comune eliminando o, quantomeno, limitando, situazioni discriminatorie o restrittive della libera concorrenza.

Ebbene, alla luce di questo quadro, è evidente l'impossibilità di rintracciare un'unica ed unitaria nozione di sede della direzione effettiva utilizzabile nell'ambito nazionale, convenzionale ed europeo.

La differente funzione svolta dal PoEM, a seconda della finalità dallo stesso perseguita, deve necessariamente guidare l'interpretazione della nozione.

Così, ad esempio, se, da un lato, in uno Stato prevalentemente importatore di capitali, ove l'appartenenza alla comunità è statale tanto più intensa quanto più è inteso l'impiego di risorse nel territorio nazionale, è scelta sensata quella di attribuire rilevanza decisiva al *day-by-day management*, altrettanto non si può affermare con riferimento alla nozione convenzionale, ove la gestione giornaliera è tendenzialmente irrilevante al fine di determinare lo Stato dove il collegamento territoriale è più intenso.

Di conseguenza, l'interprete, nell'approcciarsi al PoEM, deve avere riguardo al contesto normativo di riferimento e alle problematiche che la sede della direzione effettiva è chiamata a far fronte.

2. (Segue) l'interpretazione del PoEM

Come più volte sottolineato nel paragrafo precedente, nonostante la sede della direzione effettiva possa assumere un differente significato a seconda della sua funzione, è comunque possibile individuare alcune caratteristiche comuni.

Più precisamente, sembrerebbe oggi possibile individuare un generale consenso da parte degli Stati nell'attribuire rilevanza decisiva al c.d. *Top Management* in luogo del *Day-by-Day Management*.

Difatti, malgrado la gestione quotidiana sia ancora oggi valorizzata da alcuni Paesi, l'assunzione delle decisioni chiave è oggi il punto focale dell'attività accertativa compiuta dalle amministrazioni finanziarie.

Una simile constatazione può essere giustificata, ad avviso di chi scrive, in base a due motivazioni.

In primo luogo, la progressiva globalizzazione del mercato alla quale si è assistito nel corso degli ultimi anni ha progressivamente ridotto la rilevanza in passato rivestita dalla contrapposizione fra Stati esportatori e importatori di capitali.

Nello specifico, l'esponenziale diffusione dei mezzi di telecomunicazione e la semplificazione della logistica dei trasporti ha reso possibile accentrare tutta l'attività gestionale, ivi compresa quella giornaliera, in capo ad un unico soggetto, senza che sia più necessario, nella maggior parte dei casi, una continuativa attività di direzione e coordinamento nel luogo in cui è ubicato il sito produttivo (in alcuni casi, come nell'ipotesi delle *digital enterprises*, addirittura assente).

Nonostante questa distinzione assuma ancora oggi un qualche significato per i grandi gruppi multinazionali, per i quali la delegazione di funzioni è una vera e propria necessità, è indubitabile come l'ordinaria attività d'impresa possa essere svolta nei medesimi luoghi e dai medesimi soggetti a cui è affidata la gestione dell'intera azienda.

In secondo luogo, l'ampia diffusione delle convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni a cui si è assistito a partire da fine anni '70-inizio anni '80 ha spinto i legislatori nazionali ad uniformare (senza, però

sovrapporre) l'interpretazione della sede della direzione effettiva nazionale a quella convenzionale. Ciò, principalmente, al fine di evitare o risolvere con semplicità possibili conflitti di residenza assicurando, al contempo, certezza ai contribuenti.

Di conseguenza, la prevalenza per il *Top management* più volte espressa nell'ambito convenzionale ha trovato ampio spazio anche all'interno delle normative nazionali.

Una seconda considerazione su cui occorre svolgere qualche ulteriore rilievo conclusivo attiene al vero e proprio contenuto del PoEM. Più in particolare, sembrerebbe possibile rinvenire due scuole di pensiero.

Una prima, di matrice anglosassone e derivante dal CMC, che vede nel PoEM non come il luogo dove risiedono o si riuniscono i soggetti deputati all'alta gestione dell'ente quanto, piuttosto, come quello in cui vengono adottate le decisioni chiave dell'impresa.

A fronte di questa prima posizione ve ne è però una seconda, generalmente adottata dai paesi di *civil law*, radicalmente opposta, la quale individua il PoEM sulla base di elementi concreti e materialmente verificabili come, ad esempio, il luogo di riunione degli amministratori, la loro residenza, ecc.

Si tratta di una distinzione tutt'altro che priva di significato.

L'interpretazione inglese, infatti, consente di compiere una indagine a 360° incentrata esclusivamente sul contenuto della sua attività, a prescindere dalle modalità di esecuzione assicurando, quindi, il pieno rispetto del carattere "sostanziale" del PoEM. Al contempo, però, un'indagine di questo tipo non solo complica significativamente l'attività accertativa effettuata dall'autorità amministrativa ma, inoltre, lede il principio di certezza, non

essendo dato al contribuente di sapere con congruo anticipo quali saranno le decisioni chiave rilevanti ai fini della sede della direzione effettiva.

L'approccio di *civil law*, seguito anche dall'Italia pone rimedio a quest'ultima problematica, indicando una serie di criteri certi sui quali sia il contribuente sia l'amministrazione finanziaria possono fare affidamento. Tuttavia, ricollegare il PoEM ad una serie di indicatori, ancorché non preclusivi di una indagine più approfondita, rischia di trasformare la sede della direzione effettiva in un criterio misto, a mezza via fra formalismo e approccio sostanziale.

Una possibile soluzione a questa contrapposizione, quantomeno in ambito convenzionale, può essere individuata nella sostituzione del PoEM con le MAP effettuata dal Modello di convenzione contro le doppie imposizioni OCSE del 2017.

Difatti, nonostante, come più volte sottolineato, le MAP finiscano, sotto alcuni aspetti, per sovrapporsi al PoEM, la procedura di cui all'art. 25 del Modello consente sia di attribuire rilevanza ad entrambi gli approcci sopra delineati ricostruendo, quindi, una sede della direzione veramente effettiva, sia di facilitare l'attività accertativa della pubblica amministrazione, la quale potrà contare sulla collaborazione dell'altro Stato.

Appare però evidente che, ancora una volta, rimane sacrificato l'interesse del contribuente alla certezza del diritto, rimanendo il soggetto passivo assoggettato ad un procedimento basato su elementi non predeterminati prima del suo avvio.

3. L'inquadramento delle problematiche attuali

Alla luce delle considerazioni sopra svolte, si tratta ora di valutare quali siano, ad oggi, le problematiche più rilevanti in materia di sede della direzione effettiva partendo, ancora una volta, dalle questioni emerse nei paragrafi precedenti attinenti alle possibili violazioni del principio di certezza del diritto.

Più precisamente la contrapposizione fra le diverse nozioni di sede della direzione effettiva, unitamente all'assenza di un consenso generale circa il suo contenuto rendono ancora oggi difficile per il contribuente acquisire un grado di certezza sufficiente a guidare le proprie scelte imprenditoriali.

Questa situazione risulta oggi ancor più complicata dall'emersione di due questioni di particolare rilevanza.

In primo luogo, la sempre più significativa digitalizzazione del mercato globale, resa possibile dal rapido sviluppo della rete internet, ha riconosciuto, sia a piccole che a grandi imprese, la possibilità di realizzare operazioni economicamente (e redditualmente) rilevanti prescindendo da una significativa presenza materiale sul territorio nazionale, data la prevalente natura dematerializzata e delocalizzata del commercio elettronico. Tale caratteristica ha reso quindi particolarmente complesso l'utilizzo delle tradizionali regole impositive fra le quali, in primis, il PoEM.

In secondo luogo, come evidenziato nel capitolo III, le modifiche apportate dall'*Action 6* del progetto BEPS sembrerebbero aver significativamente ridimensionato l'utilità della sede della direzione effettiva, sostituendola con le c.d. *mutual agreement procedures* (MAP).

Queste procedure, tuttavia, presentano un ulteriore profilo di incertezza derivante dalla totale assenza di elementi predeterminati

circostanza che, evidentemente, compromettere significativamente la certezza del diritto.

4. L'importanza del PoEM alla luce delle convenzioni amichevoli

La sostituzione del PoEM con le MAP porta con sé due rilevanti interrogativi, ovverosia il rapporto fra i due strumenti e l'idoneità delle convenzioni amichevoli ad assolvere la funzione di *tie breaker rule*.

Con riferimento al primo dei due aspetti, è stato sottolineato come entrambi i criteri hanno una precisa finalità, ovverosia assicurare la corrispondenza della residenza fiscale alla reale ubicazione spaziale del soggetto passivo, sulla base di un approccio casistico e analitico.

Se così è, allora, non si può fare a meno di notare che, nella sostanza, le due *tie breaker rules* finiscono sostanzialmente per coincidere.

Difatti, all'infuori del possibile ricorso ad elementi formali come la sede legale, le MAP richiedono di valutare l'aspetto sostanziale dell'impresa il quale non può che essere individuato nel profilo gestionale e operativo.

Come reso evidente anche dal commentario al modello OCSE del 2017, infatti, la determinazione della residenza sulla base delle procedure amichevoli deve fare riferimento ad elementi come il luogo di assunzione delle decisioni chiave, la residenza degli amministratori, ecc.

Ebbene, tali elementi possono essere individuati anche all'interno delle raccomandazioni relative al PoEM, sicché pare possibile affermare che l'individuazione della residenza utilizzando le MAP non possa prescindere dalla preventiva determinazione della sede della direzione effettiva.

La maggior problematica risiede, quindi, nel secondo aspetto, ovverosia l'idoneità delle MAP a far fronte alle esigenze sottese all'art. 4(3).

Pare utile ricordare ancora una volta, come la procedura attualmente prevista per la conclusione degli accordi amichevoli presenti alcune significative problematiche per il contribuente, il quale non ha alcuna garanzia circa l'effettiva conclusione della convenzione né sulla sua effettiva durata.

In un contesto come quello attuale, ove il mercato economico globale richiede sempre più celerità e certezza, assoggettare i contribuenti a lunghe procedure, prive di garanzie circa una loro positiva conclusione, risulta certamente una scelta inidonea a rispondere alle esigenze degli operatori economici.

Tale complicazione non potrebbe neppure essere giustificata da esigenze a carattere antiabusivo in quanto, come precedentemente sottolineato, una situazione di doppia residenza, soprattutto in caso di grandi multinazionali, è spesso una conseguenza quasi fisiologica.

Sulla base di queste considerazioni, sembrerebbe quindi opportuno introdurre una procedura amichevole improntata a criteri di rapidità, certezza e con un vero e proprio obbligo di risultato.

Questa alternativa, oltre a risolvere le problematiche sopra evidenziate, consentirebbe anche di dare un idoneo risalto alle caratteristiche del commercio elettronico, introducendo, sebbene in via indiretta, la possibilità di fare riferimento a concetti come il *primary place of management*.

Il costante e rapido mutamento dello scenario economico globale, come dimostrato dal rapido sviluppo della rete internet impone di trovare strumenti estremamente adattabili e malleabili i quali, però, non possono prescindere dall'individuazione del luogo deputato alla gestione in quanto vero e proprio "cuore" dell'impresa.

A fronte di ciò, appare però evidente come i rapporti politici in sede internazionale rendano particolarmente complessa l'adozione di questa soluzione. Difatti, sebbene le convenzioni contro le doppie imposizioni abbiano oggi una particolare rilevanza all'interno della comunità europea, si tratta pur sempre di meccanismi non vincolanti.

5. Il ruolo dell'Unione europea

Ulteriore prospettiva che merita alcune riflessioni conclusive è quella dell'Unione europea.

Alla luce delle considerazioni svolte nel capitolo IV ci si chiede se sia possibile immaginare un utilizzo del PoEM all'interno del contesto europeo al fine di determinare un concetto di residenza valido per la totalità degli Stati membri.

Come già evidenziato, è possibile individuare una prima primordiale versione di residenza fiscale europea all'interno della proposta di direttiva CCCTB la quale afferma che *“Una società che ha sede legale, luogo di costituzione o di direzione effettiva in uno Stato membro e non è, in base ai termini di un accordo concluso da tale Stato membro con un paese terzo, considerata come residente fiscale in tale paese terzo è considerata residente a fini fiscali in tale Stato membro. Una società che è residente a fini fiscali in più di uno Stato membro è considerata residente nello Stato membro nel quale è situato il posto di direzione effettiva”*.

Si tratta di una nozione che presenta però alcune significative incongruità.

In primo luogo, nel definire la residenza fiscale, la proposta di Direttiva fa esplicito riferimento alle convenzioni contro le doppie

imposizioni, assumendo, quindi, un ruolo subordinato rispetto alle stesse. Inoltre, sebbene la richiamata norma faccia espresso riferimento al concetto di sede della direzione effettiva, non è presente alcun elemento in grado di individuare i confini ed i contenuti della nozione.

Appare quindi evidente come la definizione contenuta nella proposta non sia idonea a risolvere i problemi emersi a livello convenzionale, stante lo stretto legame fra la nozione europea e quella convenzionale.

E, d'altronde, non potrebbe essere altrimenti. Le istituzioni dell'Unione non possono intervenire in tema di imposizione diretta salva l'ipotesi di una diretta attribuzione da parte degli Stati membri. La stretta connessione fra residenza fiscale ed esercizio della sovranità fiscale rende estremamente difficile una rinuncia da parte dei governi nazionali alla propria autonoma facoltà di regolare la materia.

Questa circostanza trova conferma anche nella stessa proposta di direttiva CCCTB la quale, nonostante sia stata avanzata nel 2011, a distanza di quasi dieci anni non ha ancora trovato attuazione.

