

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI BERGAMO

Facoltà di Giurisprudenza
Dipartimento di Scienze Giuridiche

Dottorato di ricerca in
Diritto Pubblico e Tributario nella Dimensione Europea
XXII CICLO

LA DISCIPLINA FISCALE DELLE PERDITE IN AMBITO NAZIONALE, INTERNAZIONALE E COMUNITARIO

Supervisor:

Chiar.mo Prof. Marco Barassi

Chiar.mo Prof. Gianluigi Bizioli

Dottorando:

Dott. Paolo Stizza

Matr. n. 700267

*“Es ist der Handelsgeist, der mit dem Kriege nicht zusammen
bestehen kann, und der früher oder später sich jedes Volks bemächtigt”*

*“E' lo spirito del commercio, che non può esistere assieme alla guerra e che
presto o tardi si impossesserà di ogni popolo”*

Immanuel Kant

INDICE

INTRODUZIONE

CAPITOLO PRIMO

LA DISCIPLINA FISCALE DELLE PERDITE NEL DIRITTO TRIBUTARIO NAZIONALE

1. Introduzione.....	p. 12
----------------------	-------

SEZIONE I.

IL RIPORTO ORIZZONTALE DELLE PERDITE NELL' AMBITO DELLA DETERMINAZIONE
COMPLESSIVA DEL REDDITO. DISTINZIONI CON LE DEDUZIONI E DETRAZIONI DI IMPOSTA

2. Le ragioni della compensazione orizzontale delle perdite.....	p. 18
--	-------

3. Il ruolo e la funzione dell' art. 53 della Costituzione nell' ambito dell' imposizione diretta.....	p. 19
---	-------

3.1. La capacità contributiva intesa come forza economica qualificata: esenzione del minimo vitale, deduzioni e detrazioni di imposta.....	p.30
---	------

4. L'evoluzione delle nozione di reddito accolta dal legislatore fiscale: dall'imposta di ricchezza mobile al Testo Unico delle Imposte sui Redditi.....	p. 36
5. Il riporto orizzontale delle perdite ai sensi dell'art. 8 del Tuir.....	p. 46
6. La determinazione della capacità economica nell'ambito dell'imposizione personale sul reddito.....	p. 48

SEZIONE II.

IL RIPORTO VERTICALE DELLE PERDITE NELL' AMBITO DELL' IRPEF E NELL' IRES CON PARTICOLARE RIFERIMENTO AL REDDITO DI IMPRESA.

7. Le ragioni economico-giuridiche sottese al riporto delle perdite nell'ambito del reddito di impresa.....	p. 53
8. La determinazione del reddito di impresa in relazione alle perdite: breve excursus storico.....	p. 55
9. L'art. 84 del tuir e il limite quinquennale del riporto delle perdite...	p. 58
9.1. La modalità di determinazione della perdita.....	p. 59
9.2. La riduzione della perdita in presenza di proventi esenti e di componenti negativi non dedotti.....	p. 60
9.3. Il riporto delle perdite in presenza di utili esenti.....	p. 62
9.4. Il riporto delle perdite per i soggetti che fruiscono di regimi di esenzione del reddito.....	p. 63
9.5. Il riporto illimitato.....	p. 63
9.6. L'esclusione del riporto e le circostanze esimenti;.....	p. 66

9.7. Le giustificazioni alla base del limite quinquennale del riporto delle perdite.....	p. 70
9.8. Il divieto di riporto all'indietro delle perdite, il c.d. carry back;	p. 72
9.9. Il limite temporale quinquennale e il divieto di riporto all'indietro delle perdite. Cenni comparatistici.....	p. 73
10. Il riporto delle perdite nell'ambito delle società di persone: il caso della società in accomandita di semplice.....	p. 74
10.1. La deduzione della perdita da parte dei soci accomandatari eccedente la quota di capitale sociale.....	p. 76
10.2. (...segue) le problematiche applicative connesse alla deduzione delle perdite da parte degli accomandatari eccedenti il capitale sociale.....	p. 77
10.3. Il riporto delle perdite da parte della società in nome collettivo e in accomandita semplice in caso di soci persone giuridiche.....	p. 79
11. La compensazione delle perdite nell'ambito di due istituti tipici dell'IRES: la trasparenza fiscale e il consolidato nazionale.....	p. 80
11.1 Il riporto delle perdite nell'ambito della trasparenza fiscale ai sensi dell'art. 115 del tuir.....	p. 81
11.2. (...segue) l'impossibilità di compensare le perdite pregresse della società partecipante con gli utili imputati per trasparenza.....	p. 83
11.3. La trasparenza fiscale della s.r.l. a ristretta base azionaria di cui all'art. 116 del tuir.....	p. 85
11.4. La compensazione delle perdite nell'ambito del consolidato Nazionale.....	p. 88
11.5. (...segue) i limiti imposti dal legislatore alla compensazione delle perdite.....	p. 92
11.6. (...segue) La ripartizione delle perdite residue a seguito del consolidato.....	p. 93

12. Profili procedimentali e processuali relativi all'accertamento della perdita da parte dell'Amministrazione finanziaria e degli organi giurisdizionali (cenni).....	p. 95
12.1.L'accertamento della perdita da parte dell'Amministrazione Finanziaria.....	p. 95
12.2. (...segue) la compensazione delle perdite non utilizzate a seguito di un accertamento di un maggior reddito.....	p. 97
12.3. Il riporto delle perdite e l'estensione del giudicato: il c.d. giudicato esterno.....	p. 99
12.4. (...segue) il giudicato esterno al vaglio della Corte di Giustizia nella sentenza OlimpiClub.....	p. 104
13. La prospettiva de jure condendo della disciplina delle perdite nel bilanciamento fra il principio di capacità contributiva e il contrasto a fenomeni elusivi.....	p. 110
14. Considerazioni di sintesi: la differente natura dell'IRES rispetto all'IRPEF e la loro natura reale con riferimento alla tassazione dei soggetti non residenti (cenni).....	p. 117

CAPITOLO SECONDO

LA DISCIPLINA FISCALE DELLE PERDITE NELL'AMBITO DEL DIRITTO TRIBUTARIO INTERNAZIONALE

1.Introduzione.....	p. 123
2. Fondamenti e limiti dell'imposizione del reddito in ambito internazionale: il c.d. principio dell'appartenenza economica.....	p. 125

2.1. Le norme internazionali tributarie che limitano la potestà impositiva degli Stati nazionali: le convenzioni per evitare le doppie imposizioni sul reddito.....	p. 130
2.2. Considerazioni di carattere giuridico-economico nel confronto fra il principio di tassazione mondiale (c.d. world wide taxation) e il principio di tassazione territoriale (c.d. source taxation).....	p. 134
3. Le Convenzioni contro le doppie imposizioni e i diversi metodi per eliminare la doppia imposizione: l'incidenza sul trattamento fiscale delle perdite.....	p. 140
3.1. (...segue) il metodo dell'esenzione e la disciplina fiscale delle Perdite.....	p. 142
3.2. (...segue) il metodo del credito di imposta e la disciplina fiscale delle perdite.....	p. 147
3.3. (...segue) il metodo da preferire per il rispetto del principio di capacità contributiva.....	p. 148
4. L'incidenza delle perdite nel calcolo del credito di imposta per le imposte pagate all'estero nella disciplina fiscale italiana.....	p. 149
5. I profili di tassazione dei soggetti non residenti nell'ambito delle imposte sul reddito: il mancato riconoscimento delle agevolazioni fiscali personali.....	p. 154
5.1. Il mancato riconoscimento delle spese per la produzione del reddito nel caso di applicazione di una ritenuta alla fonte.....	p. 156
5.2. La tutela fornita in ambito internazionale al soggetto non residente: l'art. 24(1) del Modello OCSE.....	p.158
5.3. La stabile organizzazioni di soggetti non residenti e l'estensione di trattamenti agevolati ai sensi dell'art. 24(3) del Modello OCSE..	p. 160
6. L'arbitraggio fiscale internazionale nel caso di società <i>dual-resident</i> ed i rischi di una doppia deduzione delle perdite.....	p. 163

CAPITOLO TERZO
**LA DISCIPLINA FISCALE DELLE PERDITE NEL DIRITTO TRIBUTARIO
COMUNITARIO**

1. Introduzione.....	p.170
2. La fiscalità diretta nell'ambito del diritto comunitario: caratteri Fondamentali.....	p. 174
2.1.Fondamenta giuridiche su cui si fonda l'armonizzazione fiscale in Europa.....	p. 175
3. Il ruolo della Corte di Giustizia Europea nel "riavvicinamento" delle legislazioni nazionali in punto di fiscalità diretta: la c.d. integrazione negativa	p. 177

SEZIONE I.

LE PERDITE NELL'AMBITO DELLE DETERMINAZIONE COMPLESSIVA
DELLA CAPACITA' CONTRIBUTIVA.

4. La determinazione della complessiva della capacità contributiva per le persone fisiche con riferimento alla deducibilità delle perdite intese come deduzioni e/o detrazioni: il caso Schumacker, Gilly e De Groot.....	p. 194
5.La compensazione orizzontale delle perdite nella giurisprudenza della Corte di Giustizia: il caso Lakebrink, Renneberg, Busley.....	p. 206.

SEZIONE II.

LE PERDITE NELL'AMBITO DELLA DETERMINAZIONE DELLA SINGOLA CATEGORIA REDDITUALE E NELL'AMBITO DELLA TASSAZIONE DI GRUPPO

6. La libertà di stabilimento delle persone fisiche e giuridiche garantite dal Trattato.....	p. 209
6.1. (<i>segue</i>): il diritto di stabilimento delle persone fisiche;	p.210
6.2. (<i>segue</i>): il diritto di stabilimento delle persone giuridiche;.....	p. 213
7. La disciplina fiscale delle perdite nell'ambito del reddito di lavoro autonomo e di impresa nella giurisprudenza della Corte.....	p. 219
8. Considerazioni conclusive: l'antinomia tra i fini perseguiti dal Trattato Europeo e i principi della nostra Carta costituzionale: prospettiva per una loro riconciliazione.	
BIBLIOGRAFIA.....	p. 234

RINGRAZIAMENTI

INTRODUZIONE

Lo studio della compensazione delle perdite in ambito nazionale, internazionale e comunitario nasce dall'esigenza di verificare in che termini e con quali limiti, sia nella prospettiva *de jure condito* che *de jure condendo*, i rispettivi ordinamenti consentano tale possibilità. In ambito nazionale, tale limitazione rappresenta un serio ostacolo ad una corretta determinazione del reddito nella prospettiva di tassare l'effettiva capacità contributiva del soggetto passivo mentre in ambito internazionale e comunitario costituisce un impedimento ad un'inefficiente allocazione dei fattori di produzione, capitale e lavoro.

Nel presente contributo verranno analizzate le differenti discipline delle perdite nell'ambito del Testo Unico delle imposte sui redditi con riferimento in generale al trattamento delle stesse nell'ambito d'imposta personale sui redditi e con riguardo al reddito di impresa e all'Imposta sulle società di capitali valutando i diversi riflessi e le conseguenze che hanno in ambito interno e comunitario.

In particolare tale analisi sarà incentrata sul diverso ruolo che il principio di capacità contributiva gioca nei diversi contesti normativi. Principio che, in ambito nazionale, ha come obiettivo principale quello di imporre al legislatore nazionale di scegliere come presupposto -nel caso di specie il reddito- realmente espressivo di forza economica tassando un reddito effettivo; in ambito internazionale, diversamente, una funzione limitata connessa al fenomeno della doppia imposizione; in ambito comunitario, invece, produrrà un effetto indiretto e diverso se riferito all'imposizione delle persone fisiche ovvero delle persone giuridiche. In quest'ultimo caso, proprio per i caratteri reali dell'imposizione, il principio di capacità contributiva ha un'influenza limitata e non obbliga lo Stato in cui si origina il reddito a tenere conto della perdita subita se non effettivamente collegata con il proprio territorio.

In ambito comunitario è percepita la differenza fra la tassazione delle società di capitali e quella delle persone fisiche; per quest'ultime è primaria l'esigenza di determinare

correttamente la capacità contributiva e garantire quelle deduzioni e/o detrazioni tipiche delle imposte personali obbligando, in tal modo, lo Stato della fonte a tener in considerazione la situazione personale e familiare ed anche eventuali perdite generate nello Stato di residenza del percettore (cfr. Schumaker, Renneberg, etc.).

E' nel diverso atteggiarsi di tale principio che si analizzeranno, nella loro evoluzione, le norme sulla compensazione delle perdite, con lo scopo di fornire anche una prospettiva *de jure condendo* pur consapevoli dei limiti che vi sono, soprattutto, in un ambito comunitario in considerazione del fatto che gli Stati Membri hanno una competenza esclusiva in materia fiscale. In considerazione di tali limiti si analizzeranno anche le sentenze della Corte di Giustizia cercando di trovare una *ratio decidendi* comune nella varietà e nella diversità dei casi ad essa sottoposti.

CAPITOLO I

LA DISCIPLINA FISCALE DELLE PERDITE NEL DIRITTO TRIBUTARIO NAZIONALE

Sommario: 1. – Introduzione. SEZIONE I. IL RIPORTO ORIZZONTALE DELLE PERDITE NELL'AMBITO DELLA DETERMINAZIONE COMPLESSIVA DEL REDDITO. DISTINZIONI CON LE DEDUZIONI E DETRAZIONI DI IMPOSTA. – 1.Introduzione. - 2. Le ragioni della compensazione orizzontale delle perdite. - 3. Il ruolo e la funzione dell'art. 53 della Costituzione nell'ambito dell'imposizione diretta. - 3.1.La capacità contributiva intesa come forza economica qualificata: esenzione del minimo vitale, deduzioni e detrazioni di imposta. - 4. L'evoluzione della nozione di reddito accolta dal legislatore fiscale: dall'imposta di ricchezza mobile al Testo Unico delle Imposte sui Redditi. - 5. Il riporto orizzontale delle perdite ai sensi dell'art. 8 del Tuir. - 6. La determinazione della capacità economica nell'ambito dell'imposizione personale sul reddito. SEZIONE II. IL RIPORTO VERTICALE DELLE PERDITE NELL'AMBITO DELL'IRPEF E NELL'IRES CON PARTICOLARE RIFERIMENTO AL REDDITO DI IMPRESA. - 7. Le ragioni economico-giuridiche sottese al riporto delle perdite nell'ambito del reddito di impresa. - 8. La determinazione del reddito di impresa in relazione alle perdite: breve excursus storico. -9. L'art. 84 del tuir e il limite quinquennale del riporto delle perdite. - 9.1. La modalità di determinazione della perdita. - 9.2. La riduzione della perdita in presenza di proventi esenti e di componenti negativi non dedotti. - 9.3.Il riporto delle perdite in presenza di utili esenti. - 9.4. Il riporto delle perdite per i soggetti che fruiscono di regimi di esenzione del reddito. - 9.5. Il riporto illimitato. - 9.6. L'esclusione del riporto e le circostanze esimenti: l'art. 84, 3 comma, del tuir. - 9.7. Le giustificazioni alla base del limite quinquennale del riporto delle perdite.- 9.8. Il divieto di riporto all'indietro delle perdite, il c.d. carry back. - 9.9.Il limite temporale quinquennale e il divieto di riporto all'indietro delle perdite. Cenni comparatistici. - 10. Il riporto delle perdite nell'ambito delle società di persone: il caso della società in accomandita di semplice. - 10.1. La deduzione della perdita da parte dei soci accomandatari eccedente la quota di capitale sociale.- 10.2. (...segue) le problematiche applicative connesse alla deduzione delle perdite da parte degli accomandatari eccedenti il capitale sociale. - 10.3. Il riporto delle perdite da parte della società in nome collettivo e in accomandita semplice in caso di soci persone giuridiche. - 11. La compensazione delle perdite nell'ambito di due istituti tipici dell'IRES: la trasparenza fiscale e il consolidato nazionale. - 11.1 Il riporto delle perdite nell'ambito della trasparenza fiscale ai sensi dell'art. 115 del tuir. - 11.2. (...segue) l'impossibilità di compensare le perdite pregresse della società partecipante con gli utili imputati per trasparenza. - 11.3. La trasparenza fiscale della s.r.l. a ristretta base azionaria di cui all'art. 116 del tuir. - 11.4. La compensazione delle perdite nell'ambito del consolidato nazionale. - 11.5. (...segue) i limiti imposti dal legislatore alla compensazione delle perdite. - 11.6. (...segue) La ripartizione delle perdite residue a seguito del consolidato. - 12. Profili procedurali e processuali relativi all'accertamento della perdita da parte dell'Amministrazione finanziaria e degli organi giurisdizionali (cenni). - 12.1 L'accertamento della perdita da parte dell'Amministrazione finanziaria. - 12.2. (...segue) la compensazione delle perdite non utilizzate a seguito di un accertamento di un maggior reddito. - 12.3. Il riporto delle perdite e l'estensione del giudicato: il c.d. giudicato esterno. - 12.4. (...segue) il giudicato esterno al vaglio della Corte di Giustizia nella sentenza OlimpiClub. - 13. La prospettiva de jure condendo della disciplina delle perdite nel bilanciamento fra il principio di capacità contributiva e il contrasto a fenomeni elusivi. - 14. Considerazioni di sintesi: la differente natura dell'IRES e dell'IRPEF ed i riflessi sulla disciplina delle perdite. Trattati comuni con riferimento al trattamento del soggetto non residente.

1. Introduzione.

La possibilità di compensare le perdite relative ad una fonte produttiva con le altre categorie reddituali è un istituto che attiene allo stesso concetto di reddito, in quanto è la perdita stessa ad essere un'espressione, di segno negativo, del reddito. La perdita

evidentemente non attiene all'imposta ma al presupposto: è il risultato economico, negativo, su cui non potrà essere applicata alcuna imposizione. L'art. 1 del Tuir recita testualmente che il presupposto dell'imposta sul reddito delle persone fisiche è il possesso di redditi in denaro e in natura rientranti nelle sei categorie reddituali stabilite dall'art. 6 del Tuir. Il reddito complessivo da sottoporre ad Irpef, si determina sommando i redditi di ogni categoria reddituale che concorrono a formarlo così come previsto dall'art. 8 del Tuir. *Quid iuris* se invece di un reddito, una categoria reddituale ha generato una perdita?

Nell'ambito delle imposte dirette le uniche categorie reddituali che possono generare perdite sono quelle relative al reddito di lavoro autonomo, al reddito di impresa e ai redditi diversi. Ciò deriva dal fatto che per i redditi fondiari, di lavoro dipendente e di capitale, non vi sono componenti negative di reddito da poter scomputare dal reddito prodotto, essendo in un caso tassato un reddito figurativo¹, negli ultimi due casi un reddito lordo², con eccezioni puntualmente disciplinate dal legislatore per i redditi di lavoro dipendente³.

¹ I redditi fondiari si determinano in base alle rendite catastali che portano a tassare quelli figurativi e non l'effettiva capacità contributiva espressa dal contribuente. Sul punto cfr. la Corte Cost. n. 16 del 1965 che ha giustificato tale tipo di tassazione con la seguente motivazione: *“La capacità contributiva non è rilevata soltanto dal reddito che percepisce di fatto la persona gravata dal tributo. Quando oggetto dell'imposta sia una cosa produttiva, la base per la tassazione è data....dall'attitudine del bene a produrre un reddito economico e non dal reddito che ne ricava il possessore, dalla produttività e non dal prodotto reale”*. Solo in un caso viene tassato il reddito effettivamente prodotto, ovvero nel caso in cui il fabbricato è concesso in locazione e il canone ridotto del 15% a titolo di deduzione forfetaria delle spese è superiore al reddito medio ordinario. Invero viene operata una discriminazione per i canoni di locazione derivanti da immobili locati all'estero ed ivi sottoposti a tassazione. In tal caso in base all'art. 70 del Tuir non viene concessa la possibilità di dedursi il 15% del canone stesso a titolo di deduzione forfetaria delle spese. In ambito comunitario ciò potrebbe comportare una violazione della libera circolazione dei capitali tutelata dal Trattato UE. In senso fortemente critico sui redditi medio ordinari, Cfr. F. MOSCHETTI, *La proposta di tassazione del reddito normale: valutazione critiche e profili di legittimità costituzionale*, in *Rass. trib.*, 1990, I, p. 57; L. TOSI, *Le predeterminazioni normative nell'imposizione reddituale*, Milano, 1999, p. 307 e ss.; LECCISOTTI, *Reddito effettivo o reddito normale*, Bologna, 1990. Sulle recenti evoluzioni che portano il legislatore ad allontanare il reddito imponibile a quello effettivo, cfr. R. SCHIAVOLIN, *Reddito effettivo e reddito fittizio: evoluzioni recenti*, in *Corr. trib.*, 24, 2007, p. 1981 e ss.

² Ai sensi dell'art. 45 del Tuir *“Il reddito di capitale è costituito dall'ammontare degli interessi, utili o altri proventi percepiti nel periodo di imposta, senza alcuna deduzione”*. Il reddito di capitale è ritenuto il provento conseguenza diretta dell'impiego del capitale. Per un'analisi della disciplina fiscale dei redditi di capitale e sulle diverse posizioni circa l'assimilazione del reddito di capitale al frutto civile cfr. *ex multis* cfr. F. GALLO, *Prime considerazioni sulla disciplina dei redditi di capitale nel nuovo testo unico*, in *Rass. trib.*, 1988, I, p. 39; RINALDI, *Contributo allo studio dei redditi di capitale*, Milano, 1988, p. 14 e

La possibilità, tuttavia, di compensare le perdite con le altre categorie reddituali è consentita solamente per le perdite generate nell'ambito dei redditi di lavoro autonomo e nell'ambito del reddito di impresa realizzato da imprese minori ovvero da imprese in contabilità semplificata ai sensi dell'art. 66 del Tuir (c.d. compensazione orizzontale). In tal caso, tuttavia, non è riportabile l'eventuale eccedenza nei successivi esercizi a deduzione di redditi della stessa natura (c.d. compensazione verticale). Diversamente la perdita derivante dall'esercizio di un'attività di imprese in contabilità ordinaria, ovvero la minusvalenza realizzata nell'ambito dei redditi diversi⁴ non può essere compensata con le altre categorie reddituali ma solamente con eventuali redditi futuri della stessa categoria reddituale non oltre i cinque esercizi (la c.d. compensazione verticale). In tal caso siamo in presenza del riporto delle perdite, correttivo necessario per porre rimedio alle distorsioni create dalla convenzionale suddivisione in periodi di imposta della vita del contribuente⁵.

Tale possibilità è presente nel nostro ordinamento tributario non solamente nell'ambito delle disposizioni sull'imposta sul reddito delle persone fisiche (IRPEF) con specifico

ss.; MARCHETTI, *Alcune riflessioni sulla nozione di reddito di capitali*, in *Rass. trib.*, 1989, I, p. 784 e ss.; ESCALAR, *Contributo allo studio della nozione di reddito di capitale*, in *Rass. trib.*, 1997, p. 285.

³ Sulla disciplina fiscale dei redditi di lavoro dipendente cfr. F. CROVATO, *Il lavoro dipendente nel sistema delle imposte sui redditi*, Padova, 2001, p. 27 e ss; AA. VV., (a cura di) V. FICARI, *I redditi di lavoro dipendente*, Torino, 2002; AA.VV., (a cura di) N. D'AMATI, *La disciplina tributaria del lavoro dipendente*, Padova, 2003; A. URICCHIO, *I redditi dei lavori tra autonomia e dipendenza*, Bari, 2006.

⁴ Invero la possibilità di compensare le perdite nell'ambito dei redditi diversi è concessa solo con riferimento ai redditi diversi di natura finanziaria, i c.d. *capital gains*, ovvero nell'ambito della cessione di partecipazioni e di altri strumenti finanziari. Cfr. ESCALAR, *Il riordino della tassazione dei redditi diversi di natura finanziaria*, in AA. VV., *Commento agli interventi di riforma tributaria*, a cura di Miccinesi, Padova, 1999, p. 547. Invero, ai sensi dell'art. 7 del d.lgs. n. 461 del 1997 è consentita la possibilità a certe condizioni di tassare tramite imposta sostitutiva il risultato maturato di gestione nei quali possono rientrare sia i redditi di capitale che i redditi diversi. In tal modo è ammessa una forma di compensazione fra diverse categorie reddituali, ancorché, in presenza di un reddito ancora non percepito ma semplicemente sul maturato di gestione nell'ambito di una imposta sostitutiva dell'ordinarie imposte. Sul ruolo degli intermediari nel risparmio gestito cfr. F. GALLO, *Il ruolo degli intermediari nel nuovo regime di tassazione delle rendite finanziarie*, in *Rass. trib.*, p. 351; per un'analisi dell'attuale disciplina degli strumenti finanziari per tutti cfr. G. CORASANITI, *Azioni, strumenti finanziari partecipativi e obbligazioni: dalla riforma del diritto societario alla riforma dell'imposta sul reddito delle società*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2003, 875 ss.

⁵ Sulla necessità ed opportunità di suddividere la riscossione dell'imposta sulla base di intervalli di tempo finiti cfr. F. CROVATO, *L'imputazione a periodo nelle imposte sui redditi*, Padova, 1996.

riferimento ai redditi di impresa⁶, ma anche nell'ambito dell'imposta sul reddito delle società (IRES).

Entrambe, essendo imposte periodiche, basano il loro meccanismo di funzionamento sulla tassazione del reddito complessivamente imputabile al soggetto passivo d'imposta in un determinato arco temporale, definito periodo d'imposta, coincidente con l'anno solare per le persone fisiche e con l'esercizio sociale per le società e gli enti; tali imposte colpiscono il reddito, una manifestazione diretta di capacità contributiva, che rappresenta l'incremento che subisce il capitale per effetto della gestione.

Nella logica del reddito d'impresa, però, questo meccanismo d'imposizione basato su periodi d'imposta autonomi, e che si rende in ogni caso necessario per attingere con costanza risorse con cui finanziare la spesa pubblica, non è corretto: il vero reddito di un'impresa non è, infatti, rappresentato dal reddito di periodo, calcolato sulla base di regole convenzionali e, in parte, determinato da valutazioni soggettive, ma solo ed esclusivamente dal reddito totale, quello cioè riferibile all'intera durata della vita aziendale, consistente nella differenza (con valori opportunamente resi omogenei nel tempo attraverso operazioni di attualizzazione degli importi) tra il capitale iniziale impiegato e il capitale finale residuo per i soci dopo la liquidazione di tutte le attività e l'estinzione di tutte le passività. Soltanto quest'ultimo, infatti, sarebbe il reddito da sottoporre a tassazione, in quanto indice certo e definitivo di incremento di ricchezza dei soggetti passivi d'imposta, e quindi della loro capacità contributiva.

Il reddito di un determinato periodo non indica necessariamente un incremento di ricchezza, manifestato dal parallelo incremento del capitale impiegato; in caso di perdite realizzate in periodi precedenti, infatti, che hanno già ridotto il valore del capitale, esso contribuisce esclusivamente a reintegrare parte dello stesso precedentemente intaccato; non sarebbe corretto, quindi, tassare tale reddito come incremento di ricchezza qualora ecceda le summenzionate perdite pregresse.

Il riporto delle perdite, in definitiva, è un istituto che è stato introdotto proprio per ovviare a questi inconvenienti; consente ai contribuenti, a determinate condizioni, di compensare le perdite realizzate nei periodi d'imposta precedenti con i redditi

⁶ Come ricordato anche i redditi diversi limitatamente ai redditi diversi di natura finanziaria consente la possibilità di riporto verticale a condizione che la minusvalenza sia indicata nella dichiarazione dei redditi relativa al periodo d'imposta di realizzo.

successivamente prodotti, evitando che la parte di reddito che abbia la semplice funzione di reintegrare il capitale precedentemente intaccato venga sottoposta a tassazione. Si evita così la tassazione di un fatto economico che non rappresenta una manifestazione diretta di capacità contributiva, la quale potrebbe essere valutata in termini di effettività solamente al termine della vita dell'impresa.

Il presente capitolo è stato diviso in due sezioni. La prima tratterà della compensazione c.d. orizzontale delle perdite nell'ambito della determinazione complessivo del reddito imponibile ai fini Irpef verificando se il reddito così determinato risponde alle esigenze di giusto riparto richiesto dal principio di capacità contributiva. Per questo sarà necessario indagare preliminarmente non solo la nozione di reddito accolta dal nostro legislatore fiscale ma anche il principio di capacità contributiva per verificare a posteriori il grado di adeguatezza dell'Irpef a tale principio.

La seconda sezione tratterà diversamente la questione della compensazione verticale delle perdite sia nell'ambito dell'Irpef che dell'Ires⁷. La trattazione in tal senso sarà unitaria poiché unitaria ne è la disciplina. Il riporto delle perdite costituendo una posizione giuridica soggettiva riferibile al soggetto passivo e legata esclusivamente alla titolarità di redditi di impresa in capo al medesimo, non ammette che tale posizione venga ceduta ad un altro soggetto passivo. In proposito verranno analizzate le norme fiscali che cercano di limitare fenomeni elusivi tesi ad aggirare il limite quinquennale del riporto delle perdite stabilito dalla norma. Verrà, inoltre, accennata la disciplina fiscale connessa al trasferimento intersoggettivo delle perdite con specifico riferimento al regime del consolidato nazionale di cui agli artt. 117 e ss. del Tuir. Non verranno trattate per ragioni di opportunità e per limitare la trattazione le operazioni straordinarie le quali, benché neutrali sotto il profilo fiscale, sono molto restrittive nel limitare il c.d. *refreshing* delle perdite ovvero la possibilità di compensare perdite in scadenza tramite operazioni straordinarie. La limitazione dell'analisi al regime del consolidato è funzionale alla successiva comprensione dei casi decisi dalla Corte di Giustizia e discussi nel Capitolo III, proprio con specifico riferimento alla compatibilità dei diversi regimi di consolidamento presenti negli ordinamenti degli Stati membri.

⁷ Nell'ambito del reddito di impresa ed in particolare nell'ambito dell'Ires non si porrà un problema di compensazione orizzontale delle perdite stante l'art. 81 del Tuir il quale dispone il principio della forza di attrazione del reddito da qualunque fonte provenga nell'ambito del reddito di impresa.

Infine, verranno analizzate le norme di accertamento della perdita sia in sede amministrativa che giurisdizionale. In tale ultima sede, anche con riferimento alla disciplina fiscale delle perdite, si è affermato il principio del c.d. giudicato esterno, il quale, come vedremo, è stato messo in discussione dalla Corte di Giustizia con riferimento all'IVA. Sarà, dunque, necessario valutarne gli effetti e le ripercussioni in tema di imposte dirette.

SEZIONE I

IL RIPORTO ORIZZONTALE DELLE PERDITE NELL'AMBITO DELLA DETERMINAZIONE COMPLESSIVA DEL REDDITO. DISTINZIONI CON LE DEDUZIONI E CON LE DETRAZIONI DI IMPOSTA.

2. Le ragioni della compensazione orizzontale delle perdite.

Prima di entrare in *medias res* analizzando l'attuale disciplina delle perdite nell'ambito della c.d. compensazione orizzontale sarà opportuno non solo rendere conto della sua evoluzione ma anche fare una premessa di carattere generale sulla nozione di reddito e sul principio di capacità contributiva che sarà necessaria per comprendere anche le implicazioni che vi sono a livello internazionale e comunitario.

Interrogarsi, preliminarmente, sulla nozione di reddito accolta dal nostro legislatore fiscale ai fini dell'imposizione diretta, non è un vano sforzo ma è necessario sia per comprendere *a contrario* la nozione di perdita sia per cogliere se la sua disciplina sia coerente e risponda alle esigenze di giusto riparto delle spese pubbliche in base alla capacità contributiva dei singoli consociati nell'ambito di una imposta personale come l'Irpef.

In proposito sarà opportuno effettuare un *breve excursus* storico che dia conto delle nozioni che si sono susseguite a partire dal testo unico dell'imposta di ricchezza mobile del 1877, anche in considerazione del fatto che l'attuale imposta sul reddito delle persone fisiche ha ancora una forte matrice reale frutto delle esperienze passate. Con il vigente sistema tributario si è, infatti, mantenuta una distinzione e classificazione "cedolare" delle categorie reddituali "ai soli fini della determinazione del reddito"; continuando ad applicare formule e concetti elaborati nel contesto di un sistema di imposizione dei redditi prevalentemente "reale"⁸. E' una sorta di ibridismo e di stratificazione che ha assunto in sé i caratteri dell'imposta reale sussumendo sotto un'unica imposta due funzioni attribuite in precedenza ai tributi cedolari e all'imposta complementare⁹: da una parte la determinazione della base imponibile risponde ancora ad una logica di cedolarizzazione secondo la quale sono stabilite regole diverse in base

⁸ In tal senso cfr. A. FEDELE, *Imposte reali ed imposte personali*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 2002.

⁹ Così, P. BORIA, *Il sistema tributario*, Torino, 2008, p.138-139.

alla tipologia reddituale; dall'altra, al fine di garantire la personalità e la progressività dell'imposta, si determina un unico effetto giuridico, ovvero il carico fiscale complessivo, attraverso l'applicazione di regole comuni che tengano conto di tali esigenze. Così da un lato viene mantenuta la classificazione nelle varie categorie reddituali prevedendo regole di determinazione diverse; dall'altro vi è la determinazione unitaria e complessiva del *quantum debeatur* sulla base di una esigenza di determinare la reale ed effettiva capacità contributiva del soggetto passivo. Ciò è tanto più vero in considerazione del fatto che i limiti all'utilizzabilità delle perdite presenti ancora nel nostro ordinamento hanno di fatto accentuato i caratteri di realtà del sistema. Tali limitazioni hanno lo scopo di ampliare artificialmente la base imponibile e finiscono per dare inique connotazioni patrimoniali all'imposta stessa¹⁰.

Pertanto lo studio del riporto delle perdite dovrà essere fatto analizzando preliminarmente la funzione e il significato del principio di capacità contributiva e verificando in che misura la nozione di reddito accolta dal nostro legislatore si adegui correttamente a tale principio.

Sarà importante distinguere, altresì, nell'ambito dell'Irpef tra la possibilità di dedurre i costi inerenti alla produzione di redditi rispetto a quelle deduzioni e detrazioni tipiche delle imposte personali che pertanto rimangono del tutto estranee alla produzione dei redditi di categoria. Vedremo che in capo ai non residenti l'Irpef si atteggia in modo simile ad un'imposta reale essendo esclusi la maggior parte degli oneri deducibili e delle detrazioni di imposta (art. 4, comma 1, del Tuir) sul presupposto che il non residente usufruisca di tali abbattimenti nello Stato in cui si trova. In altri termini molti caratteri di personalità dell'Irpef vengono meno quando il soggetto passivo è sprovvisto di un collegamento personale col territorio dello Stato.

3. Il ruolo e la funzione dell'art. 53 della Costituzione nell'ambito dell'imposizione diretta.

Da un punto di vista dogmatico lo studio del diritto tributario dovrebbe implicare anche un approfondimento del grado di adeguamento delle norme tributarie al principio di capacità contributiva. Esso è il principio costituzionale di riferimento e parametro della legittimità delle norme stesse cui sia il legislatore che l'interprete si dovrebbero ispirare.

¹⁰ A tal proposito cfr. G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario*, Padova, 2009, p. 45.

L'esigenza del progressivo adeguamento del sistema tributario ai principi e regole proprie è un processo che caratterizza tutti i rami dell'ordinamento giuridico di cui il diritto tributario fa parte, con lentezze e criticità propri di un settore che ha indubbiamente anche un intrinseco aspetto economico. Così, in tale sede, l'analisi del principio di capacità contributiva sarà di ausilio fondamentale per inquadrare correttamente il riporto delle perdite nell'ambito della normativa vigente.

Invero, sono dovuti passare alcuni anni prima che fosse precisato il concetto di capacità contributiva confutando la tesi affermata in ambito finanziario in seguito all'emanazione della Carta Costituzionale, che riteneva la norma dell'art. 53, primo comma, della Costituzione niente più che una scatola vuota, ovvero una norma meramente programmatica, espressione ambigua, che si prestava alle più svariate interpretazioni¹¹.

In tal modo, pur ammettendo la genericità e l'astrattezza della disposizione citata, si è riconosciuta un'efficacia giuridica, un concreto contenuto normativo, al pari di ogni altra disposizione della Costituzione: essa limita, quanto meno negativamente, l'esercizio della potestà impositiva¹². In questo senso il presupposto della pretesa impositiva dello

¹¹ All'inizio vi era un orientamento della dottrina, ed in modo particolare degli studiosi di scienze delle finanze, in senso svalutativo: il principio di capacità contributiva veniva considerato una scatola vuota che potrebbe essere riempita di qualsiasi contenuto o meglio di una tautologia: concorrere in base alla capacità di concorrere. Così in base a questa interpretazione il primo comma dell'art. 53 della Costituzione veniva definito come norma programmatica senza alcun significato precettivo da attribuirgli. In tal senso cfr. *ex multis* M. INGROSSO, *I tributi nella nuova Costituzione italiana*, in *Arch. fin.*, 1950, I, p. 158; A.D. GIANNINI, *I concetti fondamentali del diritto tributario*, Torino, 1956; B. COCIVERA, *Principi di diritto tributario*, Milano, 1961, p. 30.

¹² Il primo a riconoscere tale valenza precettiva all'art. 53 della Costituzione fu il E. GIARDINA, *Le basi teoriche del principio della capacità contributiva*, Milano, 1961. Per i successivi contributi, cfr. F. GAFFURI, *L'attitudine alla contribuzione*, Milano, 1965; I. MANZONI, *Il principio di capacità contributiva nell'ordinamento costituzionale*, Torino, 1965; G. A. MICHELI, *Capacità contributiva reale o presunta*, in *Giur. Cost.*, 1967, I, 1530; F. MAFFEZZONI, *Il principio di capacità contributiva nel diritto tributario italiano*, Torino, 1970; A. FEDELE, *Note sulla capacità contributiva presunta*, in *Foro it.*, 1970, V, c.134; F. MOSCHETTI, *Il principio di capacità contributiva*, Padova, 1973; ID, *Capacità contributiva*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988; ID, *La capacità contributiva*, in *Trattato di diritto tributario*, diretto da A. AMATUCCI, Padova, 1994, I, 1, p. 223 e ss; S. LA ROSA, *Costituzione, Corte Costituzionale e diritto tributario*, in *Dir. prat. trib.*, 1980, II, p. 223; G. MARONGIU, *Il principio di capacità contributiva nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Dir. prat. trib.*, 1985, I, p. 6.; G. MARONGIU, *Il dovere contributivo: realizzazioni e prospettive*, in *Dir. prat. trib.*, 1988, I, p. 1457; G. MARONGIU, *I fondamenti costituzionali dell'imposizione tributaria, profili storici e giuridici*, Torino, 1991; E. DE MITA, *Capacità contributiva (voce)*, in *Dig. Disc. Priv.*, 1995, II, p. 454; L. PALADIN, *Il principio di eguaglianza tributaria nella giurisprudenza costituzionale italiana*, *Riv. Dir. trib.*, 1997, p. 305. Per i più recenti contributi *ex multis* A. FEDELE, *La funzione fiscale e la "capacità contributiva" nella Costituzione*

Stato deve trovare necessariamente un collegamento con una manifestazione di forza economica del soggetto passivo del rapporto tributario¹³.

Questa prospettazione permette oggi di affermare che, andando ben oltre le pur rilevanti affermazioni di principio che “ogni prelievo tributario deve avere causa giustificatrice in indici concretamente rilevatori di ricchezza” (Corte cost. 6 luglio 1972, n. 120), per capacità contributiva “[...]deve intendersi l’idoneità soggettiva all’obbligazione di imposta rilevata dal presupposto al quale la sua prestazione è collegata”, e che “[...]il riferimento di quel presupposto alla sfera dell’obbligato deve risultare da un collegamento effettivo e che ad un indice effettivo deve farsi capo per determinare la quantità dell’imposta che da ciascun obbligato a esigere” (Corte Cost. 26 giugno 1965, n. 50)¹⁴.

italiana, in *Diritto tributario e Corte costituzionale* (a cura di L. PERRONE e C. BERLIRI), Napoli, 2006, p. 1; G. GAFFURI, *Il senso della capacità contributiva*, in *Diritto tributario e Corte costituzionale, op. cit.*, p. 25; F. MOSCHETTI, *Il principio di capacità contributiva, espressione di un sistema di valori che informa il rapporto fra il singolo e comunità*, in *Diritto tributario e Corte costituzionale, op. cit.*, p. 39 e ss.; C. SACCHETTO, *Il dovere di solidarietà nel diritto tributario: l’ordinamento italiano*, in *Il dovere di solidarietà* (a cura di) B. PEZZINI e C. SACCHETTO, Milano, 2005, p. 186 e ss.; G. FALSITTA, *Il doppio concetto di capacità contributiva*, in *Riv. dir. trib.*, 2004, p. 889, A. FEDELE, *Dovere tributario e garanzie dell’iniziativa economica e della proprietà nella costituzione italiana*, in *Riv. dir. trib.*, 1999, p. 971. Per una visione comparata dei principi costituzionali presenti nei diversi ordinamenti statali per tutti cfr. V. UCKMAR, *Principi comuni di diritto costituzionale*, II edizione, Padova, 1999. Sul rapporto fra l’ordinamento comunitario e i principi costituzionali tributari *ex multis* cfr. C. SACCHETTO, *Il diritto comunitario e l’ordinamento tributario italiano*, in B. PEZZINI, C. SACCHETTO, *Dalle costituzioni nazionali alla Costituzione europea. Potestà, diritti, doveri e giurisprudenza costituzionale in materia tributaria*, Milano, 2001; F. GALLO, *Ordinamento comunitario, ordinamenti nazionali e principi fondamentali tributari*, in *Dir. prat. trib.*, 2006, p. 1137; V. UCKMAR, *Il ruolo della Corte costituzionale in materia tributaria nell’era della Corte di Giustizia Europea*, in *Diritto tributario e Corte costituzionale*, (a cura di) L. PERRONE, C. BERLIRI, Napoli, 2006; G. BIZIOLI, *La sovranità dei principi. I rapporti fra ordinamento internazionale, comunitario ed interno nella prospettiva dell’integrazione dei principi costituzionali*, Padova, 2008.

¹³ L’articolo 53 della Costituzione pone a carico del legislatore ordinario un obbligo inderogabile nella scelta dei fatti ai quali collegare la nascita dell’obbligazione tributaria che non può esorbitare dai limiti espressi dalle risorse economiche del soggetto passivo. Non tutta la dottrina, nel corso degli anni, è stata concorde nel significato da attribuire al concetto di capacità contributiva, ma in ogni modo alla fine si è arrivati ad acquisire alcuni punti fermi. Il presupposto scelto dal legislatore deve essere tale da dimostrare l’idoneità astratta del soggetto passivo a sopportare il carico del tributo. E’ ovvio che, in questa valutazione di congruità, c’è ampio spazio per le scelte del legislatore, ma è altrettanto vero che risulta superato l’insegnamento, più risalente nel tempo, secondo il quale “qualsiasi situazione di fatto può, in via di principio, essere suscettibile d’imposizione. Così si era espresso A. D. GIANNINI, *I concetti fondamentali del diritto tributario*, Torino, 1956, pag. 159.

¹⁴ Conforme sul punto cfr. Corte cost. n. 45/1964, 16/1965, 89/1966, 97/1968, 91/1972, 200/1976, 62/1977, 159/1985, 143/1995, 21/1996, 111/1997, in dottrina cfr. G. MARONGIU, *Il principio di capacità*

Così la dottrina oggi è unanime nell'affermare la c.d. funzione garantistica dell'art. 53, anche se non tutti vi riconoscono la specificazione dei doveri di solidarietà espresso dall'art. 2 della Costituzione¹⁵¹⁶.

contributiva nella giurisprudenza della Corte Costituzionale, op. cit., infra. Da ultimo cfr. Corte cost. n. 64/2008 secondo cui gli elementi essenziali del tributo nella doverosità della prestazione e nel suo collegamento alla pubblica spesa “con riferimento ad un presupposto economicamente rilevante”. Il legislatore tributario deve scegliere come indici di capacità contributiva quei fatti che sono economicamente valutabili. Tali indici possono essere molteplici, come un patrimonio, un incremento patrimoniale (reddito), una spesa per consumi o investimenti, un atto giuridico economicamente valutabile. Sarebbero incostituzionali imposte su fenomeni non suscettibili di valutazione economica, come lo stato civile di una persona o imposte sulle persone con capelli biondi e barbuti. In questi casi non vi sarebbero manifestazioni di capacità contributiva in quanto tali fatti non sono economicamente valutabili e non esprimono un'attitudine del soggetto passivo a concorrere alle spese dello Stato.