A ciò si aggiunga, inoltre, che un mero riferimento al PoEM in ambito europeo, ma privo di alcuna definizione concreta, potrebbe portare alle medesime perplessità connesse alla nozione di costruzione puramente artificiosa in tema di abuso del diritto, attribuendo alla Corte di Giustizia un ruolo "legislativo" sconnesso da una reale attribuzione di competenza da parte degli Stati membri.

Ci si deve quindi chiedere se l'Unione europea possa comunque avere un ruolo nell'individuazione della sede della direzione effettiva così come definita a livello convenzionale.

La risposta a tale interrogativo, con riferimento agli Stati membri, deve essere senz'altro positiva.

Più precisamente, un primo strumento potenzialmente idoneo a porre rimedio anche alle problematiche derivanti dall'ampia diffusione del commercio elettronico deve certamente essere individuato nelle procedure di cooperazione fra le amministrazioni fiscali nazionali introdotte dalla Direttiva 2011/16/UE⁴⁶¹ (c.d. *Directive on Administrative Co-operation* o, in breve, DAC) modificata, da ultimo, dalla direttiva 2018/822⁴⁶² (c.d. DAC 6)⁴⁶³.

Si tratta, nello specifico, di uno degli strumenti del c.d. pacchetto trasparenza elaborato dalla Commissione europea in esecuzione del progetto BEPS e, più precisamente, dell'action 12 in tema di *Mandatory Disclosure*. Senza procedere all'analisi dettagliata della Direttiva, è sufficiente ricordare come la stessa ha l'obiettivo di mettere direttamente a disposizione delle amministrazioni finanziarie informazioni complete e pertinenti sui meccanismi transfrontalieri (c.d. "*cross-border arrangements*") potenzialmente aggressivi.

Ora. Sebbene le disposizioni previste dalla Direttiva abbiano la specifica finalità di prevenire la realizzazione di operazioni abusive ed elusive a prevalente componente transnazionale, appare evidente come una

⁴⁶¹ Direttiva 2011/16/UE del 15 febbraio 2011 relativa alla cooperazione amministrativa nel settore fiscale e che abroga la direttiva 77/799/CEE.

⁴⁶² Direttiva (UE) 2018/822 del 25 maggio 2018, recante modifica della direttiva 2011/16/UE per quanto riguarda lo scambio automatico obbligatorio di informazioni nel settore fiscale relativamente ai meccanismi transfrontalieri soggetti all'obbligo di notifica, implementata in Italia dal D.lg. 10 giugno 2020, n. 48.

⁴⁶³ F. PACELLI, P. PALAZZI, *DAC 6: ennesimo obbligo di trasparenza o nuova spinta alla compliance preventiva?*, in *Corr. Trib.*, 8-9, 2020, 675; G. MARINO, *Professionisti e pianificazione aggressiva. ora non è tempo di "DAC 6": attuazione da rinviare*, in *DPT*, 4, 2020, 1626; L. MARZANO, *La Direttiva 2018/822/UE (c.d. DAC 6). Profili oggettivi e soggettivi*, in *RTDT*, 6, 2019, 595

maggior disponibilità di informazioni da parte delle Amministrazioni finanziarie nazionali possa, nella sostanza, agevolare significativamente l'individuazione del PoEM.

Difatti, una delle problematiche attuali concernenti la determinazione della sede della direzione effettiva riguarda sicuramente la difficoltà di ricostruire le vicende inerenti alla società.

La presenza di un mercato sempre più globalizzato, ove la presenza di imprese multinazionali non è più limitata ai soli grandi colossi del commercio, rende particolarmente difficile individuare il *place of effective management* sulla base delle sole informazioni in possesso della singola amministrazione finanziaria.

La disponibilità di una serie di informazioni aggiuntive potrebbe, quindi, determinare una maggior semplicità nella ricostruzione della situazione di fatto.

Ci si deve quindi chiedere se una potenziale estensione degli obblighi informativi richiesti dalla direttiva, anche solamente in via convenzionale, potrebbe comportare una maggior efficienza della *tie breaker rule*.

Si pensi, ad esempio, ad un obbligatorio scambio di informazioni preventivo nel caso in cui il contribuente intenda trasferire la propria residenza da uno Stato ad un altro.

In questo caso, una preventiva disponibilità di informazioni rilevanti potrebbe contribuire non solo ad una maggior efficacia del PoEM ma, soprattutto, anche ad una maggior certezza per il contribuente il quale, fermo il mantenimento della situazione di fatto presente al momento del trasferimento della sede, potrebbe essere esposto ad un minor rischio di "rideterminazione" del PoEM.

Un'ultima prospettiva eurounionale che occorre analizzare è data dal ruolo delle procedure di risoluzione delle controversie.

Come sottolineato poc'anzi, una delle problematiche di maggior rilievo della “nuova” *tie breaker rule* è data dall'assenza di una procedura caratterizzata da una precisa scansione temporale e da una certezza circa un suo positivo risultato.

Ebbene, a fronte di ciò, le procedure europee pongono rimedio a tale questione prevedendo non solo un obbligo di risultato ma, inoltre, anche un termine ragionevole (due anni) per la conclusione degli accordi.

Sebbene occorra attendere i risultati della prassi operativa al fine di valutare l'effettiva validità della procedura, l'utilizzabilità delle procedure amichevoli UE in tutte le controversie derivanti dall'interpretazione di un trattato contro le doppie imposizioni rende applicabile le stesse anche alle controversie relative ad ipotesi di doppia residenza contribuendo, quindi, a creare un procedimento più certo e delineato.

È però innegabile la presenza di un significativo dubbio, rappresentato dalla possibile discriminazione fra soggetti UE ed extra UE. Difatti, ai sensi dell'art. 1 della Direttiva, “*La presente direttiva stabilisce le norme relative a un meccanismo per risolvere le controversie tra Stati membri che emergono dall'interpretazione e applicazione di accordi e convenzioni che prevedono l'eliminazione della doppia imposizione del reddito e, ove applicabile, del capitale*”.

Appare quindi naturale domandarsi se la procedura amichevole sia applicabile anche qualora la controversia insorga fra uno Stato membro e uno Stato terzo e se, in caso negativo, l'applicazione del diverso meccanismo possa essere considerata una discriminazione per il contribuente UE.

Per quel che concerne il primo aspetto, appare indubbia la limitazione dell'ambito applicativo della Direttiva alle sole controversie fra Stati membri, come anche ricordato dall'art. 1, D.lgs. 49/2020, attuativo della stessa direttiva.

Ciò detto, si ritiene di dover escludere anche una possibile discriminazione in quanto, in primo luogo, l'inapplicabilità della procedura europea non comporta alcuna doppia imposizione o aggravamento della posizione fiscale del contribuente, ma, semplicemente, la necessaria utilizzabilità delle sole MAP OCSE.

In secondo luogo, la delimitazione soggettiva è perfettamente in linea con il diritto dell'Unione europea il quale può trovare applicazione solo all'interno del territorio europeo dovendosi parlare, quindi, di una limitazione dettata dalle regole di funzionamento dello stesso diritto eurounionale.

6. La tassazione nell'era digitale e l'assenza di un collegamento fisico

Ultimo e conclusivo aspetto sul quale è necessario soffermarsi concerne le possibili problematiche derivanti da un collegamento "materiale" in un sistema economico che sempre più tende ad andare verso una progressiva "dematerializzazione".

Come ampiamente discusso nei capitoli precedenti, l'attuale sistema di imposizione dei redditi societari ha avuto origine in un contesto economico ove l'esercizio dell'attività d'impresa non poteva prescindere da una presenza fisica sul territorio.

Concetti come residenza e stabile organizzazione, rappresentati da fattori come, ad esempio, l'ubicazione degli stabilimenti produttivi e la

presenza di locali ed uffici, evidenziavano l'effettiva presenza di un collegamento territoriale.

Inoltre, il consumatore, era semplicemente il soggetto che acquistava il bene commercializzato dall'impresa il cui rapporto con la stessa terminava nel momento in cui la transazione veniva portata a compimento.

L'attuale espansione del mercato ha radicalmente mutato questo sistema.

Da un lato, la globalizzazione e lo sviluppo delle infrastrutture tecnologiche hanno consentito alle imprese di esercitare la propria attività tipica anche in assenza di veri e propri stabilimenti, realizzando un introito senza dover necessariamente costituire degli stabilimenti in loco.

Dall'altro lato, invece, il consumatore ha assunto un ruolo radicalmente differente rispetto al passato. Questi, infatti, non è più un mero "consumatore passivo" il cui ruolo si esaurisce con l'acquisto del bene prodotto dall'impresa, ma è divenuto un vero e proprio anello della catena produttiva che, oltre a ricevere il prodotto, contribuisce ad aumentarne il valore⁴⁶⁴.

⁴⁶⁴ A. S. SAMARI, *Digital Economy and Profit Allocation: The Application of the Profit Split method to the Value Created by a "Significant Digital Presence*, in *In. TP Jour.*, XXVI, 1, 1, *It is worth highlighting that one of the key features of the digital economy – maybe the most relevant and peculiar one – is the users' role within the value chain. As a matter of fact, if we think about Facebook or Amazon's business models, we can easily note that the role of users is significantly different from the role of customers in the context of a traditional business model. Indeed, according to Facebook's business model, users contribute their personal data to the company, enabling them to use the social network in exchange. Such data, after being processed by a specific and valuable algorithm, are the goods that are subsequently traded by the company and sold to goods and services providers for marketing purposes. In light of the above, it is quite evident that, pursuant to highly digitalized business models (and Facebook should be considered one of the most prominent example*

Si pensi, a mero titolo esemplificativo, ai modelli di business adottati da Facebook o Amazon ove l'espressione di una preferenza verso un prodotto o una azienda ne aumenta il valore agli occhi degli altri potenziali clienti.

In questo mutato contesto, tre sono le uniche certezze.

In primo luogo, i tradizionali criteri di collegamento, specialmente quelli riferiti alla stabile organizzazione, non sono più in grado di assicurare una corretta ripartizione della potestà impositiva stante la carenza di un collegamento certo e diretto.

In secondo luogo, occorre perseguire soluzioni in grado di porre rimedio a questa situazione di incertezza. Ciò in quanto, la carenza di criteri certi favorisce una erosione della base imponibile e la realizzazione di ingenti (e indebiti) risparmi d'imposta (soprattutto da parte delle multinazionali) idonei a danneggiare significativamente l'economia globale⁴⁶⁵.

Infine, la soluzione alla problematica non può essere demandata ad interventi unilaterali da parte dei singoli Stati poiché, in questo caso, si creerebbe una dannosa concorrenza fiscale che finirebbe per generare fenomeni da tempo contrastati fra i quali, in *primis*, il c.d. *treaty shopping*.

Per far fronte a queste problematiche, si stanno iniziando a formare, sia in sede internazionale che in sede europea, le prime linee guida volte a

of those models), the users' role represents a pivotal ring of the value chain. In other words, as already noted by prominent scholars, the customers/users of highly digitalized business models "do not play the same role as the customers of traditional businesses. While the latter can be considered to be 'passive customers', in simply buying, i.e., consuming, the products or services provided by a company, the former can be regarded as 'active customers', considering that they not only receive a product or service, but also contribute to enhancing its value"

⁴⁶⁵ P.A. HERNÁNDEZ GONZÁLEZ-BARRERA, *A Historical Analysis of the BEPS Action Plan: Old Acquaintances, New Friends and the Need for a New Approach*, in *Intertax*, XLVI, 4, 278

guidare i legislatori nazionali nel complesso e tortuoso percorso che li attende nel prossimo futuro.

Fra queste, devono certamente essere ricordate l'ormai nota *Action 1* del progetto BEPS⁴⁶⁶ e la Proposta di Direttiva del Consiglio relativa al sistema comune d'imposta sui servizi digitali⁴⁶⁷ entrambe incentrate sul concetto di "significativa presenza digitale".

Tuttavia, si tratta di proposte avente ad oggetto un altro criterio di collegamento territoriale, ovvero la stabile organizzazione.

Ciononostante, entrambi gli interventi partono da una considerazione comune che, a parere di chi scrive, può essere estesa anche alla residenza fiscale.

Più precisamente, come espressamente evidenziato anche dalla stessa Commissione in una comunicazione emanata in pari data alla proposta di Direttiva, l'elemento fondamentale sul quale basare i nuovi meccanismi impositivi è dato dalla necessità di assoggettare ad imposizione i profitti ove il valore viene creato⁴⁶⁸.

⁴⁶⁶ BEPS Action 1 - Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy.

⁴⁶⁷ Proposta di Direttiva del Consiglio relativa al sistema comune d'imposta sui servizi digitali applicabile ai ricavi derivanti dalla fornitura di taluni servizi digitali, Bruxelles, 21 marzo 2018 COM(2018) 148 final.

⁴⁶⁸ Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, Time to establish a modern, fair and efficient taxation standard for the digital economy, Brussels, 21 marzo 2018, COM(2018) 146 final, "*It is an internationally agreed principle that profits should be taxed where value is created*¹⁵. However, the current international tax rules were designed for 'brick and mortar' businesses. They are largely based on physical presence and were not designed to cope with business models driven primarily by intangible assets, data and knowledge. They do not take into account business models in which companies can supply digital services in a country without being physically present there. Today's rules also fail to recognise the new ways in which profits are created in the digital world. For example, they struggle to capture the value created through

Nonostante possa essere argomentato che la residenza, in quanto collegamento a carattere soggettivo, sia un fattore sempre individuabile e sconnesso dalla fase produttiva, questa argomentazione omette di considerare la funzione di questo collegamento.

Difatti, anche la residenza, e specialmente quella basata sulla sede dell'amministrazione, è un concetto funzionale ad individuare un collegamento fra Stato e territorio a carattere effettivo e sostanziale la cui collocazione non può prescindere dal momento in cui l'impresa produce i propri ricavi.

Questa considerazione porta allora a porsi due interrogativi.

In primo luogo, ci si deve domandare se, a fronte della progressiva espansione di un mercato dematerializzato e a-territoriale, abbia ancora senso parlare di residenza e stabile organizzazione o se sia più corretto ritenere che l'unico collegamento in grado di determinare una effettiva tassazione basata sulla forza economica soggettiva sia quello territoriale.

Si tratta di un quesito la cui soluzione deve necessariamente tenere conto delle peculiarità del sistema tributario internazionale.

Ciò in quanto, una simile modifica implicherebbe una radicale trasformazione dell'intero sistema la quale, per sua natura, non potrebbe essere approciata unilateralmente, ma richiederebbe necessariamente il simultaneo intervento di tutta la comunità internazionale.

intangible assets, such as patents and algorithms, which can easily be moved to low or no-tax jurisdictions. In addition, they do not acknowledge the role of users in generating value for digital companies by providing data and content or as the building blocks of the networks that are central to many digital business models. All of this means that there is a disconnect between where the value is created, and where taxes are paid".

Sebbene elementi come, l'accordo sulla Global Minimum Tax in capo alle multinazionali e il recente appello alla cooperazione internazionale da parte dell'amministrazione Biden⁴⁶⁹, abbiano evidenziano una progressiva apertura verso simili soluzioni, vi sono forti dubbi nel ritenere una tale soluzione sia materialmente percorribile.

Pertanto, allo stato attuale, a parere di chi scrive, non è immaginabile un totale e assoluto abbandono della tassazione basata su collegamenti a natura soggettiva.

Tanto premesso, è però necessario domandarsi anche se, alla luce delle recenti modifiche normative, sia immaginabile un possibile ridimensionamento del ruolo della sede dell'amministrazione, specialmente nell'ambito convenzionale.

A tal riguardo una utile indicazione è fornita dall'art. 5 della proposta Direttiva avanzata dalla Commissione europea la quale introduce il c.d. *profit split*, ovvero sia un metodo con il quale redistribuire la ricchezza generata dalle multinazionali fra gli Stati in cui la stessa è prodotta.

A ben vedere, si tratta di una proposta non dissimile da quella originaria avanzate in una delle originarie proposte di convenzione contro le doppie imposizioni.

Se, da un lato, questo criterio, se isolatamente considerato, incontra le medesime obiezioni sopra rilevate, una sua sistematica implementazione potrebbe essere idonea a sanare le critiche in materia di certezza del diritto avanzate in relazione alla nuova *tie breaker rule*.

⁴⁶⁹ L. CARPENTIERI, *La proposta dell'Amministrazione Biden e l'ambizione di cambiare le regole del gioco: sarà davvero il tramonto del profit shifting delle multinazionali?*, in *Riv., dir. Trib.*, 14 maggio 2021.

Una simile conclusione, qualora adottata in combinato disposto con le regole già esistenti, consentirebbe al contribuente di valutare a priori quale potrebbe essere, realisticamente, il risultato di una procedura amichevole.

In conclusione, è però necessario effettuare un ultimo rilievo.

Come sottolineato più volte nel corso della trattazione, alla base della valorizzazione della sede dell'amministrazione quale criterio di collegamento risiede la considerazione che l'impresa produce reddito non in base alle attività materiali dalla stessa compiute ma, piuttosto, in base alle decisioni sottese alle medesime attività.

E, allora, non è difficile immaginare che il centro della gestione è esso stesso un luogo di produzione del valore e che, in quanto tale, deve essere valorizzato.

Di conseguenza, il PoEM quale *tie breaker rule* si deve considerare ancora oggi idoneo ad evidenziare lo Stato con il quale l'impresa mantiene il collegamento.

Ciò in quanto, uno spostamento verso una tassazione su base puramente e prevalentemente territoriale ometterebbe di considerare il momento in cui la "catena produttiva del valore" ha origine, ovverosia quello in cui vengono adottate le decisioni imprenditoriali volte a guidare l'attività sociale.

7. Riflessioni conclusive

Le valutazioni sopra effettuate consentono di formulare due importanti considerazioni conclusive.

In primo luogo, il PoEM o, più precisamente, il centro direzionale di un ente collettivo, rimane ancora oggi il punto focale in base al quale valutare l'effettiva collocazione delle imprese commerciali.

Occorre ricordare, infatti, che le imprese, a differenza delle persone fisiche, sono soggetti nati e regolati dal diritto privi di una vera e propria connotazione fisica dalla quale prescindono per produrre il proprio reddito.

Una persona fisica, infatti, produce reddito (leggasi, genera valore) in base alla propria attività lavorativa la quale, nella maggior parte dei casi, si traduce in una effettiva attività materiale, la quale è svolta all'interno di precisi confini territoriali.

Le società, al contrario, sono organizzazioni di mezzi, persone e capitali suddivise in articolazioni idonee a produrre ricchezza imponibile indipendentemente da una concreta attività materiale (la quale, in ogni caso, non sarà svolta dalla società, ma dai soggetti dalla quale essa è composta).

Si pensi, a mero titolo esemplificativo, alle società Holding, il cui reddito viene prodotto tramite l'investimento di capitali attività oggi realizzabile anche tramite un semplice click su uno schermo.

Pertanto, l'ubicazione territoriale di una persona giuridica deve essere riconnessa all'unica attività idonea a generare un utile rappresentata, nella maggior parte dei casi, dall'assunzione delle scelte gestionali.

A questa considerazione si potrebbe però obiettare sia la potenziale idoneità di criteri formali come, ad esempio, la sede legale ed il POI, ad individuare una precisa ubicazione "fisica" della società sia l'inidoneità di tutti i criteri soggettivi ad individuare la fase in cui viene generato il valore economico tassabile.

Una tale obiezione deve essere radicalmente scartata. Ciò in quanto, la maggior parte degli ordinamenti statali contemporanei ricollega oggi il

prelievo impositivo ad una manifestazione di capacità contributiva da parte del soggetto passivo, condizione sicuramente non soddisfatta da criteri come la sede legale.

A ciò si aggiunga, inoltre, che la produzione di valore, conseguente allo svolgimento dell'attività sociale, altro non è se non l'implementazione delle decisioni amministrative le quali, sotto un certo punto di vista, possono essere considerate come punto di origine della catena di formazione del valore.

E, allora, l'unico elemento tramite il quale la società può manifestare una propria partecipazione alla comunità statale e l'effettivo conseguimento del reddito ovunque prodotte è dato dallo svolgimento della gestione sociale all'interno del territorio nazionale.

Per tali ragioni, indipendentemente dal contesto di riferimento, dalla procedura accertativa o dalla denominazione del criterio, lo svolgimento della fase amministrativa è, e rimane, l'unico criterio in grado di determinare una effettiva presenza del soggetto all'interno dei confini statali.

In secondo luogo, è però necessario rilevare come sia la stessa la natura sostanziale del PoEM a determinare inevitabilmente le problematiche attinenti alla certezza del diritto.

Le modalità di svolgimento dell'attività decisionale e amministrativa dell'impresa sono in costante mutamento ed evoluzione a seconda del contesto storico ed economico del tempo, del tipo di attività esercitata, della struttura organizzativa dell'azienda, ecc.

Sicché, una predeterminazione degli elementi idonei ad individuare dove tale attività è esercitata risulta, di fatto, impossibile.

Come evidenziato dal rapido sviluppo della rete internet, la quale, in soli vent'anni ha completamente modificato il modo di fare impresa, ha reso

obsoleti criteri che poco meno di un decennio fa, consentivano di individuare la sede della direzione con sufficiente certezza. Si tratta di una evoluzione tecnologica e culturale che non accenna ad arrestarsi, lasciando immaginare, al contrario un suo ulteriore progresso.

Ed è proprio questa dinamica che rende evidente l'opportunità di un criterio dai contenuti flessibili e non predeterminati. L'assenza di una definizione "fissa" rende possibile attribuire al PoEM un contenuto idoneo a rispondere alle esigenze del mercato senza dover prevedere nuovi e sempre diversi criteri di collegamento fra Stato e territorio.

A ben vedere, questa circostanza appare evidente fin dalla nascita della nozione all'interno della giurisprudenza delle corti britanniche, le quali introdussero il riferimento al CMC al fine di rispondere alla sempre più frequente delocalizzazione delle società inglesi di fine Ottocento.

Il riferimento alla giurisprudenza britannica aiuta anche a comprendere un'ulteriore importante finalità svolta dal PoEM. La nozione in parola, infatti, assume, oltre che una funzione giuridico-economica, anche una connotazione strettamente politica, fortemente influenzata dai rapporti di forza degli Stati, i quali mirano a mantenere un legame forte con i soggetti operanti in una dimensione transnazionale.

In altre parole, l'assenza di una connotazione precisa rende la sede della direzione effettiva idonea ad assicurare agli Stati uno strumento attraverso il quale esercitare la propria potestà impositiva al di là degli stretti legami formali, spesso non corrispondenti alla realtà.

La finalità del PoEM, quindi, non può e non deve essere limitata alla sola determinazione del "cervello" dell'impresa, ma deve essere estesa alla generale necessità di individuare un collegamento sostanziale fra società e

territorio consapevole sia delle evoluzioni del mercato sia dei rapporti esistenti fra gli Stati.

Ed è proprio in quest'ottica che deve essere letta la nuova *tie breaker rule*. Questa, infatti, non mira a “sostituire” un criterio inidoneo a prevenire situazioni a carattere abusivo, ma a consentire un'analisi di tutti i fattori rilevanti.

In conclusione, però, non si può fare a meno di sottolineare come le problematiche attinenti alla certezza del diritto potrebbero essere risolte attraverso un più frequente ed incisivo coinvolgimento del contribuente prima e durante la fase accertativa.

Le esigenze di certezza del diritto, congiuntamente alla necessità di approcciarsi alla materia in una prospettiva *case by case*, portano a ritenere indispensabile un ampliamento della fase del contraddittorio fra contribuente e amministrazioni nazionali.

Un maggior coinvolgimento del soggetto passivo, includendo, qualora possibile, anche criteri simili allo split profit di cui alla proposta di direttiva sulla tassazione dell'economia digitale, potrebbe, ad avviso di chi scrive, ad un duplice risultato.

In primo luogo, consentendo al contribuente di ottenere ruling preventivi, vincolanti ed appellabili, circa l'effettiva ubicazione della sede dell'amministrazione (e, quindi, della residenza fiscale) consentirebbe di garantire una maggior certezza del diritto la quale, di conseguenza, permetterebbe un efficientamento dei traffici commerciali non più ostacolati da dubbi di natura fiscale.

In secondo luogo, l'approccio *case by case* richiede, per sua stessa natura, una attenta analisi, da parte dell'amministrazione finanziaria, di tutti gli elementi potenzialmente idonei ad individuare la sede

dell'amministrazione. Ebbene, appare logico ritenere che il contribuente, quale soggetto "più vicino" alla questione controversa, possa individuare al meglio gli elementi rilevanti nel caso di specie.

Pertanto, un ampliamento del contraddittorio consentirebbe anche una significativa semplificazione dell'attività accertativa.

BIBLIOGRAFIA

Dottrina

ADAM R., TIZZANO A., *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2019.

ADAM R., TIZZANO A., *Manuale di diritto dell'Unione Europea*, Torino, 2020.

ADONNINO P., *Voce Doppia imposizione (dir. tribut.)*, in *Enc. Dir.*, 1964.

AGO R., *Teoria del diritto internazionale privato*, Padova, 1934.

ALAGNA C., MATTIA S., *Doppia imposizione: il meccanismo del credito d'imposta*, in *Fisco*, 47-48, 2013, 7307.

ALBRECHT A. R., *The enforcement of taxation under international law*, in *British Yearbook Int'l Law*, 30, 1953, 461.

AMATUCCI A., *Il conflitto tra norme internazionali ed interne tributarie*, in *Riv. Dir. trib.*, 1999, 59.

ANGIOLINI V., *Libertà e diritti di libertà nella giurisprudenza costituzionale*, in *JUS*, 2, 1986, 187.

ARAMINI F., SAVINI N., *Triangular cases under the OECD Model Convention and the European Court of Justice's case law*, in *DPT*, 3, 2002, 39.

ARAMINI F., *Triangular cases under the OECD Model Convention and the European Court of Justice's case law*, in *DPT int.*, 1, 2002, 39.

AULT H. J., *Corporate Integration, Tax Treaties and the Division of the International Tax Base: Principles and Practice*, in *Tax Law Review*, 47, 1992, 565.

AVERY JONES J. F., *2008 OECD Model: Place of Effective Management – What One Can Learn from the History*, in *Bull Int'l Tax.*, May/June 2009, 183.

AVERY JONES J. F., BERG C. J., DEPRET H. R., ELLIS M. J., FONTANEAU P., LENZ R., MIYATKE T., ROBERTS S., SANDELS C., STROBL J., *The interpretation of tax treaties with particular reference to article 4(2) of the oecd model - I*, B.T.R., 1984, 24.

AVERY JONES J. F., *Place of effective management as a residence tie-breaker*, in *Bulletin for international fiscal documentation*, LXIII, 5, 2005, 20.

AVERY JONES J. F., *The "one true meaning" of a Tax Treaty*, in *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 2001, 221.

AVERY JONES J. F., *The Relationship Between the Mutual Agreement Procedure and International Law*, in *EC Tax Review*, VIII, 1, 1999, 4.

AVERY JONES J. F., *What is the Difference between Schumacker and Gilly?*, in *European Taxation*, XXXIX, 1, 1999, 2.

BAGAROTTO E., *La presunzione di residenza fiscale delle società "esterovestite"*, Padova, 2008.

BAGGIO R., *Il principio di territorialità ed i limiti alla potestà tributaria*, Milano, 2009.

BAKER P., *Double Taxation Conventions and International Tax Law*, Londra, 1994.

BAKER P., *The Expression 'Centre of Vital Interests' in Art. 4(2) of the OECD Model Convention*, in *Residence of Individuals Under Tax Treaties and EC Law* (a cura di) MAISTO G., Amsterdam, 2010.