¹⁵ Sotto questo profilo l'art. 53 ribadisce che i doveri di solidarietà includono anche quelli di contribuire alle spese pubbliche in base alla propria capacità economica a prescindere da quanto si riceve in termini di servizi pubblici divisibili o indivisibili. Ciò s'inquadra anche nel disegno perseguito dall'art. 3 della Costituzione, sulla rimozione degli ostacoli economico sociali che limitano, di fatto, l'uguaglianza tra i cittadini e quindi il pieno sviluppo della persona umana. Il primo autore a qualificare in senso solidaristico l'art. 53 della Costituzione è stato il Giardina che voleva abbandonare l'idea del Grizzotti secondo il quale vi deve essere una *causa impositionis* nell'obbligazione tributaria. E' questo il pensiero della scuola di Pavia secondo cui la capacità contributiva era espressa dal vantaggio o beneficio che al soggetto derivava dalla sua appartenenza alla collettività. Il venir meno di tale beneficio o, più propriamente, della *causa impositionis* poteva costituire motivo di inapplicabilità del tributo da parte del giudice. In tale costruzione, quindi, il concetto di capacità contributiva rappresentava anche un limite alla partecipazione del soggetto ai carichi pubblici. Per il Giardina il pensiero del Grizzotti non è di facile ricostruzione, “[...]non è facile precisare quale sia l'esatto ruolo giuridico che il Grizzotti assegna alla capacità contributiva quale causa dell'imposta.” E' evidente per il Giardina che vi è in Grizzotti un “mescolamento dell'aspetto etico-politico e dell'aspetto giuridico del problema della causa dell'imposta”. Continua “La concezione del Grizzotti conduce fuori dall'ambito di una ricerca di diritto positivo, investendo i fondamenti extragiuridici del potere tributario. Non le si può negare un valido riconoscimento sul terreno della precisazione della natura del rapporto tra Stato e individuo, purché si chiarisca che si tratta di un terreno diverso da quello della configurazione degli istituti del diritto materiale d'imposta”. Il Giardina sostenne, infatti, che nell'art. 53 della Costituzione non vi era alcun riferimento al nesso tra la determinazione dell'obbligazione tributaria e formazione della capacità contributiva per opera dello Stato. Semmai quello che si può riconoscere alla teoria grizzottiana è qualificazione dei presupposti sostanziali dell'imposizione tributaria, che vengono posti alla radice dell'ordinamento. L'unica rilevanza che si può dare a questi presupposti, è esclusivamente pre-normativa, giacché nella norma costituzionale non se ne fa alcun cenno, non se ne deve tener conto sul piano giuridico. La concezione del Grizzotti conduce fuori dell'ambito di una ricerca di diritto positivo, investendo i fondamenti extragiuridici del potere tributario. Non le si può negare un valido riconoscimento sul terreno della precisazione della natura del rapporto tra Stato e individuo, purché si chiarisca che si tratta di un terreno diverso (se si vuole anche superiore) da quello della configurazione degli istituti del diritto materiale d'imposta. Sulla *causa impositionis* oggetto di studio della scuola pavese, cfr. G. GRIZZOTTI, *Principi di politica diritto e scienza delle finanze*, Padova, 1929, pp. 157; ID., *Intorno al concetto di causa nel diritto finanziario*, *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1939; ID., *Il potere finanziario*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1950, I, p. 3; R. POMINI, *La “causa impositionis” nello svolgimento storico della dottrina finanziaria*, Milano, 1951. Sul punto cfr. anche E. BLUMENSTEIN, *La causa nel diritto tributario svizzero*,

Invero la funzione solidaristica è già riscontrabile nel principio di progressività sancito dall'art. 53, comma 2, della Costituzione¹⁷. Tale principio di progressività è, infatti, manifestazione di giustizia sostanziale nel diritto tributario, essendo evidente che l'aumento delle aliquote per i redditi maggiori può risultare efficace strumento di perequazione fra i diversi contribuenti¹⁸.

in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1939, I, p. 371; O. BÜHLER, *La causa giuridica nel diritto tributario tedesco*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1939, I, p. 43. Invero il primo studioso italiano ad interrogarsi sulla *causa impositionis* fu O. RANELLETTI, *Natura giuridica dell'imposta*, Roma, 1898, come riconosciuto dallo stesso Griziotti nelle sue opere citate. Per un recente contributo cfr. N. D'AMATI, *La "causa impositionis" nella cultura giuridica finanziaria*, in *Riv. sc. sup. ec. fin.*, 3, 2006, p. 140.

¹⁶ Contributi recenti sull'ammissibilità della relazione fra capacità contributiva e funzione solidaristica sono offerti da: F. MOSCHETTI, *Il principio della capacità contributiva*, Padova, 1973; G. A. MICHELI, *Corso di diritto tributario*, Torino, 1989, p. 89; R. CORDEIRO GUERRA, *Problemi in tema di traslazione convenzionale dell'imposta*, in *Rass. trib.*, 1988, I, p. 484 e ss.; F. MOSCHETTI, *Il principio della capacità contributiva*, in *Enc. giur. Treccani*, Vol. XV, Roma, 1988; F. GALLO, *Brevi spunti in tema di elusione e frode alla legge (nel reddito d'impresa)*, in *Rass. trib.*, 1989, I, p. 11 e ss.; BERTI, *Interpretazione costituzionale*, Padova, 1990, p. 483; A. FANTOZZI, *Diritto tributario*, Torino, 1991, p. 31; P. RUSSO, *Lezioni di diritto tributario, Parte generale*, Milano, 1992, p. 60; MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano, 1992, p. 645; ANTONINI, *Dovere tributario, interesse fiscale e diritti costituzionali*, Milano, 1996, 251 e ss., 347 e ss.; F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario, Parte generale*, Torino, 1997, 55 e ss.; F. GALLO, *Manuale pratico di diritto tributario*, Padova, 1997, 45; C. SACCHETTO, *Il dovere di solidarietà nel diritto tributario: l'ordinamento italiano, op. cit.*; A. FEDELE, *Appunti dalle lezioni di diritto tributario*, Torino, 2005, p. 14; R. LUPI, *Diritto tributario, parte generale*, Milano, 2005, p. 10; G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario*, Padova, 2008, p. 148; I. MANZONI, G. VANZ, *Il diritto tributario*, Torino, 2008, 32-35; per una posizione critica vedi G. GAFFURI, *Lezioni di diritto tributario, Parte generale*, Padova, 1994, 34, dove sostiene che l'art 53 indica l'attitudine oggettiva alla contribuzione e non è espressione, nella materia fiscale, del più generale principio di solidarietà fiscale. Il principio di capacità contributiva è volto essenzialmente a garantire il soggetto all'ente impositore, cosicché esso non può essere indebolito dalla generale tendenza solidale dell'ordinamento, sebbene, il legislatore, nell'esercizio del suo legittimo potere di scelta, debba anche preoccuparsi di rispettare quella esigenza. Ancora il Gaffuri (*L'attitudine alla capacità contributiva*, cit. 49) osserva che la preoccupazione della dottrina di garantire la piena attuazione dei compiti di solidarietà sociale, non appare delusa perché la capacità contributiva, quale limite all'attività del legislatore tributario, esprime un'esigenza minima, indica esclusivamente il segno oltre il quale l'attuazione di quei fini condurrebbe a risultati contrastanti, se non con una specifica norma, certamente con i principi derivanti dal vigente sistema costituzionale. Inoltre, l'osservazione secondo la quale la generalità del concorso alle spese pubbliche, e il criterio di progressività, si collegano al dovere di cui all'art. 2 Cost., è esatta se presa come valore metagiuridico, ma non tiene conto che, sul piano normativo, il principio di capacità contributiva costituisce un limite al prelievo tributario, limite operante nei confronti dell'ente impositore, e che gli effetti c.d. sociali saranno indiretti e meramente empirici (*op. ult. cit.*, 62-63).

¹⁷ In dottrina è stato unanimemente affermato che tale principio riguarda il sistema tributario nel suo complesso e non le singole imposte. *Ex multis* G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario, op. cit.*, p. 177; R. LUPI, *Diritto tributario, op. cit.*, p. 10.

¹⁸ CUOCOLO, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., 890; "Il principio della progressività si contrappone a quello della proporzionalità dei tributi, sancito dall'art 25 dello Statuto albertino, e segna, anche sotto

In tal senso la funzione solidaristica si pone al di fuori del campo di operatività dell'art. 53 della Costituzione il quale è in funzione del corretto riparto dei carichi tributari fra i consociati¹⁹.

Diversamente inteso la classificazione del dovere tributario tra i doveri di solidarietà, nello Stato moderno, è fondata, e sembra atta a meglio definire le condizioni della legittimità dell'esercizio del potere tributario. Ciò non vuol dire che possano attribuirsi funzioni solidaristiche al principio della capacità contributiva anche per la parte in cui questo si pone come regola dell'attività impositiva. Ravvisare l'espressione della solidarietà nell'adozione di un criterio di giustizia distributiva, piuttosto che di un altro, può essere esatto, ma riguarda essenzialmente il momento pre-giuridico. Una volta divenute regole giuridiche, i principi di giustizia distributiva divengono strumenti di tutela di esigenze di ordine e di uguaglianza, e le esigenze di solidarietà possono operare all'esterno di essi, attenuandone la rigidità²⁰.

In tal modo il principio di capacità contributiva è ricostruito in due opposte visuali. La prima pone l'accento sull'aspetto garantistico. Il principio di capacità contributiva tutela il contribuente contro imposizioni che si rifanno ad indici non espressione di un'effettiva attitudine a contribuire. In quest'ottica è lo stesso art. 53 che detta i criteri per la definizione della giusta imposta, per l'equità e la perequazione del sistema fiscale. La seconda vede nella norma un'estrinsecazione del dovere di solidarietà ai sensi dell'art. 2 Cost. La capacità contributiva è la capacità economica (rapportata alla situazione complessiva del singolo) idonea a realizzare i doveri di solidarietà²¹.

questo profilo, un'importante innovazione nel sistema fiscale. In sede di Costituente il problema della scelta fra i due criteri fu oggetto di contrasti anche perché la progressione non è possibile per le imposte dirette reali e può trovare solo inadeguata e indiretta applicazione nelle imposte indirette in generale. Tuttavia, pur con queste riserve, le opposizioni furono respinte e il presidente della Commissione dei 75, on. Ruini, troncò ogni discussione affermando "essere elementare che non tutti i tributi possono essere progressivi[...]. Ma ciò non toglie che il sistema tributario debba essere, nel suo complesso, ispirato a criteri di progressività". Così pure il Giardina il quale sostiene che l'art. 53 secondo comma in cui è sancito il criterio di distribuzione dei carichi tributari è riferito all'intero sistema non alle singole imposte. E non pare neppure fondata la tesi secondo cui si ha rispetto del principio costituzionale solo quando l'ordinamento tributario presenti una prevalenza di imposte progressive. Sull'evanescenza del vincolo di progressività cfr. G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario*, op. cit., p. 177.

¹⁹ Così S. LA ROSA, *Eguaglianza tributaria ed esenzioni fiscali*, Milano, 1968, pp. 42.

²⁰ Così S. LA ROSA, op. cit., p. 42.

²¹ Così G. FALSITTA, in *Rass. Trib.*, 1992, II, p. 568-nota a sentenza della Corte Costituzionale del 3/2/1992 secondo cui l'art. 53, inteso come espressivo di un dovere di solidarietà, diviene una

Certamente il dovere di contribuzione non può essere inteso né come un astratto potere d'imperio²² a cui originariamente alcuni autori lo facevano discendere²³; né come

disposizione legittimante qualsiasi forma di tutela privilegiata dell'interesse del fisco alla percezione dei tributi sia nella fase impositiva, e quindi legittima anche un'eventuale compressione dell'iniziativa economico-privata ben oltre ciò che ammette la posizione garantistica, sia in quell'esattoriale (anche con la fissazione di limiti di prova, preclusioni, decadenze, etc., a carico del contribuente).

²² Originariamente il fenomeno tributario era considerato come un corrispettivo che il cittadino pagava per i servizi pubblici, come il prezzo della protezione sociale e come sacrificio di una parte degli averi per ottenere la sicurezza del resto (Montesquieu). Si andava, tuttavia, contrastando anche prima dell'introduzione del nostro art. 53 della Costituzione, l'idea che il potere di supremazia basti da solo a spiegare il tributo, contestandone la supposta "odiosità. Si veda al proposito, L. EINAUDI, *Miti e paradossi della giustizia*, Torino, 1938, p. 219-224. L'autore nell'opera citata sostiene che "[...] è falso e grottesco dire che l'imposta significhi distruzione [...] perché mercé l'imposta lo stato crea l'ambiente giuridico e politico nel quale gli uomini possono lavorare, organizzare, produrre [...]"; l'imposta che ogni cittadino paga "è, dunque, una porzione di entrata tolta a ciascun cittadino dal governo per le pubbliche necessità", così M. MINGHETTI, *Dell'economia pubblica e delle sue attinenze colla morale e col diritto*, Firenze, 1859 ora ristampato in M. MINGHETTI, *Scritti Politici*, a cura di R. GHERARDI, Roma, 1986, p. 409, ovvero una "prelevazione sulla ricchezza nazionale, che riveste l'indole di un obbligo del contribuente, di natura morale e giuridica[...]: quota di valori dovuta allo Stato per sostenere i pubblici carichi", così L. MEUCCI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 1909, p. 464. Sulla supposta odiosità del tributo in quanto tale, ci sono state due sentenze della Corte di Cassazione di Torino per le quali "le leggi finanziarie non hanno carattere né odioso né oppressivo: liberamente votate e conformate ai bisogni dello Stato, ne rappresentano la forza e quindi una delle vitali condizioni del bene generale" (così Cass. Torino, 7 febbraio 1865, in *Giur. It.*, 1866); "rappresentano l'ordine, la libertà, la giustizia, la sicurezza, la beneficenza, l'esercito, l'armata, l'indipendenza, l'onore della patria" (Cass. Torino, 6 febbraio 1866).

Sulla natura e l'interpretazione della legge "*in dubio contra fiscum*" il Meucci ricorda nel suo volume come le norme impositive devono interpretarsi strettamente e nel dubbio presumere la libertà in conformità al principio di Modestino: "*In dubiis quaestionibus, contra fiscum facile respondendum*" (in tal senso anche G. MANTELLINI, *Lo Stato e il codice civile*, Firenze, 1882, I, p. 233 e ss). Sul punto E. VANONI, in *Natura ed interpretazione delle leggi tributarie*, ricordava una nota apparsa sugli Annali della Giurisprudenza italiana del 1876 dove viene affermato che le leggi fiscali sono certamente limitative dei diritti dei cittadini, che è dovere dello Stato di specificare chiaramente i confini che intende porre all'attività dei singoli, che, ove sorga dubbio, deve favorirsi il contribuente perché lo Stato "*clarius leges dire potuisset*". Qui è evidente l'eco della dottrina di A. Smith dove egli ricordava le quattro regole per cui:"a) i sudditi di uno Stato devono contribuire al mantenimento del governo per quanto più possibile in proporzione delle rispettive facoltà; b) l'imposta che ciascun individuo è obbligato a pagare deve essere certa e non arbitraria; c) ogni imposta deve essere levata al tempo e nel modo in cui è più probabilmente comodo al contribuente di pagarla; d) ogni imposta deve essere così stabilita che non esca e non ne sia uscita dalle tasche del popolo quanto meno è possibile, oltre a ciò che va nel pubblico tesoro dello Stato" (così A. SMITH, *Ricerche sopra la natura e le cause della ricchezza delle Nazioni*, (1776), Torino, Utet, 1945, pag. 744). Per una perfetta sintesi della funzione che il fisco ha sempre assolto nella storia e il suo progredire nella globalizzazione, cfr. V. UCKMAR, *Fisco e globalizzazione*, Corriere della Sera, 14 febbraio 2007; sugli effetti che la globalizzazione economica sta determinando sul sistema tributario, cfr. V. UCKMAR, *La globalizzazione economica e il fisco*, 13 maggio 1998, al sito internet <http://www.uckmar.net/>, F. GALLO, *Sviluppo, occupazione e competitività: profili fiscali*, in *Rass. trib.*, 1999, 4. Sulla storia della tassazione cfr. C. ADAMS, *For Good and Evil. L'influsso della tassazione sulla storia dell'umanità*, Macerata, 2007.

un mero rapporto commutativo²⁴ (scambio tra ente pubblico e contribuente). La “capacità contributiva” è l’attitudine a concorrere alle spese pubbliche, manifestata in

²³ In tal senso si poneva A. D. GIANNINI, per il quale “*i tributi sono percepiti dallo stato per effetto della sua potestà d’impero*”, in *Istituzioni di diritto tributario*, Milano, 1974, p. 49.

²⁴ Come ricorda il Moschetti la Corte di Cassazione in sede di risposta al Questionario formulato dal Ministero per la Costituente sostiene che il principio di capacità contributiva “*esclude il concetto di prestazione corrispettiva all’obbligazione tributaria in relazione all’indole dei servizi pubblici indivisibili*” e soddisfa “*alla fondamentale esigenza che il contribuente non sia gravato oltre il limite necessario alle possibilità di vita della sua economia individuale*” (MINISTERO PER LA COSTITUENTE, Rapporto della Commissione Economica, V, t. II, Roma, 1946, p. 176). In realtà il principio del beneficio e della controprestazione era una teoria seguita dagli economisti classici che pensavano che anche nei rapporti pubblicistici tra privati e Stato potessero essere applicati gli schemi commutativi dei rapporti di diritto privato. Chi ha seguito, invece, la tesi Grizzottiana, è stato il F. MAFFEZZONI, *Il principio di capacità contributiva nel diritto finanziario*, op. cit., il quale ha riqualificato in modo diverso la capacità contributiva che viene vista come conseguenza del godimento dei pubblici servizi. Il Maffezzoni riconosce come non è possibile ricostruire la nozione di capacità contributiva al di fuori di una teoria giuridica del presupposto di fatto del tributo. Sgombera il campo e riconosce che la *causa impositionis*, propugnata dal Grizzotti e poi seguita da alcuni suoi allievi, non ha ragion d’essere nella qualifica del presupposto del tributo. E’ tuttavia importante ricordare che la teoria causale del Grizzotti nacque sotto la spinta dell’interesse suscitato dallo studio dei problemi connessi alla doppia imposizione internazionale. Su questo terreno i vantaggi derivanti dalle spese pubbliche presentano un qualche significato, in quanto servono ad illuminare il fondamento del potere d’imposizione. Il tentativo di inserirli in una più vasta spiegazione del fenomeno tributario, attribuendo ad essi la funzione di delimitare le singole obbligazioni fiscali non solo per ciò che attiene ai rapporti internazionali ma anche in riferimento all’ordinamento interno, non sembra che si sia dimostrato positivo. Per Maffezzoni la capacità contributiva si presenta sul piano del diritto tributario come una qualifica del presupposto di fatto del tributo, nel senso di configurarlo come indice di godimento dei vantaggi dei pubblici servizi. Il fatto che la capacità contributiva è una qualifica dei presupposti di fatto dei tributi, significa che la corrispondente nozione può essere impegnata solo come criterio di scelta di quei presupposti. Con il principio di capacità contributiva il legislatore ordinario potrà considerare verificati nel territorio dello Stato tutti i presupposti di fatto delle entrate pubbliche, che esso riterrà opportuno considerare tali, ma a patto che si presentino o come obiettive manifestazioni di godimento di servizi pubblici dello Stato, o come fatti impeditivi di tale godimento da parte di soggetti appartenenti alla collettività statale. Per il Maffezzoni la capacità contributiva è una manifestazione di godimento di servizi pubblici e solo questi sono i fatti che possono essere considerati verificati nel territorio dello Stato e ai quali possono essere ricollegate delle pubbliche entrate. A sostegno della sua tesi porta un altro argomento contestando apertamente la maggior parte della dottrina che ritiene la capacità contributiva la pura e semplice capacità economica di contribuire da parte di soggetti passivi del potere di imposizione e che è necessario concretarla in una qualifica obiettiva dei presupposti di fatto dei tributi, tale da configurare questi ultimi come meri fatti indicativi di ricchezza, e non invece come indicativi del godimento dei vantaggi dei servizi pubblici. In primo luogo sostiene che la capacità contributiva non può essere misurata dal reddito, uno dei tanti criteri di espressione di forza economica. In primo luogo perché non esiste una definizione univoca di reddito. Esistono tante nozioni di reddito, reddito prodotto, reddito-entrata, reddito medio, reddito consumo, etc. Inoltre non esiste solo il reddito come indice di capacità economica. Vi sono altri indici quali il patrimonio, i bisogni individuali da soddisfare con il reddito e col patrimonio, i consumi siano essi necessari o superflui. Così sostiene che ci sono molti modi per combinare tali elementi, e tutti porterebbero ad una diversa configurazione di capacità economica del soggetto. Secondo tale dottrina è proprio questa indeterminabilità, secondo criteri obiettivi, che costituisce la più grave deficienza della

primis dalla forza economica del soggetto. In tal senso il dovere di contribuzione è sicuramente espressione di un generico dovere di solidarietà sancito dalla nostra Costituzione all'art. 2 della Costituzione.²⁵ Altrimenti, come sottolineato in dottrina il

teoria della capacità economica, come base di riferimento e di distribuzione delle entrate pubbliche, rendendola del tutto inservibile a questo fine. Invero in precedenza, vi era stato il contributo di F. GAFFURI, *L'attitudine alla contribuzione, op. cit.*, secondo cui il concetto di capacità contributiva non può essere definito *tout-court* come forza economica, in quanto questa era la definizione espressa dall'articolo 25 dello Statuto Albertino che così statuiva: "I regnicoli contribuiscono indistintamente in proporzione dei propri averi ai carichi dello Stato" Per cui un'interpretazione di questo tipo sarebbe storicamente involuta. Dunque la forza economica deve considerarsi come condizione necessaria, ma non sufficiente ad integrare il concetto di capacità contributiva, il quale deve essere qualificato alla luce dei fondamentali principi costituzionali. Per il Gaffuri vanno prese in considerazione le norme costituzionali in materia di rapporti economici, in quanto il prelievo tributario deve essere compatibile con l'organizzazione privata dei mezzi produttivi. Si definisce un criterio formale di individuazione delle forze economiche costituenti la capacità contributiva: l'attitudine alla contribuzione è data dalla forza economica derivante da attività produttive. Conseguenza da ciò l'illegittimità di imposte ordinarie sul patrimonio. Esse avrebbero l'effetto di portare ad un "occulta espropriazione" della ricchezza accumulata. E' evidente l'ispirazione garantistica di questa dottrina per la quale il principio di capacità contributiva tutela l'integrità delle fonti produttive, giacché da questa dipende la sopravvivenza dell'economia privata che la Costituzione intende preservare. Tale impostazione fu criticata dal Maffezzoni, il quale pur riconoscendo al Gaffuri di aver qualificato meglio il concetto di capacità economica alla luce delle sue conseguenze pratiche ma non vi è traccia nell'art. 53 Cost. di alcun elemento che faccia propendere per una esclusione dalle manifestazioni di capacità contributiva la disponibilità di beni che costituiscono fonte produttiva. La capacità contributiva deve essere termine di riferimento e di commisurazione per disciplinare il concorso alle spese pubbliche, e queste ultime, una volta tradotte in servizi pubblici, influiscono positivamente sia sulla formazione degli incrementi delle fonti produttive, sia sulla conservazione delle fonti produttive stesse. E' pertanto necessario che a concorrere alle spese pubbliche non siano soltanto coloro che ottengono incrementi delle fonti produttive, ma anche coloro che dispongono delle fonti produttive stesse. Se si considera infatti che la conservazione dei patrimoni si avvantaggia dei servizi pubblici e non sarebbe nemmeno concepibile senza l'assistenza di questi, si deduce che l'esenzione generalizzata, dal concorso alle spese pubbliche, dei soggetti che dispongono di patrimoni, creerebbe una sperequazione ingiustificata a favore di costoro e a danno di tutti gli altri soggetti. Tale sperequazione non può essere stata voluta dalla nostra Costituzione, orientata a configurare una Repubblica fondata sul lavoro (art. 1), a richiedere l'adempimento dei doveri di solidarietà economica e sociale (art. 2), a rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che impediscono il pieno sviluppo della persona umana (art. 3).

²⁵ In tale articolo da un lato si riconoscono i diritti inviolabili della persona, dall'altro si richiede l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale. Non esiste solo dunque il limite generalissimo del divieto di illogicità, di incoerenza, di arbitrio. Ancor prima esiste il limite del principio di capacità contributiva, un limite implicito, ovvio, interno ad ogni norma, e un limite esterno, di soggezione ad una norma superiore. Per una più ampia dimostrazione della qualificazione del dovere di concorrere alle spese pubbliche come dovere di solidarietà, si rinvia a F. MOSCHETTI, *Il principio della capacità contributiva, op. cit., infra*. Tale qualificazione è pienamente accolta dalla Corte Costituzionale 1992, n. 51 relativa alla disciplina del segreto bancario in materia tributaria. La Corte in tale sentenza ha affermato: "al livello dei principi costituzionali resta fermo, comunque, che le scelte discrezionali del legislatore, ove si orientino a favore della tutela del segreto bancario, non possono spingersi fino al punto di fare di questo un ostacolo all'adempimento di doveri inderogabili di solidarietà, primo fra tutti quello di concorrere alle spese pubbliche in ragione della propria capacità contributiva (art. 53 della

principio di capacità contributiva si ridurrebbe ad un mero parametro di razionalità e coerenza più che un limite sostanziale, e ciò in contrasto con il fine precipuo dell'inserimento di tale principio nella carta costituzionale in aggiunta al principio di eguaglianza²⁶. Diversamente altri riducono l'art. 53 ad un principio di ragionevolezza, rendendolo operante solo come criterio di riparto delle spese pubbliche²⁷. Secondo tale indirizzo il legislatore fiscale, derogando alle regole naturali del mercato, può liberamente ripartire i carichi pubblici scegliendo i presupposti di imposizione anche fuori dal mercato medesimo e, quindi, con riguardo a beni, cose e *new properties* non scambiabili e non “necessariamente” “offerti” da esso. Nel fare tale scelta deve solo preoccuparsi che la ricchezza oggetto di tassazione, sia socialmente rilevante, esprima potenzialità economica misurabile e, soprattutto, che il relativo prelievo risponda al principio costituzionale di ragionevolezza e coerenza del sistema²⁸. La necessaria rilevanza economica di alcuni elementi almeno presupposti dei singoli tributi non si risolve solo in possibilità di scambiare diritti a contenuto patrimoniale con il denaro sufficiente al pagamento dei tributi stessi, ma può consistere anche in mera possibilità di

Costituzione)”. Su una linea intermedia si pone E. DE MITA, in *Il principio di capacità contributiva, in Interesse fiscale e tutela del contribuente*, p. 35, il quale riconosce che il principio di capacità contributiva “restringe il campo di discrezionalità” del legislatore, “impedendogli di tipizzare come presupposti di imposta certi comportamenti sociali che di per sé non sono manifestazioni di ricchezza, di forza economica”, ma ritiene che tale restrizione sia minima”. “Si fa certo un passo avanti –prosegue l'Autore– quando si precisa che la capacità contributiva deve essere qualcosa di obiettivo, legato alla struttura dell'imposta, nel senso che la base imponibile deve essere incorporata nella fattispecie legale come valutazione dell'elemento di ricchezza”, ma con tali precisazioni “si invoca una esigenza di razionalità” sotto il profilo della coerenza interna. Per il Moschetti tale opinione tradurrebbe il principio di capacità contributiva in un mero parametro di razionalità e coerenza più che un limite sostanziale, e ciò in contrasto con il fine precipuo dell'inserimento di tale principio nella carta costituzionale in aggiunta al principio di eguaglianza. Per una critica al neindirizzamento svalutativo, che riducendo l'art. 53 al principio di ragionevolezza, finisce per svuotarlo di ogni sostanziale contenuto, rendendolo operante solo come criterio di riparto delle spese pubbliche, cfr. P. RUSSO, *Lezioni di diritto tributario*, op. cit., p. 59; G. FALSITTA, *Il doppio concetto di capacità contributiva*, op. cit. A tale indirizzo, considerato svalutativo del principio di capacità contributiva,.

²⁶ In tal senso F. MOSCHETTI, *Il principio della capacità contributiva*, op. cit, infra

²⁷ F. GALLO, *La funzione del tributo ovvero l'etica delle tasse*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 2, 2009, p. 410; A. FEDELE, *La funzione fiscale e la “capacità contributiva” nella Costituzione italiana*, in *Diritto tributario e Corte Costituzionale*, (a cura di) L. PERRONE, C. BERLIRI, Napoli, 2006, p. 2. Per una critica a tali tesi cfr. Per una critica si veda G. FALSITTA, *Il doppio concetto di capacità contributiva*, op. cit.

²⁸ In tal senso cfr. F. GALLO, *La funzione del tributo ovvero l'etica delle tasse*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 2, 2009, p. 410.

misurare in denaro situazioni di diversa capacità di soddisfare bisogni ed interessi²⁹. Il tal modo il vincolo imposto al potere legislativo diviene “relativo”, imponendo l’individuazione di discriminazioni razionali fermo restando che l’entità delle divergenze fra le situazioni dei singoli contribuenti deve comunque poter essere misurata in denaro³⁰.

Ma ora a prescindere da tale diverse interpretazioni che recentemente sono apparse circa il concetto di principio di capacità contributiva da una parte inteso come una espressione di un sistema di valori³¹ e dall’altra solo come un criterio razionale di riparto dei carichi pubblici e specificazione del principio di eguaglianza sancito dall’art. 3 della Costituzione³², è indubitabile che la capacità contributiva debba essere intesa come idoneità a concorrere ai carichi pubblici, non già come mera attitudine ad essere soggetto passivo di un tributo, ma implica che il contribuente debba possedere una forza che non può non essere economica intesa quale “indice rivelatore di ricchezza ossia una disponibilità di mezzi economici potenzialmente scambiabili sul mercato³³. La semplice esplicazione di un’attività sociale non può mai essere intesa come manifestazione di capacità contributiva se il suo risultato non è l’acquisizione di una ricchezza, o se comunque non ci sia nesso con qualche categoria economica. Che sia questo il contenuto

²⁹ Così A. FEDELE, *op. cit.*, p. 14.

³⁰ Così A. FEDELE, *op. cit.*, p. 15.

³¹ F. MOSCHETTI, *Il principio della capacità contributiva*, cit., 217 ss.; ID., *Il principio di capacità contributiva, espressione di un sistema di valori che informa il rapporto tra singolo e comunità*, 38 (43 ss.), in L. PERRONE e C. BERLIRI (a cura di), *Diritto tributario e Corte costituzionale*, Napoli, 2006, p. 41; G. FALSITTA, *Storia veridica, in base ai "lavori preparatori", della inclusione del principio di capacità contributiva nella Costituzione*, in *Riv. dir. trib.*, 2009, p. 97 e ss.

³² In questo senso, A. FEDELE, *op. cit.*; F. GALLO, *Le ragioni del fisco. Etica e giustizia nella tassazione*, cit., 85 ss. Secondo quest’ultimo autore la nozione di tributo come *obligatio ex lege*, evidenzia la sua funzione di “strumento di distribuzione, tra i soggetti che compongono la comunità, degli oneri corrispondenti alla soddisfazione (mediante attività od opere) di interessi direttamente riferibili alla comunità stessa” *op. cit.*, 68-74; F. GALLO, *La funzione del tributo ovvero l’etica delle tasse*, *op. cit.*, p. 399; più recentemente A. FEDELE, *Gli indici della capacità contributiva*, in *La normativa tributaria nella giurisprudenza delle Corti e nella nuova legislatura*, Atti del convegno, *Ottanta anni di Diritto e Pratica Tributaria*, V. UCKMAR (coordinati da), Padova, 2007, p. 9.

³³ In tal senso G. FALSITTA, *Il doppio concetto di capacità contributiva*, cit., 899.

della nozione di capacità contributiva lo confermano, in secondo luogo, i lavori preparatori della Costituzione.³⁴

3.1. La capacità contributiva intesa come forza economica qualificata: esenzione del minimo vitale, deduzioni e detrazioni di imposta.

La forza economica, pur se costituisce il sostrato della nozione di capacità contributiva, non ne esaurisce il contenuto. Essa necessita di una valutazione che fissi i criteri per la determinazione della concreta misura della prestazione tributaria. Teoricamente, questa valutazione può compiersi alla luce di diverse considerazioni, attinenti, oltretutto alla materia strettamente economica, anche a fattori di ordine politico, sociale, tecnico, e può condurre ai più svariati risultati.³⁵

In altre parole la capacità economica, pur costituendo l'elemento base e al tempo stesso il limite al giudizio di capacità contributiva, non si confonde con quest'ultima. Ciò deriva dall'intassabilità del minimo vitale³⁶, cioè di quel minimo di capacità economica

³⁴ Fu chiarito da parte di uno dei presentatori dell'articolo in questione e dal presidente della Commissione dei 75 che nel concetto di capacità sono implicite le esenzioni per il minimo di esistenza. Fu inteso pertanto che la ricchezza destinata alla soddisfazione dei bisogni elementari della vita non rappresentava attitudine alla contribuzione. Secondo tale canone, ogni soggetto, per essere sottoposto a prelievo fiscale, deve possedere almeno sufficienti risorse per l'appagamento delle esigenze vitali. Per il Giardina a confermare ulteriormente questa sua tesi è anche la diffusa tradizione storico-costituzionale in materia di principi distributivi delle imposte. Dalla espressione "facultes" della Dichiarazione dei diritti dell'89, e delle successive Costituzioni Francesi, alla "locuzione "Mittel" della Costituzione di Weimar, fino alle espressioni della Costituzione di Bonn del 1949, sono sempre dei fattori di ordine economico di eguale significato che vengono presi in considerazione dai Costituenti nella enunciazione del principio di contribuzione alle spese pubbliche, per tutti in dottrina, cfr. G. FALSITTA, *Storia veridica, in base ai "lavori preparatori", della inclusione del principio di capacità contributiva nella Costituzione, op. cit.*

³⁵ E. GIARDINA, *op. cit.*, pag 437.

³⁶ Come diceva una massima in campo finanziario: "*primum vivere, deinde tributum solvere*". Recentemente si è sostenuto che l'esenzione del minimo vitale per i redditi è passata in secondo piano, posto che la dinamica impositiva moderna stenta a rilevare una capacità contributiva globale dei singoli individui derivante dalla scarsa attendibilità dei redditi, la possibilità di evasione, i redditi esenti, esclusi ovvero tassati con ritenute alla fonte; questo indebolisce la tendenza ad utilizzare le mitigazioni fiscali come strumento indiretto di assistenza, e spinge verso altri strumenti, come l'indicatore di situazione economica ai fini dell'erogazione dei sussidi, così R. Lupi, *Diritto tributario*, Milano, 2009, p. 156-157. E' pur vero, tuttavia, che proprio la dinamica impositiva moderna richiede uno sforzo maggiore per recuperare l'importanza di tali concetto. Le forze della globalizzazione e le nuove tecnologie indeboliscono il potere degli Stati nell'imporre tributi ed il prelievo ormai è accentrato sugli *unskilled workers*, rispetto ai lavoratori più mobili e sulle cose legate al territorio. Le rendite finanziarie sono sempre più difficili da tassare, perché facilmente localizzabili in Paesi con una pressione fiscale inferiore ed anche le imprese, in una dinamica di competizione fiscale fra gli Stati, possono delocalizzare la loro produzione. Per questo gli Stati nazione devono reinventare le loro politiche fiscali, e il problema centrale

necessario a fronteggiare i bisogni primari ed essenziali dell'esistenza. Il minimo vitale è un'esigenza da anteporre all'interesse dello Stato di ricevere l'entrata tributaria.

Pertanto la capacità contributiva è l'idoneità a pagare una prestazione pecuniaria desunta da una capacità economica che però deve essere qualificata anche alla luce di scelte di valore della Costituzione.

Il pagamento dell'imposta, dunque, non risponde solo all'esigenza di realizzare un riparto dei carichi pubblici fra tutti i consociati, ma la sua diversa modulazione può essere utilizzata per la realizzazione di fini extrafiscali che lo Stato si pone. Questo rappresenta il coerente sviluppo dei compiti dello Stato, il quale, individuando nell'art. 3 della Costituzione il *bonum commune*, il fine dinamico verso cui la società tutta deve tendere, è tenuto anche nell'ambito della funzione impositiva al raggiungimento di questo fine³⁷. In tal modo l'imposizione, come riconosciuto dalla moderna teoria della c.d. finanza funzionale, dovrebbe essere guidata e giustificata, non tanto dall'esigenza di coprire la spesa pubblica, quanto dai fini extrafiscali che, di volta in volta, l'ente pubblico si propone³⁸. E proprio questo passaggio dalla finanza neutrale alla finanza pubblica ha trovato sanzione ed impulso nelle moderne costituzioni vigenti tra cui anche quella italiana. L'estensione dei compiti dello Stato, nell'ambito del riconoscimento dei diritti sociali, politici ed economici, deriva dalla presa di coscienza della pluralità di esigenze e di valori a cui anche il diritto tributario deve rispondere. E' per questo che

risulta essere quello di organizzare il proprio territorio per conservare la propria ricchezza e cercare di attrarre la ricchezza degli altri. Stiamo, in altre parole, assistendo ad una competizione fra Stati per attrarre e conservare la nuova ricchezza. Si dovrà dunque prevedere un progressiva diminuzione della pressione fiscale su *assets* caratterizzati da un alto grado di mobilità, reinventare lo stesso concetto di reddito che si dovrà misurare con altri parametri (ad esempio con il numero di flussi informativi scambiati attraverso internet), prevedere nuove forme di tassazione per la nuova ricchezza che non è solo quella materiale, ma sempre più quella immateriale (*know-how*), e infine forse dovrà cambiare lo stesso concetto di capacità contributiva.

³⁷ Vedi argomento precedente sul *favor* che l'ordinamento in generale riconosce al lavoratore.

³⁸ Così S. LA ROSA, *op. cit.*, p.28, il quale riporta in nota riferimenti bibliografici per approfondire il tema: A. AMATO, *La finanza funzionale*, Milano, 1958; FORTE, *Imposta (Scienze delle finanze)*, in *Noviss. dig. it.*, vol. VIII, Torino, 1962, p. 312 ss; TRAMONTANA, *Principi e limiti della finanza funzionale*, in *Studi economici*, 1964, p. 266 ss., con citazioni bibliografiche. Lo STEVE (*Lezioni di scienza delle finanze*, Padova, 1976, 5 e ss.) rileva che dall'ultimo dopoguerra si è avuta un'evoluzione da un tipo finanza prevalentemente diretta a distribuire il reddito nazionale dato tra impieghi pubblici e privati, ad una finanza che, sia con strumenti tradizionali come i tributi, sia con l'attività in diversi campi delle imprese pubbliche, è divenuta fattore determinante del volume e della distribuzione del reddito nazionale. Interessanti osservazioni sulle funzioni contemporanee del diritto tributario, le troviamo in F. MOSCHETTI, *Il principio della capacità contributiva*, Padova, 1973, 241 e ss.

l'ordinamento riconosce l'uso dello strumento fiscale come idoneo per il raggiungimento dei fini che l'ordinamento persegue. Ciò importa un'accentuata articolazione e differenziazione dei trattamenti tributari ed insieme il convergere sull'ordinamento tributario di una pluralità di compiti e di funzioni che si intrecciano con quelli del prelievo³⁹.

Un contributo allo studio e alla ammissibilità delle agevolazioni viene dalla c.d. funzione promozionale del diritto⁴⁰. La concezione secondo cui ciò che caratterizza il fenomeno giuridico è la sanzione negativa, è tipico dello stato liberale e di diritto.

E' con lo stato sociale e interventista che si è fatta sempre più chiara l'esigenza di una funzione promozionale del diritto che, invece di sanzionare i comportamenti, li incoraggia, li sostiene, li incentiva attraverso normative che si presentano con la diversa struttura di sanzioni positive di determinate condotte o situazioni⁴¹.

In tal modo vengono giustificate le agevolazioni fiscali tramite la concessione di oneri deducibili o detraibili.

Non è qui il caso di interrogarsi sul problema di legittimità che tali norme pongono rispetto ai principi di eguale distribuzione del carico fiscale sancito dall'art. 53 della

³⁹ Cfr. F. FICHERA, *Le agevolazioni fiscali*, Padova, 1992, p. 6.

⁴⁰ N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione*, Bari, 2007, p. 3 e ss.

⁴¹ Vedi F. FICHERA, *op. cit.*, p. 8; e ancora N. D'AMATI, *Le basi teoriche del diritto tributario*, Bari, 1999, p. 172, il passo dove ricorda come si può considerare l'attività di imposizione, una attività istituzionale fondata a seconda delle situazioni particolari, sul principio della capacità contributiva e del beneficio. E dunque possiamo considerare le esenzioni fiscali per questa via non mere eccezioni alla regola o deroga delle norma ordinaria, ma un modo di essere del diritto tributario, un modo che non richiede solo un carattere giuridico negativo in senso promozionale ma anche positivo. E' così possibile vedere nelle agevolazioni fiscali quel modo di essere positivo del diritto in funzione promozionale a cui il diritto tributario per ragioni sistematiche non sembra essere escluso. Le agevolazioni così"non costituiscono una deroga, rispetto alla previsione normativa, ma una modalità, dallo stesso legislatore stabilita, che non sottrae materia imponibile al tributo, ma individua i confini della fattispecie tributaria, al quale è definita in modo compiuto, sia dalle norme positive che da quelle incentivati". Così D'Amati in palese contrasto con le posizioni assunte da F. SAINZ DE BUJANDA, *Teoria jurídica de la exencion tributaria*, in AA. VV., *XI Semana de Estudios de Derecho Financiero*, vol. I, Editorial de Derecho Financiero, Madrid 1964, p. 363 e ss. secondo cui, al contrario, le agevolazioni fiscali costituiscono l'opposto, l'esatto contrario dell'imposizione; conforme a D'Amati, C. LOZANO SERRANO, *Exenciones y derechos adquiridos*, Madrid, 1988 dove anch'egli afferma che l'esenzione è una delle molteplici modalità in cui si realizza l'imposizione. L'imposizione non è data solo dall'obbligazione, ma anche dalla minore obbligazione o dalla non obbligazione. Le tesi di D'Amati e Lozano Serrano hanno avuto il merito di affermare la natura tributaria delle agevolazioni fiscali, ed allo stesso tempo di arricchire il fenomeno impositivo, comprendendovi oltre le fattispecie tassate, quelle non tassate e quelle tassate in misura minore, in definitiva qualsiasi trattamento tributario differenziato.

Costituzione⁴². E', infatti, ormai riconosciuto⁴³, pur con diverse posizioni⁴⁴, che le agevolazioni fiscali sono pienamente ammissibili ed espressione della realizzazione dei principi costituzionali⁴⁵ e che quindi l'art 53, 1 comma, Cost. non vieti l'attività

⁴² Per un attenta analisi delle problematiche inerenti la giustizia tributaria, vedi: S. LA ROSA, *Eguaglianza tributaria ed esenzioni fiscali*, Milano, 1968.

⁴³ Per tutti, cfr. G. A. MICHELI, *Profili critici in tema di potestà di imposizione*, in *Studi in onore di G. Zingali*, Milano, 1965, vol. II, pp. 452-453; I. MANZONI, *Il principio della capacità contributiva nell'ordinamento costituzionale italiano*, Napoli, 1966, p. 99 e ss.; E. DE MITA, *La definizione giuridica dell'imposta di famiglia*, Napoli, 1965, p. 132, nota 177.

⁴⁴ Per una parte della dottrina sono contrastanti c

on l'art. 53 della Costituzione quelle disparità di trattamento dovute all'incidenza dei fini extrafiscali che non trovano una loro giustificazione da altre norme di pari rango nella gerarchia delle fonti del diritto. E dunque saranno legittime solo quelle agevolazioni fiscali che trovano la loro giustificazione da altri principi costituzionalmente garantiti, e che sono prevalenti sul principio di capacità contributiva. Cfr. P. BARILE, *Il Soggetto privato nella Costituzione italiana*, Padova, 1953, p. 154, nota 209; G. A. MICHELI, *Profili critici cit.*, pp. 454-455; FORTE, *Il sistema tributario e la politica fiscale italiana*, vol. I, Torino, 1962, p. 75 ss.; I. MANZONI, *Il principio, op. cit.*, pag. 37 e 92; N. D'AMATI, *Schema costituzionale dell'attività impositiva*, in *Dir. prat. trib.*, 1964, p. 486-487. Quest'ultimo, tuttavia, sottolinea come questa impostazione permette di inquadrare le agevolazioni nella Carta Costituzionale, in forma autonoma ed indipendente, rispetto al principio di capacità contributiva, ma non sembra del tutto convincere che vi sia un principio di specialità, per cui sarebbero le norme agevolative a prevalere rispetto alla regola generale della capacità contributiva. N. D'AMATI, *Le basi teoriche del diritto tributario*, op. cit., p. 166; la recente dottrina, in particolare, F. FICHERA, *op. cit.*, p. 163 sostiene che “[...] la norma agevolativa, senza distinzioni, è giustificata da altri principi costituzionali o da altre scelte del legislatore, e ciò è comune a tutta la materia tributaria, al di là di quello elemento preliminare ed anch'esso comune a tutta la materia tributaria, che è dato dalla capacità contributiva. Non si tratta di specialità. Si tratta di norme pari ordinate e si tratta di coordinazione tra principi diversi. Peraltro normale in materia tributaria”.