BARBERA A., FUSARO C., *Corso di diritto pubblico*, Bologna, 2001.

BARGAGLI M., *Il regime fiscale delle royalties tra normativa interna e trattati internazionali sulle doppie imposizioni. Riflessioni sul 'treaty shopping'*, in *Fisc. Internaz.*, 4, 2008, 299.

BARILE G., *Voce "Diritto internazionale privato"*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1964.

BARRETO P. A., *The Prevention of Tax Treaty Abuse in the BEPS Action 6: A Brazilian Perspective*, in *Intertax*, XLIII, 12, 2015, 825.

BARUFFI M. C., *Dalla costituzione europea al trattato di Lisbona*, Padova, 2008.

BEALE J. H., *A treatise on the conflict of laws*, New York, 1935.

BEGHIN M., *La sentenza Cadbury-Schweppes e il "malleabile" principio della libertà di stabilimento*, in *Rass. Trib.*, 3, 2007, 983.

BELLICINI B., *Il trasferimento della residenza fiscale all'estero delle persone fisiche: un'ipotesi di compliance normativa*, in *Fisco*, 22, 2016, 2157.

BENEDETTELLI M., *"Centro degli interessi principali" del debitore e forum shopping nella disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza transfrontaliera*, in *RDIPP*, 2004, 499.

- BENEDETTELLI M., *La legge regolatrice delle persone giuridiche dopo la riforma del diritto internazionale privato*, in *Riv. soc.*, 1, 1997, 39.
- BENEDETTELLI M., *Sul trasferimento della sede sociale all'estero*, in *Riv. Soc.*, 6, 2010, 1251.
- BENIGNI A., TOMASSINI C., *Compatibilità con il diritto comunitario delle norme sull'esteroinvestizione*, in *Fisc. & Comm. Int.*, 45, 2009, 3704.
- BERLIRI A., *Principi di diritto tributario*, II, Milano, 1957.
- BERTI G., *Voce "Sovranità"*, in *Enc. Dir.*, 2007.
- BISCOTTINI G., *l'efficacia degli atti stranieri di imposizione*, in *Studi in onore di Guido Zanobini*, Milano, 1965.
- BIZIOLI G., *Evoluzione del diritto di stabilimento nella giurisprudenza in materia fiscale della Corte di Giustizia*, in *Riv. dir. pubbl.com.*, 1999, 381.
- BIZIOLI G., *Tax treaty interpretation in Italy*, in *Tax Treaty Interpretation*, (a cura di) LANG M., 2001.
- BIZIOLI G., *The Evolution of the Concept of the Place of Management in Italian Case Law and Legislation: Interaction with Tax Treaties and EC Law*, in *European Taxation*, XLVIII, 10, 2008, 527.
- BORIA P., *Diritto tributario europeo*, Milano, 2015.
- BORIA P., *Diritto Tributario*, Milano, 2019.
- BORIA P., *Il Sistema tributario*, Padova, 2008.
- BORSI U., *Cittadinanza e sudditanza coloniale nell'ordinamento odierno*, in *Atti del terzo congresso di studi coloniali, 12-17 aprile 1937, Firenze, II*; Firenze, 1937, 57.

BRAUNER Y., *United States*, in *Residence of Companies under Tax Treaties and EC Law*, (a cura di) MAISTO G., Amsterdam, 2009.

BURGERS I. J. J., *Some thoughts on further Refinement of the Concept of Place of Effective Management for Tax Treaty Purpose*, in *Intertax*, XXXV, 6-7, 2007, 378.

BURGSTALLER E., HASLINGER K., *Place of Effective Management as a Tie-Breaker-Rule-Concept, Developments and Prospects*, in *Intertax*, XXXII, 8-9, 2004, 376.

C. GERLACH, N. NIEMEYER, *The New Tie-Breaker-Rule for Companies According BEPS Action Point 6: A (Too) Radical Change?*, in *Intertax*, XLVI, 10, 2018, 753.

CANCELLIERE F., *Aspetti fiscali internazionali nelle successioni mortis causa: il "treaty network" italiano*, in *Fisc. Int.*, 6, 2006, 491.

CAPECCHI G., *Il mercato interno – quadro generale e principi di funzionamento*, in *Elementi di diritto dell'Unione Europea*, (a cura di) DRAETTA U., PARISI N., Milano, 2018,

CAPELLI F., *Trasferimento della sede amministrativa in altro stato*, in *Soc.*, 3, 1990, 297;

CAPITTA F. LETIZIA G., *National Grid Indus Case: Consequences under an Italian Perspective*, in *EC Tax Review*, XXI, 5, 2012, 277.

CARBONETTI F., *Art. 2359 – Società controllate e società collegate in Commentario Romano al nuovo diritto delle società, Vol. II, Tomo I, Commento agli articoli 2325-2379-ter*, (a cura di) D'ALESSANDRO, Padova, 2010.

- CARINCI A., TASSANI T., *Manuale di diritto tributario*, Milano, 2019.
- CARLI C. C., *Diritto tributario europeo e "paradisi fiscali": abuso del diritto... di stabilimento o lacuna del sistema fiscale comunitario?*, in *Riv. Dir. Eur.*, 1988, 2-4, 128.
- CARPENTIERI L., *La proposta dell'Amministrazione Biden e l'ambizione di cambiare le regole del gioco: sarà davvero il tramonto del profit shifting delle multinazionali?*, in *Riv., dir. Trib.*, 14 maggio 2021.
- CARPENTIERI L., LUPI D., STEVANATO R., *Il diritto tributario nei rapporti internazionali*, Milano, 2003.
- CARRIROLO F., *Il trasferimento all'estero della sede di società italiana e in Italia della sede di società estera*, in *Fisco*, 48, 2009, 7912.
- CASTOLDI A., ABBAMONDI I., *Finalmente attuata in Italia la Direttiva per le procedure internazionali per l'eliminazione della doppia imposizione*, in *Fisc. & Com. Int.*, 10, 2020, 42.
- CERIONI L., *The 'Place of Effective Management' as a Connecting factor for Companies' Tax Residence Within the EU vs. the Freedom of Establishment: The Need for a Rethinking?*, in *German Law Journal*, 2009, 1095.
- CERIONI L., *The Cross-border Mobility of Companies within the European Community after the Cartesio Ruling of the ECJ*, in *Journal of Business Law*, 2010, 311.
- CNN, Studio n. 138-2011/I, I diritti particolari del socio - Vicende della partecipazione tra regole legali ed autonomia statutaria, est. GUGLIELMO R., SILVA M.

- CONFORTI B., *Diritto Internazionale*, Napoli, 2018.
- CONTRINO A., *Sui rapporti tra la disciplina internazionale e la disciplina convenzionale del credito per le imposte estere*, in *Riv. Dir. trib.*, 2007, 1007.
- CORASANITI G., DE' CAPITANI P., *La nuova presunzione di residenza fiscale dei soggetti Ires*, in *Dir. e prat. Trib.*, 1, 2007, 102.
- CORDIERO GUERRA R., *Politica Fiscale della CE*, in *Dizionario di diritto pubblico*, (a cura di) CASSESE S., Milano, 2006.
- COSCIANI C., *La politica di armonizzazione fiscale della Comunità Economica Europea*, in *Quaderni Assonime*, Roma, 1952.
- COSCIANI C., *Problemi fiscali del mercato comune*, Milano, 1958.
- COSTA P., *Lo Stato di diritto: un'introduzione storica*, in *Lo stato di diritto. Storia, teoria, critica*, (a cura di) COSTA P., ZOLO D., Milano, 2002.
- COVINO S., PERRONE V., LUPI R., *Dolce e Gabbana: nell'imbarazzo sull'elusione, sanzioni penali all'esterovestizione*, in *Dial. Trib.*, 1, 2014, 47.
- CRESPI S., *Il trasferimento all'estero della sede delle società: la sentenza Cartesio*, in *Riv. Dir. int. Priv. e proc.*, XLV, 6, 2009, 869.
- CROBAUGH C. J., *International Comity in Taxation*, in *Journal of Political Economy*, XXXI, 2, 1923, 262.
- CROXATO G., *L'imposizione delle imprese con attività internazionale*, Padova, 1965.
- CROXATTO G. C., *Diritto internazionale tributario*, in *Rass. trib.*, 1989, 447.

CROXATTO G., *La imposizione delle imprese con attività internazionale*, Padova, 1965.

CROXATTO G., *La tassazione del reddito derivante da attività internazionale nel quadro della riforma tributaria*, in *DPT*, 1971, 10.

CUGUSI I., *Il percorso tortuoso nella definizione del concetto di sede dell'amministrazione*, in *Riv. Trim. Dir. Trib.*, 3-4, 2007, 577.

CUOCO A., SERVA P., *La procedura APA in caso di trasferimento da Stati UE*, in *Corr. Trib.*, 7, 2019, 708.

D'ALFONSO G., *Transfer pricing: gli strumenti per dirimere le controversie*, in *Amm. & Finanz.*, 21, 2007, 19.

D'AMATI N., *Nesso costituzionale fra imposizione e spese pubbliche*, in *Contributi in omaggio a G.U. Papi*, Milano, 1964.

DAL CORSO G., RENDA A., *Il ruolo del processo tributario nell'ambito delle nuove procedure amichevoli*, in *Fisco*, 1, 2021, 52.

DASSESE M., *Double Taxation of Foreign Dividends: The Damseaux Case Aiming at the Wrong Target Criticism Should Be Directed towards France and Not Belgium*, in *EC Tax Review*, XIX, 3, 2010, 122.

DE BOER J., *Comments on the 2008 Update to the Model Tax Convention – Place of Effective Management*, 28 maggio 2008.

DE BOER N. J., *Fundamental Rights and the EU Internal Market: Just how Fundamental are the EU Treaty Freedoms?*, in *ULR*, IX, 1, 2013, 148.

DE LA FERIA R., *The European Court of Justice's solution to aggressive VAT planning - further towards legal uncertainty?*, in *EC Tax Review*, XV, 1, 2006, 27.

- DE PIETRO C., *Exit tax societaria e le garanzie della proporzionalità: una questione rimessa agli Stati membri*, in *Rass. Trib.*, 5, 2012, 1356.
- DE VRIES C. E., VAN KERSBERGEN K., *Interests, Identity and Political Allegiance in the European Union*, in *Acta Polit*, 42, 2007, 307.
- DEÁK D., *Cartesio: A Step Forward in Interpreting the EC Freedom to Emigrate*, in *Tax Notes International*, LIV, 6, 2009, 493.
- DECORZANT Y., *Internationalism in the Economic and Financial Organization of the League of Nations*, in *Internationalism Reconfigured: Transnational Ideas and Movements between the World Wars*, (a cura di) LAQUA D., Londra, 2011.
- DEL SOLE A., *Discriminazioni e restrizioni fiscal – i principi della Corte di Giustizia delle Comunità Europee*, Milano, 2007.
- DELLA CARITA' A., LIOTTA A., *Il nuovo procedimento per la risoluzione delle controversie fiscali in ambito UE*, in *Fisc. & Comm. Int.*, 5, 2020, 64.
- DELLA ROVERE A., PECORARI F., *Verso una base imponibile comune consolidata per le imprese UE*, in *Fisco*, 18, 2018, 1754.
- DIRKIS M., *Still a Problem Child: Central management and Control after RITA*, in *Revenue Law Journal*, 15, 2005, 1.
- DOEMBERG R., HINNEKENS L., *Electronic Commerce and International Taxation*, in *Suffolk Transnat'l L. Rev.*, 24, 1999, 233.
- DONATI D., *Appunti di diritto costituzionale*, Padova, 1925.
- DORIGO S., *Doppia imposizione internazionale e diritto dell'Unione europea*, in *Riv. Trim. dir. trib.*, 1, 2013, 23.

- DORIGO S., MASTELLONE P., *L'evoluzione della nozione di residenza fiscale delle persone giuridiche nell'ambito del Progetto BEPS*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2015, 35.
- DORIGO S., *Residenza fiscale delle società e libertà di stabilimento nell'unione europea*, Padova, 2012.
- DRAGONETTI A., PIACENTINI V., SFONDRINI A., *Manuale di fiscalità internazionale*, Milano, Milano, 2019.
- EICKER K., Tax Treaties and EC Law: Comment on the Gilly Case, in *ET*, XXXVIII, 10, 1998, 322.
- ESCALAR G., *Criticità dei rilievi di esterovestizione di società unionali di Gabriele*, in *Corr. Trib.*, 12, 2019, 1074.
- ESCALAR G., *Per una rilettura critica della nozione unionale di abuso del diritto fiscale*, in *Corr. Trib.*, 3, 2019, 291.
- F. BONNET, *Implementing the Action 14 minimum standard: signs of improved dispute resolution*, in *Tax notes international*, XC, 4, 2018, 427.
- FALSITTA G., *Manuale di diritto tributario. Parte Generale*, Padova, 2005.
- FANTOZZI A., *Diritto Tributario*, Torino, 2012.
- FANTOZZI A., *Diritto tributario*, Torino, 2012.
- FANTOZZI A., *La stabile organizzazione*, in *Riv. Dir. trib.*, 2, 2013, 100.
- FANTOZZI A., VOGEL K., *Voce Doppia imposizione internazionale*, in *Digesto*, IV ed., Torino, 1990.
- FEDELE A., *I principi costituzionali e l'accertamento tributario*, in *Riv. dir. fin.*, 1992, 463.

- FEDELE A., *Imposte reali ed imposte personali nel sistema tributario italiano*, in Riv. Dir. Fin., 1, 2002, 450.
- FEDELE A., *La funzione fiscale e la capacità contributiva*, in AA.VV., *Diritto tributario e Corte costituzionale*.
- FERRONI B., *La nuova Direttiva UE per la risoluzione delle controversie fiscali*, in Fisco, 5, 2018, 454.
- FIMMANO' F., *Trasferimento della sede sociale all'estero e principio di incorporazione*, in Soc., 5, 1997, 574;
- FLEMING J. C., *Searching for the Uncertain Rationale Underlying the US Treasury's Anti-treaty Shopping Policy*, in Intertax, XL, 4, 2012, 245.
- FOGLIA G., POZIELLO M., *Luci e ombre del recepimento in Italia della Direttiva "Dispute Resolution Mechanism"*, in Corr. Trib., 10, 2020, 879.
- FORRY J. I., *Differences in tax treatment of foreign investors: Domestic subsidiaries and domestic branches*, Berlino, 1984.
- FORST D. L., *The U.S. International Tax Treatment of Partnerships: A Policy-Based Approach*, in Berkeley Journal of international Law, 1996, 250.
- FRANCESCHIN A., *Place of Effective Management e residenza fiscale*, in Fisco, 17, 2016, 1659.
- FRANCONI F., *La peculiarità delle "holding pure" richiede un'interpretazione ad hoc della normativa fiscale internazionale* in Fisco, 7, 2017, 673.
- FRANSONI G., *La territorialità nel diritto tributario*, Milano, 2004.

FRANZÈ R., *I metodi di eliminazione della doppia imposizione internazionale sul reddito*, in *Principi di diritto tributario europeo ed internazionale*, (a cura di) SACCHETTO C., Torino, 2016.

FROMMEL S. N., *EEC Companies and Migration: A Setback for Europe*, in *Intertax*, 11, 1988, 409.

GAFFURI A. M., COVINO S., *Ancora su residenza fiscale, sede amministrativa e società holding*, in *dial. Trib.*, 2006, 77.

GAFFURI G., *Il senso della capacità contributiva*, in AA.VV., *Diritto tributario e Corte costituzionale*, Napoli, 2006, 25.

GAFFURI G., *L'attitudine alla contribuzione*, Milano, 1969, 228.

GAJA G., *Voce Trattati internazionali*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Milano, 1999.

GALLO F., *La soggettività tributaria nel pensiero di G.A. Micheli*, in *Rass. Trib.*, 3, 2009, 611.

GARBARINO C., *Diritto tributario Convenzionale*, 2019, Torino.

GARBARINO C., *La tassazione del reddito transnazionale*, Padova, 1990, 186.

GARBARINO C., *Le Convenzioni contro la doppia imposizione*, in AA.VV., *Materiali di Diritto Tributario Internazionale*, Milano, 2002.

GASPARRI T., *Il nuovo meccanismo di risoluzione delle controversie tra Stati membri dell'Unione*, in *Fisco*, 2020, 3055.

GASPARRI, VALENTE, CORREIA, VINCENTI, MATTIA, *Procedure amichevoli (MAP)*, Milano, 2018,.

GIACONIA M., PREGAGLIA A., *Per la Commissione UE la presunzione di esterovestizione è conforme ai principi comunitari*, in *Fisc. & Comm. Int.*, 5, 2011, 5.

GIARDINA E., *Le basi teoriche del principio di capacità contributiva*, Milano, 1961, 412.

GIANNINI A. D., *I concetti fondamentali del diritto tributario*, Torino, 1956.

GIANNINI A. D., *Istituzioni di diritto tributario*, Milano, 1956.

GINGELL S., *The Taxation of Outbound Dividends in the EC: Has AG Geelhoed Got it Right?*, in *The EC Tax Journal*, IX, 1, 2007, 11.

GIOIA A., *Manuale di diritto internazionale*, Milano, 2015.

GIRELLO G., *La legge applicabile alle persone giuridiche nel diritto internazionale privato*, in *Dir. comm. internaz.*, 1, 1996, 285.

GIULIANO M., *Lo Stato, il territorio e la sovranità territoriale*, in *Com. e Studi*, 1954, 12.

GIULIANO M., *Lo Stato, il territorio e la sovranità territoriale*, in *Comunic. E studi*, 1954, 19.

GNES M., *La scelta del diritto*, Milano, 2004.

GOVIND S., *The New Face of International Tax Dispute Resolution: Comparing the OECD Multilateral Instrument with the EU Dispute Resolution Directive*, in *EC Tax Review*, XXVII, 6, 2018, 309.

GRAETZ M. J., O'HEAR M. M., *The "Original Intent" of U.S. International Taxation*, in *Duke Law Journal*, 46, 1997, 1021.

GREEN R. A., *The Future of Source-Based Taxation of the Income of Multinational Enterprises*, in *Cornell Law Review*, 11, 1993, 29.

GRILLI S., *Le costruzioni di puro artificio nella giurisprudenza della corte di giustizia: considerazioni in tema di effettiva attività economica*, in *Rass. Trib.*, 4, 2008, 1155.

GRIZIOTTI B., *L'imposition Fiscale des Etrange*, in *Recuile de course*, in *Collected Courses of the Hague Academy of international Law*, L'Aia, 1926, 5,

GUACCERO A., *Libertà di stabilimento e diritto societario degli Stati membri: Europa vs. Usa*, in *La competizione tra ordinamenti giuridici. Mutuo riconoscimento e scelta della norma più favorevole nello spazio giuridico europeo* (a cura di) PLAIA A., Milano, 2007, 1;

HARISS P. A., *Corporate/Shareholder Income Taxation and Allocating Taxing Rights Between Countries: A Comparison of Imputation Systems*, Amsterdam, 1996.

HARRIS D. J., *Cases and materials on international law*, Londra, 1983.

HENLEY K., *Political Allegiance*, in *Encyclopedia of Global Justice* (a cura di) CHATTERJEE D. K., Berlino, 2011.

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ-BARREDA P.A., *A Historical Analysis of the BEPS Action Plan: Old Acquaintances, New Friends and the Need for a New Approach*, in *Intertax*, XLVI, 4, 278

HERZFELD E., *Probleme des Internationalen Steuerrecht unter besonderer Berücksichtigung des Territorialitäts-problems und des Qualification*

problems, in Vierteljahresschrifts für Steuer und Finanzrecht, Berlino, 1932, 441

HEYDT V., *Juridical Double Taxation: Kerckhaert and Morres, in Landmark Decisions of the ECJ, in Direct Taxation, (a cura di) HASLEHNER W., KOFLER G., RUST A., Alphen aan den Rijn, 2015, 181.*

HILL M., *The Economic and Financial Organization of the League of Nations, Cambridge, 1946.*

HINNEKENS L., *How OECD Proposes to Apply Existing Criteria of Jurisdiction to Tax Profits Arising from Cross-border Electronic Commerce, in Intertax, XXIX, 2, 2001, 323.*

HINNEKENS L., *Revised OECD-TAG Definition of Place of Effective Management in Treaty Tie-Breaker Rule, in Intertax, XXXI, 10, 2003, 314.*

IDOT L., *Transfert du siège social sans changement de loi applicable, in Europe 2009 Février Comm, 89, 2009, 33.*

INGROSSO M., *Il credito d'imposta, Milano, 1984, 213.*

ISMER R., JESCHECK C., *The Substantive Scope of Tax Treaties in a Post-BEPS World: Article 2 OECD MC (Taxes Covered) and the Rise of New Taxes, in Intertax, XLV, 2, 2017, 382.*

JEFFREY J., *The impact of State sovereignty on global trade and international taxation, L'Aia - Londra - Boston, 1999.*

JIANG Q., *Treaty Shopping and Limitation on Benefits Articles in the Context of the OECD Base Erosion and Profit Shifting Project, in Bull. for Intl. Taxn., LXIII, 3, 2015, 140.*

- JOGARAJAN S., *Double taxation and the League of Nations*, Melbourne, 2018, 16,
- KAHAN M., ROCK E. B., *Symbiotic Federalism and the Structure of Corporate Law*, in *Vanderbilt Law Review*, 58, 2005, 1573.
- KEMMEREN E., *The origin principle*, Tilburg, 2001.
- KILINKAROVA E., PUSTOVALOV E., SAVITSKY A., ZAKHAROV E., “Russia”, in *Corporate Tax residence and mobility*.
- KNECHTLE A., *Basic problems in international fiscal law*, Berlino, 1979.
- KNOBBE-KEUK B., *ECJ bans Discrimination against Non-residents*, in *Intertax*, XXIII, 5, 1995, 234.
- KOK R., *Exit Taxes for Companies in the European Union after National Grid Indus*, in *EC Tax Review*, 2012, 200.
- KOROM V., METZINGER P., *Freedom of Establishment for Companies: the European Court of Justice confirms and refines its Daily Mail Decision in the Cartesio Case C-210/06*, in *European Company and Financial Law Review*, VI, 1, 2009, 125.
- KOSTENSE H. E., *The Saint-Gobain case and the application of tax treaties. Evolution or revolution?*, in *EC Tax Review*, IX, 4, 2000 220.
- KRAGEN A. A., *Double Income Taxation Treaties: The O.E.C.D. Draft*, in *California Law Review*, 1964, 306.
- KRAGEN A. A., *Double Income Taxation Treaties: The O.E.C.D. Draft*, in *California Law Review*, in *California Law Review*, LII, 2, 1964, 306.

KULCSAR T., *IFA Research Paper: The Tax Residence of Companies*, Rotterdam, 2013.

LA COMMARA U., VALENTE A., *La mera detenzione di un immobile da parte di un soggetto non residente non configura stabile organizzazione*, in *Fisco*, 9, 2008, 437.

LABRIOLA S., «*Status civitatis*» e norme costituzionali, in *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1977, 1317.

LANG M., *ECJ and Mutual Agreement Procedures*, in *Intertax*, XLII, 3, 2014, 169.

LAPIS G., *Efficacia della norma tributaria nello spazio*, Palermo, 1983, 19.

LAURINI F., *L'istituzione in Italia di sedi secondarie di società estere e la nuova disciplina del diritto internazionale privato*, in *Riv. notariato*, 1-2, 1996, 115.

LAUSTERER M., *The Saint-Gobain Judgment of the ECJ*, in *EC Tax Journal*, IV, 1, 1999, 45.

LOMBARDI O., *Problemi costituzionali in materia tributaria*, in *Temi tribut.*, 1961.

LOMBARDO S., *Le (a)simmetrie di Cartesio e la "nuova" libertà di stabilimento delle società nella prospettiva del trattato di Lisbona*, in *Soc.*, 2010, 1084.

LUPI R., COVINO S., *Sede dell'amministrazione, oggetto principale e residenza fiscale delle società*, in *Dial. Dir. Trib.*, 10, 2005, 927.

LUPI R., *Voce "Territorialità del tributo"*, in *Enc. giur.*, Roma, 1994.

LYONS T., *Discrimination against Individuals and Enterprises on Grounds of Nationality: Direct Taxation and the European Court of Justice*, in *EC Tax Journal*, I, 1, 1995, 27.

MAFEZZONI F., *Il principio di capacità contributiva nel diritto tributario*, Torino, 1960, 12.

MAISTO G., *Residence of Companies Under Tax Treaties and EC Law*, Amsterdam, 2009.

MALETI I., *The Law and Policy of Harmonisation in Europe's Internal Market*, Cheltenham, 2013.

MANCA D., MANCA F., *IVA: Il presupposto della territorialità*, Milano, 2013.

MANCINI P. S., *Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti*, Torino, 1851.

MANGANELLI A., *Voce "Territorialità del tributo"*, in *Digesto Disc. Priv. Sez. Commerciale*, 1998.

MANN F. A., *The Doctrine of Jurisdiction in International Law*, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, L'Aia, 1964.

MANZINI F., MUCCIARELLI P., *Rivoluzione cartesiana? La fine del "vincolo necessario" tra società e legislazione nazionale*, in *Giu. Com.*, 36, 2009, 614.

MANZONI I., *Il principio della capacità contributiva nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 1965.

MARCHESSOU P., *Le conseguenze fiscali del Trattato di Lisbona*, in *DPT*, 3, 2010, 595.

- MARIAN O. Y., *The Function of Corporate Tax Residence in Territorial Systems*, in *Chap. Law. Rev.*, 157, 2014, 157.
- MARIAN O., *United States*, in *Corporate Tax residence and mobility*, (a cura di) TRAVERSA E., Amsterdam, 2017.
- MARINO G., *La relazione di controllo nel diritto tributario: analisi interdisciplinare e ricostruzione sistematica*, Padova, 2008, 306.
- MARINO G., *La residenza delle persone giuridiche nel diritto tributario italiano*, in *Dir. Prati. Trib.*, 1, 1995, 1463;
- MARINO G., *La residenza nel diritto tributario*, Padova, 1999.
- MARINO G., *La residenza nel diritto tributario*, Padova, 1999.
- MARINO G., MARZANO M., LUPI R., *La residenza delle società e controllo tra schemi OCSE ed episodi giurisprudenziali interni*, in *Dial. Trib.*, 3, 2008, 96.
- MARINO G., *Professionisti e pianificazione aggressiva. ora non è tempo di "DAC 6": attuazione da rinviare*, in *DPT*, 4, 2020, 1626.
- MARTHA R. J. S., *Extraterritorial Taxation in International Law*, in *Extraterritorial Jurisdiction in Theory and Practice* (a cura di) K. M. MEESEN, Leiden, 1996.
- MARTHA R. S. J., *The Jurisdiction to Tax in International Law. Theory and Practice of legislative Fiscal Jurisdiction*, Deventer-Boston, 1989.
- MARTINES T., *Manuale di diritto costituzionale*, Milano, 2007.
- MARZANO L., *La Direttiva 2018/822/UE (c.d. DAC 6). Profili oggettivi e soggettivi*, in *RTDT*, 6, 2019, 595.

MATTARELLI F., *La sospensione del processo tributario: influenza del nuovo art. 39, D.Lgs. n. 546/1992 sulle procedure amichevoli internazionali in materia di transfer pricing*, in *Rass. Trib.*, 1, 2017, 132.