⁴⁵ Le norme extrafiscali traendo la loro legittimazione da principi costituzionali diversi da quello della capacità contributiva, si collocano in un contesto sociale più ampio e comprensivo. N. D'AMATI, *op. cit.*, p.167, ricorda un passo del A. D. GIANNINI, *Istituzioni di diritto tributario*, Milano, 1974, pag 122, come le esenzioni “traggono la loro giustificazione da elementi di natura politica, economica, sociale che sono al di fuori degli individui dichiarati esenti: esse, quindi, non rappresentano un privilegio e, come tali, non contraddicono al principio di eguaglianza tributaria”. Secondo la Consulta “Le disposizioni le quali contengono agevolazioni e benefici tributari di qualsiasi specie, quali che ne siano le finalità, hanno palese carattere derogatorio e costituiscono il frutto di scelte del legislatore, al quale soltanto spetta di valutare e decidere non solo in ordine all' *an* ed al *quantum*, ma ad ogni altra modalità e condizione afferente alla determinazione di dette agevolazioni e che, d'altra parte, la deducibilità va concretata e commisurata dal legislatore ordinario secondo un criterio che concili le esigenze finanziarie dello stato con quelle del cittadino chiamato a contribuire ai bisogni della vita collettiva non meno pressanti di quelli della vita individuale”. La massima è ripresa costantemente nelle pronunce della Corte Costituzionale, cfr. per tutte la sentenza n. 134 del 1982; la sent. n. 143 del 1982; la sent. n. 108 del 1983, sui limiti di deducibilità in materia di IRPEF delle erogazioni liberali, riservate solo ai redditi di impresa; l'ord. n. 556 del 1987; l'ord. n. 52 del 1988; la sent. n. 410 del 1988; l'ord. n. 556 del 1988, sui limiti di deducibilità delle spese per istruzione in materia di IRPEF; la sent. n. 574 del 1988, relativa alla non deducibilità dei contributi SOCOF; l'ord. n. 26 del 1989, relativa alla mancata deducibilità delle imposte di successione in sede di determinazione del reddito complessivo ai fini dell'IRPEF. O, in termini ancora più restrittivi,

tributaria extrafiscale, né se ne disinteressi ad essa, ma ne condizioni la legittimità alla sua compatibilità con un'uniforme distribuzione degli oneri fiscali complessivi⁴⁶.

Anzi per meglio dire il principio di capacità contributiva non è solo un criterio di giustizia distributiva ma realizza tramite il concorso alle spese pubbliche un fine di giustizia sociale⁴⁷. Ora non appare dirimente chiarire se il fenomeno delle agevolazioni fiscali per il raggiungimento di tali obiettivi vada ricostruito all'interno del principio di capacità contributiva⁴⁸ o lo condizioni dall'esterno trovando copertura costituzionale in altri principi⁴⁹.

laddove nella sent. n. 410 del 1988, relativa alla mancata estensione all'IPAB delle esenzioni dell'INVIM decennale, si afferma che “ Per quanto riguarda gli immobili non direttamente utilizzati, ma destinati a produrre un reddito (per i quali vale la mancata estensione), devesi ribadire il principio già affermato da questa corte (sent. 134 del 1982; sent. n. 108 del 1983; sent. n. 86 del 1985) secondo cui le ipotesi di esenzione e di agevolazione hanno carattere derogatorio e quindi la loro previsione è esclusivamente rimessa alla valutazione del legislatore. Da ciò la conseguenza che il profilo della disparità di trattamento potrebbe essere considerato solo se la discriminazione dovesse risultare operata in ragione di quegli elementi esemplificativi elencati nell'art. 3 Cost., perché solo in presenza di una circostanza del genere potrebbe parlarsi di arbitraria disparità”.

⁴⁶ Per La Rosa, il riconoscimento dell'utilizzo dell'importanza dei fini extrafiscali dell'attività impositiva ha spostato il problema della giustizia, dall'ambito dei singoli tributi, alla sfera più generale degli effetti dell'intero sistema tributario sull'economia. Oggi l'utilizzo dello strumento fiscale in funzione di fini extrafiscali e il riconoscimento della sua legittimità, implica una rinuncia all'identificazione della giustizia tributaria con l'uniformità di imposizione, perché il perseguimento dei fini extrafiscali non è possibile se non a costo di deroghe ad essa. In tal senso cfr. S. La Rosa, *op. cit.*, p. 25. Da ultimo cfr. F. Gallo, *La funzione del tributo ovvero l'etica delle tasse*, *op. cit.*, p. 408-409, secondo cui, nonostante la globalizzazione, il tributo rappresenta ancora uno dei più importanti strumenti di redistribuzione della ricchezza e di riduzione delle diseguaglianze economiche e sociali: tale funzione trova il suo diretto fondamento nei principi di uguaglianza, solidarietà e sussidiarietà. Per questo, i sistemi fiscali non possono essere neutrali nei confronti del mercato, retti in prevalenza dal criterio del beneficio ma sulla base di principi etici di giustizia distributiva, solidarietà e sostenibilità, rinvenibili nella nostra carta costituzionale, appare inevitabile che il riparto dei carichi pubblici può essere realizzato anche incidendo e modificando con la legge fiscale l'equilibrio naturale del mercato; “...*purché* ciò avvenga previo un ragionevole bilanciamento dei diritti proprietari da “erodere” con quelli civili e sociali da finanziare, e sulla base del principio di capacità contributiva”; vedi anche A. FEDELE, *Il diritto tributario, (ad vocem)*, *Enc. del diritto*, 2009.

⁴⁷ In tal senso cfr. WAGNER, *La scienza delle finanze*, in *Biblioteca dell'economista*, serie terza, vol. X, Torino, 1891, pag 885 e ss., il quale non vede nell'affermazione della legittimità all'utilizzo dello strumento fiscale per fini non fiscali un mutamento della concezione della giustizia tributaria come giustizia distributiva, ma semplicemente una giustizia tributaria collegata alle condizioni di tempo e di luogo della società in cui il sistema tributario si trova ad operare.

⁴⁸ Per F. MOSCHETTI, *Agevolazioni fiscali. II. Problemi di legittimità costituzionale e principi interpretativi*, in *Digesto delle discipline privatistiche (Sez. Commerciale)*, vol. I, , Torino 1987 *op. cit.*, *infra*, il principio di capacità contributiva, in quanto disposizione costituzionale da interpretare alla luce delle altre norme contenute nello stesso sistema giuridico, non può non tener conto del particolare *favor* che deve essere garantito laddove intervenga nei settori giuridici costituzionalmente protetti, con la

Il punto è un altro: il *quantum debeatur* in relazione a ciascun consociato nella sua determinazione è ispirato non solo ad un criterio di giustizia distributiva, teso ad uniforme distribuzione degli oneri fiscali complessivi, ma anche da criteri di giustizia sociale e sostanziale che ne differenziano l'ammontare, tanto più in un'imposta personale quale l'Irpef, anche se ciò comporta il sacrificio delle esigenze di ordine e regolarità in funzione delle quali si pongono i criteri distributivi.

In ultima analisi ciò che preme rilevare è che il principio di capacità contributiva agisce in fase prenormativa, sia obbligando il legislatore a scegliere come fatti imponibili solo quelli indice di una reale capacità economica, sia nella determinazione del *quantum debeatur* imponendo il suo bilanciamento con altri principi costituzionali. Ciò implica che dal presupposto, espressivo di capacità economica, non può nascere automaticamente l'obbligo di pagare il debito tributario relativo, poiché il *quantum debeatur* deve quantificare in un obbligo di pagamento una capacità economica qualificata che si deve coordinare con altri principi costituzionali di tutela della persona, della famiglia, della salute, etc.

Così dal possesso di un reddito, non consegue necessariamente la debenza dell'imposta, poiché, vi deve essere un indice rivelatore di una disponibilità economica di cui una parte può essere prelevata a favore delle spese pubbliche, nel rispetto e nel bilanciamento degli altri principi costituzionali che vedono nella persona e nella sua

conseguenza che la qualificazione in termini di capacità contributiva deve tenere conto della norma costituzionale di favore e questa a sua volta concorrere a determinare la maggiore o minore capacità contributiva.

⁴⁹ Cfr. dottrina citata in nota 24, adde A. FEDELE, *Profilo dell'imposta sull'incremento di valore delle aree fabbricabili*, Napoli, s.d., 1966, p. 109, seg., nota 60 secondo cui l'art 53 della Costituzione, primo comma, pone "un limite alla legittimità costituzionale dei prelievi tributari, e non anche alla loro mancata previsione". Questa impostazione limita il campo di azione del principio art. 53 della Costituzione al campo strettamente impositivo. Conforme FICHERA, *op. cit.*, p. 163, il quale ha sostenuto la totale inidoneità dell'art 53 Cost. a costituire referente della legittimità delle agevolazioni, in quanto principio che non porrebbe alcun limite alla possibilità di una diversa regolamentazione di situazioni espressive di eguale capacità contributiva; in altri termini, ad eguale capacità economica può corrispondere un trattamento differenziato in forza di finalità extrafiscali. La capacità contributiva in questo senso è vista come condizione preliminare della tassazione, non ulteriormente qualificata, e che non porta necessariamente alla tassazione o ad un certo livello di tassazione. *Contra* Moschetti il quale cerca di ricostruire il fenomeno agevolativo all'interno della capacità contributiva e non in contrasto con essa. La capacità contributiva non è la mera forza economica del soggetto, ma piuttosto la capacità economica qualificata alla luce dei doveri costituzionali di solidarietà e delle altre scelte di valore della costituzione.

realizzazione attraverso il lavoro, il *bonum commune* a cui tutto l'ordinamento deve tendere.

E' evidente dunque che tali principi giocano un ruolo fondamentale nella corretta determinazione del *quantum debeatur*. In tal senso l'art. 53 della Costituzione, a prescindere dalle sue diverse accezioni, quantomeno esclude la tassazione delle ricchezze minime.

Così le esenzioni del minimo vitale, le deduzioni e le detrazioni dall'imposta non sono altro che gli strumenti attraverso cui il legislatore assicura il rispetto di tali principi.

4. L'evoluzione della nozione di reddito accolta dal legislatore fiscale: dall'imposta di ricchezza mobile al Testo Unico delle Imposte sui Redditi.

Di diverso tenore è il problema relativo alla corretta determinazione del reddito complessivo, il quale, nonostante siamo in presenza di un'imposta personale e progressiva risente ancora della precedente impostazione cedolare a carattere reale che fa dubitare dell'effettivo rispetto della capacità contributiva dell'art. 8 del tuir -nel quale è contenuta la disciplina relativa alla determinazione del reddito complessivo- in termini di effettività del reddito sottoposto a tassazione.

Subito dopo l'unificazione italiana, apparve necessario, per esigenze di bilancio ed insieme di giustizia distributiva, estendere l'imposizione dai soli fondiari a tutti gli altri redditi.

Con il R.D. 24 agosto 1877, n. 4021 fu approvato il primo Testo Unico dell'Imposta sui redditi di ricchezza mobile, seguito dal regolamento approvato con R.D. 24 agosto 1877, n. 4022,⁵⁰ che ha introdotto nel nostro ordinamento un'imposta a carattere reale⁵¹ nella

⁵⁰ Già con la legge 14 luglio 1864 n. 1831 fu istituita l'imposta di ricchezza mobile che prevedeva ai fini dell'applicazione dell'imposta di ricchezza mobile, tre distinte categorie: cat. A) redditi di puro capitale; cat. B) redditi misti di capitale e lavoro; cat. C) redditi di puro lavoro. In dottrina per un commento ed una ricostruzione storica cfr. CLEMENTINI-BERTELLI, *Le leggi sull'imposta di ricchezza mobile*, Torino, 1916; O. QUARTA, *Commento alla legge sull'imposta di ricchezza mobile*, Milano, 1917; TIVARONI, *Le imposte dirette sulla ricchezza mobile e sui redditi*, Torino-Roma, 1904; PARRAVICINI, *La politica fiscale e le entrate effettive del Regno d'Italia*, Roma, 1958; G. MARONGIU, *Alle radici dell'ordinamento tributario*, Padova, 1988, 155 ss; P. BORIA, *Il sistema tributario*, Torino, 2008, p. 34 e ss.

⁵¹ Nella controversia fra natura reale e personale dell'imposta di ricchezza mobile, l'on. Sella ebbe a dire "Io sono d'avviso che tale questione complessiva la sia debba trattare con questo criterio, cioè considerando l'imposta come reale e non come personale, vale a dire come imposta, che va sui redditi

quale era agevole determinare il reddito, in presenza di imposta con un'aliquota proporzionale e la cui base imponibile era sganciata, quasi totalmente, dalla considerazione di elementi inerenti alla persona del contribuente.

Non vi era alcuna definizione di reddito imponibile identificando esclusivamente quattro categorie di reddito fiscalmente rilevanti ai fini dichiarativi: cat. A) di capitale; cat. B) di impresa; cat. C) di lavoro; cat. D) stipendi, pensioni e assegni di impiegati di enti pubblici.

Il legislatore italiano adottò, così, un'imposta unica non cedendo alla tentazione di introdurre tante imposte quante erano le categorie reddituali individuate, come era stato fatto in Francia⁵². La distinzione in varie categorie reddituali era funzionale, tuttavia, a realizzare una discriminazione nella tassazione dei redditi sia prevedendo delle regole di determinazione del reddito diverse che differenti aliquote di imposta. In altre parole era un'imposta generale che tuttavia graduava il prelievo in considerazione del cespite o delle attività da cui derivava⁵³.

La natura reale dell'imposta era riscontrabile, oltre che nella proporzionalità della stessa anche nel fatto che veniva applicata a prescindere dalla situazione personale e familiare

della ricchezza mobile, e non sulla persona". Di contro si esprimeva il deputato Ninchi secondo cui l'imposta "...si chiama sui redditi per indicare l'incidenza reale o definitiva della tassa, non l'oggetto principale e diretto della medesima: Essa si dirige alla persona che considera sotto il rapporto di precipuo fatto di ricchezza, sia che questa risulti esclusivamente dall'opera, sia da questa combinata coi capitali. La cosa colpita secondo tale concetto della legge non è e non può essere che la persona;...". In tal senso cfr. O. QUARTA, *Imposta di ricchezza mobile*, Milano, 1902, p. 45, nota 2. In senso adesivo al Sella si esprime il PESCATORE, *La logica delle imposte*, p. 239, riportato dal QUARTA, *op. cit.*, p. 46, secondo cui l'imposta non ha natura personale e si trasforma in reale perché vi è la ritenuta. L'imposta ha natura reale perché "con quota uniforme vengono tassati ad uno ad uno le attività e i capitali fruttanti; estinta quella data attività, quel dato capitale, la tassa relativa si estingue: passando ad un terzo possessore quel dato titolo la tassa lo segue: dunque, la tassa, il peso sono eminentemente reali, estinguendosi con la cosa, e seguitando la cosa *apud quemcumque possessorem*: nel che consiste il notissimo carattere giuridico della realtà...". In senso adesivo il QUARTA, *op. cit.*, p. 47, ha sostenuto pur ammettendo che il metodo di esazione dell'imposta non cambia la natura da personale a reale, ha sostenuto, tuttavia, la natura mista dell'imposta di ricchezza mobile, in quanto per alcuni tipi di reddito l'imposta si applica in una misura piuttosto che in un'altra secondo la condizione economica personale dei reddituari. Per la personalità dell'imposta per taluni tipi di reddito colpiti anche Cassazione di Firenze, 23 dicembre 1873, nella Causa Dionisi contro Ferretti la cui massima è riportata dal QUARTA, *op. cit.*, p. 48 nota 1.

⁵² In tal senso cfr. P. BORIA, *op. cit.*, p. 39 ed in particolare M. BARASSI, *La comparazione nel diritto tributario*, Ed. Provv., 2002, p.205, il quale fa notare, tuttavia, che già dalla fine del 1800 la Francia aveva manifestato la necessità di passare da un sistema di tipo cedolare, limitata ad alcune fonti produttive ad un sistema che colpisse i redditi complessivi del soggetto, pur tenendo fermo le diverse categorie reddituali.

⁵³ Cfr. RICCA SALERNO, *Storia delle dottrine finanziarie in Italia*, Padova, 1960, p. 523.

del soggetto. Coerentemente con tale caratteristica venivano tassati solamente i redditi prodotti e goduti nel territorio nazionale.

L'iniquità e l'inefficienza di un tributo che non teneva in considerazione la vera situazione del contribuente aveva generato un acceso dibattito che portò nel 1923 all'introduzione dell'imposta complementare sul reddito, tributo che si aggiungeva in funzione integrativa rispetto alle imposte reali sul reddito⁵⁴. Con tale imposta non veniva violato il principio *ne bis in idem* poiché l'imposta complementare, benché si basasse sulla sommatoria dei singoli redditi soggetti all'imposta fondiaria o all'imposta di ricchezza mobile, aveva regole specifiche di determinazione del reddito. In particolare, erano previste detrazioni di determinati oneri sostenuti o comunque fissati in base alle condizioni personali e familiari del contribuente, nonché differenti aliquote, al fine di assicurare la progressività dell'imposta. L'imposta complementare si configurava, pertanto, di tipo personale essendo determinanti, al fine di quantificare il *quantum debeatur*, le condizioni personali e familiari del contribuente⁵⁵.

Non essendovi alcuna definizione di reddito imponibile⁵⁶, nonostante l'elencazione dei redditi di ricchezza mobile da considerarsi come esistenti nel Regno, effettuata dal legislatore dell'epoca, sia la giurisprudenza⁵⁷ che la dottrina diedero un contributo

⁵⁴ Il precedente storico fu un'imposta straordinaria introdotta nel 1919, in seguito alla crisi finanziaria post-bellica. Tale imposta colpiva tutti i redditi iscritti a ruolo e si configuravano come una addizionale ai tributi diretti erariali. Successivamente venne introdotta, con r.d. del 30 dicembre 1923, n. 3062, l'imposta complementare sul reddito, per un commento in dottrina cfr. N. D'AMATI, *Reddito (Imposta complementare sul)*, in *Noviss. Dig. It.*, p. 1094; BOIDI, *L'imposta complementare progressiva sul reddito*, Torino, 1956, p. 16.

⁵⁵ Con la l. del 22 dicembre 1932, n. 1727 venne stabilito un criterio alternativo alla determinazione analitica dei redditi. L'imposta complementare poteva basarsi anche su una ricostruzione presuntiva e, dunque, sintetica del reddito tenuto conto del tenore di vita del contribuente. Cfr. N. D'AMATI, *op. cit.*, p. 1101.

⁵⁶ In tal senso cfr. B. GIUSSANI, *Contributo alla precisazione del concetto giuridico di reddito mobiliare*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1941, I, p. 96, il quale sottolinea come: «è risaputo che manca una definizione legislativa del reddito mobiliare; il concetto di reddito mobiliare è stato elaborato dalla dottrina e dalla giurisprudenza mediante un procedimento logico di interpretazione e di ricostruzione del principio informativo delle disposizioni legislative in tema di imposta di ricchezza mobile, e in relazione anche al complesso delle norme sulle altre imposte dirette».

⁵⁷ La Suprema Corte di Torino (Cass. Torino, 8 gennaio 1873, in *Giur. it.*, p. 1873) aveva negato la necessità del carattere di ripetibilità, di continuazione, di persistenza del reddito per la sua imponibilità osservando che: «La legge sottopone a siffatta imposta qualsivoglia prodotto o reddito non immobiliare, sia perpetuo che temporaneo, sia a tempo determinato che senza determinazione di tempo, sia soggetto ad eventi o variazioni, che inalterabile. Le parole "che si percepiscono ogni anno" scritte nella prima

essenziale per la sua definizione fino ad applicarla anche ad ipotesi non previste dal legislatore⁵⁸. In dottrina fu il Quarta⁵⁹, il primo commentatore, ancora oggi più volte richiamato negli studi della nozione di reddito, ad osservare che il termine *reddito* non deriva dal termine latino *reditus* nel senso di «*nomen ex eo est quod singulis annis redeat*», significato attribuito da alcune Corti del Regno, ma dal termine *redditus* che proviene da *reddo*; e *reddere* in latino, vuol dire rendere; quindi *redditus* è *rendita*,

parte dell'art. 8 non accennano punto alla persistenza, od alla maggiore o minore durata, reale o possibile dei singoli redditi ... ma sono adoperate in relazione alla misura dell'imposta, indicando chiaramente che ogni reddito che si percepisca entro l'anno va soggetto a tassazione per l'applicazione dell'imposta sulla ricchezza mobile». Tale pronuncia si pose in contrasto con alcune pronunce delle Corti del Regno che, derivando il significato etimologico di reddito dal verbo latino «*redire, ex eo est quod singulis annis redeat*», considerarono soggette all'imposta le sole entrate, rendite o proventi che periodicamente ritornano e si producono, come le rendite di capitali posti a profitto o dati ad interesse, delle professioni, degli impieghi, di ogni personale industria, ed anche quelle che provengono da prestazioni certe di durata vitalizia o temporanea e non corrispettive a personali servizi. Cfr. G. MARONGIU, *Alle radici dell'ordinamento tributario italiano*, op. cit., 194. Conforme alla Cassazione di Torino, cfr. Corte di Cassazione di Roma, nella sentenza del 20 maggio 1910, in *Giur. It.*, vol. 62: «*Invero, basta tener presente le disposizioni della L. stessa, e specialmente gli artt. 1, 3 a 8, per rilevare che il significato di reddito non è per il Legislatore del 1877 quello comunemente attribuito a tale parola dalla dottrina economica, cioè di prodotto ricorrente e periodico, che si può consumare senza ledere la integrità del patrimonio, ma è invece quello generale e larghissimo di lucro ritratto anche in modo eventuale ed avventizio dai propri beni materiali, dalla propria intelligenza e attività e da circostanze fortuite, fino a comprendere le somme guadagnate per premio sopra prestiti e per vincite al lotto*». In senso contrario è più restrittivo cfr. Cfr. Corte di Cass. sent. 26 luglio 1941, n. 2344, in *Giur. Imp. dir.*, 1942, n. 45. In tal caso la Suprema Corte affermò il principio secondo cui fosse da considerare il reddito, agli effetti dell'imposta di ricchezza mobile, ciò che costituisce una nuova ricchezza, prodotta da una preesistente, e che acquistando carattere di autonomia economica, fosse a sua volta capace di produrre altra ricchezza. Successivamente la giurisprudenza aveva specificato che «*il reddito mobiliare non può che essere costituito da una nuova ricchezza, prodotta dal capitale, dal lavoro o da entrambi e che si sia distaccata dalla sua causa produttiva, acquistando una propria autonomia ed una propria indipendente idoneità a produrre concretamente altra ricchezza*» Cass. 22 dicembre 1938-12 aprile 1939, n. 1175, *Finanze c. Sclopis*, in *Giur. imp. dir.*, 1940, n. 1, citata da G. FALSITTA, *Le plusvalenze nel sistema della imposta mobiliare*, Milano, 1966, 75, nota 18. Si veniva così configurando, quale ulteriore caratteristica del reddito mobiliare, il requisito del distacco del reddito dalla fonte, che comportava la definitiva acquisizione della nuova ricchezza al patrimonio del contribuente. Sul punto cfr. L.V. BERLIRI, *Appunti sul concetto di «reddito» nel sistema dell'imposta mobiliare*, in *Riv. it. Dir. Fin.*, 1939, I, p. 30 ss.; G. FALSITTA, *Le plusvalenze nel sistema dell'imposta mobiliare*, op. cit., 209 ss.; A. FANTOZZI, *Ancora in tema di realizzazione delle plusvalenze*, *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1965, I, p. 430 ss; N. D'AMATI, *La progettazione giuridica del reddito*, I, Padova, 1973, 150 e 151.

⁵⁸ Tipico fu il caso relativo alla tassazione delle plusvalenze. Sul punto cfr. A. FEDELE, *Profili dell'imposizione degli incrementi di valore nell'ordinamento tributario italiano*, in AA.VV., *L'imposizione dei plusvalori patrimoniali*, Milano, 1970, 126; G. FALSITTA, *ult. op. cit.*; per una puntuale ricostruzione storica e una panoramica delle diverse posizioni dottrinali cfr. G. CORASANITI, *Profili tributari dei conferimenti in natura e degli apporti in società*, Padova, 2008.

⁵⁹ O. QUARTA, *Commento alla legge sull'imposta di ricchezza mobile*, Milano, 1917.

reddito. Mutuando, così, i principi elaborati dalla scienza economica, aveva individuato tra gli elementi costitutivi della nozione giuridica di reddito i) l'esistenza di una ricchezza novella; ii) la relazione causa effetto con una energia o forza produttiva; iii) la possibilità di ritorno o riproduzione di altra ricchezza⁶⁰. Il concetto di reddito, così, sviluppatosi nel testo unico dell'Imposta di ricchezza mobile del 1877 era ispirato alla nozione economica di reddito prodotto⁶¹ in base al quale, in aderenza alle teorie naturalistiche, il reddito veniva concepito sostanzialmente secondo lo schema di derivazione dei frutti provenienti dal fondo con la relativa assimilazione allo schema del frutto civile, e quindi come flusso materiale di ricchezza pervenuto al soggetto da determinate fonti produttive⁶². Il reddito tassabile era quanto perveniva in capo al contribuente per effetto del suo potere di comando sulle fonti produttive⁶³. Altri

⁶⁰ Cfr. O. QUARTA, *op.cit.*, p. 129 e ss.

⁶¹ Sulla nozione economica di reddito prodotto e sulla difficoltà anche delle scienze economiche di dare definizioni precise ed univoche, cfr. L. NAPOLITANO, *Il reddito nel diritto tributario e nella scienza delle finanze*, Milano, 1953, pag. 9. Il Napolitano riferisce che “il Fisher ebbe ad osservare: “non è esagerazione il dire che attualmente lo stato dell’opinione degli economisti è deplorabilmente confuso e contraddittorio”. Cfr. anche E. VANONI, *Opere giuridiche*, Milano, 1962, p. 351, laddove afferma che il concetto di “reddito” “fu definito in modo così vario da potersi dubitare se esista per l’economista un sicuro concetto del fenomeno” e precisa che si può dire cioè del reddito quello che il SENIOR disse un secolo fa del capitale: “Capital has been so variously defined that it may be doubtful whether it have generally received meaning”. Per un esame particolareggiato delle varie dottrine economiche sulla nozione di reddito e sulla rilevanza nel diritto finanziario di tali teorie oltre agli autori già citati, cfr. *amplius* A. SMITH, *La ricchezza delle nazioni*, in “Biblioteca dell’economista”, serie I, vol. II, Torino, 1922; A DE VITI DE MARCO, *I primi principi di economia finanziaria*, Roma, 1928, p. 210; Id, *Principi di economia finanziaria*, 1934, pagg. 182 ss; TIVARONI, *La teoria del professor De Viti e le altre principali teorie del reddito nell’economia politica e nel diritto finanziario*, in *Riv. intern. di scienze sociali*, 1930, p. 501 ss.; RICARDO, *Principi dell’economia e delle imposte*, Torino, 1947; L. EINAUDI, *Saggi sul risparmio e l’imposta*, Torino, 1959; S. STEVE, *Lezioni di scienza delle finanze*, III edizione, Padova, p. 289 ss.; C. COSCIANI, *Istituzioni di Scienza delle Finanze*, Torino, 1961. Adam Smith individuò il “reddito” in tutto ciò che viene usato per soddisfare i bisogni degli individui senza ulteriore scopo. L’Autore collegò il reddito al capitale complessivo della Nazione ed affermò che il reddito annuale di una società era uguale al valore di scambio dell’intero prodotto annuale, in *op.cit.*

⁶² Così L. V. BERLIRI, *Appunti sul concetto di reddito nel sistema dell’imposta mobiliare*, *op. cit.*, p. 11.

⁶³ Adesivamente cfr. E. VANONI, *Osservazioni sul concetto di reddito in finanza*, in *Opere giuridiche*, Milano, 1962, II, p. 351; A. D. GIANNINI, *Istituzioni di diritto tributario*, Milano, 1960; A. FANTOZZI, *Contributo allo studio della realizzazione dell’avviamento quale presupposto dell’imposta di ricchezza mobile*, *Riv. dir. fin. sc. fin.*, I, 1964, p. 584 ss.; A. FEDELE, *Profili dell’imposizione degli incrementi di valore nell’ordinamento tributario italiano*, in *L’imposizione dei plusvalori patrimoniali*, Milano, 1970, p. 126; RINALDI R., *L’evoluzione del concetto di reddito*, *Riv. dir. fin. sc. fin.*, I, 1981, p. 408; A. CICOGNANI, *L’imposizione del reddito d’impresa*, Padova, 1980; MARONGIU G., *Alle radici dell’ordinamento tributario*, Padova, 1988, p. 155 ss.; GLENDI C., *La nozione di reddito fiscale*, in *Il reddito di impresa nel*

diversamente sostenevano che per reddito si dovesse intendere qualunque incremento di patrimonio che si verificava durante il periodo d'imposta, aderendo così alla nozione economica di reddito entrata⁶⁴. Tale nozione portò, infatti, la giurisprudenza a considerare imponibili anche gli incrementi di valore derivanti dalla cessione di immobili o titoli⁶⁵. Diversamente altri hanno sostenuto che il T.U. del 1877 è frutto di

nuovo Testo Unico, I<<venerdì>> di Diritto e Pratica Tributaria, UCKMAR V., MAGNANI C., MARONGIU G. (coordinati da), 1988, p. 121 ss.

⁶⁴ Tale teoria fu sostenuta in Italia dalla dottrina Pavese di cui Griziotti era il caposcuola, cfr. B. GRIZIOTTI, *Principi di politica, diritto e scienza delle finanze*, Padova, 1929; Id, *I concetti giuridici dogmatici di reddito di ricchezza mobile*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, II, 1940; Id, *Primi elementi di scienza delle finanze*, Milano, 1962; PUGLIESE, *I concetti di reddito e di entrata in economia e finanza*, in *Economia politica contemporanea*, Saggi in onore di C. Supino, Padova, 1936. Per una critica del concetto di reddito mobiliare adottato dalla scuola di Pavia, cfr. Giussani, *op. cit.*, p. 98 ss. In economia la teoria del *reddito entrata* fu elaborata originariamente Schanz, che definì il reddito come «l'entrata di ricchezza in un determinato periodo economico, inclusi gli aumenti di valore anche non realizzati, gli arricchimenti gratuiti non assoggettati a specifiche imposte (sulle donazioni e sulle successioni), le attività provenienti da terze persone, le vincite al lotto, le attribuzioni occasionali o aleatorie di ogni tipo al netto delle perdite patrimoniali e degli oneri finanziari». Cfr. G. v SCHANZ, *Der Einkommenbegriff und die Einkommensteuergesetze*, in *Finanz Archiv*, 13. Jg., 1896, pp. 23-24. Nei Paesi anglosassoni la teoria del reddito entrata è stata successivamente approfondita e condivisa da Haig che, in aderenza alla «teoria dell'accrescimento netto», qualificò il reddito «come il valore monetario dell'accrescimento netto della forza economica di un individuo tra due istanti di tempo». Cfr. R.M. HAIG, *The concept of income - Economic and legal aspects*, in *the Federal income tax*, New York, 1921, p. 7 ss. Successivamente il SIMONS qualificò il reddito personale come «il risultato che si ottiene aggiungendo il consumo al patrimonio esistente alla fine del periodo considerato e sottraendo il patrimonio esistente all'inizio del medesimo periodo». Cfr. C. SIMONS, *Personal Income Taxation*, Chicago, 1938, p. 50 ss. Diversamente, HICKS, *Valore e capitale*, Torino, 1954, p. 196 è più interessato alla nozione di reddito *ex ante* utilizzabile come parametro decisionale in materia economica. Negli Stati Uniti, tuttavia, la nozione di reddito fiscale si discosta da quella fornita dagli economisti americani in quanto è sempre stata accompagnata dal principio del realizzo, che nel caso *Eisner v. Macomber* della Suprema Corte del 1920 è stato ritenuto di rango costituzionale. Tale principio ora è contenuto anche nelle *Treas. Reg. 1.61.1*. secondo cui il *gross income* include qualsiasi reddito purché realizzato: “*Gross income means all income from whatever source derived, unless excluded by law. Gross income includes income realized in any form, whether in money, property, or services*”. Nella recente dottrina tributaria il Lupi, *Diritto tributario*, Milano, 2007, p. 33, sostiene che da un punto di vista logico il reddito entrata è quello più convincente poiché costituiscono reddito anche quegli incrementi patrimoniali connessi ad atti fortuiti o straordinari relativi ad un'attività del soggetto o ad un evento relativo al suo patrimonio. Tuttavia preoccupazioni di carattere fiscale sono riconducibili al reddito prodotto nella misura in cui si cerca di tener in considerazione che determinati redditi hanno un carattere di straordinarietà e di non ripetibilità nel tempo che possono giustificare un trattamento differenziato. Per un confronto sulla differente nozione di reddito ai fini fiscali nel sistema italiano in confronto con quello americano, cfr. N. SARTORI, *La nozione di reddito d'impresa negli Stati Uniti d'America: profili di diritto comparato*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 2007, p. 587. Per un'analisi approfondita a livello comparato della nozione di reddito contenuta nei diversi ordinamenti cfr. K. HOLMES, *The concept of income, A multi-disciplinary analysis*, Amsterdam, 2001.

⁶⁵ Cfr. G. MARONGIU, *op. cit.*, p. 196, nota 65.

un compromesso nel quale il concetto di reddito non può essere ricondotto in modo univoco ad alcuna nozione economica di reddito⁶⁶. Oggetto dell'imposta sul reddito non può che essere un accrescimento del patrimonio della persona, un *quid novi* che si aggiunge al patrimonio che già si possedeva all'inizio del periodo di riferimento dell'imposta, incrementandolo. Tale Autore, tuttavia, pur non sostenendolo chiaramente, sembra ricostruire la nozione di reddito fiscale in termini di reddito prodotto poiché evidenzia la necessità di una fonte produttiva a cui collegare eziologicamente un'attività del contribuente, in modo tale da effettuare un'imputazione soggettiva al contribuente. Tale attività deve avere quel *minimum* di efficienza causale che sia idonea a giustificare l'acquisto di ricchezza novella sottoposta a tassazione. In altre parole l'azione umana deve configurarsi come condicio *sine qua non* del risultato. Non è indispensabile che vi sia una causa adeguata o sufficiente in funzione di tale arricchimento. Il reddito imponibile è pur sempre novella ricchezza derivante da una fonte produttiva; tale fonte si può "scolorire" ma non può mai mancare del tutto⁶⁷. L'analisi di tale autore, dunque,

⁶⁶ Oltre alla nozione di reddito prodotto e reddito entrata in economia era stata avanzata anche un'altra nozione di reddito consumo. Uno dei suoi maggiori propugnatori, John Stuart Mill, dimostrò che tassando il reddito risparmiato, si tassava due volte la stessa ricchezza ed arrivò alla conclusione che l'imposta sul reddito dovesse colpire soltanto il reddito-consumato ed esentare il risparmio, cfr. Napolitano, *op. cit.*, p. 43, ove precisa che "come osserva l'Einaudi, la teoria del Mill fu arricchita successivamente dal Fisher di molti sviluppi; quest'ultimo, come si è visto in altra parte, mosse dall'elaborazione di una teoria economica del reddito e poi dimostrò la bontà di questa teoria facendone applicazione nel campo finanziario". Sul punto è importante richiamare l'opera di L. EINAUDI, *Il concetto di reddito imponibile e di un sistema di imposte sul reddito consumato*, Torino, 1912 (poi inserita nel volume, *Saggi sul risparmio e l'imposta*, cit.). L'Einaudi riprese e sviluppò la teoria dell'esenzione del risparmio, formulando il principio in base al quale – se si vuole osservare il postulato dell'uguaglianza – bisogna tassare solo il reddito consumato, indipendentemente dalla sua origine (reddito guadagnato, incremento di capitale o capitale medesimo) e bisogna esentare il risparmio.

⁶⁷ In tal senso cfr. G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario*, Padova, 2009, p. 3, 14, 16 e 38. Tale affermazione non è smentita dalla ricostruzione del reddito di impresa in termini di reddito entrata nel quale sono ricompresi anche redditi straordinari ed imprevedibili non strettamente legati all'attività caratteristica dell'impresa poiché tali accrescimenti patrimoniali trovano comunque la loro fonte nell'impresa. Diversamente, con riferimento alla categoria residuale dei redditi diversi, il Falsitta non riscontra alcuna forma di tassatività e predeterminazione del concetto di reddito poiché anche con riferimento al principio di residualità contenuto nell'art. 67, lett. i) e l) del Tuir è pur sempre identificabile una fonte produttiva. La fonte produttiva del reddito, infatti, può anche consistere in obblighi di fare non fare o permettere ma non può mai mancare del tutto. E' per questo che si giustifica l'esclusione dei lucri collegati ad invalidità permanente o morte mancando del tutto una fonte produttiva riconducibile al beneficiario. Sulla tassazione delle indennità risarcitorie si permetta il rinvio a P. STIZZA, *Ancora sulla imponibilità del danno non patrimoniale da demansionamento professionale.*, in *Dir. prat. trib.*, 2007, II, p. 4. Tale teoria generale non trova alcun riscontro nel dato normativo posto che vi casi di tassazione nelle quali non vi è alcuna traccia della fonte produttiva. Emblematico in tal senso è l'assimilazione al reddito

rispetto alle elaborazioni del passato, ha chiarito che il reddito non è necessario che derivi da un'unica fonte produttiva neppure da una concausa che abbia esplicitato una prevalente funzione produttiva rispetto al risultato conseguito. Non è indispensabile nemmeno che vi sia una causa adeguata o sufficiente ma è semplicemente necessario che l'operato del soggetto abbia, di fatto, condizionato il conseguimento della novella ricchezza, tanto è sufficiente per ritenere esistente il reddito fiscale.

Successivamente l'introduzione del Testo unico delle imposte dirette del 1958⁶⁸ non fece mutare la situazione in quanto si basava sulla prevalenza delle imposte reali sulle imposte personali non fornendo alcuna definizione di reddito statuendo, tuttavia, all'art. 81 che *“presupposto dell'imposta è la produzione di un reddito netto, in denaro o in natura, continuativo od occasionale, derivante da capitale o da lavoro o dal concorso di capitale e lavoro, ovvero derivante da qualsiasi altra fonte e non assoggettabile ad alcuna delle imposte previste nei titoli secondo , terzo e quarto”*. In tal modo venne mantenuto fermo il legame con una fonte produttiva quale che essa sia e vennero recepite le elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali secondo cui oggetto dell'imposta doveva essere una ricchezza novella che si doveva produrre, in termini di incremento patrimoniale, alla fine del periodo di imposta, in capo al contribuente. Coerentemente, dunque, il presupposto dell'imposta doveva essere un reddito al netto dei costi di produzione.

Tale affermazione, tuttavia, sembra essere una petizione di principio del legislatore poiché contemporaneamente a questo prevede una serie di norme che, di fatto, tendono a limitare nella determinazione delle singole categorie reddituali i costi di produzione dei relativi redditi. Addirittura per quei redditi che non sono determinati analiticamente

di lavoro dipendente di tutti gli assegni periodici alla cui produzione non concorrono né capitale né lavoro, tra cui l'assegno divorzile erogato mensilmente e gli assegni corrisposti in base a testamento o donazione modale; in tal caso manca del tutto la fonte produttiva ma il legislatore ha scelto di rendere imponibile tali accrescimenti patrimoniali la cui natura di rappresentare una ricchezza novella non può essere messo in discussione. Diversamente il legislatore ha scelto di non tassare l'assegno di mantenimento per i figli spettante al coniuge, art. 3, comma 3, lett. b) e d). Altri casi di tassazione senza alcuna fonte reddituale si può riscontrare nel caso di tassazione delle vincite al lotto, delle congrue dei sacerdoti, delle borse di studio o di assegno, premio o sussidio per fini di studio o di addestramento professionale.

⁶⁸ Sulla configurazione di tale testo unico come una prosecuzione delle disciplina previgente in tema di nozione di reddito e con riferimento alle categorie generali delle imposte, cfr. A. BERLIRI, *Il testo unico delle imposte dirette*, Milano, 1960, N. D'AMATI, *Ricchezza mobile (imposta di)*, in *Noviss. Dig. It.*, XV, p. 866.

(*id est* redditi di lavoro dipendente e i redditi di capitale) non viene riconosciuta in deduzione alcun costo di produzione; per le altre categorie reddituali, diversamente, assistiamo spesso a predeterminazioni normative dei costi che, di fatto, impediscono di determinare il reale reddito netto del contribuente. E' evidente che tali norme semplificano la determinazione del reddito e contengono la nascita di possibili fenomeni elusivi/evasivi; ma è altrettanto palese che in tal modo il reddito imponibile si atteggia come un reddito al netto delle spese di produzione limitatamente a quelle espressamente indicate dal legislatore, le quali fanno dubitare del rispetto del principio di effettività del reddito tassato⁶⁹. E' tutt'ora vigente un eccessivo arbitrio del legislatore nel determinare, per ciascuna categoria reddituale, i criteri di determinazione del reddito e quindi in definitiva la determinazione delle variazioni patrimoniali in aumento del reddito ed in diminuzione da prendere in considerazione per l'individuazione della ricchezza novella⁷⁰.

La situazione rimase inalterata anche con l'introduzione dell'Irpef ad opera del d.p.r. n. 597 del 1973. Venne tenuto fermo il principio, pacificamente accolto dalla dottrina e dalla giurisprudenza vigenti il Testo Unico del 24 agosto 1877 sull'imposta sulla ricchezza mobile e il testo unico delle imposte dirette del 1958, secondo cui il reddito imponibile è solo il reddito prodotto, salvo che la legge non disponga, in determinati casi, la tassabilità di somme che non costituiscono reddito⁷¹. Non fu introdotta una definizione di reddito ma fu precisato all'art. 1 che presupposto dell'imposta sul reddito delle persone fisiche è il possesso "di redditi, in denaro o in natura, continuativi od occasionali, provenienti da qualsiasi fonte" e a sua volta l'art. 80 fa rientrare nella

⁶⁹ In tal senso cfr. G. FALSITTA, *ult. op. cit.*, p. 10.

⁷⁰ In tal senso cfr. G. FALSITTA, *Le plusvalenze nel sistema dell'imposta mobiliare, op. cit.*, 70; Id, *Principio di uguaglianza e rifiuto di tutela del diritto al giusto riparto (a proposito dell'arbitrario doppio regime fiscale dell'assegno divorzile)*, in *Riv. dir. trib.*, 2007, II, p. 421. *Contra* A. FEDELE, *La funzione fiscale e la capacità contributiva nella Costituzione italiana*, in AA. VV., *Diritto tributario e Corte Costituzionale*, a cura di L. Perrone e C. BERLIRI, Napoli, 2006, p. 14 per il quale, diversamente, sotto tale profilo l'unico limite alle scelte del legislatore si risolve nel divieto di opzioni arbitrarie, potendosi ripartire i carichi pubblici anche in modo discriminatorio, purché le discriminazioni siano razionali cioè coerenti con la ratio del singolo istituto, congrue rispetto ad altri istituti fiscali ed all'interno del sistema tributario, compatibili con i principi generali e l'ordinamento giuridico complessivamente considerato essendo comunque assodato che l'entità delle divergenze fra le situazioni dei singoli contribuenti deve comunque essere misurata in denaro.

⁷¹ In tal senso cfr. A. BERLIRI, *L'imposta sul reddito delle persone fisiche*, Milano, p. 20.

formazione del reddito complessivo “ogni altro reddito diverso da quelli espressamente considerati dalle disposizioni del presente decreto”. In tal modo è evidente, nonostante il continuo ancoraggio ad una fonte produttiva vi era la chiara volontà di allargare la base imponibile dell’imposta personale, esigenza già alle origini del nostro sistema tributario⁷². Non essendovi una nozione unitaria, lo stesso era sempre costituito dalla sommatoria delle diverse categorie reddituali ciascuna con le proprie regole di determinazione che non sempre, come chiarito, era un reddito netto.

L’art. 80, tuttavia, aveva creato numerose incertezze applicative⁷³ che portarono il legislatore, con l’introduzione del Tuir nel 1986, a rinunciare ad una generica definizione di reddito la quale si poneva in contrasto con l’art. 23 della Costituzione, novellando l’art. 1 per cui presupposto dell’imposta sul reddito delle persone fisiche è “il possesso di redditi in denaro o in natura rientranti nelle categorie indicate nell’art. 6”. Tale nuovo assetto normativo è stato giudicato per alcuni positivamente in quanto destinato a dare certezza giuridica alla legislazione tributaria, subordinandone l’imponibilità all’appartenenza alle categorie tipiche di cui all’art. 6⁷⁴. Con il principio di tassatività delle categorie di reddito e con l’eliminazione dell’art. 80 si è definitivamente rinunciato a darne una definizione ed a riferirsi ad una nozione economica che ancora si possa avvicinare se non coincidere con quella di reddito prodotto. Ciò non toglie che vi sono delle norme che sono ancorate sia nella genesi che nella determinazione alla loro fonte produttiva, tuttavia ora nell’art. 1 del Tuir è stato eliminato qualsiasi riferimento alla fonte produttiva, lasciando, così, lo spazio ad una

⁷² In tal senso cfr. C. GLENDI, *op. cit.*, p. 122. Già nell’imposta di ricchezza mobile del 1877 era presente una clausola residuale che all’art. 3 faceva un generale richiamo “ad ogni specie di reddito non fondiario che si produca nello Stato o che sia dovuto da persone domiciliate o residenti nello Stato”.

⁷³ Cfr. *ex multis*, P. BORIA, *Il sistema tributario*, *op. cit.* 145.