MATTARELLI F., *Procedure di risoluzione delle controversie in materia di doppia imposizione. Riflessioni de iure condendo in vista dell'attuazione (già tardiva) della Direttiva 2017/1852*, in *Rass. Trib.*, 4, 2019, 752.

MAZZETTI M., *Doppia imposizione*, in *Commento al testo unico delle imposte dirette*, (a cura di) BOIDI G. M., CARBONE C., Milano, 1958.

MCLURE C. E., *Globalization, Tax Rules and National Sovereignty*, in *Bulletin of International Fiscal Documentation*, LV, 8, 2001, 336.

MEDICI S., *Convenzioni fiscali e principio di non discriminazione nel contesto dell'Unione europea*, in *DPT*, 3, 1998, 845.

MELIS G., *Il trasferimento della residenza fiscal nell'imposizione sui redditi*, Roma, 2009.

MELIS G., *La nozione di residenza fiscale delle persone fisiche nell'ordinamento fiscale italiano*, in *Rass. Trib.* 1995, 1074.

MELIS G., *L'interpretazione nel diritto tributario*, Padova, 2003.

MERCURI G., *Riflessioni sul concetto di Place of Effective Management: prospettive di ricerca ed attuali tendenze di sistema*, in *Riv. Dir. Fin.*, 3, 2019, 328.

MEUSSEN J. T. K., *The SGI Case: ECJ Approves Belgian System of Selective Profit Corrections in Relation to Foreign Group Companies*, in *European Taxation*, L, 6, 2010, 245.

MICELI R., *Indebito comunitario e sistema tributario interno*, Milano, 2008.

- MICHELI G. A., *Corso di diritto tributario*. Torino, 1989.
- MICHELI G. A., *Problemi attuali di diritto tributario nei rapporti internazionali*, in *DPT*, 1, 1965, 222.
- MICHELI G. A., *Problemi attuali di diritto tributario nei rapporti internazionali*, in *DPT*, 1965, 228.
- MICHELI G. A., *Voce "Legge"*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1973, 1092,
- MOJANA M., MARCHIÒ S., *Transferring a Company's Tax Residence within the European Union: Implementation of the New Italian Exit Taxation Rule*, in *European Taxation*, LII, 10, 2013, 579.
- MONSENEGO J., *Double Taxation in the EU: The Future After Block*, in *Tax Notes International*, 2009, 215.
- MORGILLO A., *Exit tax e libertà di trasferimento. Il caso National Grid Indus*, in *Rivista di diritto tributario internazionale: International Tax Law Review*, 2, 2012, 202.
- MORRA F., SEVERI M., *Il recepimento della nuova Direttiva per la risoluzione delle controversie fiscali da parte del D.lgs. n. 49/2020*, in *Riv. Dir. trib., supplemento telematico* del 17 giugno 2020.
- MOSCHETTI F., *Il principio di capacità contributiva*, Padova, 1973, 213.
- MOSCHETTI F., *Origine storica, significato e limiti di utilizzo del place of effective management, quale criterio risolutivo dei casi di doppia residenza delle persone giuridiche*, in *DPT*, 2, 2010, 245;
- MUCCIARELLI F., *Società di capitali, trasferimento all'estero della sede sociale e arbitraggi normativi*, Milano, 2010.

- MUNARI F., *Gli effetti del diritto dell'Unione europea sul sistema interno delle fonti*, in *Dir. Un. Eur.*, 4, 2013, 725.
- MUSGRAVE R. A., *Criteria for Foreign Tax Credit*, in *Tusatioit and Operatioils Abrocitl. Symposium*, 1960, 83.
- MUSGRAVE R. A., *Effects of business taxes upon international commodity flows*, in *The roles of direct and indirect taxes in the federai revenue system*, (a cura di) R. A. MUSGRAVE, Princeton, 1964, 239.
- N. BAMMENS, F. HENNEAUX, *Belgium*, in *Corporate tax residence and Mobility*.
- NANETTI F., TIEGHI R., *Dalla residenza fiscale alla "libertà di stabilimento: spunti in tema di "delocalizzazione societaria" ed "esterovestizione"*, in *Riv. dir. trib.*, 4, 2015, 83.
- NIZAMIEV A., *The Main Characteristics of State's Jurisdiction to Tax in International Dimension*, Athens (Georgia), 2003.
- NORR M., *Jurisdiction to Tax and International Income*, in *Tax Law review*, IV, 4, 1962, 341.
- NORR M., *Jurisdiction to Tax and International Income*, in *Tax Law Review*, 1962, 431
- NOTARI M., BERTONE J., *Società controllate e società collegate*, in *Commentario alla riforma delle società*, 2008, Milano, 673.
- NOVARA G., *Residenza di società ed enti nell'imposizione personale sui redditi*, in *Boll. Trib.*, 1990, 1, 18.
- OLIVIER T. B., *Developments in the Analysis of the Tie-Breaker Rules for Individuals Under Article 4(1) OECD*, in *Intertax*, XLV, 1, 2017, 82.

OPPO G., *Categorie commercialistiche e riforma tributaria*, in AA.VV., *Riforma tributaria e diritto commerciale: le fattispecie*, in *Atti del convegno di Macerata del 12-13 novembre 1976*, Milano, 1978.

O'SHEA T., *Cartesio: Moving a Company's Seat Now Easier in the EU*, in *Tax Notes International*, 2009 1071.

O'SHEA T., *ECJ Upholds Belgian Divided Tax Treatment*, in *Tax Notes International*, 2009, 354.

OWEN J., *Can effective management be distinguished from central management and control?*, in *British Tax Review*, 2003, 297.

PACELLI F., PALAZZI P., *DAC 6: ennesimo obbligo di trasparenza o nuova spinta alla compliance preventiva?*, in *Corr. Trib.*, 8-9, 2020, 675.

PAONE P., *Osservazioni sulla possibilità di uno Stato di esigere crediti tributari all'estero*, in *Rass. Avv. St.*, 1953, 80.

PAPARELLA F., *Voce "stabile organizzazione"*, in *Enc. Giur.*, 2016.

PELLEGGRI S., *Il principio di territorialità nell'imposta sul valore aggiunto*, in *DPT*, 5, 2016, 2180.

PEPE F., *Spunti sul divieto di doppia imposizione "interna"*, in *Rass. Trib.*, 5, 2010, 1391.

PERNAZZA F., SABBATINI D., *Diritto applicabile alle società costituite all'estero e responsabilità dell'unico azionista*, in *Soc.*, 8, 2002, 971.

PERRONE L., *La stabile organizzazione*, in *Rass. Trib.*, 2, 2004, 796.

PETRELLI G., *Lo stabilimento delle società comunitarie in Italia*, in *Il notaio tra regole nazionali ed europee*, a cura del Consiglio Nazionale del Notariato, 2003, 77.

PIANTAVIGNA P., *La funzione della nozione di residenza fiscale nell'IRPEF*, in *Riv. Dir. Fin.*, 3, 2013, 275.

PICCOLI P., ZANOLINI G., *Le persone giuridiche nella riforma del diritto internazionale privato*, in *Riv. notariato*, 1-2, 1996, 163.

PICONE P., BARATTA R., *Diritto internazionale privato e comunitario*, Padova, 2004, 205.

PICONE P., *Diritto internazionale privato delle società e riconoscimento di "Anstalten" e "Treuunternehmen" nell'ordinamento italiano*, in AA.VV., *Comunicazioni e Studi dell'Istituto di diritto internazionale e straniero dell'Università di Milano*, XV, Milano, 1978.

PICONE P., *Les méthodes de coordinations entre ordres juridiques en droit international privé: Course général de droit international privé*, in *Collected courses of The Hague Academy of International Law*, 9, 1999, 276.

PIRIS J. C., *Il Trattato di Lisbona*, Milano, 2013.

PISTONE P., *Double taxation: Selected Issues of Compatibility with European Law, Multilateral Tax Treaties, and CCCTB*, in *Double burdens within the European Union*, (a cura di) RUST A., Aalphen Aan Den Rijn, 2011, 187.

PISTONE P., *Il credito per le imposte estere e il diritto comunitario: la Corte di giustizia non convince*, in *Riv. Dir. trib.*, 2000, 69.

PISTONE P., *La non discriminazione anche nel settore dell'imposizione diretta: intervento della Corte di giustizia*, in *DPT*, 5, 1995, 1471.

PISTONE P., *Soft tax law: steering legal pluralism towards international tax coordination*, in *Traditional and alternative routes to European tax integration* (a cura di) WEBER D., Amsterdam, 2010, 97.

PODCAR F., BARUFFI M. C., *Commentario breve ai Trattati dell'Unione Europea*, Padova, 2014.

POZZO A., *L'interpretazione delle Convenzioni internazionali contro la doppia imposizione*, in *Diritto tributario internazionale* (a cura di) UCKMAR V., 1999.

PROSS, LIO, *Modernising MAP: BEPS Action 14 to improve dispute resolution*, in *International Tax Review*, 2016, p. 16.

PUGLIESE M., *Istituzioni di diritto finanziario*, Padova, 1937.

PURPURA A., *Note in tema di esterovestizione, libertà di stabilimento e (non) abusività delle norme tributarie a margine di recente giurisprudenza di legittimità*, *DPT*, 1, 2020, 276;

RACIOPPI F., BRUNELLI I., *Commento allo Statuto del Regno*, Torino, 1909.

RAMELOO S., *Corporation in private international law*, Oxford, 2001.

RAMONDELLI G., *L'attuale D.I.P. Italiano in materia di società e sua influenza in sede di omologazione (Spunti in tema di forma degli atti e nazionalità della società)*, in *Riv. notariato*, 6, 1996, 1401.

- RAVENTÓS S., *A Landmark Decision in the Field of Abuse: Cadbury Schweppes*, in *Landmark Decisions of the ECJ in Direct Taxation*, (a cura di HASLEHNER W., G. KOFLER, A. RUST), Alphen aan den Rijn, 2015, 139.
- REIMER E., RUST A., *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, Springer, 2015.
- REIMER E., *The Abolition of Article 293 EC: Comments on Hoffmann's Analysis*, in *Double Taxation within the European Union* (a cura di) RUST A., Amsterdam, 2011, 87.
- RHODE A. M., *Cartesio: diritto comunitario e "tassazione in uscita"*, in *Fisc. int.*, 3, 2009, 221.
- RIBES A., *Tax Residence and the Mobility of Companies in the European Union: The Desirable Harmonization of the Tax Connecting Factors*, in *Intertax*, XL, 11, 606.
- RIGHINI A., *Il trasferimento transnazionale della sede sociale*, in *Contr. Impr.*, 3, 2006, 755.
- RIGHINI V., MAIDA A., *Profili elusivi del trasferimento all'estero della residenza fiscale delle persone fisiche*, in *Fisco*, 36, 2010, 5839.
- RIPHAGEN W., *Some reflexions on 'Functional Sovereignty'*, in *Netherlands Yearbook of International Law*, Cambridge, 6, 1974, 227.
- RIZZARDI R., Sentenza "Dolce e Gabbana": i chiarimenti su elusione e funzione di direzione e coordinamento, in *Corr. Trib.*, 2, 2016, 105;
- ROLLE G., *Recenti sviluppi della convenzione "arbitrale" in materia di prezzi di trasferimento*, in *Fisc. Int.*, 3, 2005, 234.

ROLLE, *La corte UE salva l'applicazione «selettiva» della «thin cap»* in *Corr. Trib.*, 20, 2007, 1641.

ROMANO C., *The Evolving Concept of “Place of Effective Management” as a Tie-breaker Rule under the OECD Model Convention and Italian Law*, in *European Taxation*, 9, 2001, 339.

ROMANO C., *Using Tax Haven under European Law: Cadbury Schweppes and CFC rules*, in *Riv. Dir. Trib. Internaz.*, 2, 2007, 127.

ROSSI A., Art. 2247, in MAFFEI ALBERTI A., *Commentario breve al diritto delle società*, Padova, 2016, 3

ROSSI L., FICAI G., *Modifiche ‘antielusive’ alla Direttiva Madre Figlia*, in *Corr. Trib.*, 22, 2015, 1699.

ROSSI P., *Aperta la via della concorrenza fiscale in ambito UE. Per la Corte UE, le regole CFC confliggono con la libertà di stabilimento*, in *Fisco*, 36, 2006 5580.

ROSSI R., *Il regime fiscale per i “neo residenti” e la convenzione in materia di imposte sulle successioni e donazioni tra Italia e Francia*, in *DPT int.*, 4, 2018, 1082.

RUSSO P., *Manuale di diritto tributario, Parte generale*, Milano, 2002, 82.

SACCHETTO C., *La residenza fiscale delle società*, in *Gazzetta Valutaria e del Commercio Internazionale*, 2, 1988, 123.

SACCHETTO C., *L'evoluzione del principio di territorialità e la crisi della tassazione del reddito mondiale nel paese di residenza*, in *Riv. Dir. Trib. Int.*, 2001, 35.

SACCHETTO C., *Tutela all'estero dei crediti tributari dello Stato*, Padova, 1978.

SACCHETTO C., *Voce, "territorialità" (dir. tribut.)*, in *Enc. Dir.*, 1972.

SALERNO F., *Voce Principi generali del diritto (diritto internazionale)*, in *Enc. Dir.*, 1986.

SALLUSTIO C., *Il trasferimento della sede e della residenza fiscale dall'estero all'Italia. Profili sistematici*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2, 2014, 353.

SALVINI L., MELIS G., *L'evoluzione del sistema fiscale e il principio di capacità contributiva*, Padova, 2014.

SAMARI A. S., *Digital Economy and Profit Allocation: The Application of the Profit Split method to the Value Created by a "Significant Digital Presence*, in *In. TP Jour.*, XXVI, 1, 1.

SANTA MARIA A., *Le società nel diritto internazionale privato*, Milano, 1973.