⁷⁴ In ottica comparata ciò corrisponde all’imposta sul reddito inglese, modello a cui si ispirata anche l’Italia secondo cui l’imposta è applicata sui redditi che derivano da una fonte indicata nella legge. Il sistema è di tipo *schedular* secondo il quale è tassato il reddito che deriva dalle fonti comprese nei diversi *scheduls* con la conseguenza che, se una delle fonti reddituali non è inclusa nello *schedul*, il reddito non è tassabile. L’imposta sul reddito è applicata sui redditi che derivano da una fonte indicata nella legge. Tale sistema è applicato anche in Germania. L’approccio *schedular* si contrappone a quello di tipo globale, utilizzato dagli Stati Uniti, in cui manca una individuazione di categorie reddituali con la conseguenza che è imponibile il reddito che non sia espressamente escluso. In tal senso cfr. M. BARASSI, *op. cit.*, p. 145.

nozione giuridica di reddito⁷⁵ in termini nominalistici secondo cui costituisce reddito tutto ciò che il legislatore considera tale⁷⁶. Conseguentemente, quello complessivo viene determinato sommando le singole categorie reddituali dalle quali si potranno scomputare gli oneri deducibili ai sensi dell'art. 10 del Tuir contribuendo così alla personalizzazione del prelievo. L'imposta netta si determinerà sottraendo dall'imposta lorda le detrazioni di imposta di cui agli art. 12 e ss. del Tuir. Nel suo calcolo, tuttavia, si potranno scomputare solo le perdite provenienti da imprese in contabilità semplificata e da un'attività di lavoro autonomo, c.d. compensazione orizzontale delle perdite, mentre le eventuali eccedenze che non trovano capienza nel reddito del periodo non possono essere riportate a nuovo.

5. Il riporto orizzontale delle perdite ai sensi dell'art. 8 del Tuir

L'attuale art. 8 del Tuir prevede che il reddito complessivo si determina sommando i redditi provenienti dalle singole categorie reddituali a cui è possibile sottrarre le perdite derivanti dall'esercizio di imprese commerciali esercitate in contabilità semplificata e quelle derivanti dall'esercizio di arti e professioni. Non concorrono a formare il reddito

⁷⁵ Sulla definizione in senso strettamente giuridico del reddito cfr. N. D'AMATI, *Definizione legislativa del concetto di reddito imponibile*, in *Riv. dir. trib.*, 1964, p. 121; Id, *La progettazione giuridica del reddito*, Padova, 1973-1975; G. PUOTI, *Riflessioni sulla definizione giuridica di reddito*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1976, I, p. 271; G. GLENDI, *op. cit.*.

⁷⁶ Cfr. C. GLENDI, *op. cit.*, secondo cui tale nozione si espanderebbe fino a ricomprendere anche una nozione di reddito derivante dall'esercizio di un potere procedimentale-formale in capo all'Amministrazione finanziaria come nel caso di accertamento sintetico, il quale legittima l'Amministrazione finanziaria ad attribuire al contribuente un reddito solo in base ad elementi e circostanze di fatto certe. In tal modo il reddito viene stabilito non attraverso la determinazione analitica del reddito ma quale "sistema radicalmente alternativo di determinazione della base imponibile del tributo rispetto a quello costituito dalla somma dei singoli redditi, Cfr. S. LA ROSA, *Metodi di accertamento e riforma tributaria*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1978, I, p. 256. Non sembra condivisibile tale impostazione nella misura in cui l'accertamento sintetico, comunque, non potrà sottoporre a tassazione un reddito che non rientra nelle sei categorie reddituali previste dal legislatore; incide esclusivamente sulla determinazione del reddito consentendo al contribuente di dimostrare che tali redditi sono già stati tassati ovvero sono esenti. Non si dovrebbe confondere l'effetto che una norma potrebbe avere in termini concreti con l'utilità che questo studio ha in termini di concettualizzazione del problema. Studiare l'effetto potrebbe avere sicuramente una grande utilità in termini pratici posto che se il contribuente non fosse in grado per negligenza o per altro motivo di dimostrare che elementi certi da cui far risalire un maggior reddito derivano da redditi già tassati, si vedrebbe tassare due volte lo stesso reddito. Ma l'effetto che potrebbe avere tale norma non può giustificare la creazione di un'altra categoria di reddito posto che non tutti gli accertamenti sintetici avranno questa forza costruttiva.

complessivo dei percipienti i compensi non ammessi in deduzione ai sensi dell'art. 60 del Tuir.

La possibilità di scomputare le perdite in via orizzontale è stata ripristinata con l'art. 1, comma 29 della l. 24 dicembre 2007, n. 244 il quale ha novellato l'art. 8 del Tuir. In precedenza, limitatamente ai periodi di imposta 2006 e 2007, le perdite derivanti dall'esercizio di arti e professioni e di impresa in regime di contabilità semplificata potevano essere utilizzate soltanto per compensare redditi della stessa natura, c.d. compensazione verticale con la possibilità di riportare nei cinque periodi di imposta successivi le eccedenze non utilizzate. La modifica iniziale era contenuta nell'art. 36, comma 27, del d.l. n. 223 del 4 luglio 2006 (il c.d. decreto Visco-Bersani) convertito con modificazioni nella l. 4 agosto 2006, n. 248. Con tale intervento si era passati da un regime che prevedeva la possibilità di utilizzare le perdite in diminuzione di redditi di categorie diverse al sistema del riporto, con limitazione dell'utilizzo in compensazione dei soli redditi della stessa categoria (di lavoro autonomo o d'impresa) come previsto per i soggetti in regime di contabilità ordinaria.

Le ragioni che avevano indotto ad eliminare la possibilità di compensare le perdite orizzontalmente risiedevano nella volontà di creare per la generalità dei contribuenti un regime unico delle perdite onde evitare fenomeni elusivi da parte di imprese minori e lavoratori autonomi. Tale sistema era evidentemente in contrasto con l'art. 53 della Costituzione⁷⁷ perché, di fatto, non consentiva in alcun modo la possibilità di compensare redditi con le perdite di altre categorie reddituali accentuando in modo evidente la realtà dell'Irpef il cui presupposto non poteva essere così espressivo di una capacità economica effettiva posto che il giudizio sull'effettività veniva, così, confinato all'interno della singola categoria reddituale.

Sulla base di tali considerazioni è stata ripristinata, sia per i lavoratori autonomi che per le imprese in contabilità semplificata, la possibilità di scomputare le perdite realizzate dagli altri redditi dichiarati dalla persona fisica nel medesimo periodo di imposta⁷⁸.

⁷⁷ Cfr. G. ZIZZO, *Profili di incostituzionalità del regime dell'utilizzo delle perdite nelle imposte sul reddito*, in *Corr. trib.*, 2007, p. 1987.

⁷⁸ Sul nuovo regime cfr. S.M. MESSINA, *La disciplina delle perdite*, in *Corr. trib.*, 2007, p. 3779; IZZO-RUSSO, *Modifiche e regime delle perdite ai fini IRPEF e IRES*, in *Corr. trib.*, 2007, p. 3487; MACARIO-TATULI, *Le perdite nel Mod. Unico 2008*, in *Corr. trib.*, 2008, p. 1921; G. FRANSONI, *Finanziaria 2008 e modifiche alla disciplina delle perdite*, in *Riv. dir. trib.*, 2008, I, p. 651; G. ZIZZO, *Considerazioni sistematiche in tema di utilizzo delle perdite fiscali*, in *Rass. trib.*, 2008, p. 929;

La differenza operata fra reddito di lavoro autonomo e il regime ordinario del reddito di impresa per il quale è prevista solo la possibilità di compensazione verticale sembra essere giustificata dal fatto che nel primo caso la perdita è riferita al soggetto nell'altro all'attività. Si vuole evitare che oneri connessi con la sua fonte produttiva vengano scaricati su proventi connessi con un'altra fonte produttiva in difetto del requisito di inerenza⁷⁹.

Viene, così, accentuata, nell'ambito dell'Irpef, per la categoria del reddito di impresa, il carattere reale dell'imposizione in contrasto con i presupposti della stessa imposta il cui obiettivo dovrebbe essere quello di tassare un reddito effettivo che non può che essere inteso in termini personali. Ancor più criticabile l'assunzione di fondo sol se si considera che le regole di determinazione del reddito di lavoro autonomo tendono sempre di più ad avvicinarsi a quelle proprie del reddito d'impresa⁸⁰.

Di tali e tanti interventi normativi si dubita sia della coerenza sistematica sia del rispetto del principio di capacità contributiva⁸¹. Tale disciplina, infatti, nel corso degli anni è sembrata ispirata a diversi criteri i quali erano polarizzati su due estremi diversi: da un lato l'esigenza di cassa e di evitare fenomeni elusivi; dall'altra tenere in maggior considerazione l'effettività del prelievo.

De jure condendo, onde attenuare il carattere reale dell'imposizione per il reddito di impresa, si potrebbe attribuire l'opzione al contribuente fra riporto orizzontale e riporto verticale, scegliendo, così, accentuare il carattere effettivo dell'imposizione in capo all'attività piuttosto che in capo al soggetto.

6. La determinazione della capacità economica nell'ambito dell'imposizione personale sul reddito.

Il ruolo svolto dal principio di capacità contributiva nell'ambito dell'imposizione diretta ed in particolare nell'Irpef è diverso solo se si analizza la composizione di tale imposta la quale, come detto, risente dell'impostazione precedente.

⁷⁹ Cfr. G. ZIZZO, *op. cit.*, p. 931.

⁸⁰ In tal senso cfr. G. FRANSONI, *op. cit.*, p. 664 secondo il quale ci sono nel sistema impositivo norme che consentono il riporto delle perdite anche in caso di modifica radicale dell'organizzazione dell'attività e, sia pure con alcune cautele rivolte ad impedire abusi, ammette anche il trasferimento delle perdite in caso di successione di un soggetto ad altro.

⁸¹ In tal senso cfr. G. FRANSONI, *op. cit.*, p. 651 e ss.

Si può certamente affermare che l'introduzione dell'Irpef nel nostro sistema tributario ha rappresentato lo strumento principale per dare attuazione al principio della capacità contributiva, realizzandosi, così, quella esigenza avvertita da tempo di introdurre un'imposta generale sul reddito sul modello della *Income tax* introdotta in Inghilterra già dal 1799 su iniziativa di Pitt presa a modello da numerosi sistemi fiscali fra cui gli Stati Uniti, la Germania e la Francia⁸².

Venne, pertanto, abolita l'imposta complementare progressiva la quale, pur colpendo il reddito complessivo del soggetto, in realtà rappresentava un'imposizione di secondo livello che si sovrapponeva all'imposta mobiliare sul reddito, avendo la funzione di tributo di chiusura e consentendo di realizzare solo in parte il predetto precetto costituzionale⁸³.

Tuttavia, l'ancoraggio al precedente sistema tributario di carattere reale è molto forte poiché, come detto, non vi è alcuna definizione generale di reddito accolta dal nostro legislatore permanendo una frammentazione normativa concernente le singole fattispecie reddituali ognuna con le proprie regole di determinazione. In tale contesto, il ruolo del principio di capacità contributiva, finalizzato all'imposizione di un'effettiva capacità economica, è bilanciato da un interesse fiscale alla pronta riscossione del tributo e da esigenze di certezza e di ostacolo a fenomeni elusivi che molto spesso ne limitano, di fatto, l'applicazione.

Diversamente, svolge una funzione fondamentale successivamente alla determinazione del reddito risultante dalla sommatoria dei redditi delle rispettive categorie di reddito. Nella determinazione del *quantum debeatur* e dell'imposta finale dovuta troveranno piena soddisfazione le esigenze di personalità e progressività dell'imposta attraverso la concessione di agevolazioni sotto forma di deduzioni, detrazioni, esenzioni del minimo vitale, etc

⁸² Sul punto diffusamente cfr. M. BARASSI, *op. cit.*, p. 138 secondo cui “*In Inghilterra l'imposta sul reddito fu introdotta nel 1799, come misura temporanea, per finanziare la guerra contro Napoleone. Soppressa nel 1802, ristabilita nel 1803 poi ancora abbandonata, nel 1842 fu reintrodotta per necessità finanziarie e destinata a rimanere in vigore sebbene, ogni anno, fosse necessaria un'autorizzazione speciale del Parlamento*”.

⁸³ In tal senso cfr. G. A. MICHELI, *Corso di diritto tributario*, Torino, 1989, p. 367.

In altre parole al suo interno l'Irpef ha forti caratteri di realtà⁸⁴ che vengono proprio accentuate con la disciplina delle perdite limitando fortemente l'applicazione del principio di capacità contributiva⁸⁵, soprattutto con riferimento alla razionale detassazione del minimo vitale. Poiché non avrebbe senso concedere la detassazione del minimo vitale in presenza di una perdita risultante da un'altra categoria reddituale che non potrà essere scomputata nel calcolo del reddito complessivo.

L'emersione di tratti di realtà dell'Irpef, attualmente caratterizzata da minimi imponibili differenziati per categorie, ispirati prevalentemente ad esigenze di "discriminazione" del regime fiscale delle categorie stesse, ha reso, di fatto, molto difficile realizzare tale detassazione.

In altri termini se si nega la possibilità di ridurre le definizioni delle singole categorie reddituali ad una nozione unitaria di reddito, consentendo, così la compensazione orizzontale delle perdite, l'assunzione a base imponibile della somma degli imponibili di categoria non qualifica l'imposta come personale.

I singoli redditi di categoria si configurano, in questa prospettiva, come indici di capacità contributiva fra loro diversi ed irriducibili, il loro cumulo non evidenzia la complessiva "misura" di un unico criterio di riparto dei carichi pubblici, ma una sommatoria di valori ciascuno corrispondente ad una diversa *ratio* impositiva. Il tributo non attiene al *reddito complessivo* posseduto dal contribuente, ma ad un insieme di "redditi" fra loro distinti, per i quali si nega, in principio, la rilevanza giuridica della comune natura di incrementi patrimoniali causalmente connessi ad azioni ordinate a produrli.

Se, invece, le figure reddituali definite dalla legge per le diverse categorie sono assunte come complementari, in quanto costituenti, complessivamente, manifestazione di un unico indice di capacità contributiva (con le conseguenti possibilità di integrazione interpretativa), l'unitarietà della *ratio* ispiratrice del tributo può essere affermata anche sul piano delle fattispecie imponibili, la determinazione unitaria della base imponibile risulta coerente e razionale e si può correttamente parlare di imposizione personale del

⁸⁴ Sulla distinzione imposte personali ed imposte reali, cfr. A. FEDELE, *Imposte reali ed imposte personali nel sistema tributario italiano*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 2002, p. 451.

⁸⁵ Correttamente Boria fa notare come l'Irpef appare un risultato sincretico di una pluralità di imposte reali, che operano a livello del presupposto e della base imponibile e di una imposta personale e progressiva che opera al livello delle misurazione dell'imposta, cfr. P. BORIA, *op. cit.*, p. 85.

reddito complessivo del contribuente⁸⁶. Altrimenti la personalità dell'imposta viene garantita, in momento successivo al calcolo del quando probabilmente più che concedere agevolazioni fiscali sarebbe stato più opportuno consentire la compensazione delle perdite fra le diverse categorie reddituali.

In conclusione il reddito si deve assumere al netto delle componenti negative e la diffusione di limiti della deduzione di componenti passive, o, nelle imposte sui redditi, alla deduzione delle perdite, snatura l'imposta personale e risulta comunque incoerente con le sue caratteristiche fondamentali.

Nell'ambito dell'Irpef le perdite devono essere riferite al soggetto e non all'attività che le ha prodotte limitandone la deduzione. E' pur vero che il riferimento al soggetto potrebbe portare ad abusi nel caso in cui il soggetto subisca modifiche. Ma tale argomentazione è debole e non ha alcuna valenza sistematica nello sforzo che il legislatore dovrebbe fare *de iure condendo* nella determinazione di una capacità contributiva che prescindano dal rischio di possibili comportamenti elusivi i quali possono essere contrastati con apposite norme *ad hoc*⁸⁷.

La considerazione delle perdite solo a livello dell'attività accentua notevolmente il carattere reale dell'imposizione in contrasto con la logica stessa dell'imposizione reddituale giacché il reddito inteso come variazione del patrimonio deve essere inteso al netto di qualunque componente negativa per essere concepito in termini effettivamente personali.

Si aggiunga che permangono quelle criticità riscontrate nella determinazione di un reddito netto con riferimento alla singola categoria reddituale. Anche in tal caso esigenze di certezza del rapporto tributario, di semplificazione e di evitare possibili abusi di fatto limitano molto la possibilità di dedurre componenti negative di reddito ancorché strettamente connesse con la produzione del reddito. Basti pensare non solo alla permanenza del divieto di dedurre i costi relativi ai redditi di lavoro dipendente e di capitale ma alla forfetizzazione e alla predeterminazione di molti costi relativamente al lavoro autonomo che, di fatto, impediscono all'interno di tale categoria reddituale di tassare il reddito netto e di conseguenza una capacità contributiva complessiva effettiva.

⁸⁶ In tal senso cfr. A. FEDELE, *op. cit.*, infra.

⁸⁷ In tal senso cfr. G. FRANSONI, *op. cit.* p. 662.

In altre parole l'effettività del prelievo si gioca anzitutto nella determinazione del reddito all'interno delle singole categorie reddituali le quali devono assumere come parametro di riferimento un reddito netto, consentendo la deduzione dei costi inerenti alla produzione di tale reddito; secondariamente, se il risultato fosse di segno negativo, ovvero una perdita, non dovrebbe essere confinato in tale categoria reddituale ma dovrebbe poter essere compensato nella determinazione del reddito complessivo con gli altri redditi. Solo in tal modo si garantirebbe l'effettività dell'imposizione su un reddito realmente espressivo di un accrescimento patrimoniale netto.

Pertanto, il possesso di un reddito, ancorché correttamente determinato, espressivo di un reale accrescimento patrimoniale del contribuente, non sarà sufficiente di per sé a determinare il *quantum debeatur*, poiché l'obbligo di pagamento si deve riferire ad una capacità economica qualificata.

Per concorrere alle spese pubbliche vi deve essere un indice rivelatore di una disponibilità economica di cui una parte può essere prelevata a favore delle spese pubbliche, nel rispetto e nel bilanciamento degli altri principi costituzionali, *in primis* il diritto alla vita di ciascuno.

E' evidente, dunque, pur nella discrezionalità da parte del legislatore, che dovranno essere esclusi da imposizione i redditi minimi e dovranno essere garantite tutte quelle deduzioni e detrazioni necessarie tenendo in considerazione la situazione personale e familiare del contribuente⁸⁸.

⁸⁸ Con riferimento alle detrazioni di cui all'art. 15 del Tuir si fa presente che è pendente un giudizio nanti la Corte di Giustizia con riferimento alla lettera e) che consente la detraibilità delle spese per corsi di istruzione secondaria nel limite di quelle stabilite per le tasse e i contributi degli istituti statali. Il rinvio pregiudiziale è stato effettuato dalla Commissione Tributaria provinciale di Roma il 9 febbraio 2009, Causa C-56/09, Emiliano Zanotti. Con tale rinvio la CTP di Roma chiede alla Corte di Giustizia se non sia una restrizione alla libera circolazione delle persone che l'ammontare della spesa detraibile nel caso di costi sostenuti per corsi di formazione all'estero debbano essere paragonati a quelli stabiliti dai corsi statali italiani

SEZIONE II

IL RIPORTO VERTICALE DELLE PERDITE NELL'AMBITO DELL'IRPEF E NELL'IRES CON PARTICOLARE RIFERIMENTO AL REDDITO D'IMPRESA.

7. Le ragioni economico-giuridiche sottese al riporto delle perdite nell'ambito del reddito di impresa.

Il riporto delle perdite è un istituto del sistema delle imposte sui redditi che rappresenta un correttivo necessario per porre rimedio alle distorsioni create dalla convenzionale suddivisione della vita del contribuente in intervalli di tempo finiti.

Con particolare riferimento alle attività di impresa, nell'ambito degli studi di economia aziendale nella dottrina si è consolidata una concezione secondo cui il reddito derivante da tale attività potrà essere calcolato in modo certo solo alla fine dell'attività, quando l'impresa cesserà di esistere. Solo in tale momento si potrà avere l'esatta contezza della bontà dell'investimento e verificare se si è realizzato un utile o una perdita. Pertanto il vero reddito dell'impresa la sua "capacità contributiva" potrà essere accertata solo alla fine della vita dell'impresa stessa⁸⁹. In proposito Einaudi scriveva che *"La divisione del tempo in intervalli, finiti, ad es. l'anno dal 1° gennaio al 31 dicembre, è artificio. Necessario, ma artificio. Supporre che la vita di un'impresa possa essere spezzata in esercizi finiti annui è supporre l'assurdo. Non si può sapere se una impresa ha fornito ai suoi proprietari profitti ovvero perdite se non quando essa è morta e tutte le sue attività sono state liquidate. Paragonando allora gli incassi e le spese, ridotti a valori attuali ad un dato momento, potremo giudicare dell'esito dell'impresa. Finché essa rimane in vita ed opera, il giudizio è provvisorio. Andrà ingoiata la riserva da perdite future? Basterà a fronteggiarla? Nel dividere il tempo in intervalli annui e nel redigere conti riferiti distintamente ad ognuno di quegli intervalli, i contabili obbediscono alla*

⁸⁹ Cfr. A. AMADUZZI, *Conflitto ed equilibrio di interessi nel bilancio dell'impresa*, Bari, 1949, p. 131; G. ZAPPA, *Il reddito di impresa*, Milano, 1946; B. GRIZIOTTI, *L'imposta sui profitti di impresa*, Pavia, 1948; L. EINAUDI, *Miti e paradossi della giustizia tributaria*, Torino, 1940, p. 185; P. ONIDA, *Bilanci economici e bilanci fiscali delle imprese*, in *Moneta e Credito*, 1949, p. 45; ID, *Il bilancio di esercizio delle imprese*, Milano, 1940; P. SARACENO, *Il bilancio delle aziende industriali*, Milano, 1941; ID, *L'imposizione dei redditi di cat. B nell'attuale situazione economica*, in *Econ. e Commercio*, 1945; S. SASSI, *Il reddito di impresa e la riforma tributaria*, in *Studi econ.*, 1950, p. 67; A. CECCHERELLI, *Rapporti fra reddito contabile e reddito fiscale*, in *Arch. finanziario*, 1950, p. 73; R. GRILLO, *Autonomia economica e autonomia fiscale del bilancio*, in *Riv. dott. comm.*, 1950, p. 423.

necessità di orientarsi, di avere una norma per l'avvenire, di sapere se il successo arride o non all'impresa, di non sentire, nell'atto di prelevare fondi a fini di spesa privata, rimorso di aver recato nocumento alla vita di essa. Se anche per ipotesi inverosimile, il possessore dell'impresa potesse astenersi da prelievi sino alla liquidazione finale, non potrebbe astenersene lo stato, le cui spese sono continue nel tempo e debbono essere continuamente fronteggiate da entrate ugualmente distinte nel tempo"⁹⁰.

La citazione einaudina compare in gran parte della dottrina⁹¹ che si è occupata del tema da un punto di vista fiscale e riassume con grande efficacia il concetto secondo cui il reddito d'esercizio non si può ritenere economicamente compiuto poiché è influenzato sia dai redditi rilevati nel passato sia da quelli che si produrranno nel futuro⁹². Inoltre la determinazione del reddito è condizionata dalla presenza di stime e valutazioni concernenti operazioni in corso che necessariamente fanno del reddito di esercizio un'entità provvisoria, astratta ed ipotetica o addirittura un'entità soltanto pensata⁹³.

Ciò premesso, il legislatore fiscale, suddividendo la vita del contribuente in periodi di tempo annuale ai fini della commisurazione dell'imposta effettua un'operazione che manifesta una certa arbitrarietà e una convenzionalità dovuta più alla tutela

⁹⁰ L. EINAUDI, *Miti e paradossi della giustizia tributaria*, Torino, 1940, p. 185.

⁹¹ Fra i primi autori della dottrina tributaristica ad occuparsi della questione del riporto delle perdite nell'ambito del reddito di impresa cfr. V. UCKMAR, *Il conflitto fra la vita delle imprese e la tassazione annuale dei loro redditi*, in *Dir. prat. trib.*, 1951, I, p. 213, il quale, evidenziando l'arretratezza e l'inadeguatezza dell'allora sistema tributario, attraverso un'analisi comparata, già proponeva un *carry forward* delle perdite nella misura di cinque anni, per porre le nostre imprese su uno stesso piano di concorrenza a livello internazionale. Tale proposta, successivamente, venne accolta dal nostro legislatore fiscale ed è tutt'ora vigente. Successivamente cfr. R. POMINI, *Sull'imposizione degli utili di impresa*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1954, I, 397; O. Poli, *Spese passività e perdite nella determinazione del reddito netto industriale e commerciale nell'imposta di ricchezza mobile*, in *Boll. trib.*, 1966, p. 348; BERLIRI, *Il testo unico delle imposte dirette*, Milano, 1969, p. 352; A. FANTOZZI, *La valutazione dei beni delle società ai fini del bilancio e delle dichiarazioni dei redditi*, in *Dir. prat. trib.*, 1970, I, p. 838; Id., *Inscindibilità del bilancio e compensabilità delle perdite di gestioni esenti con utili di gestioni non esenti*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1972, II, p. 243; G. TREMONTI, *In tema di riporto delle perdite fiscali e di imposizione*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1977, II, p. 174; F. TESAURO, *Riporto delle perdite e la incostituzionalità delle sua esclusione dall'imponibile dell'ilor*, in *Boll. trib.*, 1, 1988, p. 5.

⁹² P. ONIDA, *Il bilancio di esercizio*, Milano, 1951, p. 22.

⁹³ G. ZAPPA, *La determinazione del reddito delle imprese commerciali. I valori di conto in relazione alla formazione del bilancio*, Roma, 1929, p. 255 e ss; Id., *Il reddito di impresa*, Milano, 1950, p. 273 e ss.

dell'interesse fiscale dello Stato, legata ad un'esigenza di gettito, che a quello di ricostruire la corretta capacità contributiva⁹⁴.

E' evidente che l'istituto del riporto delle perdite risponde all'esigenza di porre parziale rimedio a tale *fictione juris* che crea il necessario collegamento con gli esercizi precedenti e successivi cercando, così, di tassare un reddito effettivo e non fittizio realmente espressivo di quella capacità contributiva che si vuole colpire con il tributo.

8. La determinazione del reddito di impresa in relazione alle perdite: breve excursus storico.

L'introduzione dell'istituto del riporto delle perdite nel sistema tributario italiano non è stata immediata ed anzi ha avuto una lunga gestazione essendo stato introdotto solamente dalla l. del 5 gennaio 1956, n. 1.

Nella vigenza del T.U. del 1877 non si poneva un problema di riporto delle perdite in senso orizzontale, posto che si era in presenza di un tributo il quale doveva colpire il singolo cespite produttivo di reddito, non solo senza riguardo alle condizioni personali del titolare ma anche alle altre eventuali attività produttive di reddito dello stesso soggetto.

Il problema non si poneva nemmeno con riferimento all'imposizione del reddito di impresa poiché solo negli anni '50 sono state introdotte norme miranti a colpire il reddito effettivo. Sino al 1936 veniva tassato il reddito medio; in base alla legge 2 maggio 1907, n. 222 assumeva rilevanza il reddito medio biennale che rimaneva fisso per un quadriennio dall'anno per il quale veniva effettuato l'accertamento. Era ammessa soltanto su richiesta del contribuente una revisione in diminuzione per il secondo biennio. Tale sistema non colpiva né gli incrementi patrimoniali né i redditi *una tantum*. Dal 1936, per effetto della legge 7 agosto 1936, n. 1639, la stabilità quadriennale è stata ridotta alla media biennale ed il reddito imponibile doveva essere determinato in modo da tener conto solo dei redditi continuativi. Con la legge 17 luglio 1942 è stata sospesa la revisione biennale sebbene non era stato abbandonato il concetto di ordinarietà del reddito⁹⁵. In tal sistema non si poteva porre un problema di riporto delle perdite.

⁹⁴ Cfr. In tal senso cfr. COSCIANI, *Scienza delle finanze*, Torino, 1985, p. 490

⁹⁵ Su tale ricostruzione cfr. F. TESAURO, *Riporto delle perdite e la incostituzionalità della sua esclusione dall'imponibile dell'Ilor*, in *Boll. trib.*, 1988, p. 6-7.

Successivamente, la legge 5 gennaio 1956, n. 1 ha dato pieno riconoscimento alla tassazione del reddito effettivo abbandonando il reddito medio ordinario come base di commisurazione dell'imposta. Venivano inclusi, così, nella base imponibile anche i redditi *una tantum* e gli incrementi patrimoniali dell'impresa. In tale sistema che tassava il reddito effettivo comprensivo di ogni incremento, sia derivante dalla gestione tipica dell'impresa -ricavi- sia dal patrimonio -plusvalenze e sopravvenienze- non poteva non trovare riconoscimento il riporto delle perdite. Pertanto sia l'art. 12 di tale legge che successivamente il T.U. del 1958 all'art. 112 hanno accordato la possibilità di compensare la perdita di un esercizio con gli utili degli esercizi successivi, nel limite del quinquennio, non solo ai soggetti tassati in base al bilancio ma anche quelli che si fossero avvalsi della facoltà prevista dall'art. 104 del T.U. n. 645 del 1958 recante la disciplina della tassazione facoltativa in base a bilancio⁹⁶.

Successivamente il legislatore della riforma degli anni 70, all'art. 17 del d.p.r. n. 598 del 1973 ha accordato il riporto delle perdite alle società e agli enti commerciali negandolo invece agli altri soggetti anche se tenuti a redigere l'inventario e il bilancio a norma dell'art. 2717 c.c., ed escludendolo ai fini Ilor. Tale esclusione, incoerente, asistemica e senza alcuna ragionevole giustificazione, aveva alimentato dubbi di costituzionalità⁹⁷ i quali hanno portato ad estendere tale facoltà anche a tali soggetti attraverso l'art. 3, 17 comma, del d.l. n. 853 del 1984.

A seguito dell'introduzione del Testo Unico delle Imposte sui Redditi, approvato con d.p.r. n. 917 del 1986, l'istituto veniva disciplinato dall'art. 8 con riferimento all'Irpef e dall'art. 102 con riferimento all'Irpeg, fermo restando l'esclusione ai fini Ilor. L'esclusione ai fini Ilor generò un acceso dibattito⁹⁸ il quale portò la questione davanti

⁹⁶ Sul punto cfr. G. TREMONTI, *In tema di riporto delle perdite fiscali e di imposizione*, in *Riv. dir. fin. e sc. fin.*, 1977, II, p. 174 e ss.

⁹⁷ Sul punto cfr. GIOVANARDI, *Il riporto delle perdite*, *op. cit.*, p. 190; NOCITI, *Riporto delle perdite. Irpeg sì Irpef no: incostituzionalità*, in *Fisco*, 1981, p. 2598; GAZZERO, *Ilor: detrazioni e compensazioni delle perdite*, in *Boll. trib.*, 1980, p. 1482 e ss.; Napolitano, *Riporto ad esercizi successivi di perdite fiscali pregresse*, in *Società*, 1989, p. 875; Lovisolo, *L'imposta sul reddito delle persone giuridiche*, in AA.VV., *Le imposte della riforma*, Genova, 1989, p. 117; LEO, FERRANTI, *Problemi connessi al riporto delle perdite per le imprese commerciali in regime ordinario*, in *Corr. trib.*, 1986, p. 519.

⁹⁸ Vi furono diverse sentenze delle Commissioni di merito sollevarono la questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 53. *Ex multis*, cfr. CTP di Genova, sez VIII, ord. 24 aprile 1986, in *Dir. prat. trib.*, 1987, II, p. 66, con il commento di U. TRENTI, *Sulla legittimità costituzionale del divieto*

alla Corte Costituzionale la quale, tuttavia, la giudicò compatibile con il principio di capacità contributiva⁹⁹.

L'introduzione dell'art. 102 non portò alcuna modifica rilevante posto che non fu modificato il termine entro il quale poter dedurre la perdita non essendo stata recepita nel testo la proposta della Commissione dei Trenta di eliminare il limite temporale quinquennale al riporto delle perdite¹⁰⁰.

Attualmente l'istituto è disciplinato come noto dall'art. 8 e 56 per l'Irpef e art. 84 per l'Ires. Dell'art. 8 del Tuir già si è detto, con riferimento alla determinazione complessiva della base imponibile Irpef. Di seguito si analizzerà la disciplina delle perdite nell'ambito del reddito d'impresa incentrandoci sull'art. 84 del Tuir il quale benché contenuto nell'ambito delle disposizioni relative all'Ires rappresenta la disciplina comune sia per quanto riguarda le imprese che in contabilità ordinaria che le società di persone. Ad entrambe, infatti, è applicabile la disposizione contenuta nell'art. 84, 2 comma, del Tuir, relativa al riporto illimitato delle perdite; unicamente alle società di

di deducibilità delle perdite pregresse ai fini Ilor, ivi, p. 66. In generale sulla compensazione delle perdite ai fini Ilor cfr. F. GAZZERRO, Ilor: detrazioni e compensazioni delle perdite, in Boll. trib., 1980, p. 1482

⁹⁹ Cfr. Sentenza del 21 gennaio 1988, n. 54 in *Rass. trib.*, 1989, II, p. 726 con nota di L. CARPENTIERI, *Riflessioni sulla mancata estensione del riporto delle perdite ai fini Ilor*, in *Rass. trib.*, 2008, p. 929; per una ricostruzione critica per tutti cfr. F. TESAURO, *op. cit.*, 6 e ss. Un altro profilo che interessò la giurisprudenza fu quello della possibilità per le imprese residenti di dedurre le perdite generate dalle proprie stabilite organizzazioni situate all'estero. L'Ilor ai sensi dell'art. 1, comma 2 del d.p.r. n. 599 del 1973, in conformità alla propria natura di imposta reale, si applicava esclusivamente sui redditi prodotti nello Stato da soggetti ovunque residenti. Considerava prodotti nel territorio dello Stato anche i redditi derivanti da attività commerciali esercitate all'estero senza una stabile organizzazione con gestione e contabilità separate. Diversamente non assoggettava ad imposta per difetto del requisito di territorialità dei redditi derivanti da attività commerciali esercitate all'estero per il tramite di una stabile organizzazione avente gestione e contabilità separate. Tuttavia, nulla veniva precisato con riferimento alle perdite di tali stabili organizzazioni. La mancanza di un riferimento esplicito in senso contrario aveva portato parte della giurisprudenza di merito a pronunciarsi a favore della loro integrale deducibilità ai fini Ilor, come ad esempio la Comm. trib., di 2° grado di Matera, sez. II, del 21 novembre 1983, dec. n. 638, in *Boll. trib.*, 1984, fasc. 8, p. 638 con commento di O. POLI, *Sulla deducibilità, ai fini ILOR, delle perdite subite da stabili organizzazioni all'estero*, p. 640. In senso contrario si era espressa la Suprema Corte di Cassazione la quale aveva statuito l'irrelevanza di tali perdite sulla base del principio di territorialità dell'imposta reale la quale escludeva la tassazione del reddito positivo delle stabili organizzazioni situate all'estero. Per un principio di simmetria, anche in assenza di un dato normativo positivo, non si poteva considerare deducibili le relative perdite, così Cass., sez. I, 14 dicembre 1990, n. 11918, in *Dir. prat. trib.* 1991, II, p. 1124. Per un commento in senso adesivo cfr. A. LOVISOLO, *Indeducibilità ai fini ilor delle perdite realizzate all'estero da imprese residenti*, ivi, p. 1228.

¹⁰⁰ In tal senso cfr. COMMISSIONE DEI TRENTA, *Parere del Governo sulle norme delegate relative alla riforma tributaria*, in *Il Fisco*, 1987, p. 127 ss; DEL GIUDICE, *Irpeg. Le disposizioni generali. Le società e gli enti commerciali*, in *Il Fisco*, 1988, p. 3363.

persone è applicabile il limite previsto dall'art. 84, 3 comma del tuir, le cui considerazioni in termini di opportunità verranno rappresentate nelle conclusioni finali.

9. L'art. 84 del tuir e il limite quinquennale del riporto delle perdite.

Con l'entrata in vigore dell'Ires le previgenti disposizioni in materia di riporto delle perdite fiscali sono confluite nell'attuale art. 84 del tuir, il quale prevede che:

“Riporto delle perdite. 1. La perdita di un periodo di imposta, determinata con le stesse norme valevoli per la determinazione del reddito, può essere computata in diminuzione del reddito dei periodi d'imposta successivi, ma non oltre il quinto, per l'intero importo che trova capienza nel reddito imponibile di ciascuno di essi. Per i soggetti che fruiscono di un regime di esenzione dell'utile la perdita è riportabile per l'ammontare che eccede l'utile che non ha concorso alla formazione del reddito negli esercizi precedenti. La perdita è diminuita dei proventi esenti dall'imposta diversi da quelli di cui all'art. 87, per la parte del loro ammontare che eccede i componenti negativi non dedotti ai sensi dell'art. 109, comma 5. Detta differenza potrà tuttavia essere computata in diminuzione del reddito complessivo in misura tale che l'imposta corrispondente al reddito imponibile risulti compensata da eventuali crediti di imposta, ritenute alla fonte a titolo di acconto, e dalle eccedenze di cui all'art. 80.

2Le perdite realizzate nei primi tre periodi di imposta dalla data di costituzione possono, con le modalità previste al comma 1, essere computate in diminuzione del reddito complessivo dei periodi di imposta successivi senza alcun limite di tempo a condizione che si riferiscano ad una nuova attività produttiva.

Le disposizioni del comma 1 non si applicano nel caso in cui la maggioranza delle partecipazioni aventi diritto di voto nelle assemblee ordinarie del soggetto che riporta le perdite venga trasferita o comunque acquisita da terzi, anche a titolo temporaneo e, inoltre, venga modificata l'attività principale in fatto esercitata nei periodi di imposta in cui le perdite sono state realizzate. La modifica dell'attività assume rilevanza se interviene nel periodo di imposta in corso al momento del trasferimento od acquisizione ovvero nei due successivi od anteriori. La limitazione non si applica qualora:

- a) Omissis*
- b) le partecipazioni siano relative a società che nel biennio precedente a quello di trasferimento hanno avuto un numero di dipendenti mai inferiore alle dieci unità*

e per le quali dal conto economico relativo all'esercizio precedente a quello di trasferimento risultino un ammontare di ricavi e proventi dall'attività caratteristica, e un ammontare delle spese per prestazioni di lavoro subordinato e relativi contributi, di cui all'art. 2425 del codice civile, superiore al 40 per cento di quello risultante dalla media degli ultimi due esercizi anteriori”.

La norma si compone di tre commi: al primo comma viene disciplinata la modalità di determinazione della perdita e gli aggiustamenti necessari in presenza di attività esenti o utili esenti; il comma secondo disciplina il riporto illimitato delle perdite subite nei primi tre esercizi ed infine l'ultimo comma ha natura chiaramente antielusiva mirante ad evitare il commercio delle c.d. bare fiscali, ovvero limita il riporto delle perdite solo a determinate condizioni.

9.1. La modalità di determinazione della perdita

Con riferimento alle modalità di determinazione delle perdite va sottolineato come la norma preveda che la perdita è “determinata con le stesse norme valevoli per la determinazione del reddito”. In tal modo il legislatore ha voluto sottolineare non solo che la perdita non è diversa dall'utile ma che si debba determinare con le stesse regole fiscali a nulla rilevando, così, la perdita civilistica risultando influente, al fine del riporto, che si sia provveduto alla copertura ai fini civilistici della perdita¹⁰¹. In altre parole, il ripianamento delle perdite non comporta una esclusione del riporto della perdita la quale ha una valenza esclusivamente fiscale che incide nella determinazione del *quantum debeatur*.

Un'ulteriore condizione, ingiustificata per i soggetti Ires, riguarda l'obbligo di dedurre la perdita “per l'intero importo che trova capienza in ciascuno di essi”. Il contribuente non può pianificare il riporto delle perdite decidendo liberamente l'ammontare della perdita da portare in diminuzione del reddito di ognuno degli esercizi successivi.

La *ratio* di tale limite risiedeva nella modifica introdotta dall'art. 27 del d.l. n. 69 del 1989 il quale voleva impedire il riporto delle perdite, da parte di imprenditori

¹⁰¹ Cfr. POTITO, *Il sistema delle imposte dirette*, Milano, 1989, p. 298; LEO, FERRANTI, *Modalità di deduzione delle perdite di impresa. Problematiche applicative*, in *Il Fisco*, 1988, p. 5432. Tale assunto è condiviso anche dall'Amministrazione finanziaria la quale (risol. n. 9/959 del 23 ottobre 1978, in *Boll. trib.*, 1979, p. 42) ha affermato che “la sola condizione di deducibilità delle perdite di cui al richiamato art. 17 del d.p.r. n. 598 è che le stesse siano determinate con gli stessi criteri contenuti nella disciplina tributaria del reddito di impresa di cui al titolo V del d.p.r. n. 597”.

individuali e società di persone, nella misura più conveniente, considerando la progressività delle aliquote, stabilendo liberamente i periodi di imposta e la misura da utilizzare¹⁰².

Tale cautela ora sembra incomprensibile con riferimento ad un tributo proporzionale nel quale non vi possono questo tipo di valutazione di convenienza.

Parziale deroga a questo principio è offerto dall'ultimo periodo del primo comma, il quale espressamente consente di utilizzare in misura inferiore le perdite solo nel caso in cui, fosse necessario utilizzare un credito di imposta, ritenute di acconto, versamenti a titolo d'acconto, eccedenze di cui all'art. 80 del Tuir. E' evidente, infatti, che l'integrale riporto della perdita non consentirebbe di evidenziare in dichiarazione dei redditi un'imposta dovuta da cui scomputarli. Solo in presenza di tale condizione è possibile rinviare la compensazione della perdita ad esercizi successivi¹⁰³.

9.2. La riduzione della perdita in presenza di proventi esenti e di componenti negativi non dedotti.

Sul riporto delle perdite possono influire i regimi di esenzione: la perdita non può essere influenzata dalla parte di utile non incluso tra i componenti positivi di reddito. Pertanto *ad instar iuris* la perdita dovrà essere diminuita di quella quota dei proventi esenti che eccede l'ammontare dei componenti negativi la cui deduzione ai fini fiscali non è potuta avvenire ai sensi del comma 5 dell'art. 109 del Tuir proprio a causa della loro presenza. Tale norma era stata introdotta dall'art. 1, comma 3, del d.l. n. 557 del 1993 per eliminare gli effetti distorsivi "*determinati dai proventi dei cespiti che fruiscono di esenzione, nel caso in cui detti proventi che non concorrono alla formazione del reddito, comportino l'emergenza di una perdita*". Infatti, la sottrazione delle perdite di impresa e di quelle derivanti dalla partecipazione in società di persone dagli altri redditi e la possibilità di computare l'eventuale eccedenza in diminuzione dei redditi di successivi esercizi "*...consente di trasferire l'esenzione riconosciuta a proventi conseguiti nell'ambito del reddito di impresa ad altri redditi eventualmente posseduti,*

¹⁰² Cfr. T. LAMEDICA, *Un decalogo fiscale per le società*, in *Le società*, 1990, p. 195; A. GIOVANARDI, *op. cit.* p. 196.

¹⁰³ Per un approfondimento con riferimento al credito di imposta si rinvia al Capitolo II.

*determinando effetti che vanno al di là della naturale portata della norma agevolativa*¹⁰⁴.

Se questa è la *ratio* della norma non si comprende perché tale limite sia stato esteso anche con riferimento alle società ed enti commerciali per cui non è possibile che l'esenzione riconosciuta a proventi conseguiti nell'ambito del reddito di impresa venga trasferita ad altri redditi dato che non esistono stante il principio di attrazione del reddito di impresa. Così facendo è come se venisse revocata l'agevolazione per evitare che di essa possano beneficiare altri tipi di reddito¹⁰⁵. Riducendo le perdite per l'ammontare eccedente i costi non dedotti non si fa altro che revocare le agevolazioni di cui tali redditi avevano goduto in sede di determinazione del reddito. Si ottiene, anche, il risultato che viene negato il riporto di perdite generate nell'ambito di una gestione i cui redditi non sono soggetti ad esenzione. E' come se il riporto delle perdite venisse considerata come un'agevolazione fiscale e non si volesse cumulare con gli effetti dell'esenzione del reddito. Una sorta di speculare principio di divieto di doppia imposizione per evitare il c.d. *double dip*, da una parte l'esenzione, dall'altra il riporto della perdita. In tal modo si vuole evitare che l'esenzione di determinati proventi influenzi il risultato di esercizi successivi¹⁰⁶.

Da un punto di vista oggettivo tale limitazione non opera in presenza di proventi esenti in applicazione della disciplina della *participation exemption*. Diversamente i dividendi essendo redditi esclusi e non esenti non sono oggetto della presente limitazione. In particolare sembra utile richiamare la posizione dell'Agenzia delle Entrate che con risoluzione n. 108/E del 15 maggio 2003 ha chiarito che *“la norma si applica in presenza di componenti positivi di conto economico esenti per effetto di leggi speciali e non si applica in presenza di componenti di reddito di impresa non imponibili in ragione di ordine sostanziale”*.

¹⁰⁴ In tal senso la relazione Governativa al citato d.l. n. 557 del 1993.

¹⁰⁵ Cfr. *ex multis* D. STEVANATO, *Prime riflessioni sulle nuove norme in materia di utilizzabilità delle perdite in presenza di esenzioni del reddito o dell'utile*, *op. cit.*, p. 549; G. FRANSONI, *Finanziaria 2008 e modifiche alla disciplina delle perdite*, *op. cit.*, p. 665; G. ZIZZO, *op. cit.*, *infra*.

¹⁰⁶ Cfr. Risol., n. 108/E del 15 maggio 2003, nella quale l'Agenzia delle Entrate ha confermato ciò che era contenuto nella relazione governativa prima richiamata.