SANTA MARIA A., *Spunti di riflessione sulla nuova norma di diritto internazionale privato in materia di società ed altri enti*, in *Riv. Soc.*, 5, 1996, 1102.

SCARDINO C., *La UE rilancia la base imponibile consolidata comune per l'imposta sulle società (CCCTB)*, in *Fisc. & Comm. Int.*, 3, 2016, 34.

SCHMIDT P. K., LAURSEN A. N., LILJA T. N. "Denmark", in *Corporate Tax residence and mobility*.

SEATZU F., *Sulla nuova disciplina delle società nel diritto internazionale privato italiano*, in *Giur. comm.*, 6, 1997, 830.

SELIGMAN E. R. A., *Double Taxation and International Fiscal Cooperation*, New York, 1928.

SELLA P., *Pagamenti di royalties e dividendi a un non residente: per la ritenuta ridotta o l'esenzione Madre-Figlia non è sufficiente il Modello*, in *Fisc. & comm. Int.*, 8-9, 2017, 41.

SERTOLI SALIS R., *Cittadinanza e sudditanza coloniale*, in *Nuovo Digesto*, Torino, 1937.

SHALHAV S., *The evolution of Article 4(3) and its impact on the place of Effective management Tie Breaker Rule*, in *intertax*, XXXII, 10, 2004, 460.

SIEGFRIED M., *La tassazione dei dividendi in Italia come stato di residenza*, in *Corr. Trib.*, 7, 1991, 505.

SIMONETTO E., *Società costituite all'estero od operanti all'estero (artt. 2498-2510)*, in *Commentario del codice civile* (a cura di) SCAJOLA A., BRANCA G., Bologna-Roma, 1976, 221.

SPERDUTI G., *Sovranità territoriale, atti di disposizione di territori ed effettività in diritto internazionale*, in *Riv. Dir. Int.*, 1959, 409.

STEVANATO D., *Prova dell'esterovestizione e luogo di effettuazione delle notifiche: viene prima l'uovo o la gallina?*, in *GT - Riv. giur. trib.*, 5, 2008, 429.

STEVE S., *Sulla tutela internazionale della pretesa tributaria*, in *Riv. dir. fin.*, 1, 1940, 248.

STEVENATO D., *Holdings statiche e accertamento della residenza fiscale italiana dell'ente estero*, in *Corr. Trib.*, 12, 2008, 965.

STIMSON E. S., *Jurisdiction & Power of Taxation*, Vernon, 1933.

- STIMSON E. S., *Jurisdiction to Tax income*, in *Cornell Law review*, XXII, 4, 1937, 487.
- STORY J., *Commentaries on the conflict of laws*, Boston, 1834, 18.
- STUYT A. M., *General principle of law, as applied by International tribunals to Disputes on Attribution and Exercise of State Jurisdiction*, Berlino, 1946.
- SUAREZ F., *Tractatus de legibus ac Deo legislatore*, Coimbra, 1612.
- SYRPIS P., *The Judiciary, the Legislature and the EU Internal Market*, Cambridge, 2012, 3.
- SZUDOCZKY R., WEBER D., *Constitutional Foundetion: EU Tax Competences; Treaty Basis for Tax Integration; Source and Enactment of EU Tax Law*, in *Terra/Wattel - European Tax Law*, (a cura di) WATTEL P.J., MARRES O., VERMEULEN H., Alphen aan den Rijn, 2019, 11.
- TANZI A., *Introduzione al diritto internazionale contemporaneo*, Padova, 2016.
- TASSANI T., *Autonomia statutaria delle società di capitali e imposizione sui redditi*, Milano, 2007, 244.
- TESAURO F., *Diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2012, 365.
- TILLINGHAST D. R., “A matter of definition: “Foreign” and “Domestic” Taxpayers”, in *Int.l Tax & Bus. Law.*, 1984, II, 2, 239.
- TÖBEN T., BIRK D., *Place of Management – An Analysis of German Case Law in Practical Problems in European and International Tax Law. Essays in Honour of Manfred Mössner* (a cura di) JOCHUM, ESSERS, LANG, WINKELJOHANN, WIMANN, 2017, 499.

TOLEDO PIRES DE OLIVEIRA P., *Action 14 of the OECD/G20 base erosion and profit shifting initiative: making dispute resolution more effective – did action 14 «piggyback» on the initiative?*, in *Bulletin for international taxation*, LXXI, 1, 2017, 8.

TOMASSINI A., TINELLI A. S., *Il caso “Dolce & Gabbana” e la nuova frontiera dell’esterovestizione*, in *Corr. Trib.*, 5, 2019, 450.

TOMASSINI, MARTINELLI, *L’accesso alla «Mutual Agreement Procedure» nell’«arbitration convention*, in *Corr. Trib.*, 2012, p. 1238.

TUNG F., *Before Competition: Origins of the Internal Affairs Doctrine*, in *Jour. Corp. Law*, 7-8, 2007, 102.

TURNER G., *The Legitimacy of CFC Legislation Within the Community*, in *The EC Tax Journal*, IX, 1, 2007, 23.

TYLER T. R., CASPER J. D., FISHER B., *Maintaining Allegiance toward Political Authorities: The Role of Prior Attitudes and the Use of Fair Procedures*, in *American Journal of Political Science*, XXXIII, 3, 1989, 629.

UCKMAR V., *I trattati internazionali in materia tributaria*, in *Trattato di diritto tributario*, (a cura di) AMATUCCI A., Padova, 1994, 730.

UCKMAR V., *La tassazione degli stranieri in Italia*, Padova, 1955.

UDINA M., *Trattato di diritto internazionale*, Padova, 1949, 57

UKMAR V., CORASANITI G., DE’ CAPITANI DI VIMERCATE P., *Diritto tributario internazionale*, Padova, 2009.

VALENTE P., *Beneficiario effettivo e treaty shopping*, Milano, 2016.

VALENTE P., *Beneficiario effettivo e treaty shopping*”, Ipsoa, Milano, 2016, 73;

VALENTE P., *Convenzione Italia-Usa Rassegna delle principali novità*, in *Fisco*, 35, 2010, 5678.

VALENTE P., *Costruzione ‘genuina’ e ‘sostanza economica’ nei principi comunitari*, in *Fisco*, 7, 2017, 657.

VALENTE P., *Esterovestizione e residenza*, Milano, 2013.

VALENTE P., *Il “centro degli interessi vitali” - Note sulla disciplina della residenza fiscale delle persone fisiche*, in *Fisco*, 49, 2009, 6742.

VALENTE P., *Il “centro degli interessi vitali” – note sulla disciplina della residenza fiscale delle persone fisiche*, in *Fisco*, 41, 2009, 6742.

VALENTE P., *Il nuovo Modello OCSE di Convenzione contro le doppie imposizioni: profili di novità*, in *Fisco*, 6, 2018, 557.

VALENTE P., *La proposta di direttiva sulla Common consolidated corporate tax base (Ccctb) Il consolidamento della base imponibile*, in *Fisco*, 14, 2011, 2207.

VALENTE P., *La residenza fiscal delle persone giuridiche nella prassi di alcuni paesi UE ed Extra UE*, in *Fisco*, 15, 2013, 2252.

VALENTE P., *Lotta all’evasione fiscale internazionale nel modello statunitense di convenzione contro le doppie imposizioni del 2016*, in *Fisco*, 2016, 1860.

VALENTE P., *Lotta all’evasione fiscale internazionale nel modello statunitense di convenzione contro le doppie imposizioni del 2016*, in *Fisco*, 1, 2016, 1860;

VALENTE P., *Modello di convenzione OCSE: modifiche agli artt. 1-5 del modello e al commentario*, in *Fisco*, 32, 2008, 5782.

VALENTE P., *Stabile organizzazione*, Milano, 2018.

VAN ARENDONK H., *National Grid Indus and Its Aftermath*, in *EC Tax Review*, XXII, 4, 2013, 170.

VAN DEN HURK H., *The European Court of Justice knows its limits (A discussion inspired by the Gilly and ICI cases)*, in *EC Tax Review*, VIII, 4, 1999, 211.

VAN DER MERWE B. A., *The phrase 'place of effective management' Effectively explained?*, in *South Africa Mercantile Law Journal*, 2006, 121.

VAN HOORN JR J., *Il trasferimento di sede di società alla luce del diritto comunitario*, in *Dir. Prat. Trib.* 3, 1989, 377.

VAN KERSBERGEN K., *Political allegiance and European integration*, in *European Journal of Political Research*, XXXVII, 1, 2000, 1.

VAN RAAD K., *International Coordination of Tax Treaty Interpretation and Application*, in *International and Comparative Taxation - Essays in Honour of K. Vogel*, New York, 2002.

VAN RAAD K., *Nondiscrimination in International Tax Law*, Alphen aan den Rijn, 1986.

VAN THIEL S., *Daily Mail Case. Tax Planning and the European Right of Establishment. A Setback*, in *European Taxation*, 1988, XXVIII, 11, 357.

VANONI E., *Diritto all'imposta e formazione delle leggi finanziarie*, in *Opere giuridiche* (a cura di) F. FORTE, C. LONGOBARDI, Milano, Vol. I, 1961, 475.

- VANONI E., *Elementi di diritto tributario*, Padova, 1962, 71;
- VATTEL E., *Le droit des gens où principes de la loi naturelle appliqués à la conduite et aux affaires des nations et des souverains*, Londra, 1758, (a cura di) PRADIER-FODÉRE, II, Paris, 1863, 106.
- VENTRELLA T., *La nozione di controllo nel diritto tributario: dall'art. 2359 c.c. al "controllo di fatto"*, in *DPT int.*, 1, 2017, 282.
- VITALE M., *Voce Doppia imposizione (dir. internaz.)*, in *Enc. Dir.*, 1964.
- VIVIANO M. R., *La stabile organizzazione del non residente in Italia*, Napoli, 2007, 63.
- VOET P., *De Statutis eorumque concursu liber singularis*, Amsterdam, 1661.
- VOGEL K., *Il diritto tributario internazionale*, in AA.VV., *Trattato di diritto internazionale*, Padova, 1994, 691.
- VOGEL K., PROKISCH R., *Interpretation of Double Taxation Conventions, General report*, in *Cahiers de Droit International*, Vol. LXXVIIIa, IFA, 1993, 72.
- VOGEL K., *Some observations regarding 'Gilly'*, in *EC Tax Review*, VII, 3, 1998, 150.
- VOGEL K., *Worldwide vs. Source Taxation of Income - A Review and Re-evaluation of Arguments (Part I)* in *Intertax*, XVI, 8/9, 1988, 395.
- VOGEL K., *Worldwide vs. Source Taxation of Income - A Review and Re-evaluation of Arguments (Part III)*, in *Intertax*, XVI, 11, 1988, 395.
- WALLACE R. M. M., *international law: A Student Introduction*, Londra, 1997, 111.

WATTEL P. J., *Exit Taxation in the EU/EEA Before and After National Grid Indus*, in *Tax Notes International*, LXV, 5, 2012 371.

WEATHERILL S., *Maximum versus Minimum Harmonisation: Choosing between Unity and Diversity in the Search for the Soul of the Internal Market*, in *From Single Market to Economic Union. Essays in memory of John A. Usher*, (a cura di) SHUIBHNE N. N., GORMLEY L. W., Oxford, 2012, 175.

WEIZMAN L., *Taxing remuneration from employment aboard a Ship: Where is the Place of Effective management Situated*, in *European Taxation*, 5, 1996, 163.

WELLS B., LOWELL C., *Income Tax Treaty Policy in the 21st Century: Residence vs Source*, in *Columbia Journal of Tax*, 1, 2013, 13.

WELLS B., LOWELL C., *Income Tax Treaty Policy in the 21st Century: Residence vs Source*, in *Columbia Journal of Tax*, in *Columbia Journal of Tax Law*, V, 1, 6.

WHITE J., *Political Allegiance After European Integration*, Londra, 2011.

WILLIAMS D. W., *Trends in International Taxation*, Amsterdam, 1991.

WOUTERS J., *Fiscal Barriers to Companies' Cross-Border Establishment in the Case-Law of the EC Court of justice*, in *Yearbook of European Law*, 1994, 73.

WOUTERS J., *The Case-Law of the European Court of Justice on Direct Taxes: Variations upon a Theme*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, I, 2, 1994; 179.

WYMEERSCH E., *Il trasferimento della sede della società nel diritto societario europeo*, in *Riv. Soc.*, 2003, 4, 723.

WYMEERSCH E., *Il trasferimento della sede della società nel diritto societario europeo*, in *Riv. Soc.*, 6, 2003, 723.

ZEYEN G., *When European Taxation Meets Arbitration: Recent Initiatives to Introduce and Promote Arbitration in International and European Taxation*, in *Intertax*, XLV, 1, 2017, 722.

ZYDŁO M., *Emigration of Companies under the EC Treaty: Some Thoughts on the Opinion of the Advocate General in the Cartesio Case*, in *European Review of Private Law*, 2008 973.

Giurisprudenza

BFH, 11 aprile 1984, I R 82-84/80, BFH/NV 1986, 255 m.no. 8.

BFH, 15 ottobre 1997, I R 76/95, DStRE 1998, 233 m.no. 12.

BFH, 16 dicembre 1998, I R 138/97, BStBl. II 1999, 437 m.no. 13.

BFH, 17 luglio 1968, I 121/64, BStBl. II 1968, 695 m.no. 25.

BFH, 19 marzo 2002, I R 15/01.

BFH, 21 settembre 1989, V R 32/88.

BFH/NV 1990, 688 m.no. 10.

BFH, 29 aprile 1987, X R 6/81, BFH/NV 1988, 63 m.no. 17.

BFH, 21 settembre 1989, V R 55/84, BFH/NV 1990, 353 m.no. 9.

BFH, 23 giugno 1992, IX R 182/87, BStBl. II 1992, 972 m.no. 15.