9.3. Il riporto delle perdite in presenza di utili esenti.

Il secondo periodo dell'art. 84 dispone che per i soggetti che fruiscono di regimi di esenzione degli utili, la perdita è riportabile per l'ammontare che eccede l'utile che non ha concorso alla formazione del reddito negli esercizi precedenti.

Il regime di esenzione dell'utile presuppone l'esistenza di un reddito positivo di periodo cui viene accordata la detassazione in funzione dell'accantonamento a riserva di una corrispondente quota dell'utile del medesimo esercizio.

La perdita non viene generata dal fatto che vi sono dei componenti di reddito che sono esenti. In tali ipotesi il legislatore ha voluto semplicemente evitare che perdite generate successivamente possano essere utilizzate a compensazione di redditi di esercizi futuri quando nei precedenti esercizi vi sono stati utili non tassati. In tal modo le perdite potranno essere utilizzate solo nella misura eccedente gli utili non tassati.

La norma, così, non è destinata ad operare con riferimento alle perdite formatesi in esercizi precedenti alla produzione dei redditi detassati o, comunque, le perdite già utilizzate a riporto precedentemente all'applicazione dell'agevolazione. Tale impostazione, peraltro, risulta confermata dalla relazione tecnica al provvedimento.

L'unico inconveniente di tale disciplina attiene al fatto che non è stato previsto alcun limite temporale nel quale trova applicazione tale norma. In tal modo potrebbero essere incise tutte le perdite generate anche in periodi di imposta molto lontani nel tempo rispetto agli esercizi nei quali si è goduto di un'esenzione sugli utili.

Anche tale meccanismo rappresenta una sorta di *recapture* in futuro dell'agevolazione fruita; come se la stessa fosse sottoposta ad una condizione risolutiva e si venisse a superare l'autonomia dei singoli periodi di imposta e considerare come agevolabile un'entità calcolata in base alla sommatoria di utili e perdite di un arco temporale pluriennale¹⁰⁷.

Diversamente si tratterebbe di un intervento privo di una *ratio* e logica se non quella di ragioni contingenti di gettito¹⁰⁸.

¹⁰⁷ In tal senso cfr. D. STEVANATO, *Prime riflessioni sulle nuove norme in materia di inutilizzabilità delle perdite in presenza di esenzioni del reddito o dell'utile*, in *Dialoghi di diritto tributario*, 2007, p. 548.

¹⁰⁸ In tal senso cfr. R. LUPI, *Quando l'agevolazione si trasforma in penalizzazione: si può razionalizzare l'assurdo? Esenzioni e simmetrie*, in *Dialoghi di diritto tributario*, 2007, p. 550. Tale limitazione è molto sentita nell'ambito del regime di esenzione degli utili riservato alle società cooperative a mutualità prevalente (art. 12, della l. n. 904 del 1977), sul punto cfr. PUTZOLU, *L.*

9.4. Il riporto delle perdite per i soggetti che fruiscono di regimi di esenzione del reddito.

Un'ulteriore limitazione sussiste in presenza di soggetti che per la loro attività godono di un regime di esenzione totale o parziale.

Tale regime fu introdotto dalla l. n. 296 del 2006 il quale aveva inserito al secondo periodo del 1 comma dell'art. 84 che “*per i soggetti che fruiscono di un regime di esenzione totale e parziale del reddito la perdita riportabile è diminuita in misura proporzionalmente corrispondente alla quota di esenzione applicabile in presenza di un reddito imponibile*”.

Sostanzialmente veniva introdotta una specifica limitazione al riporto delle perdite per coloro i quali sono ammessi a beneficiare, in tutto o in parte, di un regime di esenzione del reddito.

Tuttavia l'inserimento di tale modifica nell'art. 84 portò a sollevare dei dubbi circa la possibilità di poter compensare le perdite generate dalla gestione esente con i redditi derivanti dalla gestione imponibile¹⁰⁹.

Consapevoli della fondatezza del rilievo mosso e dell'incongruità del risultato cui esso portava il legislatore è intervenuto di nuovo e con la Finanziaria per il 2008 ha spostato tale previsione nell'ambito dell'art. 83 per rendere evidente la necessità che vi sia simmetria fra imponibilità del risultato positivo e deducibilità del risultato negativo. Diversamente da prima, ora la limitazione opera a prescindere dalla presenza di un reddito a cui è stata accordata un'esenzione.

9.5. Il riporto illimitato.

Il secondo comma dell'art. 84, novellato anch'esso dal Decreto Visco-Bersani (d.l. n. 223 del 4 luglio 2006), disciplina la possibilità di riportare senza limiti di tempo le perdite formatesi nei primi periodi di imposta¹¹⁰.

finanziaria 2007: limiti alla riportabilità delle perdite prodotte da società cooperative, in *Il Fisco*, 2007, p. 492.

¹⁰⁹ In tal senso cfr. Circolare Assonime, n. 31 del 2007; S.M. MESSINA, *La disciplina delle perdite*, in *Corr. trib.*, 2007, p. 3779.

¹¹⁰ Per un commento cfr. L. MIELE, *La stretta sul riporto delle perdite senza limiti di tempo*, in *Corr. trib.*, 2006, p. 2575; B. IZZO, V. RUSSO, *Condizioni più rigorose per il riporto a nuovo delle perdite senza limiti di tempo*, in *Corr. trib.*, 2007, p. 1543.

La finalità di tale norma è quella di agevolare la costituzione di nuove imprese nella consapevolezza che almeno nei primi anni vi potranno essere delle perdite connesse ai costi c.d. di start-up¹¹¹.

Come chiarito dalla relazione al d.lgs. n. 358 del 1997, che ha introdotto per la prima volta la norma, la limitazione temporale al riporto delle perdite si applica indistintamente a tutte le imprese anche quelle di nuova costituzione per le quali “*il conseguimento di perdite negli anni iniziali costituisce, nella maggior parte dei casi, un evento fisiologico*”.

Il decreto Visco-Bersani è intervenuto in funzione antielusiva e chiarificatrice stabilendo che delle condizioni esplicitate per poter usufruire di tale regime: i) le perdite devono essere realizzate nei primi tre periodi di imposta dalla data di costituzione e ii) a condizione che si riferiscano ad una nuova attività produttiva.

Tali precisazioni sono state necessitate dai dubbi che erano stati sollevati con riferimento al generico, iniziale, riferimento ai primi tre periodi di imposta il cui termine *a quo* poteva decorrere sia dalla data di costituzione civilistica piuttosto che dalla data in cui si manifestano per la prima volta i presupposti per la produzione del reddito di impresa tassabile in Italia¹¹².

In aggiunta è stato precisato che si deve trattare di una nuova attività produttiva onde evitare di poter canalizzare perdite di rami aziendali maturi su soggetti di nuova costituzione dotandoli, così, di perdite illimitatamente riportabili. L'operazione poteva avvenire tramite il conferimento di un'azienda deficitaria da cui si prevede deriveranno anche in futuro perdite ad una società di neocostituita appartenente allo stesso gruppo conferente¹¹³. In tale ottica l'intervento del legislatore sembra compatibile con le finalità che ha cercato di perseguire. Il solo profilo formale era facilmente aggirabile ed è stato corretto inserire un dato di carattere sostanziale nella disciplina positiva¹¹⁴.

¹¹¹ L'intento di agevolare la costituzione di nuove attività imprenditoriali è riconosciuto anche dalla Amministrazione finanziaria, Agenzia Entrate, Circ. n. 28/E del 4 agosto 2006.

¹¹² In tal senso cfr. R. MICHELUCCI, *Riflessioni a margine della nuova disciplina in tema di riporto delle perdite*, in *Riv. dir. trib.*, 1998, I, p. 623.

¹¹³ Cfr. M. BEGHIN, *L'illimitato riporto delle perdite nell'IRES tra nuovi soggetti e nuove attività*, in *Corr. trib.*, 2006, p. 2944.

¹¹⁴ Cfr. A. CORRADI, D. STEVANATO, *Riporto illimitato delle perdite tra nuove società e nuove attività produttive*, in *Dialoghi dir. trib.*, 2008, p. 131.

Problemi potranno sorgere nel caso in cui confluisse nella società neocostituita un ramo di azienda già esistente ed allo stesso tempo venisse intrapresa una nuova iniziativa con la creazione di un nuovo ramo di azienda capace di produrre perdite illimitatamente riportabili. In tal caso per riportare illimitatamente la perdita non si dovrà fare più riferimento al soggetto ma all'attività a cui tale perdita si riferisce¹¹⁵. Così opinando non dovrebbe avere molto senso distinguere tra società neocostituite e società già costituite che intendano intraprendere una nuova attività produttiva. Anche in tal caso si dovrebbe consentire la riportabilità illimitata di eventuali perdite derivanti dalla nuova attività¹¹⁶. Anche a seguito del conferimento di una precedente attività produttiva ad una società neocostituita la perdita dovrebbe essere illimitatamente riportabile. In altre parole non sembra coerente con la *ratio* della norma escludere il riporto illimitato delle perdite per un soggetto neocostituito per il semplice fatto di proseguire un'attività iniziata da altri, a nulla rilevando le modalità di svolgimento dell'attività stessa che potrebbero essere radicalmente diverse: personale dequalificato potrebbe essere sostituito, i locali nei quali si svolge l'attività potrebbero essere rinnovati o addirittura diversi¹¹⁷. Certamente tale limitazione sembra essere ingiustificata per soggetti che non hanno alcun legame partecipativo e non fanno parte dello stesso gruppo, in quanto in tali casi difficilmente sarebbe possibile riscontrare un intento elusivo. In ottica *de jure condendo*, quindi, sarebbe opportuno consentire il riporto illimitato in tali circostanze e colpire eventuali comportamenti elusivi realizzati attraverso riorganizzazioni infragrupo attraverso l'utilizzo dell'art. 37-bis del d.p.r. n. 600 del 1973, evitando così una presunzione assoluta di elusività. In tale circostanza è dubbia la possibilità di richiedere la disapplicazione della norma tramite la procedura di interpello di cui all'art. 37-bis, comma 8 del tuir. Conclusivamente, *quid iuris* nel caso di soggetti non residenti? In tal caso potrebbero valere alternativamente sia la data di costituzione della stabile organizzazione in Italia ovvero della società non residente a cui fa capo. Seguendo la *ratio* della norma si potrebbe sostenere che anche in tal caso il riporto illimitato delle perdite è connesso alla fase di avvio di una nuova iniziativa produttiva,

¹¹⁵ Cfr. A. CORRADI, D. STEVANATO, *op. cit.*, p. 132.

¹¹⁶ Paventa un rischio di incostituzionalità di tale norma M. BEGHIN, *ult. op. cit.*, p. 2946.

¹¹⁷ In tal senso cfr. E. DELLA VALLE, *Perdite fiscali e recessione*, in *Corr. trib.*, 2009, p. 987

dovendo così avere riferimento alla dimensione territoriale domestica e perciò alla istituzione della stabile organizzazione nel nostro Paese.

Tale soluzione appare anche più appagante da un punto di vista comunitario che mal tollererebbe una discriminazione nei confronti della stabile organizzazione di un soggetto estero.

9.6. L'esclusione del riporto e le circostanze esimenti: l'art. 84, 3 comma, del tuir.

L'art. 84, comma 3, del tuir prevede la limitazione del riporto delle perdite nei casi di aggregazioni di imprese, diverse da operazioni di scissione o fusione¹¹⁸ alla cui

¹¹⁸ I limiti nel riporto delle perdite nell'ambito di tali operazioni è disciplinato per le fusioni dall'art. 172, 7 comma del tuir e per le scissioni dall'art. 173, comma 10 del tuir. Come già segnalato nell'introduzione non ci occuperemo del trattamento fiscale delle perdite nell'ambito delle operazioni straordinarie, tuttavia si rimanda per un approfondimento ai seguenti contributi: SPECA, *Il riporto delle perdite per la società risultante dalla fusione*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1987, I, p. 372; S. PANSIERI, *Il riporto delle perdite nelle fusioni di società*, in *Rass. trib.*, 1987, p. 281; G. ZIZZO, *Osservazioni sui limiti alla deducibilità delle perdite in caso di fusione nel diritto tributario degli Stati Uniti*, in *Rass. trib.*, 1987; R. LUPI, *Riporto delle perdite e fusioni di società*, in *Rass. trib.*, 1988 fasc. 4, p. 279; ID., *Profili tributari della fusione di società*, Padova, 1989; D. STEVANATO, R. LUPI, *Anti-elusione e dintorni nelle operazioni societarie: casistica in margine ad un convegno*, in *Rass. trib.*, 1994; G. ZIZZO, *Le riorganizzazioni societarie nelle imposte sui redditi*, Milano, 1996; R. MICHELUCCI, *Applicazione della nuova disciplina sul riporto delle perdite ai casi di fusione e scissione*, in *Corr. trib.*, 1998, p. 1781; F. GHISELLI, *Il riporto delle perdite nelle operazioni di fusione: l'incerto confine tra società operative, non operative e bare fiscali*, in *Boll. trib.*, 2000, p. 1537; D. STEVANATO, *La fusione tra società del gruppo elude il divieto di compensazione intersoggettiva delle perdite?*, in *Corr. trib.*, 2002, p. 1641; R. DOMINACI, *I fattori di vitalità economica influenzano il riporto delle perdite nella fusione*, in *Corr. Trib.*, 2003, p. 248; G. ZIZZO, *Fusione di società e tassazione di gruppo*, in *Corr. trib.*, 2004, p. 1790; A. ZOPPINI, *Disapplicazione dei limiti al riporto delle perdite fiscali nelle operazioni di fusione e scissione*, in *Rass. trib.*, 2004, p. 656; L. BARBIERI, D. STEVANATO, *Dubbi infondati in tema di disapplicazione dei limiti al riporto delle perdite in caso di fusione*, in *Dialoghi dir. trib.*, 2004, p. 650; L. BARBONE, A. DONESANA, *Fusione inversa e assenza di limiti specifici al riporto delle perdite della società partecipante*, in *Dialoghi dir. trib.*, 2004, p. 1053; G.A. GIANNANTONIO, *Ancora sulla riportabilità delle perdite in caso di fusione in assenza di costi per prestazioni di lavoro dipendente. Brevi considerazioni a margine di una risoluzione ministeriale e spunti interpretativi ai fini thin cap*, in *Boll. trib.*, 2004, p. 662; R. LUPI, F. PORPORA, *Svalutazione partecipazioni "per quinti" e limiti al riporto delle perdite in caso di fusione*, in *Dialoghi dir. trib.*, 2005, p. 257. P. MONARCA, G. VALCARENGHI, *Riduzione delle perdite riportate nelle operazioni di fusione*, in *Corr. trib.*, 2005, p. 1677; M. ANDRIOLA, R. LUPI, D. STEVANATO, *Perdite maturate nel gruppo e limiti al riporto in sede di fusione*, in *Dialoghi di diritto tributario*, 2005 fasc. 3, p. 389; I. SCAFATI, *Parametri di vitalità nel riporto delle perdite in caso di fusione*, in *Corr. trib.*, 2006, p. 3555; D. STEVANATO, *Fusione e riporto delle perdite pregresse*, in *Dir. prat. trib.*, 2006, I, p. 1305; ID., *La fusione intragruppo per compensare le perdite è elusiva?*, in *Dir. prat. trib.*, 2007, I pp. 182; R. LUPI, D. STEVANATO, *Fusione, riporto delle perdite ed elusione tributaria*, in *Dialoghi di diritto tributario*, 2007, p. 109; P. ALFANI, *Perdite in caso di fusione per incorporazione tra società consolidanti*, in *Corr. trib.*, 2007, p. 2559; E. DE PACE, R. LUPI, *Fusione con effetto retroattivo, limiti al riporto delle perdite e "indici di*

disciplina, tuttavia, si ispira. Il comma 3 dell'articolo 84 del Tuir fu introdotto dall'articolo 8 del D.lgs. n. 358 del 1997¹¹⁹ per evitare che fossero poste in essere operazioni volte all'acquisto di società con perdite fiscalmente rilevanti al solo fine di ottenere indebiti vantaggi fiscali (cd. bare fiscali). In sostanza, la norma, di chiara natura antielusiva, fu introdotta per limitare il "commercio di bare fiscali", ovvero per evitare che, attraverso il meccanismo dell'acquisizione del controllo di una società carica di perdite riportabili, fossero spostate su quest'ultima attività redditizie, conferendovi ad esempio rami di azienda, contratti, marchi e beni materiali.

Dopo gli interventi modificativi ad opera dell'articolo 36, comma 12, lettera b), del decreto legge n. 223 del 2006, con effetto per i soggetti le cui partecipazioni sono acquisite da terzi a decorrere dal medesimo 4 luglio 2006, il riporto delle perdite non è ammesso:

- quando la maggioranza delle partecipazioni aventi diritto di voto nelle assemblee ordinarie del soggetto che riporta le perdite viene trasferita o comunque acquisita da terzi, anche temporaneamente;
- quando viene modificata l'attività principale di fatto svolta al momento del realizzo delle perdite.

La prima fattispecie si realizza quando il trasferimento delle partecipazioni della società che riporta le perdite comporta lo spostamento del controllo della stessa da un soggetto a un altro: ciò può avvenire o con il trasferimento dell'intero pacchetto di controllo o con il trasferimento di una sua frazione che, però, integrando una partecipazione posseduta in precedenza, comporta il raggiungimento della percentuale di controllo in capo a un nuovo soggetto. La modifica dell'attività principale svolta assume rilevanza

depotenziamento", in *Dialoghi dir. trib.*, 2007, p. 1455; R. MICHELUTTI, *Le perdite nella fusione retrodata qualificabili come perdite ante-consolidato*, in *Corr. trib.*, 2008, p. 2788.

¹¹⁹ In realtà l'art. articolo 8 del D.lgs. n. 358 del 1997 introdusse i commi 1-bis e 1-ter dell'art. 102 oggi trasfuso con qualche modificazione nei commi comma 2 e 3 dell'art. 84 del tuir. E' evidente la finalità antielusiva la quale non ha fatto altro che codificare una disposizione che da tempo era contenuta in altre legislazioni estere. In proposito in ottica comparata si rimanda ai riferimenti contenuti in R. MICHELUTTI, *Riflessioni a margine della nuova disciplina in tema di riporto delle perdite*, in *Riv. dir. trib.*, 1998, p. 627, nota 17. Per un'analisi dell'evoluzione di tale norma nel passaggio dell'Irpeg all'Ires cfr. M. ANDRIOLA, *Limiti al commercio delle perdite nel passaggio dall'Irpeg all'Ires: stabilità e mutamento delle strategie di pianificazione fiscale*, in *Rass. trib.*, 2005, p. 792

se interviene nel periodo di imposta in corso al momento del trasferimento (o acquisizione) ovvero nei due successivi o anteriori¹²⁰.

L'esclusione opera quando le condizioni si realizzano congiuntamente.

Un dubbio interpretativo riguarda la possibilità di estendere tale limitazione anche alle perdite illimitatamente riportabili. Secondo un'interpretazione letterale della norma sembrerebbe riferita esclusivamente a quelle riportabili nel limite dei cinque esercizi¹²¹.

Tuttavia, per ragioni di coerenza logica e sistematica non sembra potersi escludere l'applicazione di tale norma alle perdite illimitatamente riportabili¹²², poiché altrimenti si verificherebbe l'effetto paradossale di escludere dalla finalità antielusiva della norma l'acquisizione di "bare fiscali" con perdite illimitatamente riportabili.

Parimente per le stesse ragioni tale limitazione non dovrebbe operare per quelle perdite che sono state maturate dal soggetto acquirente prima del cambiamento dell'attività. Il limite dovrebbe riguardare solo le perdite precedenti l'acquisto. Per quelle successive, infatti, non sussiste alcun dualismo fra il soggetto economico che ha realizzato le perdite e quelle che ne effettuerebbe il riporto. In altri termini, per le perdite successive manca in radice lo stesso presupposto astratto del commercio ovvero il trasferimento da un soggetto ad un altro¹²³.

L'art. 84, comma 3 del tuir, stabiliva, prima delle modifiche apportate dal d.l. 223 del 2006, che la limitazione al riporto delle perdite nei casi di modifica del controllo societario non si applicasse qualora:

- a) le partecipazioni di controllo fossero trasferite all'interno del medesimo gruppo, cioè a società controllate dallo stesso soggetto che controlla la società con perdite, oppure al soggetto che controlla il controllante di questa;

¹²⁰ Per i dettagli tecnici con i quali deve essere verificata tale condizione si rinvia a Agenzia Entrate, circ. n. 320/E del 1997. Per un'analisi critica cfr. R. MICHELUTTI, *op. cit.*, p. 641; M. ANDRIOLA, *op. cit.*, p. 805.

¹²¹ Così R. MICHELUTTI, *Riflessioni a margine della nuova disciplina in tema di riporto delle perdite*, in *Rass. trib.*, 1998, p. 630.

¹²² M. LEO, *Il testo unico delle imposte sui redditi*, Milano, 2007, p. 1411.

¹²³ Conforme a tale posizione cfr. F. CROVATO, *Riporto delle perdite ed operazioni straordinarie*, in AA. VV., *La fiscalità delle operazioni straordinarie d'impresa*, (a cura di) R. LUPI, D. STEVANATO, Milano, 2002, p. 615; per una posizione più articolata tendendo conto anche della lett. b) dell'art. 84 cfr. M. ANDRIOLA, *op. cit.*, p. 806.

- b) la società con perdite, nel biennio anteriore a quello del trasferimento, avesse avuto un numero di dipendenti mai inferiore a 10 unità (requisito da verificare in ciascun singolo giorno del biennio), nonché avesse realizzato, nel conto economico dell'esercizio precedente a quello del trasferimento, ricavi e proventi dell'attività caratteristica e spese per lavoro dipendente e relativi contributi superiori al 40% della media dei due esercizi anteriori.

In questi casi, dunque le perdite rimanevano utilizzabili anche qualora una sola delle condizioni si fosse verificata¹²⁴. L'abrogazione nell'art. 84, comma 3, TUIR, della lett. a) rende, dal 4 luglio 2006, le perdite non più automaticamente riportabili nelle cessioni di partecipazioni di controllo, anche se esse sono avvenute all'interno di un gruppo societario. Pertanto, anche in questo caso, la possibilità di riportare le perdite dovrà passare come per tutte le altre ipotesi di cessione di controllo dalla verifica dei requisiti di cui al punto b) del comma 3 dell'art. 84, tuir.

Il divieto al riporto di perdite non opera, per espressa previsione dello stesso comma 3, quando le partecipazioni sono relative a società che nel biennio precedente a quello di trasferimento hanno avuto un numero di dipendenti mai inferiore alle dieci unità e per le quali dal conto economico relativo all'esercizio precedente a quello di trasferimento risultino un ammontare di ricavi, di cui all'articolo 2425, lettera A), n. 1), del Codice civile e un ammontare delle spese per prestazioni di lavoro subordinato e relativi contributi, di cui all'articolo 2425, lettera B), n. 9), lettere a) e b), del Codice civile, superiore al 40 per cento di quello risultante dalla media degli ultimi due esercizi anteriori. In sostanza, l'articolo 84, comma 3, che deve limitare il commercio di "bare fiscali", non opera se la società cui è riferita dimostra la sua "vitalità" con il superamento del test e con la presenza del numero di dipendenti richiesto¹²⁵.

Conclusivamente, qualora una società (ricca di perdite riportabili limitatamente o illimitatamente) abbia sia visto mutare il proprio controllante sia abbia modificato la propria attività principale (nel "periodo di osservazione" più sopra indicato) se non supera il test di vitalità o non ha avuto il numero di dipendenti richiesto, deve considerare le proprie perdite non più riportabili. Anche in tal caso, tuttavia, esiste la

¹²⁴ Cfr. in tal senso Circ. n. 320/E del 1997.

¹²⁵ Perplessità sono state espresse per i criteri scelti per il c.d. test di vitalità da G. GARBARINO, *Riporto delle perdite ed elusione*, in *Riv. dir. trib.*, 2001, I, p.85.

possibilità espressamente riconosciuta dall'Amministrazione finanziaria¹²⁶ di non ricadere nella presunzione prevista dalla norma tramite il ricorso all'interpello disposto dall'articolo 37-bis, comma 8, del d.p.r. n. 600/1973, che consente di ottenere la disapplicazione di norme tributarie, qualora si dimostri che nella particolare fattispecie gli effetti elusivi non possono prodursi. Come precisato dallo stesso articolo 37-bis, comma 8, la società deve presentare apposita istanza al direttore regionale delle Entrate competente per territorio, descrivendo compiutamente l'operazione e indicando che intende chiedere la disapplicazione al proprio caso del contenuto dell'articolo 84 del Tuir.

La disputa dottrinale circa la possibilità di utilizzare l'art. 37-bis del d.p.r. 600 in presenza dell'aggiramento di norme aventi finalità antielusiva¹²⁷ sembra aver perso parte gran parte della sua attualità dopo che la Cassazione a Sezioni Unite¹²⁸, hanno statuito il generale principio del divieto di abusare di norme tributarie al fine ottenere un vantaggio fiscale. Pertanto, in base a tale nuovo principio sarà possibile per l'Amministrazione finanziaria disconoscere quelle operazioni tese ad aggirare l'obbligo di cui all'art. 84, 3 comma del tuir¹²⁹.

9.7. Le giustificazioni alla base del limite quinquennale del riporto delle perdite.

Non vi è una visione unanime circa la violazione del principio di capacità contributiva nel limite quinquennale di riporto delle perdite poiché l'assenza di tali correttivi

¹²⁶ In tal senso cfr. Agenzia delle Entrate, circ. n. 320 del 19 dicembre 1997.

¹²⁷ In dottrina, prima dell'affermazione del principio di abuso del diritto, si discuteva della possibilità di utilizzare l'art. 37-bis per colpire quelle operazioni tese ad aggirare l'obbligo previsto dalla norma a finalità antielusiva di cui all'art. 84, 3 comma del tuir. Per alcuni il carattere di specialità di tale norme impediva l'utilizzabilità dell'art. 37-bis, postulando così la prevalenza della norma dell'art. 84, comma 3, cfr. U. MORELLO, *Il problema della frode alla legge nel diritto tributario*, in *Dir. prat. trib.*, 1991, p. 39; S. CIPOLLINA, *La legge civile e la legge fiscale*, Padova, 1992, p. 236; E. NUZZO, *Elusione, abuso della forma negoziale, fraudolenza*, in *Rass. trib.*, I, 1996, 1320. In senso contrario R. Lupi, *Prime ipotesi in tema di norma antielusione sulle operazioni societarie (art. 10 legge n. 408/1990)*, in *Riv. dir. trib.*, 1992, I, p. 448. Più di recente sul rapporto fra art. 37-bis e norme a finalità antielusiva cfr. P. LAROMA JEZZI, *Il riporto delle perdite pregresse tra norme antielusive "speciali" e "generali"*, in *Rass. trib.*, 2002, p. 200; M. ANDRIOLA, *op. cit.*, p. 804.

¹²⁸ Cfr. paragrafo 12.4. del presente capitolo cui si rimanda sia per i riferimenti che per i commenti.

¹²⁹ Per un'esemplificazione di tali operazioni cfr. R. MICHELUTTI, *Riflessioni a margine della nuova disciplina in tema di riporto delle perdite*, *op. cit.*, p. 636.

potrebbero portare ad altre distorsioni e sollevare ulteriori questioni di costituzionalità¹³⁰.

Se però è vero che il limite quinquennale al riporto delle perdite appare come una disposizione incoerente con la logica dell'istituto cui si riferisce e le sue finalità, e più in generale proprio col principio di capacità contributiva cui deve ispirarsi l'imposizione sui redditi, soprattutto anche alla luce delle analoghe disposizioni previste in altri ordinamenti, c'è da chiedersi quali siano state le ragioni che hanno portato a tale limitazione ed in quale misura sono ancora presenti.

La prima motivazione che sembra aver giustificato tale limitazione temporale del riporto è una motivazione di “cautela fiscale”. Si vuole far coincidere il tempo entro il quale il soggetto passivo può compensare i redditi prodotti con le perdite pregresse con il periodo entro il quale l'Amministrazione Finanziaria può compiere i controlli in sede di accertamento: si vuole evitare cioè che un soggetto possa portare in compensazione delle perdite di cui l'Amministrazione Finanziaria non possa controllare l'effettiva sussistenza, la genuinità; la motivazione quindi sarebbe legata proprio ad uno “spirito di simmetria” tra i termini per il riporto e quelli per l'accertamento. Il Fisco, infatti, non ha interesse a rettificare il valore delle perdite finché esse non vengano utilizzate in compensazione di altri redditi: tuttavia vuole conservare la possibilità di accertarne la sussistenza nel caso in cui il contribuente decida di fruirne. Tale tesi di scarso valore sistematico, può essere facilmente confutata osservando che l'ordinamento stesso prevede il diritto al riporto senza limiti di tempo per le perdite realizzate nei primi tre periodi d'imposta. In tali ipotesi la “simmetria” dei termini viene a cadere in quanto non è specularmente previsto lo stesso termine indefinito per il potere di accertamento dell'Amministrazione Finanziaria.

Vieppiù che il termine di decadenza dell'accertamento e il termine ultimo per il diritto al riporto delle perdite non risultano coincidenti, in quanto l'Amministrazione Finanziaria può effettuare l'accertamento solo entro il quarto anno successivo alla data di presentazione della dichiarazione relativa al periodo d'imposta cui si riferisce l'eventuale perdita da rettificare, mentre il contribuente può presentare la dichiarazione

¹³⁰ In tal senso cfr. G. ZIZZO, *Considerazioni sistematiche in tema di utilizzo delle perdite fiscali*, op. cit.; ID, *Profili di incostituzionalità del regime dell'utilizzo delle perdite nelle imposte sul reddito*; contra v. R. LUPI, *Riporto delle perdite e fusioni di società*, in *Rass. trib.*, 1988 fasc. 4, p. 279.

del quinto periodo d'imposta successivo a quello in cui è stata realizzata la perdita, quinto periodo successivo in cui può ancora utilizzare la perdita pregressa in oggetto, entro sette mesi dalla chiusura dell'esercizio, quindi nell'anno successivo. Questo consente quindi, in relazione all'ultimo periodo d'imposta utile per il contribuente, nel pieno rispetto delle disposizioni di legge oggi in vigore, l'utilizzo in compensazione di una perdita che egli sa non essere più rettificabile dal Fisco, di cui l'Amministrazione Finanziaria non ha più diritto a verificare la sussistenza e l'entità.

Tale osservazione sicuramente non ha alcun valore risolutivo, ma testimonia l'ulteriore "asimmetria" dei termini tutto'ora esistenti rendendo, quindi, inaccettabile come valore sistematico l'idea che il limite quinquennale nasca solo per spirito di simmetria con il termine di accertamento stabilito dall'art. 43 del d.p.r. n. 600 del 1973.

Una seconda motivazione, che spiegherebbe anche la mancata previsione di estensione senza limiti di tempo dei poteri di accertamento del Fisco nel caso di perdite remote utilizzate in compensazione dai contribuenti in virtù del fatto di essere state realizzate nei primi tre periodi d'imposta, potrebbe risiedere in un'esigenza di semplificazione e di certezza nella definizione dei rapporti tributari. In tal modo si vuole evitare che il contribuente sia accertabile con riferimento ai primi tre esercizi *ad libitum*.

Tuttavia, tali ragioni non sono di per sé dirimenti, posto che l'esigenza in tal caso di ricostruire la corretta capacità contributiva dovrebbe essere prioritaria anche alla luce degli studi comparati che dimostrano che l'Italia è tra i pochissimi Paesi che pone questo tipo di limitazioni temporali.

9.8. Il divieto di riporto all'indietro delle perdite, il c.d. carry back.

Il limite temporale di cinque anni al riporto delle perdite appare certamente un contrasto col principio di capacità contributiva. Ma lo è a maggior ragione il divieto, per giunta assoluto, di riporto all'indietro delle perdite stesse. Un ordinamento che consideri interesse primario nell'imposizione sul reddito il rispetto del principio di capacità contributiva non può non prevedere questo meccanismo, che ha la funzione di riequilibrare redditi e perdite di periodo, onde raggiungere una tassazione complessiva subita in linea col risultato economico complessivamente raggiunto negli anni dall'attività economica. Se il profilo reddituale dell'impresa, infatti, è positivo nei primi anni di attività e negativo nei periodi d'imposta successivi fino alla cessazione della

stessa, l'impresa subirà l'imposizione a titolo definitivo per i redditi prodotti nei primi anni, anche se la performance economica complessiva è inferiore a quella assoggettata ad imposta, o addirittura negativa. Questo perché i redditi realizzati nei primi periodi, regolarmente tassati, non saranno compensabili con le perdite realizzate in seguito; o meglio, le perdite successive, non saranno riportabili all'"indietro", per effettuare un nuovo calcolo dei redditi conseguiti nei periodi d'imposta precedenti, e di conseguenza un nuovo calcolo dell'imposta dovuta. Si corre il rischio, in questo modo, che un'impresa che durante l'intero arco della sua vita produca un reddito complessivo di segno negativo, cioè una perdita, finisca comunque col pagare le imposte sul reddito, anche di entità considerevoli.

9.9. Il limite temporale quinquennale e il divieto di riporto all'indietro delle perdite. Cenni comparatistici.

Si è già detto dell'arbitrarietà e provvisorietà del risultato del singolo esercizio nell'ambito del reddito di impresa e della necessità di apporvi correttivi pur con le cautele fiscali che il nostro legislatore ha imposto.

Tuttavia, anche al fine di comprendere l'(in)opportunità di tale scelta sarà utile fare un breve confronto comparato con altri ordinamenti giuridici¹³¹.

Anzitutto in Europa solo in termini più restrittivi c'è solo la Polonia che ha un *carry forward* di cinque anni ma con un limite quantitativo. Il limite quinquennale è presente solo in Repubblica Ceca, Lituania, Lettonia, Slovacchia e Slovenia. La Spagna consente un *carry forward* di quindici anni, mentre tutti gli altri Paesi Europei consentono un riporto illimitato delle perdite. Germania ed Austria, pur consentendo un riporto illimitato nel tempo hanno previsto dei limiti quantitativi. Negli Stati Uniti, diversamente, il limite è di vent'anni ed è consentito anche il *carry back* senza alcun limite quantitativo per tre periodi di imposta¹³². In Europa anche la Francia e l'Olanda

¹³¹ I dati sono ripresi da uno studio comparato di N. DWENGER, *Tax Loss Offset Restrictions – Last Resort for the Treasury? An Empirical Evaluation of Tax Loss Offset Restrictions Based on Micro Data*, in *DIW Berlin Discussion Paper No. 764*, German Institute for Economic Research (DIW Berlin), disponibile on-line su <http://papers.ssrn.com/>.

¹³² Negli Stati Uniti la compensazione delle perdite era stata introdotta a partire dal 1921. In tal senso cfr. V. UCKMAR, *Il conflitto fra la vita delle imprese e la tassazione annuale dei loro redditi*, op. cit., p. 216.

lo consentono per tre anni, mentre Regno Unito, Irlanda e Germania per un solo anno (in Germania è anche previsto un limite quantitativo).

In ottica comparata, dunque, i formanti legislativi anche dei Paesi di *civil law* portano a riconoscere che quantomeno il riporto illimitato delle perdite è un dato acquisito dai maggiori Paesi industrializzati al mondo. Tanto più che anche il riporto illimitato delle perdite non farebbe venir meno il problema connesso all'inflazione posto che il valore attuale delle perdite riportate diminuisce non appena si spinge in avanti il riporto delle perdite¹³³.

In ottica comparata, l'arretratezza del nostro sistema fiscale italiano con riferimento al riporto delle perdite, era già stata evidenziata da molto tempo, soprattutto da parte di chi ne auspicava l'introduzione¹³⁴. Dopo la sua introduzione, il sistema fiscale italiano presenta ancora grossi ritardi su cui il nostro legislatore dovrebbe riflettere e andare verso un sistema più moderno ed in linea con le esigenze di un mondo sempre più competitivo ed integrato.

10. Il riporto delle perdite nell'ambito delle società di persone: il caso della società in accomandita di semplice .

Il limite del riporto verticale delle perdite nei limiti del quinquennio si applica anche alle società in nome collettivo e alle società in accomandita semplice ai sensi dell'art. 8, comma 3, del tuir. Si applicano altresì le norme di cui all'art. 84, commi 2 e 3 del tuir.

Diversamente, nel caso in cui le società in nome collettivo o in accomandita semplice abbiamo optato per il regime di contabilità semplificata, il reddito sarà determinato ai sensi dell'art. 66 del tuir e troverà applicazione il riporto orizzontale delle perdite di cui all'art. 8 comma 1 del tuir.

Con riferimento alle perdite realizzate nell'ambito di una società in accomandita semplice si pone un problema di tipo interpretativo a cui hanno dato risposte diverse dottrina, amministrazione finanziaria e giurisprudenza¹³⁵. Si tratta della imputazione per

¹³³ In tal senso cfr. STIGLITZ, *Economia del settore pubblico*, Milano, 1993.

¹³⁴ In tal senso cfr. V. UCKMAR, *Il conflitto fra la vita delle imprese e la tassazione annuale dei loro redditi*, *op. cit.*, p. 216.

¹³⁵ Sul punto in dottrina cfr. L. DONNINI, *Il riparto delle perdite nelle società in accomandita semplice*, in *Boll. trib.*, 2008, n. 23, p. 1804; P. MONTINARI, *L'attribuzione delle perdite ai soci "nelle società in accomandita semplice"*, in *Le Società*, n. 5, 2007, p. 579; J. BLOCH, L. SORGATO, *L'imputazione delle*

trasparenza delle perdite dalla società ai propri soci accomandanti ed accomandatari nel caso in cui le perdite superino l'ammontare del capitale conferito.

La questione interpretativa nasce dal coordinamento fra la disciplina posta dall'art. 8 del tuir e l'art. 5. Come noto il 2 comma dell'art. 8 del tuir stabilisce che “*Le perdite delle società in nome collettivo ed in accomandita semplice di cui all'art. 5, nonché quelle delle società semplici e delle associazioni di cui allo stesso articolo derivanti dall'esercizio di arti e professioni si sottraggono per ciascun socio o associato nella proporzione stabilita dall'art. 5. Per le perdite della società in accomandita semplice che eccedono l'ammontare del capitale sociale la presente disposizione si applica nei soli confronti dei soci accomandanti*”.

L'art. 5 del Tuir stabilisce che i redditi delle società di persone sono imputati ai soci, indipendentemente dalla percezione, proporzionalmente alla quota di partecipazione agli utili¹³⁶.

Sembra chiara la *ratio* del combinato disposto degli articoli 5, 1 comma e 8 comma 2 del tuir i quali hanno cercato di trovare il coordinamento con la disciplina civilistica di cui all'art. 2313 c.c. secondo la quale i soci accomandatari rispondono solidalmente e illimitatamente per le obbligazioni sociali mentre i soci accomandanti rispondono limitatamente alla quota conferita: il che significa in primo luogo che essi non corrono altri rischi al di fuori di quello di perdere il capitale conferito ed in secondo luogo che essi non sono obbligati, patrimonialmente, se non ad eseguire il conferimento pattuito. La relazione governativa in sede di lavori preparatori del Tuir con riferimento all'art. 8 del tuir segnalando le innovazioni, sottolineava “*quella del secondo comma secondo cui*

perdite nelle s.a.s., in *Corr. trib.*, n. 20, 2002, p. 1811; A. IACODINI, *Società in accomandita semplice e perdite eccedenti il capitale sociale: in che limiti possono essere dedotte dagli accomandatari?*, in *Rass. trib.*, 1994, p. 958; S. LEARDINI, *Società di persone. Rilevanza delle perdite da partecipazioni in s.a.s.*, in *Corr. trib.*, n. 7 del 1993, p. 450. Con riferimento ai pronunciamenti dell'Amministrazione finanziaria cfr. Risol. n. 152, del 4 ottobre 2001 con il commento in dottrina di G. BERARDO, V. DULCAMARE, *L'accomandatario deduce le perdite eccedenti le quote dell'accomandante*, in *Corr. trib.*, n. 48, 2001, p. 3648; conforme successivamente la circ. n. 41/E del 2002. In Giurisprudenza conforme all'orientamento dell'Amministrazione finanziaria cfr. Cass., 24 maggio 2006, n. 12332, in *Le Società*, n. 5 del 2007, p. 579 con il commento di Montinari prima citato; CTP di Mantova n. 404 del 9 dicembre 1996 e CTP di Alessandria n. 31 del 15 marzo 2001; *contra* CTP di Salerno, Sez. XIX, 31 luglio 1997, n. 226 in GT, n. 2 del 1998, p. 147 con il commento di M. CAPELLO, *Attribuzione delle perdite nelle società in accomandita semplice*.

¹³⁶ Sul punto cfr. P.R. SORIGNANI, A. Rocchi, *Riflessioni minime sull'imputazione dei redditi delle società di persone*, in *Corr. trib.*, n. 45, 2002, p. 4093.

le perdite delle società in accomandita semplice che eccedono l'ammontare del capitale sociale sono deducibili soltanto dai soci accomandatari". In altri termini tale norma stabiliva il collegamento fra la disciplina fiscale e quella civilistica prevedendo che per i soci accomandanti, limitatamente responsabili, la perdita conseguita dalla società, loro spettante, è deducibile, per il calcolo del reddito complessivo, per un ammontare non superiore alla quota del capitale sociale da loro posseduta. L'art. 8 del tuir deroga all'art. 5 secondo cui gli utili nell'ambito delle società di persone sono attribuiti ai soci in proporzione alla quota di partecipazione agli utili. L'attribuzione delle perdite eccedenti l'ammontare del capitale sociale si applica solo nei confronti dei soci accomandatari. Tale disposizione è ispirata ad esigenza di tutela patrimoniale dei soci accomandanti i quali rispondono solo limitatamente ai conferimenti iniziali e solo in tali limiti viene riconosciuta la deduzione, per trasparenza, delle perdite sociali.

10.1. La deduzione della perdita da parte dei soci accomandatari eccedente la quota di capitale sociale.

Dubbi interpretativi sono nati in relazione alla quota di perdita eccedente il capitale sociale deducibile per i soci accomandatari.

Secondo un'interpretazione più restrittiva e letterale le perdite, ancorché eccedenti il capitale sociale, si possono imputare al socio accomandatario solo nella misura della partecipazione agli utili, in base all'art. 5 del tuir. In tal senso si è espressa sia una parte della dottrina¹³⁷ che una parte della giurisprudenza di merito¹³⁸ le quali interpretando l'ultimo periodo dell'art. 8, 2 comma, del tuir sostengono che anche nella ripartizione delle perdite eccedenti il capitale sociale in capo ai soci accomandatari debba essere rispettata le proporzioni stabilite dall'art. 5 del tuir -così come richiamato nel primo periodo dello stesso 2 comma dell'art. 8- secondo cui "le perdite si sottraggono per ciascun socio o associato nella proporzione stabilita dall'art. 5". Così opinando rimarrebbero in deducibili sia in capo al socio accomandatario che in capo al socio accomandante parte delle perdite eccedenti il capitale sociale riferibile alla quota di partecipazione agli utili dei soci accomandanti.

¹³⁷ Cfr. M. LEO, *Le imposte sui redditi nel T. U.*, Milano, 2006.

¹³⁸ Cfr. CTP Salerno, Sez. XIX, 31 luglio 1997, n. 226; CTP Alessandria, Sez II, 30 settembre 1999, n. 603; CTP Alessandria, Sez. I., 14 febbraio 2001, n. 14.

Diversamente altra parte della dottrina e la Suprema Corte di Cassazione¹³⁹ hanno sostenuto che l'intera perdita debba essere attribuita ai soci accomandatari per evitare che una parte della perdita sostenuta dalla società non sia interamente deducibile in quanto non imputabile né al socio accomandante né all'accomandatario. Altrimenti si renderebbe fiscalmente irrilevante una parte della perdita corrispondente alle quote degli accomandanti. Conformemente a tale posizione si è espressa l'Amministrazione finanziaria la quale ha sottolineato che l'art. 8 del tuir “*non fissa un limite alla complessiva deducibilità delle perdite fiscali ma detta, invece, un criterio per la loro ripartizione*”. E' evidente che tale criterio è ricollegabile alla posizione del socio accomandatario il quale risponde delle obbligazioni sociali solidalmente ed illimitatamente con tutto il proprio patrimonio indipendentemente dalla quota conferita, così come previsto dall'art. 2313 del c.c.¹⁴⁰.

In tal modo il legislatore fiscale ha cercato un coordinamento con la disciplina civilistica con riferimento ai diversi gradi di responsabilità patrimoniali all'interno della società in accomandita semplice.

10.2. (...segue) le problematiche applicative connesse alla deduzione delle perdite da parte degli accomandatari eccedenti il capitale sociale.