BFH, 26 maggio 1970, II 29/65, BStBl. II 1970, 759.

BFH, 3 luglio 1997, IV R 58/95, BStBl. II 1998, 86 m.no. 21.

BFH, 5 novembre 2014, IV R 30/11, BStBl. II 2015, 601 m.no. 27.

BFH, 7 Dec. 1994, I K 1/93, BStBl. II 1995, 175 m.no. 31.

BFH, 9 July 2003, I R 4/02, BFH/NV 2004, 83 m.no. 18.

BH, 23 gennaio 1991, I R 22/90, BStBl. II 1991, 554 m.no. 18.

Burnet v. Brooks, 13 marzo 1933.

Calcutta Jute Mills Company v. Henry Nicholson, 2 febbraio 1876.

Cass. 17 gennaio 2014, n. 6995.

Cass. 21 giugno 2019, n. 16697.

Cass. 23 febbraio 2012, n. 7080.

Cass. 27 novembre. 1987, n. 8820.

Cass. 4 giugno 2019, n. 15184.

Cass. 21 settembre 2016, n. 27113.

Cass. Pen., 30 ottobre 2015, n. 43809.

Cass., 13 aprile 2004 n. 7037.

Cass., 14 aprile 1998, n. 2967.

Cass., 23 ottobre 2013, n. 24007.

Cass., 23 ottobre 2013, n. 24007.

Cass., 28 luglio 2005, n. 17206.

Cass., 28 maggio 2019, n. 14627.

Cass., 30 marzo 1983, n. 2301.

Cass., 7 febbraio 2013, n. 2869.

Cass., 7 febbraio 2013, n. 2869.

Cass., 9 giugno 1988, n. 3910.

Cass., civ. n. 3604 del 1984.

CGEU, 21 settembre 1999, causa C-307/97, Saint Gobain.

CGUE, 11 dicembre 2003, causa C-364/01, Barbier.

CGUE, 12 dicembre 2006, causa C-374/04, Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation,

CGUE, 12 febbraio 2009, causa C-67/08, Block.

CGUE, 12 maggio 1998, causa C-336/96, Gilly.

CGUE, 13 dicembre 2005, causa C-196/04, Cadbury Schweppes.

CGUE, 13 marzo 2007, causa C-524/04, Thin Cap.

CGUE, 14 dicembre 2000, causa C-110/99, Emsland-Stärke.

CGUE, 14 febbraio 1995, causa C-279/93, Schumacher.

CGUE, 14 novembre 2005, causa C-513/14, Kerckhaert-Morres.

CGUE, 16 dicembre 2008, C-210/06, Cartesio.

CGUE, 16 luglio 2009, causa C-128/08, Dasmeaux.

CGUE, 18 dicembre 1997, cause riunite C-286/95, C-340/95, C-401/95, Molenheide.

CGUE, 18 dicembre 1997, cause riunite C-286/95, C-340/95, C-401/95, Molenheide.

CGUE, 21 febbraio 2006, causa C-255/02, Halifax.

CGUE, 21 gennaio 2010, causa C-311/08, SGI.

CGUE, 21 marzo 200, causa C-110/98 e C-147/98, Galbafriša.

CGUE, 21 settembre 1999, causa C-307/97, Saint-Gobain.

CGUE, 22 novembre 2017, causa C-251-16, Cussens.

CGUE, 23 febbraio 2006, causa C-513/03, Van Hilten.

CGUE, 27 settembre 1988, caso C-81/87, Daily Mail.

CGUE, 28 giugno 2007, causa C-73/06, Planzer Luxembourg.

CGUE, 29 aprile 1999, C-311/97, Royal Bank of Scotland.

CGUE, 29 novembre 2011, causa C-371/10, National Grid Indus.

CGUE, 5 luglio 1977, causa C-114/76, Beta-Mhle.

CGUE, 5 luglio 1977, causa C-114/76, Beta-Mhle.

CGUE, 6 ottobre 2011, causa C-421/10, Stoppelkamp.

CGUE, causa C-540/07, Commissione v. Italia.

CGUE, marzo 200, causa C-110/98 e C-147/98, Galbafriša.

Comm. Trib. Centr., 10 ottobre 1996, n. 4992.

Comm. Trib. Centr., 19 maggio 1984, n. 5418.

Comm. Trib. Centr., 30 aprile 1980, n. 4970.

Cook v Tait, 5 maggio 1924,

Corte Cost., 15 luglio 1976, n. 206.

Corte d'Appello della provincia Bavarese, III camera civile, 7 maggio 1992, n. 3Z BR 14/92.

Corte d'Appello di Bruxelles, 9 dicembre 1970, n. 493.

Corte internazionale di Giustizia, 8 novembre, 1929, Robert John Lynch.

CTP di Belluno, 14 gennaio 2008, nn. 173 e 174.

CTP Firenze, 18 aprile 2007, n. 108.

CTR Lombardia n. 2869 del 2013.

CTR Toscana, 18 gennaio 2008, n. 61.

CTR Treviso, 16 ottobre 2012, n. 91.

De Beers Consolidated Mines Ltd vs Howe, 30 luglio 1906.

DK: LR, 14 Dec. 1999, Tidsskrift for Skatter og afgifter 197 (2000).

DK: LR, 16 aprile 1996, Tidsskrift for Skatter og afgifter 476 (1996).

DK: LR, 19 dicembre 1995, Tidsskrift for Skatter og afgifter 257 (1996).

DK: LR: 25 novembre 1997, Tidsskrift for Skatter og afgifter 334 (1998), 334.

DK: SR, 16 dicembre 2014, SKM2015.53.SR.

DK: SR, 25 novembre 1999, Tidsskrift for Skatter og afgifter, 109 (2000).

DK: SR, 27 agosto 2013, SKM2013.649.SR.

DK: SR, 27 gennaio 2009, SKM2009.59.SR; DK: LR, 14 dicembre 1999, Tidsskrift for Skatter og afgifter 196 (2000).

DK: SR, 28 agosto 2012, SKM2012.591.SR.

DK: SR, 7 ottobre 2014, SKM2014.690.SR.

FG Münster, 17 giugno 2009, 9 K 593/13, EFG 2016, 1923 m.no. 101.

Firestone Tyre & Rubber Co., Ltd. v Lewellin, 14 febbraio 1957.

Fondazione Centro Studi U.N.G.D.C., Circ. 20 maggio 2009, n. 7.

High Court of Justice, 10 maggio 2005, Wood & Anor v Holden.

Johannesburg Consolidated Investment Co Ltd v Inland Revenue, 3 marzo 1953.

Niedersächsisches FG, 30 aprile 2010, 6 K 276/05, juris m.no. 92; BFH, 9 July 2003, I R 4/02, BFH/NV 2004, 83 m.no. 18.

Corte internazionale permanente di giustizia, 7 settembre 1927, R.S. Lotus, RFH, 25 luglio 1935, III A 98/35.

State of Colorado v. Harbeck, 17 ottobre 1921.

Steen Halkjaer v. Skatteministeriet, 8 agosto 1995, n. 2498/1992.

Supreme Court, 6 settembre 2006, Sp C 561, News Datacom Ltd v Atkinson.

The Cesena Sulphur Company, Limited v Henry Nicholson, 2 febbraio 1876.

Trinidad Leaseholds, Ltd v Inland Revenue, 9 marzo 1953.

U.S. Supreme Court 16 dicembre 1935.

Ullock v The Unit Construction Co., Ltd., 30 novembre 1959.

Union Corporation, Ltd v Inland Revenue, 9 marzo 1953.

Wood & Anor v Holden, 26 gennaio 2006.

Prassi

Assonime, Circ. 31 giugno 2007, n. 47.

Assonime, Circ. 31 ottobre 2007, n. 67.

Australian Taxation Office, Interpretative Decision 2006/127.

BRUINS, EINAUDI, SELIGMANAND, STAMP, Report on Double Taxation submitted to the Financial Committee — Economic and Financial Commission Report, Document E.F.S.73. F.19, 5 aprile 1923.

Business and Industry Advisory Committee to the OECD (BIAC), Comments on the OECD Public Discussion Draft: Draft Comments of the 2008 Update to the OECD Model Convention, 31 May 2008.

Circ. 4 agosto 2006, n. 28/E.

Circ. Guardia di Finanza 29 dicembre 2008, n. 1/2008.

Circ., 5 giugno 2012, n. 21/E.

Committee of Technical Experts on Double Taxation and Tax Evasion Double Taxation and Tax Evasion, Double Taxation and Tax Evasion, Draft Convention, 1928.

Committee of Technical experts Report, 1925, 21.

Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, Time to establish a modern, fair and efficient taxation standard for the digital economy, Brussels, 21 marzo 2018, COM(2018) 146 final.

Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo e al Comitato economico e sociale europeo, Coordinamento dei sistemi di imposizione diretta degli Stati membri nel mercato interno, 19 dicembre 2006, COM (2006) 823.

Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo, Doppia imposizione nel mercato unico, 11 novembre 2011, COM (2011) 712.

Comunicazione della Commissione europea del 10 dicembre 2007, COM (2007) 785.

Denuncia ADC, 1° giugno 2009, n. 6.

Financial Committee of the Provisional Economic and Financial Committee, Ginevra, 23 febbraio 1922 (in League of Nations Archives; Box R 333; E.F./Finance VI/P.V.I; United Nations Geneva).

League of Nations Fiscal Committee London and Mexico Model Tax Conventions Commentary and Text.

League of Nations, Double Taxation and Tax Evasion: Report Presented by the Committee of Technical Experts on Double Taxation and Tax Evasion, 1927.

League of Nations, Double Taxation and Tax Evasion: Report Presented by the Committee of Technical Experts on Double Taxation and Tax Evasion, 1927.

OCSE, BP TAG, Place of Effective Management Concept: Suggestion for changes to the OECD Model Tax Convention, 27 maggio 2003.

OCSE, Making Dispute Resolution More Effective – MAP Peer Review Report, Italy (Stage 1).

OCSE, Multilateral Strategic Plan On Mutual Agreement Procedures: A Vision For Continuous Map Improvement.

OECD Comment on Model Tax Convention on Income and Capital, 2000,

OECD, BEPS Project, Action 1: Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy-

OECD, BEPS Project, Action 6: Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances.

OECD, BEPS Project, Action 14: Making Dispute Resolution Mechanisms More Effective.

OECD, Implementation of the Ottawa Taxation Framework conditions, 2003.

OECD, Model tax Convention on Income and Capital, 1963.

OECD, Model tax convention on Income and Capital, 2008.

OECD, Model tax convention on income and capital, 2017.

Proposal for a Directive concerning the elimination of double taxation in connection with the adjustment of transfer of profits between enterprises (arbitration procedure), trasmessa al Consiglio in data 29 novembre 1976 e pubblicata nella gazzetta ufficiale dell'Unione europea OJ C 304 del 21 dicembre 1976.

Proposta di Direttiva del Consiglio relativa a una base imponibile consolidata comune per l'imposta sulle società, COM (2016) 683 final del 25 ottobre 2016.

Proposta di Direttiva del Consiglio relativa al sistema comune d'imposta sui servizi digitali applicabile ai ricavi derivanti dalla fornitura di taluni servizi digitali, Bruxelles, 21 marzo 2018 COM(2018) 148 final.

Resoconti dell'Assemblea costituente, 4206.

Ris. 5 novembre 2007, n. 312/E.

risoluzione del Comitato Finanziario della LON, istituito a seguito della Conferenza finanziaria internazionale di Bruxelles, tenutasi fra il 24 settembre e l'8 ottobre 1920.

Risoluzione del Consiglio sul coordinamento delle norme sulle società estere controllate (SEC) e sulla sottocapitalizzazione nell'Unione europea 2010/C 156/01, dell'8 giugno 2010.

Risposta dell'Agenzia delle entrate alla richiesta di informazione della Commissione europea, 19 marzo 2010, prot. 2010/39678.

RM, 25 febbraio 1973, n. 12/50261,

statuto della Corte internazionale di giustizia.

Trattato fra Prussia e Sassonia del 16 aprile 1869

UE-Pilot, Caso 777/10/TAXU.

Working party n. 2 of the fiscal committee (Denmark - Luxembourg), Third report on the concept of fiscal domicile. (Received on 16th September 1957). (FC/WP2(57)2)

Working party n. 2 of the Fiscal Committee (Denmark - Luxemburg), Report on the concept of fiscal domicile, 23 maggio 1957.

Working party n. 2 of the fiscal committee (Denmark Luxembourg), Fourth report on the concept of fiscal domicile, 28 ottobre 1957.

Working party no. 2 of the fiscal committee (Denmark - Luxembourg), final report on the concept of fiscal domicile, 9 gennaio 1958.

Legislazione

D.lg. 10 giugno 2020, n. 48.

D.lgs. 10 giugno 2020, n. 49.

Direttiva (UE) 2016/1164 del 12 luglio 2016,

Direttiva (UE) 2017/1132 del 14 giugno 2017.

Direttiva (UE) 2017/1852 del 10 ottobre 2017.

Direttiva (UE) 2017/1852 del 10 ottobre 2017.

Direttiva (UE) 2018/822 del 25 maggio 2018.

Direttiva 1990/435/CEE, del 23 luglio 1990.

Direttiva 2011/16/UE del 15 febbraio 2011.

Direttiva 2011/96/UE del 30 novembre 2011

Direttiva 2015/121/UE del 27 gennaio 2015.

Direttiva 90/434/CEE del 23 luglio 1990,

Körperschaftsteuergesetz, 30 marzo 1920 (KStG 1920).

Legge 14 luglio 1864, n. 1830

Legge 18 dicembre 1987 sul diritto internazionale private (Svizzera).

Legge russa 24 novembre 2014, n. 376-FZ.

Regolamento 282/2011/EU del 15 marzo 2011.

War Revenue Act del 1917.