Se questa è la *ratio* della disciplina fiscale ovvero un allineamento alla disciplina civilistica, è bene notare che non sembra corretto confrontare la perdita fiscale subita

¹³⁹ In tal senso cfr. L. DONNINI, *Il riparto delle perdite nelle società in accomandita semplice*, in *Boll. trib.*, 2008, n. 23, p. 1804; P. MONTINARI, *L'attribuzione delle perdite ai soci “nelle società in accomandita semplice”*, in *Le Società*, n. 5, 2007, p. 579; J. BLOCH, L. SORGATO, *L'imputazione delle perdite nelle s.a.s.*, in *Corr. trib.*, n. 20, 2002, p. 1811; A. IACODINI, *Società in accomandita semplice e perdite eccedenti il capitale sociale: in che limiti possono essere dedotte dagli accomandatari?*, in *Rass. trib.*, 1994, p. 958; S. LEARDINI, *Società di persone. Rilevanza delle perdite da partecipazioni in s.a.s.*, in *Corr. trib.*, n. 7 del 1993, p. 450. Con riferimento alla Suprema Corte cfr. sentenza n. 12332 del 24 maggio 2006; conforme Cass. n. 15161 del 26 giugno 2009 secondo cui “*Poiché, tuttavia, delle perdite eccedenti il capitale sociale i soci accomandatari rispondono illimitatamente, è allora evidente che la norma, tenuto conto della sua inequivoca ratio, va interpretata nel senso che l'intera perdita eccedente il capitale sociale deve essere suddivisa tra i soci accomandatari in proporzione della loro partecipazione, non rinvenendosi ragione alcuna, in base agli ordinari criteri ermeneutici, per ritenere che il legislatore abbia inteso rendere fiscalmente irrilevante, in contrasto con il principio generale che si è sopra individuato, la perdita corrispondente alle quote di partecipazione degli accomandanti (cfr. Cassazione civile, 5° sezione del 24 maggio 2006 n. 12332).*”

¹⁴⁰ Cfr. Risol. 4 ottobre 2001, n. 152; conforme successivamente Circ., Agenzia Entrate, n. 41/E del 2002, entrambi reperibili al sito internet www.finanze.it.

all'ammontare del capitale sociale senza tenere in considerazione che vi possono essere delle riserve di utili non distribuiti e non sempre una perdita fiscale coincide con la perdita civilistica. In altri termini, in una società in accomandita semplice dotata di riserve, la perdita non va ad incidere direttamente sul capitale sociale, ma può trovare copertura mediante l'utilizzo delle medesime riserve. Non avrebbe alcun senso, infatti, ai fini dell'imputazione circoscritta delle perdite, il mero confronto numerico tra l'entità delle perdite e del capitale sociale, senza che si tenga in considerazione l'esistenza di riserve del patrimonio netto. Tanto più che richiamando proprio quelle norme a cui il legislatore fiscale si è ispirato richiedono ai fini della tutela dell'integrità del capitale sociale ai sensi degli artt. 2446 e 2447 del c.c. che la perdita sia rapportata anzitutto all'ammontare delle riserve esistenti e solo nel caso in cui fossero incapienti all'ammontare del capitale. Finché il capitale non verrà intaccato non vi sarà neppure la responsabilità personale dei soci accomandatari che, qualora personalmente aggrediti, potranno opporre ai creditori istanti la capienza della dotazione patrimoniale societaria ai fini della integrale soddisfazione delle loro pretese creditorie così come previsto dall'art. 2304 del c.c.

Non sempre la presenza di una perdita fiscale eccedente in termini quantitativi l'ammontare del capitale sociale comporta una responsabilità patrimoniale dei soci illimitatamente responsabili e pertanto la necessità di limitare la responsabilità patrimoniale dei soci accomandanti. Ciò accade solo nel caso in cui la perdita, tenuto conto delle riserve, ha superato il capitale sociale conferito dai soci.

Anche il disallineamento fra perdita civilistica e perdita fiscale fa venir meno l'esigenza di applicare l'art. 8, 2 comma, ultimo periodo del tuir. Come ricordato in precedenza, l'art. 8, 2 comma, ultimo periodo del tuir stabilisce che le perdite della società in accomandita semplice che eccedono l'ammontare del capitale sociale sono attribuite ai soci accomandatari. Per l'attribuzione della perdita eccedente il capitale sociale in capo al socio accomandatario è, tuttavia, necessario confrontare la perdita civilistica e non quella fiscale con il capitale sociale. Qualora la perdita civilistica fosse nei limiti del capitale sociale conferito non scatterebbe la responsabilità patrimoniale del socio accomandatario e pertanto non sarà necessario limitare neppure quella del socio accomandante. In tal caso la perdita fiscale anche se superiore al capitale sociale andrà ripartita fra i soci accomandanti e i soci accomandatari in proporzione alle loro quote di

partecipazione all'utile. Tali considerazioni nascono non solo da un'esigenza di ricostruire in modo corretto il dato normativo confrontando entità omogenee (perdita civilistica con il capitale sociale) ma sono dettate anche da considerazioni logico-sistematiche proprio nella considerazione della loro *ratio*. Se l'intento della normativa fiscale è quello di coordinarsi con quella civilistica non avrebbe senso imporre un'attribuzione delle perdite fiscali in modo differenziato tenendo conto della limitata responsabilità dei soci accomandanti e illimitata di quelli accomandatari se tali esigenze non si pongono nel campo civile. L'imputazione delle perdite fiscali eccedenti il capitale sociale in capo al socio accomandatario dovrà essere fatta solo nel caso in cui la perdita civilistica sia superiore al capitale sociale. Solo in tal caso, infatti, le passività eccedenti il capitale sociale sarebbero coperte dal patrimonio personale del socio accomandatario in quanto illimitatamente responsabile.

10.3. Il riporto delle perdite da parte della società in nome collettivo e in accomandita semplice in caso di soci persone giuridiche.

Come noto a seguito della modifica del codice civile ora anche le società in nome collettivo ed in accomandita semplice possono essere detenute da società di capitali. Il comma 2 dell'art. 2361 cod. civ. stabilisce, infatti, che: *“l'assunzione di partecipazioni in altre imprese comportante una responsabilità illimitata per le obbligazioni delle medesime deve essere deliberata dall'assemblea; di tali partecipazioni gli amministratori danno specifica informazione nella nota integrativa al bilancio”*.

L'art. 101, comma 6 del tuir, modificato dalla lett. m) comma 33, della legge n. 244/2007, disciplina l'imputazione della perdita alle società di capitali. In particolare viene disposto che *“le perdite attribuite per trasparenza dalle società in nome collettivo e in accomandita semplice sono utilizzabili solo in abbattimento degli utili attribuiti per trasparenza nei cinque periodi di imposta successivi dalla stessa società che ha generato le perdite”*. Le perdite, dunque, imputate per trasparenza non possono essere utilizzate per abbattere gli utili delle società di capitali ma possono essere utilizzate, nei limiti dei cinque anni, per abbattere l'utile delle società di persone attribuiti per trasparenza. La *ratio* della norma è chiaramente antielusiva avendo lo scopo di impedire che le società di persone, escluse dal nuovo regime di limitazione della deducibilità

degli interessi, possano, indirettamente, legittimare la deduzione degli interessi passivi eccedenti la misura prevista dall'art. 96 del Tuir attraverso l'imputazione ai soci delle perdite conseguite per effetto degli oneri finanziari.

La norma così come congeniata non sembra essere proporzionata rispetto all'obiettivo che persegue almeno sotto due punti di vista.

Anzitutto, la sua applicazione indiscriminata non tiene conto del fatto che le perdite generate dalle società di persone possono anche non derivare dalla deduzione degli oneri finanziari ma possono essere perdite operative generate dalla gestione caratteristica della società. Tale problema potrebbe essere superato attraverso l'interpello previsto dall'art. 37-bis, 8 comma, del d.pr. n. 600 del 1973 il quale prevede la possibilità per il contribuente di disapplicare la norma antielusiva specifica a patto che dimostri che nella particolare fattispecie tali effetti elusivi non si sono prodotti.

Secondariamente dal tenore letterale dell'art. 101, comma 6 del Tuir, sempre non applicabile l'art. 8, comma 3, il quale rinviando all'art. 84, comma 2 del Tuir rende applicabile anche alle società di persone il riporto illimitato delle perdite prodotte nei primi tre esercizi. L'art. 101, comma 6, del Tuir, infatti, prevede che *“Le perdite attribuite per trasparenza dalle società in nome collettivo e in accomandita semplice sono utilizzabili solo in abbattimento degli utili attribuiti per trasparenza nei successivi cinque periodi d'imposta della stessa società che ha generato le perdite”*.

Tale norma, dunque, non solo non consente l'utilizzabilità della perdita da parte della società di capitale ma la stessa perdita potrà essere utilizzata solo “nei successivi cinque periodi d'imposta”, estendendo così il limite quinquennale anche nel caso in cui le perdite si fossero prodotte nei primi tre periodi di imposta di costituzione della società.

E' evidente il trattamento asimetrico prodotto da tale norma che potrebbe, tuttavia, essere superato attraverso un'interpretazione sistematica e non basandosi esclusivamente sul dato letterale¹⁴¹.

11. La compensazione delle perdite nell'ambito di due istituti tipici dell'IRES: la trasparenza fiscale e il consolidato nazionale.

¹⁴¹ In tal senso cfr. G. FRANSONI, *Finanziaria 2008 e modifiche alla disciplina delle perdite*, op. cit., pp.666-667.

11.1 Il riporto delle perdite nell'ambito della trasparenza fiscale ai sensi dell'art. 115 del tuir.

Anche nell'ambito dell'IRES è previsto l'applicazione del regime opzionale della trasparenza fiscale disciplinato dall'art. 115 del Tuir¹⁴² che consente, a determinate condizioni, per le società di capitali residenti, di utilizzare i risultati positivi o negativi della società partecipata in compensazione dei propri risultati¹⁴³. La compensazione avviene, come nel caso delle società di persone¹⁴⁴, attraverso l'imputazione per trasparenza dei risultati positivi o negativi delle società partecipate. Le perdite sono imputate in proporzione alle rispettive quote di partecipazione ed entro il limite della propria quota di patrimonio netto contabile della società partecipata. Non si fa riferimento alla quota di partecipazione all'utile, come diversamente disposto dall'art. 8 del tuir per le società di persone, il quale stabilisce che le perdite si imputano nella stessa misura nella quale vengono imputati gli utili ai sensi dell'art. 5 del Tuir. L'art. 115, 3 comma e l'art. 7 del D.M. 23 aprile 2004, il decreto attuativo di tale disciplina, imputando le perdite in base alla loro quota di partecipazione aveva ben presente il fatto che nell'ambito delle società di capitali è possibile creare categorie di azioni fornite di diritti diversi in caso di produzione di utili ovvero di perdite¹⁴⁵.

Inoltre, il limite della quota di perdita deducibile nei limiti della propria quota di partecipazione al patrimonio netto contabile della società poneva il problema del trattamento delle eventuali eccedenze. Ritenendo applicabile l'art. 8, comma 2 del tuir

¹⁴² Per un commento al regime della trasparenza fiscale introdotto dall'art. 115 del Tuir si vedano, in particolare, A. FANTOZZI, A. SPOTO, *Prime osservazioni in materia di trasparenza fiscale delle società di capitali*, in *Riv. dir. trib.*, 2003, p. 685; L. SALVINI, *La tassazione per trasparenza*, in *Rass. trib.*, 2003, p. 1504; F. MENTI, *Il regime della trasparenza fiscale esteso alle società di capitali*, in *Boll. trib.*, 2004, p. 245; A. PACE, *Ancora sulla trasparenza fiscale nell'Ires: quale continuità con l'istituto disciplinato nell'art. 5 del Testo Unico?*, in *Boll. trib.*, 2004, p. 485; V. FICARI, *Profili applicativi e questioni sistematiche dell'imposizione per trasparenza delle società di capitali*, in *Rass. trib.*, 2005, p. 38; F. DAMI, *La trasparenza delle società di capitali: alcune riflessioni per un inquadramento sistematico*, in *Giur. Imp.*, 2005; M. POGGIOLI, *Appunti sul regime di tassazione per trasparenza intersocietario di cui all'art. 115, TUIR: profili funzionali, aspetti applicativi e risvolti problematici*, in *Dir. prat. trib.*, 2006, I, p. 47.

¹⁴³ Per un commento di tale disciplina con riferimento alle perdite cfr. R. MICHELUTTI, *Profili elusivi del riporto delle perdite nel consolidato fiscale e nella trasparenza*, in *Elusione ed abuso nel diritto tributario, op. cit.*, p. 137 e ss.

¹⁴⁴ L'art. 4, comma 1, lett. a), della legge n. 80 del 2003, la legge delega per la riforma del sistema fiscale attuato con d.lgs. n. 344/2003 (c.d. Riforma Tremonti) aveva infatti espressamente richiamato il regime fiscale previsto dall'art. 8 per le società di persone.

¹⁴⁵ In tal senso cfr. Circ., Agenzia Entrate, n. 49/E del 22 novembre 2004.

l'eccedenza non si sarebbe potuta recuperare, posto che la facoltà di computarsi le perdite in misura superiore alla quota di capitale sociale compete solo ai soci accomandatari illimitatamente responsabili. Nel regime di trasparenza, essendo in presenza di soci limitatamente responsabili, la perdita eccedente la quota di patrimonio netto sarebbe stata perduta.

Il D.M. del 23 aprile 2004 ha risolto il problema dell'eccedenza stabilendo all'art. 7, comma 2 che la perdita eccedente il patrimonio netto contabile resta in capo alla società partecipata e sarà utilizzata per compensare il reddito realizzato nei successivi periodi di imposta. In tal modo viene fugato ogni timore circa la possibilità di perdere la perdita eccedente il patrimonio netto contabile.

Inoltre, l'art. 7, comma 2 del decreto ministeriale *de quo*, ha stabilito che il patrimonio netto contabile alla data di chiusura dell'esercizio¹⁴⁶ deve essere determinato senza considerare la perdita dell'esercizio e tenendo conto dei conferimenti effettuati entro la data di approvazione del bilancio.

Incidentalmente, è da notare che la formulazione della norma e del D. M. 23 aprile 2004 attuativo della disciplina in oggetto, ha fatto riferimento non tanto alla quota di capitale ma a quella di patrimonio netto, includendovi correttamente le riserve. Di contro, come abbiamo visto, per le società in accomandita semplice, il riferimento alla quota di capitale sembra un dato letterale che porta ad escludere la considerazione di eventuali riserve nel calcolo della quota di perdita da potersi imputare. Ragioni di coerenza, di logica e uniformità vorrebbe che sotto questo profilo, anche nel caso di società in accomandita semplice, si tenesse conto delle riserve.

A differenza di quanto avviene nel consolidato, come vedremo, il risultato fiscale attribuito per trasparenza è riferibile unicamente alla società partecipante e non ha natura autonoma rispetto al reddito complessivo del partecipante¹⁴⁷.

Se il socio non riuscirà ad utilizzare integralmente le perdite che gli sono imputate potrà utilizzarle in diminuzione sia di redditi che in futuro verranno dal regime di trasparenza sia da redditi diversi sempre secondo le regole contenute nell'art. 84 del tuir. Così, potrà

¹⁴⁶ Invero la norma non fissa la data entro cui fare riferimento per il computo del patrimonio netto ma la chiusura dell'esercizio era la scelta più coerente, poi confermata dall'Agenzia delle Entrate nella Circ. n. 49/E del 2004, par. 2.10.2.

¹⁴⁷ G. ZIZZO, *op. cit.*, p. 942; M. POGGIOLI, *La limitata spendibilità delle perdite pregresse nei regimi opzionali di trasparenza*, in *Corr. trib.*, 2006, p. 3169.

riportare la perdita senza limiti di tempo qualora si tratti di perdite imputate alla società partecipante nei suoi primi tre periodi di imposta¹⁴⁸. Tuttavia per godere di tale disposizione è necessario che vengano soddisfatte le condizioni previste dall'art. 84, comma 2, del tuir così come recentemente modificato dall'art. 36, comma 12, lett. a), n. 2 del d.l. n. 223 del 2006. La verifica del rispetto di tali condizioni dovrà essere fatto in capo alla società partecipante e non alla società partecipata trasparente posto che a seguito dell'esercizio della trasparenza di cui all'art. 115 del tuir la perdita si considera prodotta dalla società partecipante¹⁴⁹.

11.2. (...segue) l'impossibilità di compensare le perdite pregresse della società partecipante con gli utili imputati per trasparenza.

Prima delle modifiche all'art. 115, comma 3 del Tuir per opera del d.l. n. 223 del 2006, prima citato, era possibile compensare le perdite pregresse della società partecipante con i redditi imputati per trasparenza, diversamente da quanto previsto nel caso del consolidato di cui all'art. 118, comma 3, del tuir.

Tale disciplina, tuttavia, è stata modificata dall'art. 36, comma 9, del d.l. n. 223 del 2006, che novellando l'art. 115, comma 3, ha stabilito che le perdite fiscali dei soci maturate in esercizi anteriori a quello di validità dell'opzione non sono compensabili con i redditi della partecipata trasparente¹⁵⁰. La modifica è finalizzata ad equiparare il trattamento delle perdite pregresse dei soci a quello stabilito nel regime del consolidato nazionale e ad evitare possibili manovre elusive. L'impossibilità di utilizzo delle perdite del socio riguarda i redditi delle partecipate prodotti a partire da esercizi che iniziano dopo il 4 luglio 2006, indipendentemente dalla chiusura dell'esercizio del socio. Nel caso di una società con perdite pregresse che realizza un reddito di cui una parte effetto della imputazione di una partecipata trasparente, essa potrà utilizzare eventuali perdite pregresse solamente per la parte non relativa alla imputazione della società trasparente. Ad esempio se la società conseguisse un reddito di 1.000 di cui 200 relativi a redditi da

¹⁴⁸ In tal senso cfr. Circ. n. 49/E del 22 novembre 2004 confermata dalla Circ., Agenzia Entrate, n. 10/E del 16 marzo 2005, punto 7.2.

¹⁴⁹ In tal senso si è espressa l'Agenzia Entrate, Circ. n. 10/E del 10 marzo 2005

¹⁵⁰ Per un primo commento di tale modifica, v. M. GIACONIA, L. GRECO, *Limiti all'utilizzo delle perdite pregresse nella trasparenza*, in *Corr. trib.*, 2007, p. 1036; F. CIANI, *Nuovi limiti nella deduzione delle perdite fiscali*, in *Boll. trib.*, 2007, p. 683.

trasparenza, la società potrebbe utilizzare perdite pregresse al massimo per 800 (1.000-200) non potendo, quindi, utilizzare le perdite pregresse a copertura dei redditi da trasparenza¹⁵¹. Pertanto, oltre al limite temporale di spendibilità della perdita viene introdotto un altro *discrimen* che condizionano la sua spendibilità¹⁵². Solo le perdite realizzate in costanza di regime di trasparenza possono essere interamente compensate con gli utili imputati per trasparenza. Infine, si ricorda che anche per le perdite compensate dai soci con redditi realizzati dalla partecipata trasparente prima dell'efficacia della disposizione (quindi degli esercizi 2004, 2005, 2006) potrà essere applicata la norma antielusiva prevista dall'art. 37-*bis*, D.P.R. 600/1973, per disconoscere la compensazione laddove si dimostri che essa è stata effettuata senza valide ragioni economiche e per esclusive finalità di risparmio fiscale.

La modifica di tale norma non risponde a logiche di sistema, piuttosto, mira ad introdurre una disposizione antielusiva specifica rivolta a reprimere determinate condotte elusive preventivamente identificate dal legislatore¹⁵³. Si vuole evitare che venga aggirato il limite posto dall'art. 118, comma 2 del tuir che impedisce l'utilizzo delle perdite anteriori all'esercizio dell'opzione per il consolidato fiscale nazionale. Riducendo preordinatamente la quota di partecipazione nella società controllata, la società controllante potrebbe accedere alla tassazione per trasparenza aggirando così il divieto di compensare le perdite pregresse all'esercizio dell'opzione di consolidamento. E' evidente la finalità antielusiva che l'ha ispirata, assimilabile a quella che ha portato a modificare l'art. 101, comma 6 del tuir, il quale come visto mirava ad evitare che venisse aggirato il limite dell'art. 96 attraverso l'assunzione di finanziamenti da parte di società di persone, le cui perdite sarebbe state imputate per trasparenza ai soci società di capitali. A confermare la natura prettamente antielusiva vi è la circostanza che tale limite non è esteso alle perdite di società di persone detenute nell'ambito dell'attività di impresa in regime Irpef. In tal caso non vi è stata l'estensione del limite di cui all'art.

¹⁵¹ Per questo si parla limitata spendibilità della perdite pregresse, M. POGGIOLI, *op. cit.*, p. 3169.

¹⁵² Diffusamente cfr. M. POGGIOLI, *op. cit.*, p. 3169 il quale si esprime in senso critico a tale norma ritenendo che la riduzione della quota sociale al fine di aderire alla tassazione per trasparenza potrebbe essere perseguita attraverso l'art. 37-*bis* del d.p.r. n. 600 del 1973 non essendo necessario introdurre una presunzione assoluta di elusività.

¹⁵³ Nella relazione governativa al d.l. n. 223/2006 viene chiaramente espresso che l'intenzione è quella di evitare manovre di pianificazione fiscale cercando di utilizzare lo strumento della trasparenza per finalità esclusivamente elusive.

101, comma 6, del tuir poiché per i soggetti Irpef in regime d'impresa non è applicabile il limite di deducibilità degli interessi di cui all'art. 96 del tuir. In tal caso, dunque, non si può verificare l'elusione che ha determinato la modifica del 6 comma dell'art. 101 del tuir¹⁵⁴.

Tuttavia, come già ricordato a commento dell'art. 101, comma 6 del tuir, l'assoluta impossibilità di compensare le perdite pregresse stabilita dall'art. 115, comma 3, del tuir, sembra una misura non proporzionata rispetto all'obiettivo che si vuole perseguire poiché non vi può essere una presunzione assoluta di elusività. In soccorso potrebbe venire l'istituto dell'interpello disapplicativo di cui all'art. 37-bis, comma 8, del d. p. r. n. 600 del 1973 sostenendo che l'art. 115, comma 3 riconosce l'ammissibilità proprio per la sua natura di norma specifica antielusiva¹⁵⁵.

11.3. La trasparenza fiscale della s.r.l. a ristretta base azionaria di cui all'art. 116 del tuir.

La disciplina fiscale della trasparenza di cui all'art. 116 del tuir prevede la possibilità per le società a responsabilità limitata a ristretta base azionaria di imputare il reddito ai soci, persone fisiche, con i limiti previsti dall'art. 115, 3 comma del tuir¹⁵⁶.

Non troverà applicazione solo il terzo periodo dell'art. 115, comma 3, del tuir, secondo il quale le perdite sono imputate in proporzione alle rispettive quote di partecipazione ed entro il limite del patrimonio netto; ma anche il limite di spendibilità delle perdite pregresse del socio le quali non potranno essere utilizzate per scomputare i redditi della società partecipata, in quanto l'art. 36, comma 10, del d.l. n. 223 del 2006 ha esteso tale limite anche alla c.d. piccola trasparenza.

Indubbiamente, tale circostanza si avrà solo nel caso in cui la partecipazione sia detenuta da una persona fisica nell'ambito del reddito di impresa sottoposto ad Irpef. Tuttavia, a seguito della modifica dell'art. 8, 3 comma, del tuir, tale limitazione troverà

¹⁵⁴ Diffusamente cfr. R. MICHELUTTI, *Profili elusivi del riporto delle perdite nel consolidato fiscale e nella trasparenza*, op. cit., p. 175.

¹⁵⁵ R. MICHELUTTI, *ult. op. cit.*, p. 179.

¹⁵⁶ Sul riporto delle perdite nell'ambito dell'art. 116 del tuir cfr. R. ARTINA, V. ARTINA, *Riporto delle perdite nella piccola trasparenza*, in *Corr. trib.*, 2006, p. 3339; D. DEOTTO, L. TESTONE, *Il trattamento delle perdite nel regime di trasparenza*, in *Corr. trib.*, 2005, p. 17; L. MIELE, *Perdite in primo piano nel regime di trasparenza fiscale*, in *Corr. trib.*, 2004, p. 503

applicazione solo per le imprese in contabilità ordinaria, posto che se fossero in contabilità semplice sarà ammesso solo il riporto orizzontale. In altre parole, una partecipazione in una s.r.l., detenuta nell'ambito del regime di impresa in contabilità semplificata non vi sarà un problema di compensare perdite pregresse poiché le stesse potevano essere compensate nel solo esercizio di realizzo con le altre categorie reddituali.

In tal caso anche la perdita imputata per trasparenza potrà essere utilizzata esclusivamente in compensazione orizzontale con eventuali redditi positivi di altre categorie reddituali ma non potrebbe essere riportata nei successivi esercizi. Diversamente in caso di partecipazione detenuta nel regime di impresa in contabilità ordinaria la disciplina fiscale della perdita seguirà le regole previste dall'art. 115. Si segnala, tuttavia, che l'applicazione di tale limite appare incoerente ed irrazionale rispetto la *ratio* a cui la tassazione della società a ristretta base azionaria era ispirata, ovvero l'assimilazione a quella delle società di persone¹⁵⁷. La stessa Amministrazione finanziaria aveva riconosciuto che scopo di tale norma era quello di evitare il limitato effetto di doppia imposizione economica per i dividendi distribuiti dalla s.r.l. a ristretta base proprietaria. Tale doppia imposizione sia pure limitata penalizzerebbe, nei fatti, i soci delle società a responsabilità limitata rispetto a quelli delle società di persone¹⁵⁸.

L'estensione anche alla c.d. piccola trasparenza del limite di cui all'art. 115, comma 3, del tuir appare irragionevole posto che introduce un ulteriore vincolo al riporto verticale delle perdite che non è presente nel caso di società di persone. Sarebbe, pertanto, più conveniente trasformare una s.r.l. in una società di persone, veramente trasparente, piuttosto che aderire alla trasparenza disciplinata dall'art. 116 del tuir.

Tale limitazione è ancora più irrazionale solo se si considera che il divieto previsto dall'art. 115, comma 3, non si applica nel caso in cui una società di capitali detenesse una società di persone. L'unico limite, infatti, contenuto nell'art. 101, comma 6, del tuir è riferito alle perdite della società di persone. Non vi è alcun riferimento alle perdite pregresse del socio, potrebbero essere utilizzate in compensazione con i redditi imputati per trasparenza della società di persone. Così, attraverso la trasformazione della società

¹⁵⁷ Cfr. *ex multis*, F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario, parte speciale*, Torino, 2005, p. 159.

¹⁵⁸ Circ. n. 25/E del 20 ottobre 2004, punto 5.5., in *Corr. trib.*, 2004, p. 3571, con commento di F. SERAO, L. VARIANO.

partecipata da s.r.l. in società di persone si potrebbe essere possibile aggirare il limite previsto dall'art. 115, comma 3 del tuir. Di tale contrario avviso è stata l'Amministrazione finanziaria la quale, benché non espressamente previsto dalla norma, ha ritenuto applicabile tale regime antielusivo, anche alla trasformazione regressiva della società partecipata in società di persone. In base all'art. 5 del tuir, infatti, sarebbe astrattamente applicabile il principio generale ivi contenuto secondo cui si possono compensare le perdite delle società partecipanti con i redditi imputati per trasparenza conseguiti dalla società partecipata, ottenendo così l'effetto di eludere i divieti posti dagli artt. 118, 2 comma e 115, 3 comma del tuir.¹⁵⁹

A prescindere da tale presa di posizione sicuramente certamente, la trasformazione della società con il solo fine di utilizzare perdite pregresse in scadenza, sarebbe considerata un'operazione elusiva sindacabile dall'Amministrazione finanziaria ai sensi dell'art. 37-bis del d.p.r. n. 600 del 1973¹⁶⁰.

Tali considerazioni non eliminano, comunque, l'irrazionalità dell'estensione del limite di cui all'art. 115, 3 comma del tuir anche alla trasparenza a ristretta base azionaria.

Certamente, se la partecipazione non è detenuta in regime di impresa, la perdita non potrà essere utilizzata in compensazione con i redditi di altre categorie reddituali poiché manterrebbe la qualificazione di reddito di impresa e potrà essere¹⁶¹ utilizzate in compensazione, nei successivi cinque esercizi, di futuri redditi di impresa. Orbene,

¹⁵⁹ Agenzia Entrate, circ. n. 60/E del 16 maggio 2005 secondo cui l'art. 7 del D.M. 23 aprile 2004 limitando il riporto delle perdite antecedenti all'opzione per la trasparenza non fa altro che affermare un principio già insito nell'ordinamento tributario che trova applicazione anche con riferimento alle perdite relative a periodi di imposta anteriori alla trasformazione "regressiva" di una società di capitali in società di persone.

¹⁶⁰ Sul punto carattere elusivo delle operazioni di trasformazione per il riporto delle perdite cfr. R. LUPI, *Trasformazione di società e riporto delle perdite e norma antielusiva*, in *Riv. dir. trib.*, 1992, I, p. 765; M. NAVA, *Trasformazione di società e riporto delle perdite fiscali*, in *Riv. dir. trib.*, 1992; S. LOMBARDI, *Limiti al riporto delle perdite e trasformazione in società di persone*, in *Boll. trib.*, 2000, p. 97; S. SEBASTIANI, *Il riporto delle perdite fiscali nella trasformazione regressiva*, in *Boll. Trib.*, 2003 fasc. 2, p. 95; A. BUSCEMA, D. STEVANATO, *"Trasformazione regressiva" e riporto delle residue perdite anteriori*, in *Dialoghi dir. trib.*, 2004 fasc. 5, p. 711; R. LUPI, C. MERONE, *Trasparenza, trasformazione di società di capitali in società di persone e perdite pregresse*, in *Dialoghi dir. trib.*, 2005 fasc. 4, pp. 579; L. SORGATO, *Trasformazione di società di capitali in società di persone: ancora sulle perdite anteriori all'operazione*, in *Dialoghi dir. trib.*, 2005, p. 1397; D. STEVANATO, D., *Riporto delle perdite nella trasformazione "regressiva"*, in *Corr. trib.*, 2005, p. 1930.

¹⁶¹ Cfr. G. FERRANTI, B. IZZO, L. MIELE, V. RUSSO, *Disciplina delle perdite*, Milano, 2007, p. 230.

qualora la perdita realizzata avesse i requisiti richiesti per il riporto illimitato di cui all'art. 84 del tuir, potrà essere riportata senza limiti di tempo.

11.4. La compensazione delle perdite nell'ambito del consolidato nazionale.

Con la riforma Tremonti, D.lgs. n. 344 del 2003, viene introdotto un nuovo regime fiscale tipico di molti altri Paesi europei il quale, tra le altre cose, consente un regime particolare di riporto delle perdite: il consolidato nazionale disciplinato dagli artt. 117 e ss. del tuir¹⁶².

L'introduzione di tale istituto più che essere dettato da esigenze di modernizzazione del nostro Paese è stato necessitato dalla abolizione di alcune normative fiscali che in qualche misura consentiva il consolidamento degli imponibili, attraverso la svalutazione delle partecipazioni operate a fronte di perdite conseguite dalle partecipate e, dall'altro, tramite i crediti di imposta correlati alla distribuzione dei dividendi. La svalutazione della perdita consentiva di trasferire la perdita della società partecipata nella società partecipante; con il credito di imposta sui dividendi si potevano chiedere le imposte

¹⁶² L'introduzione di un regime fiscale assimilabile al *group relief* inglese era già stata avanzata da tempo sia nell'ambito di uno studio promosso da una Commissione di studio istituita presso la Consob e presieduta dal prof. Victor Uckmar e da un precedente disegno di legge presentato dall'on. Visco. In tal senso cfr. F. GALLO, *I gruppi di imprese e il fisco*, in *Studi in onore di Victor Uckmar*, Padova, 1997, p. 583. Per una prospettiva *de jure condendo* precedentemente all'introduzione del regime di consolidato cfr. Uckmar V., *"Gruppi" e disciplina fiscale*, in *Dir. prat. trib.*, 1996, I, 3; A. LOVISOLO, *L'imposizione dei gruppi di società: profili evolutivi*, in *L'evoluzione dell'ordinamento tributario italiano*, Atti del convegno, I settanta anni di "Diritto e pratica tributaria", Genova 2-3 luglio 1999, (coordinati da) V. UCKMAR, Padova, 1999, p. 313. In tale ultimo contributo nella prospettiva di un'introduzione di una disciplina di consolidato già si ipotizzava il gruppo di società quale soggetto strumentale e procedimentale non riconoscendo, quindi, autonomo soggettività passiva al gruppo in quanto tale, Cfr. A. LOVISOLO, *op. cit.*, p. 341. In dottrina per un'analisi della disciplina introdotta dalla Riforma Tremonti, prima delle modifiche ad opera del d.l. n. 223 del 2006 *ex multis* cfr. V. FICARI, *Gruppo di impresa e consolidato fiscale all'indomani della riforma tributaria*, in *Rass. trib.*, 2005, p. 1587; per l'analisi dell'attuale disciplina cfr. M. BEGHIN, *Il consolidato nazionale*, in *Imposta sul reddito delle società*, (a cura di) F. TESAURO, Bologna, 2007, p. 557; M. MICCINESI, *Alcune riflessioni in tema di consolidato nazionale*, in *Giur. imp.*, 2004, p. 482. Invero la riforma ha introdotto anche in consolidato mondiale che, tuttavia, non ha avuto grande successo per le notevoli difficoltà applicative e le stringenti condizioni, per un commento si rinvia *ex multis* STANCATI, *Il consolidato mondiale, L'imposta sul reddito delle società*, *op. cit.*, p. 879.

pagate dalla società partecipata, ove la partecipante fosse in perdita, producendo, di fatto, lo stesso effetto di un consolidamento diretto dei risultati reddituali¹⁶³.

Tale sistema poteva consentire il consolidamento degli imponibili anche in caso di partecipazioni minoritarie poiché non correlate al possesso di una soglia minima di azioni della partecipata, bensì proporzionalmente connesse al semplice possesso di una o più azioni. Con la riforma e l'introduzione dell'Ires, a seguito dell'abolizione del credito di imposta e dopo aver eliminato la possibilità di dedurre le svalutazioni, venne introdotto un sistema per consentire il consolidamento dei risultati reddituali tra soggetti legati da un rapporto di controllo ai sensi dell'art. 2359 del c.c.¹⁶⁴

L'operazione di consolidamento è effettuata, secondo il modello della *fiscal unit*, attuando una compensazione integrale di tutti gli imponibili positivi e negativi. Ai sensi dell'art. 118 del tuir l'esercizio dell'opzione per la tassazione di gruppo comporta “*la determinazione di un reddito complessivo globale corrispondente alla somma algebrica dei redditi complessivi netti da considerare, quanto alle società controllate, per l'intero importo indipendentemente dalla quota di partecipazione riferibile al soggetto controllante*”.

In tal modo, è evidente che le perdite realizzate da una società oggetto di consolidamento vengono utilizzate dalle altre società del gruppo riducendo così il carico fiscale complessivo.

Con tale sistema di consolidamento non è stata riconosciuta soggettività passiva al gruppo¹⁶⁵ la quale rimane comunque sempre in capo alle singole società aderenti al

¹⁶³ Cfr. D. STEVANATO, *Il riporto delle perdite e le relative tecniche di ottimizzazione nell'ambito del gruppo: leciti strumenti di pianificazione od espedienti elusivi?*, in *La fiscalità delle operazioni straordinarie*, (a cura di) R. LUPI, D. STEVANATO, F. CROVATO, Milano, 2002, p. 65.

¹⁶⁴ Per un'analisi delle norme tributarie in relazione alla nozione di controllo per tutti cfr. G. MARINO, *Controllo e gruppi: nuova Ires e codice civile a confronto*, in *La riforma del diritto societario, Il parere dei tecnici tre anni dopo*, a cura di F. DANOVÌ, Milano, 2007, p. 139; G. MARINO, *La nozione di controllo nel diritto tributario. Analisi interdisciplinare e ricostruzione sistematica*, Padova, 2008.

¹⁶⁵ Con riferimento alla soggettività tributaria di queste aggregazioni, Cfr. A. LOVISOLO, *Gruppo di imprese e imposizione tributaria*, Padova, 1985; V. UCKMAR, R. DOMINICI, (*ad vocem*), *Società (diritto tributario)*, in *Novissimo Dig., App.*, VII, Torino, 1987, p. 437; TABELLINI, *I gruppi quali nuovi soggetti passivi Irpeg*, in *Il reddito di impresa nel nuovo testo unico*, Padova, 1988, p. 677; F. GALLO, *I gruppi di imprese e Fisco*, in *Studi in onore di V. Uckmar*, I, Padova, 1997, p. 577; A. GIOVANNINI, *Soggettività tributaria e fattispecie impositiva*, Padova, 1996, p. 363; ID, *I gruppi di società*, in AA. VV., *IRPEG*, ILOR, Torino, 1996, p. 107; N. D'AMATI, *Gruppi di società fra soggettività e parasoggettività tributaria: aspetti di diritto interno*, in AA. VV., *Prime considerazioni sulla legge delega n. 80 del 7 aprile 2003 per la riforma del sistema fiscale statale*, Atti del convegno di Napoli, allegati de *Il Fisco*, n. 21 del 2 giugno

consolidato. Il mancato riconoscimento da parte della dottrina di un'autonoma soggettività tributaria non deriva dall'appiattimento del diritto tributario alla soggettività di tipo civilistico, ben potendo il legislatore tributario riferire l'obbligazione tributaria anche a soggetti non classificabili per altri settori dell'ordinamento¹⁶⁶, ma è conseguente al fatto che il soggetto in questione è privo di un'autonomia patrimoniale la quale non è un elemento indipendente della soggettività ma uno degli elementi nei quali si traduce il concetto di legittimazione alle conseguenze giuridiche¹⁶⁷. Pertanto, non è solo sufficiente che si possa riferire ad un unico soggetto una capacità contributiva espressione oggettiva della forza economica del gruppo ma che la situazione giuridica conseguente, corrispondente ad un'obbligazione, possa far sorgere un'autonoma responsabilità per la soddisfazione delle pretese creditorie. Il consolidato, infatti, così come è stato concepito non ha riconosciuto tale autonomia patrimoniale del gruppo prevedendo, diversamente, all'art. 124, comma 1 e 2 del tuir che le società controllate rimangono solidalmente responsabili, con la società controllante, per il credito tributario derivante dalle rettifiche al proprio reddito¹⁶⁸.

Pur non configurandosi come né come soggetto giuridico distinto né come soggetto passivo di imposta¹⁶⁹, la tecnica di consolidamento degli imponibili sono stati ritenuti compatibili con l'art. 53 della Costituzione, in quanto viene tassata in capo alla controllante la sommatoria di tutti i redditi prodotti dalle società del gruppo. Ovvero la

2003; A. GIOVANNINI, *Gruppo di società e capacità contributiva*, in *Diritto tributario e Corte Costituzionale*, op. cit., p. 213. In generale sul problema della soggettività in ambito tributario per tutti cfr. G.A. MICHELI, *Soggettività tributaria e categorie civilistiche*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1977, I, p. 419; di recente è tornato a valorizzare il pensiero di tale autore, il suo allievo F. GALLO, *La soggettività tributaria nel pensiero di G. A. Micheli*, in *Rass. trib.*, n. 3, 2009.

¹⁶⁶ In tal senso cfr. A. GIOVANNINI, op. cit., p. 217 e F. GALLO, *ult. op. cit.*; Fantozzi si esprime contro la possibilità di un'astratta configurabilità della soggettività tributaria del gruppo in quanto "il sistema tributario non potrebbe limitarsi ad attribuire al gruppo la soggettività passiva, ma dovrebbe fornire anche lo schema d'attuazione di tale soggettività (rappresentanza attiva e passiva, organi, responsabilità patrimoniale, etc.)", così A. FANTOZZI, *La nuova disciplina Ires: i rapporti di gruppo*, in *Riv. dir. trib.*, 2004, 492.

¹⁶⁷ A. GIOVANNINI, op. cit., p. 216.

¹⁶⁸ Sul meccanismo della tassazione di gruppo nel consolidato nella sua fase di determinazione, dichiarazione ed accertamento, cfr. A. FANTOZZI, op. cit., p. 502-507.

¹⁶⁹ A. GIOVANNINI, op. cit., p. 218; in proposito si è sostenuto che il gruppo diviene un soggetto procedimentale che consente di ottenere effetti di semplificazione sul versante della riscossione delle imposte; così D. STEVANATO, *Il consolidato fiscale nella delega per la riforma tributaria: profili problematici e prospettive di attuazione*, in *Rass. trib.*, 2002, p. 1200.

capacità contributiva del gruppo non è altro che quella delle singole società, sebbene, in ragione del consolidamento la sua quantificazione subisca o possa subire modificazioni¹⁷⁰. L'alterazione derivante dalla possibilità di compensare gli utili e le perdite fra le società potrebbe portare anche all'emersione di un reddito inferiore o addirittura negativo, espressione di una minore capacità contributiva del gruppo unitariamente inteso. Tale possibilità, tuttavia, come già ricordato era già prevista nel precedente sistema attraverso la rivalutazione o svalutazione delle partecipazioni, ovvero dell'iscrizione plusvalenze e minusvalenze ancorché non realizzate. Già nel sistema previgente, era possibile, in virtù di rapporti di controllo di modificare le basi imponibili e le conseguenti obbligazioni delle società¹⁷¹. Sotto il profilo del rispetto della capacità contributiva non rileva nemmeno la previsione della rivalsa facoltativa della controllante sulla controllata ai sensi dell'art. 127, comma 4 per il maggior reddito di gruppo derivante dalla rettifica ad una società controllata. In tal caso, infatti, si

¹⁷⁰ In tal senso cfr. A. GIOVANNINI, *op. cit.*, p. 219; *contra* Fantozzi, il quale esprime dubbi circa la *ratio* ispiratrice di tale norma. Se lo scopo era quello di tassare una capacità contributiva del gruppo unitariamente inteso, non ha molto limitare tale opzione solo in presenza di un'integrazione di tipo giuridico basata sul controllo di diritto senza considerare la possibilità che anche senza tale controllo vi potrebbe essere un'integrazione economica tale da giustificare una considerazione unitaria della sua forza economica ai fini fiscali; inoltre anche la bassa soglia di partecipazione richiesta per aderire al consolidato e la scelta concessa alla controllante di includere od escludere talune società controllate fanno dubitare della ragionevolezza/costituzionalità di tale previsione, in tal senso cfr. A. FANTOZZI, *op. cit.*, p. 511; attribuisce, dunque, natura agevolativa alla nuova disciplina Ires del consolidato in quanto deroga alle scelte imprenditoriali di articolazione giuridico di un soggetto economico unitario, in considerazione anche del fatto che al consolidamento globale (e non in base alla quota di partecipazione alla società controllata) delle posizioni tributaria corrisponda o possa corrispondere un sistema extratributario di compensazioni di cui all'art. 118 se ne stabilisce l'irrilevanza, in tal senso cfr. ID, *op. cit.*, p. 495. Sui patti di consolidamento cfr. P. PACITTO, *I patti di consolidamento*, in *Imposta sulle società*, *op. cit.*, p.673; sul trattamento ai fini dell'imposta di registro delle somme pagate in compensazione dei vantaggi ricevuti nell'ambito del consolidato cfr. F. PEDROTTI, *Trattamento ai fini dell'imposta di registro delle somme trasferite in contropartita di vantaggi fiscali ricevuti nell'ambito del consolidato fiscale domestico*, in *Riv. dir. trib.*, 2008, I, p. 561; per una prospettiva anche civilistica di tali accordi di consolidamento cfr. A. ZOPPINI, L. BARBONE, R. LUPI, D. STEVANATO, *Accordi di consolidamento tra diritto civile e diritto tributario*, in *Dialoghi dir. trib.*, 1335; E. FAZZINI, R. LUPI, *Il gruppo di società tra consolidato civilistico e somma algebrica fiscale*, in *Dialoghi dir. trib.*, p. 1061; E. M. SIMONELLI, C. DI FELICE, *La regolamentazione dei rapporti tra le società aderenti al consolidato nazionale: il contratto di consolidamento*, in *Riv. dott. comm.*, Milano, 2004, 1199. Non condivide la natura agevolativa della nuova disciplina ma comunque la qualifica come derogatoria ed eccezionale, G. TINELLI, *Il bilancio consolidato fiscale nazionale nella disciplina dell'IRES*, in *La riforma del regime fiscale delle imprese: lo stato di attuazione e le prime esperienze concrete*, (a cura di) F. PAPARELLA, Torino, 2006, p. 131.

¹⁷¹ A. GIOVANNINI, *op. cit.*, p. 220.

potrebbe configurare come un accollo o trasferimento convenzionale dell'onere d'imposta, ipotesi ritenuta conciliabile con il principio di capacità contributiva¹⁷².

11.5. (...segue) i limiti imposti dal legislatore alla compensazione delle perdite.

Pur consentendo il consolidamento dei risultati fra le diverse società appartenenti al gruppo, compresa possibilità di compensare integralmente la perdita delle società controllate, l'art. 118 del tuir pone dei limiti alla loro utilizzabilità.

In particolare le cautele previste delle cautele fiscali con riferimento alle perdite sono le seguenti:

- a) Le perdite antecedenti l'esercizio dell'opzione sono utilizzabili solo dalle società che le hanno prodotte per ridurre il proprio reddito prima della formale attribuzione dell'imponibile al soggetto consolidante¹⁷³;
- b) Le perdite maturate in corso di opzione, che non rientrano più nella disponibilità delle società aderenti al consolidato, competono alla consolidante la quale, in caso di eccedenza, le potrà riportare a nuovo secondo le regole ordinarie¹⁷⁴;
- c) Le perdite che permangono al termine dell'opzione, saranno di esclusiva disponibilità della società o ente consolidante ovvero riattribuite alle società che le hanno prodotte¹⁷⁵.

E' evidente la funzione antielusiva della lett. a) nella misura in cui serve ad impedire l'acquisto di partecipazioni di società in perdita al solo scopo di utilizzarne le perdite fiscalmente riconosciute per compensare gli utili di gruppo, mediante opzione per il consolidato. Tuttavia fino al 2006, prima della soppressione della lett. a) del 3 comma

¹⁷² Sul punto cfr. A. GIOVANNINI, *Sul trasferimento convenzionale dell'onere dell'imposta*, in *Riv. dir. trib.*, 1999, I, p. 3 ss; sulla compatibilità dell'accollo dell'imposta con il principio di capacità contributiva cfr. M. ALLENA, *Gli effetti giuridici della traslazione delle imposte*, Milano, 2005; F. PAPARELLA, *L'accollo del debito di imposta*, Milano, 2008;

¹⁷³ Così art. 118, 2 comma, del tuir. Per un commento cfr. R. MICHELUTTI, *op. cit.*, p. 147; M. PENNESI, *Indebita compensazione di perdite relative ad esercizi precedenti a quello di avvio del consolidato*, in *Corr. trib.*, 2007, p. 2968. E' da ricordare che restano in comune le perdite fiscalmente riconosciute del consolidato anche nel caso in cui vi sia un nuovo ingresso nel consolidato di nuove società, cfr. Agenzia Entrate, circ. del 20 dicembre 2004, n. 53.

¹⁷⁴ In tal senso dispone l'art. 118, 1 comma del tuir. L'art. 9 del D.M. 9 giugno 2004, attuativo delle disposizioni di cui agli artt. 117-128, prevede al comma 2, che alle perdite fiscali risultanti dalla dichiarazione si applicano le disposizioni contenute nei commi 1 e 2 dell'art. 84 del tuir.

¹⁷⁵ Tale disposizione è contenuta nell'art. 124, 4 comma, specifica nell'art. 13 del D.M. 9 giugno 2004, attuativo delle disposizioni sul consolidato nazionale.

dell'art. 84 del tuir, si poneva il problema di conciliare tale limite presente nel consolidato con l'art. 84, 3 comma, del tuir che escludeva il limite al riporto delle perdite nel caso in cui ci fosse stato un trasferimento del controllo della società in perdita all'interno dello stesso gruppo. Consapevole della contraddizione il legislatore eliminò la lett. a) del 3 comma del Tuir¹⁷⁶.

11.6. (...segue) La ripartizione delle perdite residue a seguito del consolidato.

L'articolo 124, comma 4, primo periodo, del TUIR, stabilisce che le perdite fiscali riportate a nuovo risultanti dalla dichiarazione consolidata permangono nell'esclusiva disponibilità della società o ente controllante. Il secondo periodo della medesima disposizione stabilisce, altresì, che il decreto di attuazione può prevedere appositi criteri per l'attribuzione delle perdite fiscali, risultanti dalla dichiarazione del consolidato, alle società che le hanno prodotte e nei cui confronti viene meno il requisito del controllo.

In tale ottica, il D.M. 9 giugno 2004, all'articolo 13, comma 8, ha stabilito come criterio alternativo a quello fissato dall'articolo 124, comma 4, del TUIR, che le perdite fiscali

¹⁷⁶ In dottrina cfr. D. STEVANATO, *Il consolidato fiscale nazionale*, p. 28. E' stato criticato l'utilizzo in chiave antielusiva generale che di tale norma ne ha fatto l'Amministrazione finanziaria. In una sua pronuncia, infatti, ha esteso surrettiziamente il divieto di compensare perdite pregresse nell'ambito di un'operazione di fusione infragruppo pur nel rispetto delle condizioni previste dall'art. 172, comma 7 del tuir, Risol. n. 116/E del 24 ottobre 2006; conforme la DRE Veneto, 16 febbraio 2004 e 11 agosto 2003, in *Dialoghi dir. trib.*, 2004, p. 660; per un commento critico cfr. R. MICHELUTTI, *Perdite intragruppo e consolidato fiscale: qual è la norma di sistema?*, in *Corr. trib.*, 2007, p. 985. Tale soluzione, infatti, si risolverebbe per impedire, *tout court*, la compensazione delle perdite pregresse in caso di fusione fra società controllante e controllata che non abbiamo optato per il consolidato fiscale, sul presupposto che la fusione si ponga in alternativa alla fusione. E' evidente che l'Amministrazione finanziaria non comprende le profonde differenze che vi sono anche da un punto di vista civilistico: nel caso di consolidato vi è un accordo civilistico che ha un'efficacia limitata nel tempo ed è funzionale solamente ad un calcolo complessivo degli imponibili, senza far venir meno la soggettività delle società consolidate; nel caso di operazioni di aggregazione intersoggettiva si ha un mutamento soggettivo radicale che da porta sia da un punto di vista civilistico che fiscale all'attribuzione di un'unica soggettività al soggetto risultante dalla fusione. Per una ricognizione delle ultime pronunce dell'Amministrazione sui rapporti fra la disciplina del consolidato fiscale e quello della fusione, cfr. R. MICHELUTTI, *Profili elusivi del riporto delle perdite nel consolidato fiscale e nella trasparenza*, *op. cit.*, p. 152 e ss. L. MAZZUOCCO, L.; *Il riporto delle perdite nell'ambito del consolidato fiscale in ipotesi di operazioni di riorganizzazione societaria*, in *Boll. trib.*, 2005 fasc. 22, p. 1685; R. MICHELUTTI, *Riporto delle perdite per fusioni e scissioni che non interrompono il consolidato*, in *Corr. trib.*, 2007, p. 1197; ID., *Riporto delle perdite per fusioni e scissioni che interrompono il consolidato*, in *Corr. Trib.*, 2007, p. 1366; L. MAZZUOCCO, D. STEVANATO, *Scissione, consolidato e attribuzione delle perdite*, in *Dialoghi dir. trib.*, 2007, p. 257; R. MICHELUTTI, *Il divieto di circolazione delle perdite ante consolidato travalica i confini*, in *Corr. Trib.*, 2008, p. 2052; ID.; *Le perdite nella fusione retrodata qualificabili come perdite ante-consolidato*, in *Corr. trib.*, 2008, fasc. 34, p. 2788.

residue risultanti dalla dichiarazione del consolidato possono essere imputate alle società che le hanno prodotte e nei cui confronti viene meno il requisito del controllo secondo i criteri stabiliti dai soggetti interessati, garantendo, così, la massima elasticità al sistema.

L'Agenzia delle entrate ha chiarito nella richiamata circolare n. 53/E del 2004 che, al momento della attribuzione delle perdite residue alla consolidata, qualora le società abbiano adottato un criterio diverso da quello fissato dall'articolo 124, comma 4, primo periodo, del TUIR, evitando così di lasciare le stesse nell'esclusiva disponibilità del consolidante, dovrà essere garantita la restituzione (qualora ve ne sia capienza e coerentemente con il criterio comunicato) di perdite dalla stessa prodotte, della stessa qualità di quelle a suo tempo apportate (quanto a periodo di formazione e a natura: illimitatamente riportabile o meno). Anche a tali fini, si rende necessario che siano monitorati in ogni singolo periodo d'imposta - in apposito quadro da inserire nella dichiarazione dei redditi del consolidato - gli utilizzi delle perdite prodotte, distinguendo detti impieghi sotto il duplice profilo della natura illimitatamente o limitatamente riportabile delle perdite e, relativamente a queste ultime, del periodo di imposta di formazione. L'indicazione delle stesse avverrà, dunque, per massa e non per singolo soggetto.

L'affermazione dell'Agenzia delle entrate è di rilevante interesse tenuto conto che sulla questione la dottrina aveva manifestato numerosi dubbi, partendo dal presupposto che la scelta del criterio di ripartizione delle perdite residue, rimesso alla volontà dei soggetti interessati, trovasse come unico limite la disposizione di cui all'articolo 13, comma 8, del D.M. 9 giugno 2004, il quale prevede che le perdite *“sono imputate alle società che le hanno prodotte”*¹⁷⁷.

A rafforzare tale concetto, interviene il decreto correttivo che all'articolo 5, comma 4, propone una integrazione all'articolo 124 del TUIR, prevedendo che le perdite *“sono imputate alle società che le hanno prodotte al netto di quelle utilizzate”*.

In proposito, la relazione illustrativa precisa che il limite di ripartizione delle perdite residue *“opera non solo fino a concorrenza di quelle da ciascun soggetto prodotte ma anche al netto degli utilizzi effettuati nell'ambito della tassazione di gruppo. Risultano,*

¹⁷⁷ Cfr. R. MICHELUTTI, *Nel consolidato perdite alla ricerca di regole flessibili*, il Sole 24 Ore, 12 ottobre 2004.

pertanto, ad esempio, non riattribuibili le perdite prodotte ed utilizzate nell'esercizio di produzione perché coeve con i redditi di altre società, le perdite pregresse del consolidato utilizzate a compensazione dei redditi di futuri esercizi per le quali l'importo del risparmio fiscale è stato attribuito alle società che hanno prodotto tali perdite.”.

La modifica dovrebbe¹⁷⁸ interpretarsi nel senso che le perdite vanno considerate al netto degli utilizzi effettuati nel rispetto delle ordinarie regole fiscali e, quindi, il limite individua i soggetti a cui è possibile assegnare le perdite, il *quantum* attribuibile (nel senso che non è possibile riattribuire perdite ad una società in misura superiore a quelle prodotte); la natura delle perdite (nel senso che non è possibile riattribuire perdite di natura limitata a società che in quell'esercizio hanno prodotto perdite illimitate e viceversa) e, conseguentemente, la classe di anzianità delle stesse (nel senso che non è possibile riattribuire perdite di un esercizio diverso da quello in cui la società ha generato la perdita)¹⁷⁹.

12. Profili procedurali e processuali relativi all'accertamento della perdita da parte dell'Amministrazione finanziaria e degli organi giurisdizionali (cenni).

12.1 L'accertamento della perdita da parte dell'Amministrazione finanziaria.

L'asimmetria che abbiamo evidenziato in precedenza con riferimento alla non perfetta coincidenza fra il termine quadriennale di decadenza dell'accertamento e quello quinquennale per il riporto ha posto il problema del momento nel quale l'Amministrazione finanziaria può accertare la perdita: nel momento in cui viene determinato ovvero nel momento nel quale viene utilizzata¹⁸⁰? Sul punto vi è stata una

¹⁷⁸ Il condizionale è d'obbligo, in quanto la relazione illustrativa sembra considerare utilizzo anche la mera attribuzione dell'importo del risparmio fiscale effettuato alla società che ha prodotto perdite, indipendentemente dall'effettiva corresponsione, nell'intento, evidentemente, di considerare le stesse compensate in sede di dichiarazioni dei redditi, una volta riconosciuto il debito nei confronti della società consolidata.

¹⁷⁹ Cfr. G. FERRANTI, B. IZZO, L. MIELE, V. RUSSO, *op. cit.*, p. 194 e Circ. Assonime n. 39 del 17 luglio 2007.

¹⁸⁰ Sul punto cfr. S.M. MESSINA, *In tema di perdite i termini di accertamento decorrono dal momento di formazione*, in *Corr. trib.*, n. 1, 2008, p. 57; G. GARGIULO, *Sulla non contestabilità, nell'esercizio del riporto, della perdita di un periodo di imposta definito*, in *GT*, 2007, n. 11, p. 1003; nello stessa rivista di

pronuncia della giurisprudenza di merito¹⁸¹ la quale in modo condivisibile ha fatto chiarezza con riferimento al potere dell'Amministrazione finanziaria di rettificare le perdite di esercizio. La perdita dichiarata del contribuente deve essere oggetto di accertamento nel momento in cui viene quantificata e qualificata come riportabile e non nel momento in cui viene utilizzata in compensazione di futuri utili. Ritenere che il termine per l'accertamento della perdita decorra dal momento del suo utilizzo, non avrebbe altro effetto che quello di attribuire, surrettiziamente, all'Amministrazione finanziaria il potere di accertare un esercizio diverso da quello apparentemente oggetto di verifica visto che si andrebbero a contestare elementi che si verificano con riferimento alla determinazione della plusvalenza. Tale illegittimità sarebbe ancora più palese se l'Amministrazione finanziaria fosse ormai decaduta dal potere di rettificare il periodo di formazione della perdita.

Attraverso il disconoscimento del riporto della perdita, infatti, si contestano ipotetiche violazioni commesse con riferimento all'anno in cui la perdita è emersa, non all'anno in cui essa è stata riportata, nel quale, diversamente, viene semplicemente dedotta dal reddito.

Le perdite possono essere accertate nello stesso limite per il quale è possibile accertare il reddito. L'eventuale discrasia prima evidenziata fra periodo del riporto della perdita e periodo di accertamento non può certo giustificare un *favor* nei confronti del fisco al quale viene attribuita la possibilità di accertare l'anno di riporto della perdita e non quella della sua formazione.

E' evidente che se l'Amministrazione finanziaria potesse ispirare la propria azione amministrativa secondo valutazione di convenienza non andrebbe a rettificare una minore perdita, poiché in tal caso non c'è una maggior imposta da accertare. Tuttavia, nel caso di accertamento dell'esercizio nel quale la perdita è maturata non si otterrebbe solo l'effetto di rettificare la perdita ma anche quello indiretto di non consentire il riporto per un ammontare superiore nell'esercizio del suo utilizzo.

seguito all'articolo di Gargiulo, vedi il commento di R. LUPI, *Una comodità fiscale senza coperture normative*, in GT, 2007, n. 11, p. 1006..

¹⁸¹ Cfr. CTR Veneto, Sez. VI, Sent. 12 giugno 2007, n. 18, per un commento vedi dottrina citata nella nota precedente.

E' evidente che in tal caso, non essendoci una maggiore imposta, non vi sarebbe alcun parametro in base al quale quantificare la sanzione per infedele dichiarazione; diversamente, nell'anno dell'utilizzo della perdita ci sarà una maggior imposta da pagare, ma tuttavia non vi sarà la violazione che si è consumata nell'anno nel quale è stata erroneamente determinata la perdita. Per risolvere tale problema si potrebbe pensare di applicare la sanzione per infedele dichiarazione nell'anno nel quale la perdita è stata utilizzata anche nel caso in cui la perdita sia già stata riportata prima della rideterminazione dell'anno in cui essa emerge. Combinando le rettifiche su questi due periodi di imposta si potrebbe essere superato il problema dalla contestazione delle sanzioni.

Il problema chiaramente sussisterà per quelle perdite illimitatamente riportabili la cui disciplina non è coordinata con quella del termine per l'accertamento¹⁸².

Tale scollamento, tuttavia, non può incidere sul termine per l'accertamento ove non espressamente previsto dalle norme, né surrettiziamente si potrebbe utilizzare l'*escamotage* di rettificare l'anno nel quale le perdite sono utilizzate per venir meno al termine perentorio di accertamento.

Nulla quaestio sulla legittimità da parte dell'Amministrazione finanziaria di accertare un reddito negativo, il quale è connesso al controllo della dichiarazione dei redditi a cui sono obbligati, anche in presenza di un reddito negativo, i contribuenti che sono tenuti alla determinazione analitica del reddito tramite le scritture contabili. Tale potere era già stata da tempo riconosciuta in dottrina¹⁸³.

12.2. (...segue) la compensazione delle perdite non utilizzate a seguito di un accertamento di un maggior reddito.

¹⁸² In tal senso cfr. R. LUPI, *op. cit.*, p. 1007.

¹⁸³ Cfr. G. TREMONTI, *In tema di riporto delle perdite fiscali e di imposizione*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1977, II, p. 174 e ss. Ed anzi questo era un argomento che si utilizzava contro coloro che propugnavano la tesi dichiarativa (cfr. per approfondimenti la nota 136) secondo la quale all'atto di accertamento tributario veniva assegnata una rilevanza effettuale minima, in quanto costitutivo di un effetto giuridico di mera liquidazione dell'illiquida obbligazione tributaria preesistente. Contro tale tesi veniva proprio riportato l'atto di accertamento di un reddito negativo il quale per il periodo di formazione delle perdite è decampato dall'obbligazione tributaria. Per tale motivo l'atto di accertamento non può essere considerato avente un effetto giuridico secondario di specifica dell'obbligazione tributaria già sorta per effetto del presupposto. Ma ha un effetto giuridico suo proprio, autonomo ed esclusivo di liquidazione anche in negativo dell'imponibile. In tal senso cfr. TREMONTI, *op. cit.*, p. 183.

Un altro profilo connesso al riporto delle perdite nell'ambito dell'accertamento da parte dell'Amministrazione è la compensazione dell'eventuale perdita non utilizzata a seguito dell'accertamento di un maggior reddito.

Accade, invero, abbastanza frequentemente che l'Ufficio competente emetta un avviso di accertamento con il quale determini un maggior reddito imponibile nei confronti di un contribuente che, tuttavia, ha indicato, nella propria dichiarazione dei redditi, perdite pregresse non compensate.

La stessa Amministrazione Finanziaria ha risolto il problema sostenendo che *“in presenza di dichiarazioni che espongano un risultato negativo che non ha consentito la compensazione delle perdite pregresse, le perdite stesse possono, nell'arco del quinquennio, trovare egualmente compensazione con il reddito che a seguito dell'azione accertatrice dell'ufficio venga definito in relazione alle dichiarazioni predette a nulla rilevando che nelle dichiarazioni medesime non sia stata indicata la perdita oggetto di compensazione”*¹⁸⁴.

A sostegno di tale orientamento è stato osservato che l'avviso di accertamento rimette in discussione l'intero rapporto sostanziale dedotto in causa con la conseguenza che, in sede di opposizione, il contribuente può formulare non solo eccezioni relative ai maggiori importi accertati ma, altresì, chiedere la ritrattazione di una o più situazioni esposte nella originaria dichiarazione¹⁸⁵.

¹⁸⁴ Cfr. Circolare del 5 novembre 1976, numero 10/1429. Ad integrare la posizione del Fisco sono intervenute, successivamente, la circolare del 16 luglio 1998, numero 188/E, con la quale l'allora Ministero delle Finanze ha ribadito che non esiste un obbligo per il quale “... la compensazione con gli utili degli esercizi successivi sia fatta valere nella concatenazione di più dichiarazioni”, ed anche un parere della Direzione Regionale della Lombardia, espresso con nota del 18 novembre 1997, numero 85/95, con il quale è stato chiarito che la mancata compilazione del prospetto delle perdite pregresse non costituisce rinuncia alle stesse e, quindi, non comporta conseguenze sostanziali. Con i documenti di prassi sopra illustrati l'Amministrazione Finanziaria ha stabilito, quindi, che, non soltanto il contribuente ha il diritto di compensare le perdite pregresse inutilizzate con il nuovo maggior reddito venutosi a determinare a seguito dell'azione accertatrice da parte dell'Ufficio, ma che ciò possa effettuarsi anche qualora negli anni precedenti non sia stato compilato, in dichiarazione, il prospetto delle perdite pregresse. Sembrerebbe, pertanto, volersi affermare la prevalenza della sostanza sulla forma. Sull'irrelevanza dell'errore formale della mancata compilazione dell'apposito rigo per la compensazione della perdita si è espressa la Corte di Cassazione, 20 aprile 2001, n. 5860, in *Corr. trib.*, n. 33, 2001, p. 2497 con commento di M. BRUZZONE, *Irrelevanza dell'errore formale in caso di “inequivoca volontà” di riporto delle perdite pregresse*, *ivi*, p. 2499.

¹⁸⁵ Cfr. NAPOLITANO, *Deducibilità delle perdite di esercizi precedenti*, in *Società*, 1989, p. 1220 e ss.

Sul punto la giurisprudenza si è divisa da una parte sostenendo l'impossibilità di tenere in considerazione la perdita attesa l'autonomia dei periodi di imposta e la necessità di determinare il reddito esclusivamente alla stregua dei risultati dell'esercizio interessato¹⁸⁶; dall'altra sostenendo la possibilità di rettificare anche in sede processuale la dichiarazione dei redditi allorché essa è una dichiarazione di scienza, ovviamente nella misura in cui il rapporto tributario non è divenuto definitivo¹⁸⁷.

La Corte di Cassazione, investita della questione, ha affermato che *“la deduzione da parte del contribuente, nel giudizio di impugnazione dell'accertamento in rettifica, di fatti non indicati con la dichiarazione dei redditi è priva dei connotati della revisione della dichiarazione stessa ove rimanga nell'ambito del diniego della legittimità della maggiore pretesa impositiva, senza mettere in discussione le obbligazioni derivanti dall'imponibile in passato denunciato, né i corrispondenti pagamenti”*¹⁸⁸.

Pertanto sarà possibile far valere in sede processuale le perdite pregresse non riportate a nuovo nell'esercizio oggetto di accertamento solo se l'utilizzo delle stesse è volto a riaffermare la veridicità dell'imponibile dichiarato. Diversamente il contribuente se avesse nell'esercizio in questione evitato per sua scelta di avvalersi del diritto di riporto delle perdite pregresse, andando a versare l'imposta non potrà contrastare la pretesa dell'Ufficio chiedendo che delle perdite si tenga conto, data che un siffatto comportamento avrebbe gli stessi effetti di un'istanza di rimborso senza rispettare la procedura che il legislatore ha stabilito per la sua presentazione¹⁸⁹.

12.3. Il riporto delle perdite e l'estensione del giudicato: il c.d. giudicato esterno.

Il riporto fiscale delle perdite ha risvolti anche con riferimento al c.d. ultrattività del giudicato¹⁹⁰ con riferimento ai tributi periodici.

¹⁸⁶ Cfr. Commissione Tributaria Centrale, dec. n. 1415 del 14 giugno 1989, in *Società*, 1989, p. 1219.

¹⁸⁷ Cfr. Commissione Tributaria Belluno, del 27 gennaio 1994, n. 11, in *Fisco*, 1995, p. 6344.

¹⁸⁸ Così Cass., 22 luglio 1994, n. 6387, in *Giur. imposte*, 1995, p. 171 e ss.

¹⁸⁹ Così A. GIOVANARDI, *op. cit.*, p. 204

¹⁹⁰ Sul tema del giudicato tributario e per un suo inquadramento sistematico nell'evoluzione legislativa e giurisprudenziale cfr. G. FRANSONI, *Giudicato tributario e attività dell'amministrazione finanziaria*, Milano, 2001. Più di recente *ex multis* F. TESAURO, *Giudicato tributario, questioni pregiudiziali e imposte periodiche*, in *Boll. trib.*, 2006, p. 1173; ID, *Manuale del processo tributario*, Torino, 2009, p. 209.

In passato, in dottrina, si era posto il problema se nel caso di imposte periodiche l'accertamento contenuto nella sentenza si riferisse esclusivamente all'obbligazione del periodo oggetto d'accertamento oppure svolgesse una qualche efficacia in ordine ai periodi di imposta successivi.

Negli anni 40' gran parte della dottrina, utilizzando un approccio formale e risolvendo il problema sul piano processuale, seguendo la teoria costitutiva del processo tributario¹⁹¹,

¹⁹¹ In passato fu acceso il dibattito fra teoria dichiarativa e teoria costitutiva le quali con differenti posizioni si interrogavano sulla nascita dell'obbligazione tributaria. Per le teorie dichiarative cfr. A. D. GIANNINI, *Il rapporto giuridico d'imposta*, Milano, 1937; Id, *Istituzioni di diritto tributario*, Milano, 1938; M. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto finanziario*, Padova, 1937; E. VANONI, *Elementi di diritto tributario*, in *Opere giuridiche*, II, Milano, 1962, p. 294. Per tali autori il debito di imposta nasce dal verificarsi del presupposto. Tali autori furono influenzati dalla dottrina e dalla legislazione tedesca nella quale già era presente una disposizione di legge, come ricorda lo stesso Giannini, che *expressis verbis* statutiva: “*Il debito di imposta sorge non appena si è realizzato il presupposto al quale la legge collega l'imposta. Sulla nascita del debito non influiscono il fatto che l'imposta debba essere accertata, né il momento in cui ciò avvenga, né quello in cui essa debba essere corrisposta*” (così A.D. GIANNINI, *Istituzioni di diritto tributario*, Milano, 1974, p. 180, nota 4). Anche in ottica comparata veniva corroborata la natura dichiarativa dell'avviso di accertamento e la mera funzione di esigibilità del debito di imposta del ruolo nel caso in cui fosse l'unico mezzo necessario per la riscossione del tributo. Riconosce natura dichiarativa all'attività accertativa dell'Amministrazione finanziaria anche D. JARACH, *Il fatto imponibile*, Padova, 1981, p. 37 e ss, il quale, tuttavia, è più interessato a distinguere tra diritto sostanziale e diritto formale e fra rapporto giuridico tributario che nasce a seguito del verificarsi del fatto imponibile contemplato dalla legge, e procedimento e atto di accertamento che giuridicamente costituisce un momento diverso rispetto a quello del rapporto tributario sostanziale. Lo stesso A. dissente dalla ricostruzione fatta dal Giannini e dal Pugliese del rapporto giuridico tributario all'interno del quale non devono essere inseriti i doveri e gli obblighi di natura formale (per questo il Giannini parlava di rapporto giuridico complesso e il Pugliese qualificava tali obblighi come accessori all'obbligazione tributaria. Il Giannini aveva ripreso tale classificazione dalla dottrina tedesca la quale distingue fra *Steuerpflicht*, complesso di doveri nascenti dal rapporto tributario, e *Steuerschuld*, il debito di imposta, così A. D. GIANNINI, *ult. op. cit.*, p. 87, nota 7). Il rapporto giuridico tributario è un rapporto di natura sostanziale che nasce dal verificarsi del presupposto legale stabilito dalla legge in cui da una parte vi è lo Stato e dall'altro il contribuente o in contribuenti e gli altri responsabili. Così ricostruito il rapporto tributario è un rapporto di natura obbligatoria, il quale, se distinto dai suoi rapporti formali, penali, e processuali, si pone come rapporto di diritto e non di soggezione nel quale i soggetti coinvolti, lo Stato e il contribuente, sono in una posizione di parità. Così ricostruito il rapporto tributario risulta più coerente affermare l'identità di struttura fra obbligazione tributaria e l'obbligazione di diritto civile (così D. JARACH, *op. cit.* p. 69, il quale alla nota 68, p. 70 critica il Giannini sostenendo che solo separando l'obbligo tributario sostanziale dalle altre obbligazioni formali è possibile parlare di identità di natura fra debito tributario e debiti di diritto privato; diversamente, vi è una contraddizione logica nel sostenere ad un tempo tale identità ed inserire il debito di imposta all'interno del rapporto complesso. In tal ottica, separando il rapporto giuridico sostanziale dagli altri obblighi di natura formale, è possibile sostenere che nel caso in cui l'obbligazione non sia adempiuta o non lo sia esattamente, l'atto di accertamento non “costituisce” la pretesa tributaria bensì la dichiara; l'atto di accertamento realizza una volontà normativa dalla quale deriva il rapporto tributario sostanziale che l'atto vuol realizzare, non modificare. Nel caso in cui l'atto di accertamento è necessario per realizzare il diritto sostanziale non siamo in presenza di un atto che costituisce un rapporto giuridico tributario, poiché l'atto non aggiunge nulla al diritto di credito o all'obbligazione che non sia già nella

sostenevano che tale problema non aveva ragione d'essere. Se, infatti, il giudicato ha ad

legge; dall'atto di accertamento sorge come conseguenza l'esigibilità del credito e la possibilità dell'adempimento dell'obbligazione, non un rapporto nuovo tra un organo statale ed il soggetto. L'atto di accertamento ha natura giurisdizionale in quanto realizza una concreta volontà della legge mediante la decisione di un organo che si sostituisce alle parti nelle fasi di applicazione della legge. Sostenitori della nascita dell'obbligazione tributaria *ex lege* ovvero con il semplice realizzarsi dei relativi presupposti impositivi, seppur con diverse specificazioni cfr. CAPACCIOLI, *L'accertamento tributario*, in *Riv. dir. fin.*, 1966, I, 3 ss.; P. RUSSO, *Diritto e processo nella teoria dell'obbligazione tributaria*, Milano, 1969; P. RUSSO, *L'obbligazione tributaria*, in *Trattato di diritto tributario*, diretto da A. AMATUCCI, Padova, 1994, II, p. 3; BASCIU, *Contributo allo studio dell'obbligazione tributaria*, Napoli, 1964; BATISTONI FERRARA, *La determinazione della base imponibile nelle imposte indirette*, Napoli, 1964, Potito, *L'ordinamento tributario italiano*, Milano, 1978; I. MANZONI, *La dichiarazione dei redditi. Natura e funzione. Possibilità di integrazioni e rettifiche*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1979, I, p. 615; I. MANZONI, G. VANZ, *Il diritto tributario*, Torino, 2008, p. 199 e ss.; R. LUPI, *Diritto tributario, Parte generale*, Milano, 2005, p. 244. Per i fautori della teoria costitutiva cfr. G. Ingrosso, *Istituzioni di diritto finanziario*, I-II, Napoli, 1937; E. ALLORIO, *Diritto processuale tributario*, Torino, 1942; A. BERLIRI, *Principi di diritto tributario*, I-III, Milano, 1964; C. MAGNANI, *Il processo tributario. Contributo alla dottrina generale*, Padova, 1965; MAFFEZZONI, *Profili di una teoria giuridica generale dell'imposta*, Milano, 1969; G. FALSITTA, *Il ruolo di riscossione*, Padova, 1972; F. TESAURO, *Il rimborso dell'imposta*, Torino, 1975; C. GLENDI, *L'oggetto del processo tributario*, Padova, 1984. In realtà nell'ambito delle stesse teorie costitutive vi era posizioni differenziate come di chi vedeva la nascita dell'obbligazione tributaria non tanto nell'avviso di accertamento ma nell'iscrizione a ruolo e successivamente, ricollegandola alla sola dichiarazione dei redditi. Per una sintesi di tali posizioni e per il successivo loro superamento cfr. A. FANTOZZI, *L'accertamento tributario, (ad vocem)*, R. LUPI, *Diritto tributario*, Milano, 2005, p. 242. Su una posizione intermedia sembra essere il Gaffuri il quale riconosce efficacia alla teoria dichiarativa solo in presenza di un mondo ideale caratterizzato dalla fedeltà del contribuente nel quale tale teoria non solo sarebbe plausibile "...ma costituirebbe una veridica descrizione dei fatti; invece la diffusa e generale tendenza a eludere gli obblighi tributari ha reso indispensabile l'organizzazione normativa e pratica di attività dirette al controllo e alla repressione degli illeciti". Per questo viene rifiutata la concezione dell'unicità del rapporto d'imposta il quale sarebbe un vano tentativo di ridurre ad un disegno unitario e preconcepito, senza tener conto del dato normativo, una realtà composita. In definitiva, pur riconoscendo che dal presupposto nasca un credito per l'amministrazione finanziaria e il debito correlato del contribuente, questo evento sarebbe irrilevante posto che gli atti eseguiti dalle parti ne assorbirebbero l'efficacia, regolando autonomamente e per virtù proprio la fattispecie, anche in contrasto con lo stato di fatto. Tale impostazione pur riconoscendo come irrilevante il presupposto, se non in mondo ideale, ha delle conseguenze pratiche in tema di tutela giurisdizionale del diritto del contribuente dinnanzi all'esercizio del potere impositivo da parte dell'Amministrazione finanziaria. Per tale concezione il diritto del contribuente a vedersi inciso dall'imposta nella misura corrispondente alla sua capacità contributiva non ha né i connotati del diritto soggettivo né quelli propri dell'interesse legittimo. Viene semplicemente riconosciuto un diritto originario ad una tassazione adeguata alla sua capacità contributiva che può essere compresso a causa di un atto di imposizione divenuto definitivo "... il quale, per avventura, non sia conforme al reale stato di fatto". Quindi prima che l'atto medesimo raggiunga la condizione di definitività, il soggetto passivo riceve una tutela che non è compressa dai poteri autoritari della pubblica amministrazione e dal loro esercizio. Così G. GAFFURI, *Lezioni di diritto tributario*, Milano, 2002, p. 80 e ss. Tali teorie nell'ambito del processo tributario portavano i dichiarativisti ad affermare che oggetto del processo tributario fosse il rapporto tributario sottostante nel quale il contribuente aveva il diritto soggettivo ad una giusta imposizione; i costitutivisti, diversamente, sostenevano che l'oggetto del processo tributario è la legittimità dell'atto impugnato e il contribuente è, in tal modo, in una posizione di interesse legittimo a vedersi annullato l'atto della pubblica amministrazione.

oggetto il diritto potestativo all'annullamento dell'atto, e se tale diritto si individua in rapporto all'atto impugnato non è nemmeno immaginabile un contrasto di giudicati fra cause relative ad atti distinti¹⁹². In altre parole l'identità dei motivi di impugnazione non determina un'identità dei diritti potestativi di annullamento dell'atto.

In proposito la Suprema negli anni 60¹⁹³ confermò tali argomentazioni ponendosi sulla scia di quella dottrina¹⁹⁴ che negava l'ultrattività del giudicato stante il principio di autonomia dell'obbligazione tributaria relative a ciascun periodo di imposta. Da ciò discendeva che ad ogni periodo di imposta corrispondesse un differente rapporto obbligatorio e gli effetti derivanti dal presupposto realizzato in ciascun anno fossero reciprocamente indipendenti.

Diversamente, vi erano sostenitori dell'ultrattività del giudicato poiché ciò rispondeva ad esigenze di carattere applicativo legate ad elementi della fattispecie rispetto ai quali si riteneva indesiderabile ed inopportuno il perpetuarsi della medesima lite solo in conseguenza della diversità dei periodi di imposta¹⁹⁵. In particolare il Satta, favorevole all'estensione del giudicato, fondava la sua tesi sull'equiparazione delle imposte periodiche ai rapporti fondamentali e, conseguentemente, delle obbligazioni relative ai singoli periodi ai singoli effetti di un rapporto giuridico di durata¹⁹⁶.

Il Vanoni¹⁹⁷ in questa prospettiva, pur affermando l'autonomia dei periodi di imposta, aveva sostenuto che tale principio poteva venire meno ogni qual volta i fatti verificatisi nei precedenti periodi di imposta abbiano rilievo anche rispetto ai periodi successivi. La

¹⁹² In tal senso anzitutto E. ALLORIO, *Diritto processuale tributario*, Torino, 1969, p. 195-196; C. MAGNANI, *Sui limiti oggettivi della cosa giudicata*, in *Dir. prat. trib.*, 1962, II, p. 432; F. TESAURO, *Lineamenti del processo tributario*, Rimini, 1991, p. 163. Sul punto cfr. C. GLENDI, *Giudicato (diritto tributario)*, *ad vocem*, Enciclopedia Giuridica del Diritto, il quale è favorevole alla relatività dei giudizi non riconoscendo così validità sistematica a tale principio.

¹⁹³ Cassazione SS. UU. del 1962, n. 1873, in *Dir. prat. trib.*, 1962, II, p. 432 con commento di C. MAGNANI, *op. cit.*, p. 432 e ss.

¹⁹⁴ Il riferimento è a A.D. GIANNINI, *Circa i limiti della cosa giudicata tributaria*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1944, p. 13.

¹⁹⁵ Cfr. G. BUZZETTI, *Diritto processuale tributario: rassegna critica di giurisprudenza*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1937, I, p. 307; F. GAZZERO, *In tema di effetti della classificazione del reddito r.m. in categoria B o C/1*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1957, II, p. 289.

¹⁹⁶ Cfr. S. SATTA, *Contenzioso tributario: ammissibilità dell'azione davanti al magistrato ordinario, appello mancante dei motivi e "res judicata"*, in *Dir. prat. trib.*, 1957, II, p. 304.

¹⁹⁷ Così E. VANONI, *Elementi di diritto tributario*, ora in *Opere giuridiche*, vol. II, Milano, 1962, p. 323.

ragione di tale convincimento risiedeva dall'introduzione della facoltà di portare le perdite subite in un dato periodo di imposta in diminuzione della base imponibile del periodo di imposta successivo.

Con riferimento all'attuale sistema impositivo è evidente che sono molto più numerose le ipotesi in cui la disciplina dell'imposta sui redditi assume come rilevanti fenomeni temporalmente collocati in periodi di imposta anteriori.

Per questo ricorda, l'autonomia dei periodi di imposta non esclude che il legislatore possa ricomprendere nella definizione della fattispecie anche fatti di durata o che alcuni elementi costitutivi della stessa entrino costantemente a comporre la fattispecie concreta di una pluralità di periodi di imposta. I temperamenti alla regola dell'autonomia dei periodi di imposta indicati nell'art. 7 del tuir non esauriscono l'elenco delle deviazioni da quel principio cosicché si potrebbe dubitare della sua stessa vigenza e generalità di applicazione¹⁹⁸.

Anche la Cassazione di recente ha esteso l'operatività del giudicato su di una annualità anche nei giudizi riguardanti altre annualità¹⁹⁹ allontanandosi dal precedente insegnamento specularmente opposto delle Sezioni Unite della Cassazione degli anni 60²⁰⁰ a cui si sono adeguate altre sentenze della Cassazione²⁰¹.

Tale contrasto giurisprudenziale sembra essersi ricomposto con la sentenza delle SS. UU. n. 13916 del 2006 la quale ha affermato il principio dell'efficacia del giudicato esterno²⁰².

Tale pronuncia è stata criticata in dottrina²⁰³ poiché l'esigenza di ottenere un'uniformità di giudizio nei tributi periodici può essere realizzata anche attraverso l'autonomo apprezzamento del giudice e favorendo la riunione dei procedimenti.

¹⁹⁸ In tal senso cfr. G. FRANSONI, *op. cit.*, p. 284.

¹⁹⁹ Cass. n. 10280, del 4 agosto 2000.

²⁰⁰ Cass., SS.UU., n. 1873 del 7 luglio 1962.

²⁰¹ Cass. n. 10659 del 2001, n. 14714 del 2001, n. 8709 del 2003.

²⁰² Pubblicata in Cass., SS.UU., 16 giugno 2006, n. 13916, in *GT - Riv. giur. trib.* n. 9/2006, p. 755, con commento di C. MAGNANI, *Sui limiti oggettivi del giudicato tributario*, e M. BASILAVECCHIA, A. PACE, in *Corr. Trib.* n. 34/2006, p. 2693.

²⁰³ Cfr. C. GLENDI, *op. cit.*, p. 7.

In conclusione il principio del giudicato esterno è un principio di derivazione giurisprudenziale il quale ha trovato piena affermazione nella recente sentenza Corte di Cassazione a Sezioni Unite²⁰⁴.

12.4. (...segue) il giudicato esterno al vaglio della Corte di Giustizia nella sentenza OlimpiClub.

Di recente la Corte di Giustizia, con la sentenza OlimpiClub, Causa C-2/08, hanno messo in luce l'inadeguatezza del giudicato esterno rispetto al diritto comunitario qualora questo impedisca al giudice nazionale di verificare se vi è stata la violazione del diritto comunitario²⁰⁵. In tal modo è stato riaffermato il principio dell'autonomia dei periodi di imposta nel caso in cui il giudice si dovesse trovare a giudicare una fattispecie di abuso del diritto in materia di IVA che come noto è un'imposta armonizzata.

La Corte di Giustizia in tale pronuncia non ha messo in discussione il giudicato formatosi su due delle annualità IVA a suo tempo in contestazione (1987 e 1992), ma ne ha stabilito l'irrilevanza, come giudicato, relativamente alle altre annualità ancora in contestazione (1988-1991). La cosa giudicata, in quanto tale, di per sé espressiva di prioritari valori comunitari, è risultata intangibile anche per la Corte di Giustizia, e prevale sulla contrapposta esigenza di dare concreta attuazione a singole disposizioni o a singoli principi pure d'ordine comunitario. L'intangibilità del giudicato formatosi su due annualità si avrà anche nel caso in cui dalle annualità in contestazione dovesse riscontrarsi un comportamento non conforme ai principi comunitari.

²⁰⁴ La sentenza delle SS.UU. nel 2006 ha statuito chiaramente che: "... si tratta di evitare un'eccessiva enfaticizzazione dell'autonomia dei periodi di imposta, privilegiando la possibile considerazione unitaria del tributo (periodico) dettata dalla sua stessa ciclicità, nel rispetto, sul piano sostanziale, del principio di ragionevolezza e, sul piano processuale, del principio dell'effettività della tutela. Si tratta ancora una volta di valorizzare l'efficacia regolamentare del giudicato tributario il quale, al di là delle soluzioni specifiche relative al caso concreto dibattuto in giudizio, è destinato ad essere, per gli elementi della fattispecie che a questo fine rilevano, norma agendi, cui dovranno conformarsi tanto l'Amministrazione quanto il contribuente - astretti da un vincolo procedimentale di collaborazione nella determinazione del tributo che corre tra i poli della dichiarazione (e possibile autoliquidazione) e del controllo (ed eventuale accertamento-rettifica) - per l'individuazione dei presupposti impositivi relativi ai successivi periodi di imposta".

²⁰⁵ Corte di Giustizia, causa C-2/08 del 3 settembre 2009, in *Riv. dir. trib.*, 2009, II, p. 285, ivi commentata da G. D'ANGELO, *Giudicato tributario (esterno) e diritto comunitario: un equilibrio difficile*; G. VANZ, *Autorità del giudicato nazionale e diritto comunitario*, in *Dir. prat. trib. int.*, 2009, p. 1637

Su tale sentenza è opportuno fare delle brevi considerazioni per valutarne l'impatto sistematico nell'ordinamento interno soprattutto con riferimento all'imposizione diretta. Anzitutto, l'inapplicabilità del giudicato esterno dovrà valere anche *a contrario* ovvero qualora i giudici decidessero per la violazione del diritto comunitario. Anche in tal caso, benché vi sia un giudicato esterno "favorevole" al diritto comunitario, un successivo giudizio avente ad oggetto un altro periodo di imposta sulla medesima fattispecie impositiva, dovrebbe essere decisa senza tener conto del giudicato già formatosi su precedenti annualità andando a valutare nuovamente sulla compatibilità di tali operazioni con il diritto comunitario. Come riconosce lo stesso avvocato generale, i giudici nazionali possono commettere degli errori nell'accertare l'esistenza di una pratica abusiva sotto il profilo dell'IVA, poiché non viene applicata correttamente la nozione di abusivo della norma comunitaria così come definita dalla giurisprudenza della Corte.

Un altro profilo interessante è relativo al bilanciamento fra il principio di certezza del diritto e di effettività del diritto comunitario: da una parte il principio di certezza del diritto affermato attraverso il rispetto il principio della cosa giudicata, e dall'altra il principio del primato del diritto comunitario e del principio di effettività. La certezza del diritto può essere messa in discussione solo in via eccezionale e a condizioni molto restrittive. Da questo punto di vista il caso Lucchini, nel quale diversamente la Corte ha deciso per l'incompatibilità del giudicato nazionale formatosi in contrasto con la disciplina degli aiuti di Stato²⁰⁶, è profondamente diverso.

Nella sentenza Lucchini non siamo tanto di fronte alla rimozione degli effetti di una sentenza passata in giudicato, quanto ad un giudicato nazionale apparente, in quanto formatosi su una sentenza emessa in carenza di potere, come tale da considerarsi alla stregua di un provvedimento 'inesistente' e, quindi, di per sé insuscettibile di assumere forza di giudicato. Il giudice italiano nella specie si era pronunciato su questioni che non rientravano nella sua giurisdizione essendo esclusiva competenza della Commissione

²⁰⁶ Sulle differenze fra la sentenza Olimpiclub con la sentenza Lucchini del 18 luglio 2007, C-119/05 che diversamente ha stabilito la tangibilità della cosa giudicata, cfr. G. VANZ, *op. cit.*, 1640; C. CONSOLO, *La sentenza Lucchini della Corte di Giustizia: quale possibile adattamento degli ordinamenti processuali interni e in specie del nostro?*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 225; F. FRADEANI, *La sentenza "Lucchini": il giudicato sostanziale alla prova della Corte di giustizia CE*, in *Dir. prat. trib. int.*, 2008, n. 1, p. 571; P. BIAVATI, *La sentenza Lucchini: il giudicato nazionale cede al diritto comunitario*, in *Rass. trib.*, 2007, p. 1591.

Europea decidere la compatibilità delle sovvenzioni pubbliche con la disciplina degli aiuti di Stato prevista dal Trattato. In altri termini, sembrerebbe che il giudice comunitario, lungi dal basare la propria decisione sulla superiorità del diritto comunitario sul giudicato nazionale, si sia in realtà limitato ad appurare che la sentenza nazionale era da considerarsi *tamquam non esset* e, dunque, priva di ogni effetto²⁰⁷.

Non vi era tanto un problema di certezza del diritto garantita dalla cosa giudicata quanto un'incompetenza assoluta da parte del giudice nazionale circa l'oggetto della materia del contendere a lui erroneamente devoluta. Coerentemente erano sicuramente più forti le ragioni di tutela della competenza esclusiva riservata alla Comunità in materia di aiuti di Stato. Nel caso in cui la società Lucchini si fosse vista negare l'aiuto di Stato, ritenuto tale dalla Commissione, avrebbe dovuto adire il Tribunale dell'Unione non i giudici nazionali i quali non hanno alcuna giurisdizione su tale materia.

Nel caso di specie, diversamente, non c'è l'incompetenza del giudice a pronunciarsi sulla materia. Il principio del giudicato esterno, come già ricordato, cerca di evitare giudicati contrastanti su diversi periodi di imposta pur nell'autonomia dell'obbligazione tributaria per singoli periodi di imposta. Si vuole garantire a livello interno, nel rispetto del principio di capacità contributiva, che le medesime ragioni di fatto e di diritto vengano decise allo stesso modo benché riferite a periodi di imposta diversi.

In questo bilanciamento sarebbe opportuno che entrasse in gioco anche il principio di capacità contributiva, in quanto si lascerebbero intangibili giudicati formati negli altri periodi di imposta ed si potrebbe avere un giudicato successivo contrastante con essi, qualora si ritenesse sussistenti o meno le condizioni per applicare il principio di abuso del diritto in materia di IVA.

In questo caso non si dovrebbe bilanciare solo il principio di certezza del diritto derivante dal principio della cosa giudicata ma anche il principio di capacità contributiva che a livello di ordinamento interno mal tollererebbe per due periodi di imposta, sulla base degli stessi elementi di fatto e di diritto, un diverso carico fiscale. Benché in questo caso si stia tutelando il diritto comunitario delle due l'una: o si ritengono valide le valutazioni che fanno i giudici nazionali rispetto a fattispecie abusive della direttiva IVA, a cui comunque è devoluta la valutazione dei fatti in causa e, pertanto, si tengono valide anche per gli altri periodi di imposta applicando il principio

²⁰⁷ In tal senso cfr. G. VANZ, *op. cit.*, pp. 1640 e ss.

del giudicato esterno oppure per la supremazia del diritto comunitario e per il principio di effettività del diritto comunitario, ove se ne riscontrasse una violazione, si dovrebbero modificare anche i periodi di imposta accertati con sentenza passata in giudicato per renderli conformi al diritto comunitario.

La soluzione scelta dai giudici comunitari è una soluzione di compromesso che da una parte fa salvo il giudicato formatosi sui precedenti periodi di imposta e dall'altra tutela il diritto comunitario non estendendo l'eventuale erronea valutazione di tale giudizio su altri periodi di imposta che non sono divenuti definitivi. Tale soluzione anche se apparentemente sembrerebbe a parziale tutela del diritto interno, (lasciando impregiudicati i giudizi passati in giudicato), in realtà interviene alterando un principio di giudicato esterno che si era formato in ambito interno proprio in applicazione del principio di capacità contributiva. In tal modo potrebbe essere accertato in due periodi di imposta diversi, in capo allo stesso contribuente, in base agli stessi elementi, una differente capacità contributiva.

Un'ultima osservazione attiene alla portata espansiva di tale pronuncia. In altre parole è opportuno chiedersi se il principio del giudicato esterno sia inoperante anche nel caso in cui vi sia un problema di abuso del diritto nell'ambito delle imposte dirette.

Il problema come noto attiene alla nozione di abuso del diritto elaborata dalla nostra giurisprudenza di legittimità la quale in una prima fase aveva ritrovato il fondamento di tale clausola antielusiva generale nei principi e nella giurisprudenza comunitaria²⁰⁸. Successivamente l'esistenza di tale principio non scritto di abuso del diritto non venne

²⁰⁸ La prima sentenza della Corte di Cassazione che aveva parlato di abuso del diritto di derivazione comunitaria fu del settembre 2006 con il giudice Altieri presidente e relatore (Sent. n. 21221 del 29 settembre 2006 riconfermata di recente, ma prima delle sentenze a sezioni unite, con la sentenza n. 25374 del 17 ottobre 2008). Successivamente alla prima sentenza, tale orientamento è stato confermato anche dal giudice Cicala relatore (pres. Papa) nelle sentenze n. 8772 del 4 aprile 2008 e n. 10257 del 2008 del 21 aprile 2008. Per un loro commento *ex multis* cfr. A. LOVISOLO, *Il principio di matrice comunitaria dell'abuso del diritto entra nell'ordinamento giuridico italiano: norma antielusiva di chiusura o clausola generale antielusiva? L'evoluzione della giurisprudenza della Suprema Corte*, in *Dir. prat. trib.*, 2007, II, p. 723; M. BEGHIN, *Note critiche a proposito di un recente orientamento giurisprudenziale incentrato sulla diretta applicazione in campo domestico, nel comparto delle imposte sul reddito, del principio comunitario del divieto di abuso del diritto*, in *Riv., dir. trib.*, 2008, II, p. 465. Per una ricostruzione della nozione di abuso del diritto nell'ambito della giurisprudenza comunitaria cfr. P. PISTONE, *Il divieto di abuso come principio del diritto tributario comunitario e la sua influenza sulla giurisprudenza tributaria nazionale*, in *Elusione ed abuso del diritto tributario*, (a cura di) G. MAISTO, Milano, 2009, p. 311.

smentita da parte della Corte di Cassazione a Sezioni Unite²⁰⁹, tuttavia, in tema di tributi non armonizzati, quali le imposte dirette, il fondamento non va rinvenuto nella giurisprudenza comunitaria quanto piuttosto negli stessi principi costituzionali che informano l'ordinamento tributario, ed in particolare nell'art. 53 della Costituzione.

Tali sentenze hanno riconosciuto l'esistenza di un principio generale non scritto volto a contrastare le pratiche consistenti in un abuso del diritto in materia tributaria che trova conferma anche in altri ambiti del diritto come quello civile in cui sempre le Sezioni Unite della Cassazione hanno definito come abusiva la pratica di frazionare un credito, nella fase giudiziale dell'adempimento al fine di scegliere il giudice competente (Cass., sez. un., n. 23726 del 2007).

Le conclusioni della Cassazione si basano sui principi di capacità contributiva e di progressività dell'imposizione i quali costituiscono il fondamento sia delle norme impositive in senso stretto, sia di quelle che attribuiscono al contribuente vantaggi o benefici di qualsiasi genere, essendo anche tali ultime norme evidentemente finalizzate alla più piena attuazione degli stessi. *“Con la conseguenza che non può non ritenersi insito nell'ordinamento, come diretta derivazione delle norme costituzionali, il principio secondo cui il contribuente non può trarre indebiti vantaggi fiscali dall'utilizzo distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un risparmio fiscale, in difetto di ragioni economicamente apprezzabili che giustifichino l'operazione, diverse dalla mera aspettativa di quel risparmio fiscale”* (Cass., sez. un., n. 30057 del 2008)²¹⁰.

²⁰⁹ Cass. Sez. Unite, n. 30055, 30056, 30057 del 23 dicembre 2008, il cui contenuto seppur con qualche precisazione che attiene all'onere della prova è stato confermato dalla sentenza Cass., n. 1465 del gennaio 2009. Per un commento a tali sentenze e più in generale sui riflessi che hanno avuto nel nostro sistema impositivo *ex multis* cfr. G. FALSITTA, *L'interpretazione antielusiva della norma tributaria come clausola generale immanente al sistema e direttamente ricavabile dai principi costituzionali*, in *Elusione ed abuso del diritto tributario*, op. cit., p. 3; M. BEGHIN, *Evoluzione e stato della giurisprudenza tributaria: dalla nullità negoziale all'abuso del diritto nel sistema impositivo nazionale*, in *Elusione ed abuso del diritto tributario*, op. cit., p. 23; A. LOVISOLO, *Abuso del diritto e clausola generale antielusiva alla ricerca di un principio*, in *Riv. dir. trib.*, 2009, I, p. 49; G. CORASANITI, *Sul generale divieto di abuso del diritto nell'ordinamento tributario*, in *Dir. prat. trib.*, 2009, II, p. 213.

²¹⁰ Tale nuovo orientamento riprende di fatto la posizione che nel secolo scorso aveva avanzato il prof. Griziotti fondatore della scuola Pavese, secondo cui l'interprete doveva elidere le lacune presenti nell'ordinamento giuridico tributario mediante ricorso all'*analogia legis* ovvero mediante l'*analogia juris* utilizzando *“i principi generali del diritto finanziario e soprattutto il principio superiore dell'uguaglianza e altri criteri ricavati dallo Statuto”*. Tale posizione venne duramente criticata da quanti sostenevano che nell'ambito del diritto tributario era necessario la certezza del rapporto giuridico e in particolare che il

Ora tralasciando le diverse posizioni circa l'efficacia di tale principio non codificato pur in presenza di norme antielusive specifiche, non sembra potersi dubitare che nel caso di contestazioni relative alle imposte dirette, come ad esempio nel caso di utilizzo delle perdite formatesi in precedenti esercizi, dovrebbe continuare ad applicarsi il principio del giudicato esterno. Così, se si forma un giudicato su di una annualità nella quale viene riconosciuto tale diritto, la stessa fattispecie non potrà essere oggetto di un nuovo giudizio con riferimento ad un'altra annualità poiché in contrasto con il principio dell'abuso del diritto.

Entrambi i principi, abuso del diritto e giudicato esterno, sono ispirati al rispetto del principio di capacità contributiva. In tal modo, nel caso in cui il giudice emettesse una sentenza nella quale riscontrasse (o meno) comportamenti abusivi, tale sentenza, una

contribuente sapesse a quanto ammontasse esattamente la sua obbligazione tributaria. Tale principio riaffermato con forza nell'art. 23 della Costituzione sembrava un principio cardine del nostro ordinamento e pertanto si è sempre ritenuto l'art. 37-bis del d.p.r. n. 600 del 1973 come una norma antielusiva di carattere speciale e pertanto al di fuori dei casi in esso riportati non potesse trovare applicazione. E' evidente, infatti, che attraverso l'inopponibilità dei negozi di cui all'art. 37-bis del d.p.r. n. 600 del 1973, qualora siano considerati elusivi, impone all'Amministrazione finanziaria l'applicazione della norma elusa ad un caso non previsto. E' pertanto tale applicazione analogica è ammessa solo nel caso in cui vi sia una norma scritta che espressamente lo preveda. Ciò è coerente con il divieto di analogia, per le norme sostanziali, stante il principio di legalità che in ambito tributario garantisce quella determinatezza e tassatività che devono essere tipiche di norme che impongono prestazioni patrimoniali.

Tale principio al più può essere un utile canone ermeneutico che faccia tendere ad un'interpretazione costituzionalmente orientata nel rispetto del principio di capacità contributiva e di eguaglianza. Ma il punto di partenza deve sempre essere una norma posta dal legislatore e non può, a mio modestissimo avviso, trovare applicazione direttamente un principio. I principi, come ricordava il prof. Parlato, nella sua relazione al convegno bolognese in ricordo di Berliri, sono norme a fattispecie aperta e "*...non possono essere applicati direttamente per la soluzione di un caso ma è necessario che essi prima generino una regola*". In tal senso i principi servono come giustificazione delle regole e costituiscono un fondamento assiologico, dando una giustificazione etico-politica ad una pluralità di norme del sistema. I principi, in tal senso, non solo informano di loro l'attività legislativa ma *ex post* rappresentano un parametro di costituzionalità delle norme poste nell'ordinamento. A mio parere, in tal caso, la lacuna dell'ordinamento può essere risolta in via giurisprudenziale con una sentenza additiva della Corte Costituzionale la quale potrebbe dichiarare non conforme all'art. 37-bis del d.p.r. n. 600 del 1973 poiché non prevede determinate operazioni come elusive diversamente da altre violando così non solo il principio di capacità contributiva ma anche quello di eguaglianza.

Ma il punto di riferimento per l'ordinamento italiano dovrebbe sempre essere l'art. 37-bis del d.p.r. n. 600 del 1973 con le relative garanzie in tema di contraddittorio previste in caso di contestazioni da parte dell'Amministrazione finanziaria di operazioni elusive. Per tali ragioni non mi sembra corretto applicare direttamente un principio il quale anche nel caso della Corte di Giustizia è stato sempre fatto nel contemperamento del principio di buona fede e di certezza del diritto.

volta passata in giudicato, dovrà avere effetto anche sui successivi giudizi basati sugli stessi elementi di fatto e di diritto²¹¹.

13. La prospettiva de jure condendo della disciplina delle perdite nel bilanciamento fra il principio di capacità contributiva e il contrasto a fenomeni elusivi.

La disciplina sin qui delineata della compensazione delle perdite sia con riferimento all'Irpef sia con riferimento all'Ires presenta un sistema ancora molto arretrato che risente di vecchie logiche ed impostazioni.

Non vi è una *ratio* unitaria che ispira l'azione legislativa, come spesso accade, e ciò che è più grave le norme mostrano uno scarso grado di adeguamento al principio di capacità contributiva di cui il riporto delle perdite è il correttivo più importante in presenza dell'autonomia dei periodi di imposta.

Vi sono stati un susseguirsi di interventi legislativi con *rationes* diverse che hanno fatto perdere l'unità della disciplina.

Ai redditi di lavoro autonomo e di impresa in contabilità semplificata è consentito il riporto orizzontale ma non quello verticale; per i redditi di impresa, società di persone e di capitali non è concessa la compensazione in senso orizzontale ma vi è solo la possibilità di riportare la perdita nei successivi cinque esercizi. Tale ultimo limite può essere superato solo nell'ambito dell'Irpef con riferimento all'esercizio di un'attività d'impresa in contabilità semplificata. Diversamente, se non si rispettano i parametri ivi previsti, il risultato economico dell'attività di impresa non può essere compensato con le altre categorie reddituali. Le stesse incongruenze sono presenti nell'ambito della tassazione per trasparenza delle società di persone con problematiche ancora irrisolte relative alla società in accomandita semplice. Le perdite nell'ambito delle società di persone, benché imputate ai soci, sono riportabili unicamente su redditi della stessa natura a meno che non vi sia l'esercizio dell'attività di impresa in contabilità semplificata. Altrettanto incoerente appare l'applicazione nel caso di società di persone del limite di cui all'art. 84, 3 comma del Tuir posto che le perdite vengono imputate ai soci e non alla società. Anche se la condizione fosse riferita ai soci sembra ingiustificato

²¹¹ Cfr. Commissione Tributaria Regionale, Lombardia, sentenza n. 9, del 2008, nella quale non è stato giudicato come abusivo un contratto di *sale and lease back* e successivo conferimento d'azienda per recuperare perdite pregresse in scadenza. Per un commento cfr. G. MARINO, *Legittimo l'utilizzo di plusvalenze per il recupero di perdite pregresse*, in *Corr. trib.*, 29, 2009, p. 2363.

che tutti i membri della compagine sociale siano coinvolti e pregiudicati dalla cessione della quota di controllo effettuata solo da alcuni di loro. Si consideri, inoltre, che non tutti i soci possono trovarsi nelle medesime condizioni, posto che alcuni potrebbe aver già compensato le perdite pregresse con altri redditi di impresa. Tale circostanza è la testimonianza che le perdite nelle società di persone, non sono nella disponibilità della società ma dei soci.²¹²

In definitiva nell'ambito dell'Irpef, la possibilità di compensare i redditi di impresa solo "verticalmente" pone un serio limite alla personalità dell'imposta accentuandone i caratteri di realtà. Si potrebbe prevedere un meccanismo opzionale applicabile genericamente a tutti i soggetti che svolgono attività di impresa nell'ambito dell'Irpef consentendo loro la scelta, in via alternativa, fra il riporto orizzontale e verticale della perdita.

Per realizzare in termini di effettività la personalità dell'imposta, la perdita dovrebbe essere riferita al soggetto e non all'attività.

Così il reddito complessivo non deriverebbe più dalla sommatoria delle singole categorie, ma esprimerebbe l'effettiva forza economica del soggetto sul quale si potranno applicare le agevolazioni fiscali previste per tener conto della sua situazione personale e familiare. In tale prospettiva l'esenzione del minimo vitale avrebbe maggiore efficacia in quanto si applicherebbe ad un reddito complessivo al netto di tutte le perdite realizzate nelle diverse categorie reddituali. Non sembri un'ipotesi di scuola, poiché, gli imprenditori che in periodi di recessione realizzano ingenti perdite, sino ad arrivare al fallimento della loro attività, possono ricevere redditi di segno positivo dalla gestione del proprio capitale personale, percependo, così, nello stesso periodo di imposta, altri (es. redditi fondiari, di capitale e redditi diversi). La necessità di compensare tali redditi fra loro è strettamente connessa non solo alla personalità dell'imposta ma anche al regime di responsabilità patrimoniale degli imprenditori individuali e dei soci delle società di persone. Essi, infatti, come noto rispondono dei loro crediti con tutto il loro patrimonio presente e futuro. Se l'imposizione avvenisse senza tener conto di una perdita realizzata all'interno del patrimonio si avrebbe l'effetto

²¹² In tal senso cfr. G. FRANSONI, *Finanziaria 2008 e modifiche alla disciplina delle perdite*, in *Riv. dir. trib.*, 2008, p. 658; ID, *Le perdite fiscali e il "perduto ingegno" del legislatore*, in *Dialoghi dir. trib.*, 2007, p. 541.

non solo di tassare un reddito, inteso come incremento dello stesso, che non si è prodotto, ma di aggravare dal punto di vista della garanzia patrimoniale lo stesso soggetto che si vedrebbe, a tutto favore del Fisco, sottrarre quota parte di patrimonio a danno degli altri creditori.

Evidentemente, si è consapevoli che la progressività dell'Irpef è stata, surrettiziamente, svuotata dai regimi sostitutivi di imposizione previsti per i redditi di capitale e diversi. Tuttavia, anche per tali categorie reddituali si potrebbe concedere l'opportunità di scegliere la tassazione ordinaria in luogo di quella sostitutiva in modo da poter sottoporre ad imposizione un reddito netto ed effettivo nel pieno rispetto del principio di capacità contributiva.

In relazione al riporto verticale, nell'attuale disciplina, inoltre, vi sono incongruenze nel limite del riporto delle perdite nel caso di attività esenti; tale meccanismo finisce per considerare il diritto al riporto delle perdite alla stregua di una agevolazione la quale viene negata se si somma con la presenza di utili o attività esenti.

Con riferimento all'IRES abbiamo visto che non si pone un problema di riporto orizzontale stante il principio di attrazione del reddito di impresa, tuttavia, rimane il problema del riporto verticale nel limite di cinque esercizi. In ottica comparata, la previsione di un orizzonte temporale così esiguo non trova alcun riscontro nelle legislazioni dei sistemi impositivi moderni, producendo l'effetto di penalizzare le nostre imprese nella competizione internazionale. La mancata deducibilità delle perdite significherebbe, per l'impresa, effettuare un prelievo di capitale a danno dei mezzi destinati alla produzione con indebolimento del sistema produttivo. In proposito non è mancato il richiamo ad una maggiore tutela degli apparati produttivi del nostro Paese²¹³

²¹³ In tal senso cfr. G. FALSITTA, *Proposte per una inversione di tendenza nella tassazione del reddito di impresa*, in *Corr. trib.*, 2009, p. 1069. L'Autore, in una prospettiva di riforma, auspica il ritorno alle linee guida che avevano ispirato la grande riforma degli anni 1971/1973 e che successivamente furono largamente tradite. Viene critica la direzione che ha preso la legislazione in materia di reddito di impresa che ha avuto il "merito" di produrre uno smantellamento e non un rafforzamento degli apparati produttivi rastrellando risorse destinate a impieghi produttivi senza incentivare l'autofinanziamento finalizzato a tale scopo. In tale prospettiva è, altresì, assolutamente prioritario ridare certezza al rapporto tributario evitando l'"abuso" da parte dell'Amministrazione del nuovo filone giurisprudenziale da più parti criticato, in considerazione anche del fatto che la necessità di introdurre una clausola antielusiva generale era già stata esclusa dal legislatore nella riforma tributaria degli anni 70 esclusa per evitare di dare uno strumento troppo discrezionale ad una amministrazione fiscale che non si riteneva allora, come oggi, pronta ad un utilizzo proporzionato rispetto l'obiettivo perseguito, in tal senso cfr. V. UCKMAR, *L'abuso è quello della Cassazione*, in *Italia Oggi*, 8 aprile 2009, disponibile al sito internet www.uckmar.com.

espungendo dal nostro ordinamento tutte quelle norme che hanno come obiettivo principale l'allargamento della base imponibile e non quello di proteggere l'ordinamento da comportamenti elusivi/abusivi del contribuente.

De iure condendo sarebbe opportuno rivedere organicamente la disciplina del riporto delle perdite cercando *rationes* comuni ancorché differenziate in ragione dei soggetti che esercitano l'attività di impresa e delle forme con le quali le esercitano.

In tale ottica, certamente, non si deve pensare che non vi possono essere dei limiti al riporto delle perdite stesse. Specialmente nell'ambito dell'IRES che, a seguito della riforma del diritto societario e successivamente di quella tributaria, ne ha accentuato i caratteri di realtà. Grazie a questo, l'introduzione di norme che ne limitano l'utilizzo per fini elusivi²¹⁴ possono essere maggiormente essere giustificate da ragioni di cautela fiscale.

Viepiù che tali limiti potrebbero essere giustificati per la loro *ratio* intrinsecamente antielusiva, la cui copertura costituzionale, in termini di legittimità, può essere trovata proprio nell'art. 53 della Costituzione. Tale articolo, come noto, è rivolto non solo al legislatore il quale deve sottoporre ad imposizione una capacità contributiva attuale ed effettiva, realmente espressiva di una forza economica qualificata, necessaria per concorrere alle spese pubbliche; impone, anche, un dovere di contribuzione a cui il contribuente non può sottrarsi. Il fondamento di tale dovere è variamente configurato considerato una manifestazione della sovranità esercitata dallo Stato²¹⁵ ovvero derivante dall'appartenenza ad una collettività organizzata²¹⁶ di individui che genera un dovere – per alcuni solidaristico²¹⁷ - di contribuire alle spese pubbliche. E' in tal senso che si può ritenere costituzionalmente tutelato l'interesse fiscale alla riscossione delle imposte in

²¹⁴ Di contro accentua l'esigenza di tutela del principio di capacità contributiva D. STEVANATO, *Riporto delle perdite ed elusione tributaria*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2000, I, pagg. 1137.

²¹⁵ In tal senso cfr. P. RUSSO, *Manuale di diritto tributario*, op. cit., 12 per il quale la sovranità è quella attribuita al popolo per cui il tributo sarebbe espressione dello stato-comunità.

²¹⁶ Cfr. *ex multis* A. FEDELE, *Dovere tributario e garanzie dell'iniziativa economica e della proprietà nella costituzione italiana*, in *Dalle costituzioni nazionali alla costituzione europea* (a cura di B. Pezzini e C. Sacchetto), Milano, 2001; qualificano in termini di solidarietà sociale il dovere tributario per tutti I. MANZONI, *Il principio di capacità contributiva nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 1965; F. MOSCEHTTI, *Il principio di capacità contributiva*, op. cit.; C. SACCHETTO, *Il dovere di solidarietà nel diritto tributario: l'ordinamento italiano*, op. cit.

²¹⁷ Sull'interpretazione in funzione solidaristica della capacità contributiva si rinvia al paragrafo 3 del presente capitolo.

quanto dovere inderogabile di partecipazione alle spese pubbliche necessarie per l'esistenza stessa di tale comunità²¹⁸. La stessa Corte Costituzionale, (*ex multis* Sent. n. 163/1974) ha riconosciuto che l'interesse generale alla riscossione dei tributi è condizione di vita per la comunità, perché rende possibile il regolare funzionamento dei servizi statali. Tale interesse è protetto dalla Costituzione (art. 53) sullo stesso piano di ogni diritto individuale²¹⁹. Come ricordato la stessa Corte di Cassazione, a Sezioni Unite²²⁰, ha riconosciuto esistente nel nostro ordinamento di una clausola antielusiva generale²²¹ la quale, ancorché non scritta, discende direttamente dall'art. 53 della

²¹⁸ Effettua una ricostruzione diversa G. FRANSONI, *La territorialità nel diritto tributario*, op. cit., p. 209 secondo cui l'introduzione dell'art. 53 della Costituzione, in base al rapporto della commissione economica formata in sede di Assemblea costituente, era finalizzata a specificarne, secondo le indicazioni della precedente Cassazione, i limiti sostanziali. Sulla ricostruzione della genesi dell'art. 53 della Costituzione in sede di Assemblea costituente, cfr. G. FALSITTA, *Storia veridica, in base ai "lavori preparatori", della inclusione del principio di capacità contributiva nella Costituzione*, in *Riv. dir. trib.*, 2009, p. 97 e ss.

²¹⁹ In tal senso cfr. E. DE MITA, *Interesse fiscale e tutela del contribuente*, Milano, 2006, p. 82. Come ricorda De Mita, G.A. Micheli più volte ha qualificato tale interesse in termini di ragion fiscale esigenza da verificare alla luce della Costituzione. Sull'interesse fiscale si rinvia al lavoro monografico di P. BORIA, *Interesse fiscale*, Torino, 2002.

²²⁰ Sent. n. 30055, 30056, 30057 delle SS. UU. della Cassazione del 23 dicembre 2008 secondo cui “...non può non ritenersi insito nell'ordinamento, come diretta derivazione delle norme costituzionali, il principio secondo cui il contribuente non può trarre indebiti vantaggi fiscali dall'utilizzo distorto, pur se non contrastante con alcuna specifica disposizione, di strumenti giuridici idonei ad ottenere un risparmio fiscale, in difetto di ragioni economicamente apprezzabili che giustificano l'operazione, diverse dalla mera aspettativa di quel risparmio fiscale”.

²²¹ Sull'elusione fiscale in Italia nella sua evoluzione interpretativa prima delle sentenze della Corte di Cassazione, cfr. G.A. MICHELI, *Le presunzioni e la frode alla legge nel diritto tributario*, *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1976, I, p. 396; I. MANZONI, *Le fattispecie criminose*, in AA.VV., *Evasione fiscale e repressione penale*, Padova, 1982, p. 121; V. UCKMAR, *L'interposizione fittizia e "le società di comodo" quali ipotesi di reato fiscale*, in AA.VV., *Evasione fiscale e repressione penale*, Padova, 1982, p. 159; V. UCKMAR, *Tax Evasion-Tax Avoidance*, Relazione generale al 37° congresso dell'International Fiscal Association – in *Cahiers de Droit Fiscal International de l'IFA*, 1983; G. TREMONTI, *Autonomia contrattuale e normativa tributaria: il problema dell'elusione tributaria*, *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1986, I, p. 369; P.M. TABELLINI, *L'elusione fiscale*, Milano, 1988; ID., *Libertà negoziale ed elusione di imposta*, Padova, 1995; S. CIPOLLINA, voce *Elusione fiscale*, *Dig., Disc. priv., Sez. comm.*, vol. V, 1990; F. GALLO, *Brevi spunti in tema di elusione e frode alla legge (nel reddito di impresa)*, *Rass. trib.*, 1989, I, pag. 11; ID., *Elusione, risparmio di imposta e frode alla legge*, *Giur. comm.*, 1989, I, p. 377; ID., *Elusione senza rischio: il fisco indifeso di fronte ad un fenomeno tutto italiano*, *Dir. prat. trib.*, 1991, I, p. 257; A. LOVISOLO, voce *Evasione ed elusione tributaria*, *Enc. giur.*, vol. XIII, 1989; F. D'AYALA VALVA, *I problemi dell'evasione ed elusione nell'attuale normativa*, *Dir. prat. trib.*, 1989, I, p. 1154; U. MORELLO, *Il problema della frode alla legge nel diritto tributario*, *Dir. prat. trib.*, 1991, I, p. 8; P. PISTONE, *Abuso del diritto ed elusione fiscale*, Padova, 1995; E. NUZZO, *Elusione, abuso dello strumento negoziale, frode, frodolenzia*, *Rass. trib.*, 1996, p. 1314; ID., *Atti di scambio, prevalenza della sostanza sulla forma, norma impositiva*, *Rass. trib.*, 1999, p. 677; S. FIORENTINO, *L'elusione tributaria*, Napoli, 1996; A.

Costituzione. I contribuenti non possono abusare delle norme tributarie per alterare la ripartizione dei carichi tributari fra i consociati e sottrarsi al dovere di contribuzione. In questa sede non è importante verificare la legittimità dell'operato della Suprema Corte²²², ma sottolineare come nell'interpretazione dell'art. 53 della Costituzione sia necessario tener in considerazione non solo l'aspetto garantistico ma anche quello del dovere di contribuzione che spesso si traduce anche in un interesse fiscale alla riscossione che può derogare non solo ai regimi ordinari previsti dal diritto comune²²³ ma è un valore fondamentale dello Stato, necessario per la sua stessa esistenza, la cui preminenza assiologica porta a definire in termini recessivi i valori tutelati della sfera individuale²²⁴. Tale dovere può giustificare sotto il profilo costituzionale la presenza di norme che nella struttura non sono antielusive ma hanno una finalità antielusiva, come l'art. 84 del tuir con riferimento soprattutto ai limiti al "commercio delle perdite". Ora, tralasciando le incongruenze precedentemente analizzate, è certamente legittimo per il legislatore il bilanciamento dei diversi interessi in gioco. Con riferimento all'Ilor, la

CONTRINO, *Elusione fiscale, evasione e strumenti di contrasto*, Bologna, 1996; AA.VV., *L'elusione fiscale nell'esperienza europea*, A. DI PIETRO, Milano, 1999; A. GARCEA, *Il legittimo risparmio di imposta*, Padova, 2000; F. PAPARELLA, *Possesso di redditi ed interposizione fittizia*, Milano, 2000, p. 287; R. LUPI, *Manuale giuridico professionale di diritto tributario*, 3a ed., Milano, 2001, p. 277-327, G. VANZ, *L'elusione fiscale tra forma giuridica e sostanza economica*, *Rass. trib.*, 2002, p. 1606. M. NUSSI, *Elusione tributaria ed equiparazioni al presupposto nelle imposte sui redditi: nuovi (e vecchi) problemi*, *Riv. dir. trib.*, 1998, I, p. 503; P. RUSSO, *Brevi note in tema di disposizioni antielusive*, in *Rass. trib.*, 1999, p. 68; G. ZIZZO, *Prime considerazioni sulla nuova disciplina antielusiva*, *Commento agli interventi di riforma tributaria*, M. MICCINESI, Padova, 1999, p. 435. F. GALLO, *Elusione, risparmio di imposta e frode alla legge*, in *Giur. comm.*, 1989, I, p. 385; ID., *Brevi spunti in tema di elusione fiscale e frode alla legge (nel reddito di impresa)*, *Rass. trib.*, 1989, pp. 11

²²² Per un'evoluzione della giurisprudenza di Cassazione inizialmente nata per colpire operazioni di *dividend washing* cfr. G. CORASANITI, *La nullità dei contratti come strumento di contrasto alle operazioni di dividend washing nella recente giurisprudenza della Suprema Corte*, in *Dir. prat. trib.*, 2006, 2, p. 235; D. STEVANATO, *Le ragioni economiche nel dividend washing e l'indagine sulla "causa concreta" del negozio: spunti per un approfondimento*, in *Rass. trib.*, 2006, p. 309; M. BEGHIN, *L'usufrutto azionario tra lecita pianificazione fiscale, elusione tributaria e interrogativi in ordine alla funzione giurisdizionale*, *Giur. trib.*, 2006, p. 223; F. M. GIULIANI, *Elusione fiscale, frode alla legge e causa concreta del contratto*, *Contratto e impresa*, 2007, 2, p. 455.

²²³ In tal senso cfr. E. DE MITA, *Principio di non discriminazione e deroghe giustificate in base al diritto interno nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Interesse fiscale e tutela del contribuente*, *op. cit.*, p. 82. L'interesse fiscale è diventato parametro per legittimare o meno sul piano costituzionale una serie di norme che diversamente non troverebbero giustificazione nell'ordinamento.

²²⁴ Sul bilanciamento di tali interessi nella Giurisprudenza della Corte Costituzionale, cfr. P. BORIA, *Il bilanciamento di interesse fiscale e capacità contributiva nell'apprezzamento della Corte Costituzionale*, *Diritto tributario e Corte costituzionale*, (a cura di) L. PERRONE, C. BERLIRI, Napoli, 2006, p. 57.

Corte Costituzionale si era già pronunciarsi sul divieto di riporto della perdita di esercizio ai fini del calcolo della sua base imponibile²²⁵. Nella scarna motivazione la Corte costituzionale non giudicò il divieto di tale riporto come contrario all'art. 53 della Cost. La suddivisione dei periodi di imposta nel tempo implica con se che non è possibile considerare il reddito, la capacità contributiva del soggetto alla fine del suo ciclo economico²²⁶.

Tuttavia, tali limitazioni non debbono trasformarsi in norme la cui *ratio* apparentemente antielusiva non genera altro che l'ampliamento della base imponibile²²⁷, mediante limitazioni che applicate indiscriminatamente si pongono in contrasto con il principio di ragionevolezza.

Inoltre, per giustificare la compatibilità in termini di capacità contributiva dovrebbe ritenersi sempre applicabile lo strumento dell'interpello disapplicativo di cui all'art. 37-bis, comma 8 del tuir²²⁸. Sarebbe, tuttavia, opportuno stante le sue diverse difficoltà applicative prevederne una disciplina specifica che elimini le incertezze circa il corretto assolvimento dell'onere della prova da parte del contribuente.

Soprattutto nei casi in cui la recessione mondiale ha mostrato i suoi effetti devastanti portando molte aziende al fallimento, si potrebbe pensare di consentire il riporto di tali perdite, oltre il termine quinquennale fino al loro completo assorbimento. D'altra parte

²²⁵ Cfr. Sentenza del 21 gennaio 1988, n. 54 in *Rass. trib.*, 1989, II, p. 726 con nota di L. CARPENTIERI, *Riflessioni sulla mancata estensione del riporto delle perdite ai fini Ilor*, in *Rass. trib.*, 2008, p. 929.

²²⁶ Sostiene la Corte Costituzionale che “*mentre la perdita di esercizi precedenti va considerata fatto impeditivo della imposizione, per effetto delle disposizioni che lo consentono, ma non elemento posto sullo stesso piano di significazione del reddito*”; continua “*che, quanto alla dedotta violazione dell'art. 53 - assumendosi che "con la mancata deduzione delle perdite verrebbe ridotta la capacità contributiva" - va osservato che le perdite pregresse, attinenti cioè ad altri esercizi, non riguardano la capacità contributiva del periodo d'imposta per il quale l'Ilor è applicata; e che non sussiste neppure disarticolazione tale da porre contrasto con l'art. 3, appartenendo alla discrezionalità legislativa disporre un riparto compensativo a carattere derogatorio*”.

²²⁷ Il Falsitta ritiene che molto spesso il legislatore, alla ricerca di nuovo gettito abbia abusato della normativa antielusiva, in tal senso G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario, Parte generale*, Padova, 2008, p. 240. Con specifico riferimento alla disciplina delle perdite anche Della Valle ritiene che molti interventi sono stati ispirati più da esigenze di gettito che di razionalità del sistema, E. DELLA VALLE, *Perdite fiscali e recessione*, in *Corr. trib.*, 13, 2009, p. 987.

²²⁸ In senso critico v. G. FALSITTA, *op. cit.*, p. 215. Per un approfondimento sull'istituto dell'interpello ex multis cfr. F. PISTOLESI, *Gli interpelli tributari*, Milano, 2007; con specifico riguardo a quello disapplicativo cfr. G. FRANSONI, *Efficacia e impugnabilità degli interpelli fiscali con particolare riguardo all'interpello disapplicativo*, in *Elusione ed abuso del diritto tributario, op. cit.*, p. 77.

la nostra economia, in caso di recessione, ha perso parte della propria ricchezza e non avrebbe molto senso in un periodo di ripresa tassare quel reddito necessario a riportarci al punto di partenza.

14. La differente natura dell'IRES rispetto all'IRPEF ed i riflessi sulla disciplina delle perdite. Trattati comuni con riferimento al trattamento del soggetto non residente.

Conclusivamente sembra opportuno raffrontare la disciplina delle perdite prevista all'interno dell'Irpef e quella dell'Ires per cogliere sia la diversità di fondo che la ispirano sia i tratti comuni.

Con riferimento all'Irpef abbiamo già esposto le ragioni per le quali sarebbero necessari dei correttivi per consentire la tassazione di un reddito netto realmente espressivo di capacità economica. Le perdite da qualunque categoria provengano dovrebbero essere compensate integralmente.

Nell'ambito dell'Irpef, tuttavia, il reddito di impresa aumenta i caratteri di realtà dell'imposizione proprio perché non consente la deduzione/compensazione dei redditi, negativi o positivi, provenienti da altre fonti reddituali. Oggetto dell'imposizione è la ricchezza prodotta da quella struttura produttiva o da quell'attività economica benché non organizzata in forma di impresa²²⁹.

E' la filosofia del capannone²³⁰ che ha ispirato il legislatore, cercando di attuare anche all'interno dell'Irpef un'imposizione di tipo reale del reddito di impresa; imposizione che colpisce unicamente l'incremento di ricchezza prodotto dall'attività economica esercitata e non quello che si è prodotto in capo al soggetto che la esercita. Il suo carattere reale, non tanto in termini descrittivi, quanto in termini di conseguenze giuridiche si riscontra nella disciplina delle perdite e precisamente: i) nell'impossibilità di compensarle con i redditi delle altre categorie di reddito; ii) la possibilità di riporto illimitato solo se riferito a nuove attività; iii) il riferimento al mutamento dell'attività commerciale esercitata per limitare il riporto di cui all'art. 84, comma 1 con riferimento

²²⁹ E' ben noto, infatti, che il reddito di impresa ben può realizzarsi anche in assenza di un organizzazione dell'attività commerciale in forma di impresa ai sensi dell'art. 55 del Tuir, diversamente dal codice civile il quale definisce imprenditore chi "esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi".

²³⁰ In tal senso cfr. A. FANTOZZI, *La nuova disciplina Ires: i rapporti di gruppo*, op. cit., p. 498.

alle società di persone. Evidentemente il passaggio completo ad una tassazione di tipo reale non è certamente compiuto considerando l'applicazione di un'aliquota progressiva e la possibilità di riconoscere in sede di determinazione del reddito complessivo le agevolazioni per la situazione personale e familiare.

Da notare che il pieno passaggio ad una tassazione reale attraverso l'applicazione di una aliquota proporzionale e la completa assimilazione alla tassazione societaria era stata nelle intenzioni del legislatore nella legge delega n. 80 del 2003, la quale aveva previsto l'introduzione di una doppia aliquota di imposta con l'equiparazione della aliquota massima a quella proporzionale all'epoca prevista per le società²³¹.

Nell'Ires i caratteri di imposta reale è sintetizzata efficacemente dall'espressione che ha caratterizzato il passaggio dall'Irpeg all'Ires²³², ovvero dalle persone alle cose²³³.

Questo era l'indirizzo che si poteva trarre dalla legge delega n. 80 del 2003 attuata, poi, dal d.lgs. n. 344 del 2003. Si voleva tornare ad un'imposizione del reddito in termini oggettivi portando il legislatore a cancellare il credito di imposta funzionale alla eliminazione doppia imposizione economica.

La riforma in tal modo non esprimeva più la necessità sistematica di eliminare la doppia imposizione degli utili societari confermando così che l'utile della società è reddito imponibile. La concessione del credito di imposta, non tanto sul piano giuridico, quanto su quello degli effetti sostanziali riducevano l'Irpeg ad acconto dell'Irpef, sulla scorta di una concezione per la quale l'attitudine alla contribuzione alle spese pubbliche può

²³¹ Cfr. A. FANTOZZI, *op. cit.*, p. 498.

²³² Benché non vi sia unanimità di veduta circa la natura reale o personale dell'Ires, indubbiamente si può definire un'imposta oggettiva nella quale si tiene conto sullo delle passività strettamente inerenti al reddito colpito e che lo diminuiscono nella sua oggettività. In tal senso cfr. G. FALSITTA, *op. cit.*, p. 242. La divergenza di opinioni nasce dal fatto parte della dottrina riconosce valore decisivo non solo alla progressività dell'imposta ma alla possibilità di considerare, soprattutto, in sede di detrazioni, la situazione personale del soggetto passivo. Da tale punto di vista non si può negare che l'Ires pur colpendo un reddito complessivo del soggetto, da qualunque fonte provenga, anche di fonte estera, si configuri come un'imposta sul reddito complessivo netto ovunque prodotto. Sulla natura reale o personale dell'Irpeg, cfr. per tutti C. SACCHETTO, *L'imposta sul reddito delle persone giuridiche*, in *Trattato di diritto tributario*, diretto da A. AMATUCCI, Padova, 1994, vol. III, p. 61, il quale pur propendendo per la natura personale, riconosceva che il tributo sulle società possedeva una struttura parzialmente divergente dall'Irpef, così C. SACCHETTO, *op. cit.*, p. 66.

²³³ Cfr. A. FEDELE, *La nuova disciplina Ires: i rapporti fra soci e società*, in *Riv. dir. trib.*, 2004, p. 465.

essere manifestata esclusivamente delle persone fisiche²³⁴. Tale meccanismo, infatti, garantiva che i dividendi computati nel reddito del socio persona fisica scontassero un'imposizione personale e progressiva, riconoscendo in detrazione l'imposta dovuta dalla società. Benché tale abolizione fosse stata suggerita da alcune sentenze della Corte di giustizia che avevano dichiarato incompatibili il credito di imposta con il diritto comunitario, il passaggio dalle "persone alle cose" era dovuto anche alla concomitante riforma del diritto societario che ha rotto la sacralità delle azioni come unico strumento di impiego del capitale all'interno delle società. La previsione di nuovi strumenti finanziari partecipativi, di emissione di azioni che attribuiscono esclusivamente diritti patrimoniali, ha rafforzato l'idea nel legislatore fiscale che nella definizione delle fonti produttive del reddito fosse possibile distinguere e tassare autonomamente i redditi di impresa e redditi di capitale. In altri termini, ha valorizzato i profili di rilevanza dell'investimento, dell'impiego di capitale, non tanto quello di ingerenza nell'indirizzo e nella gestione dell'attività sociale. Da questo punto di vista si è potuto giustificare, oltre che il trattamento discriminatorio riservato ai non residenti, l'eliminazione del credito di imposta perché ormai rispondeva ad una logica di impiego del capitale superata²³⁵. In tale ottica ricostruttiva i regimi di tassazione per trasparenza e di consolidato, derogando alla disciplina ordinaria ed eliminando la doppia imposizione sugli utili, si possono giustificare sull'apprezzamento da parte del legislatore delle effettive possibilità di concorso alla formazione dell'indirizzo e gestione dell'attività sociale. Nelle condizioni previste da tali regimi il socio non si attegga a mero investitore ma è capace di condizionare ed orientare l'attività sociale.

I caratteri di realtà dell'Ires sono poi accentuati anche in questo caso con riferimento alla disciplina delle perdite. Tale disciplina contenuta principalmente nell'art. 84 del Tuir fa espresso riferimento alla riferibilità ad una precisa attività economica condotta dalla società al fine di evitare il commercio delle perdite stesse. Portando, addirittura, in certi casi l'interprete a dover fare un'analisi fattuale in termini di prevalenza dell'attività

²³⁴ In senso contrario cfr. A. FEDELE, *op. cit.*, p. 479 il quale ritiene che la tesi per la quale l'Irpeg era un mero acconto dell'Irpef non ha alcun riscontro normativo.

²³⁵ Invero, la parziale detassazione dei redditi da partecipazione, a livello sistematico, dovrebbe essere spiegato più in ottica promozionale per l'utilizzazione e la diffusione delle strutture societarie piuttosto che in funzione di un'attenuazione di profili di irrazionalità ed incoerenza del sistema. Oltre che per la difficoltà a tassare forme di ricchezza "volatili" che le esclude da possibili indici di appartenenza alle singole comunità territoriali. In tal senso cfr. A. FEDELE, *op. cit.*, p. 483.

esercitata, al fine di verificare se vi è stato il mutamento di quella principale richiesto per l'esclusione del riporto delle perdite di cui all'art. 84, 3 comma del tuir.

In tale costruzione, la possibilità di imputare la perdita ai soci nell'ambito della trasparenza e del consolidato risponde alla logica prima evidenziata di considerare il socio non come un investitore ma come colui che può esercitare un'influenza nella gestione della società.

Evidentemente il carattere reale dell'Ires, così come descritto, tassando l'attività economica in quanto tale non il soggetto a cui è riferibile, ha delle ripercussioni nella disciplina positiva delle perdite con specifico riferimento alle norme che pongono limiti alla loro utilizzabilità e commercio. In tale contesto il principio di capacità contributiva svolge un ruolo profondamente diverso da quello svolto nell'ambito dell'Irpef.

La forte attenuazione dei caratteri di personalità dell'Ires, dovuto al mancato riconoscimento del credito di imposta, riducono il carattere di arbitrarietà e di irragionevolezza dei limiti posti in funzione antielusiva al riporto delle perdite. Con la conseguenza che il principio di capacità contributiva nell'Ires si atteggia a mero criterio razionale di riparto delle spese pubbliche nel rispetto di una logica di tassazione oggettiva che può avere al suo interno norme antielusive purché non risultino incoerenti ed irrazionali con effetti penalizzanti soprattutto in periodi di recessione.

Nell'Ires, l'interesse fiscale alla riscossione del tributo può portare a considerare recessivo ma comunque non prevalente l'interesse del contribuente alla determinazione di una corretta capacità contributiva, proprio per i caratteri maggiormente reali di tale imposta. Di conseguenza il reddito tassato sarà calcolato in maniera oggettiva consentendo la deduzione solo di quei costi strettamente necessari per produrlo.

Diversamente con riferimento all'Irpef il principio di capacità contributiva non può atteggiarsi a mero criterio di riparto della spesa pubblica secondo criteri ragionevoli. Deve, anzi, mirare a realizzare quel fine di solidarietà sociale ed economica a cui il dovere di contribuire è ispirato. In tale contesto, le limitazioni al riporto delle perdite non possono essere ritenute compatibili con tale principio costituzionale. Pertanto in una prospettiva *de jure condendo* dovrebbero essere rimossi tutti quegli ostacoli precedentemente evidenziati che, di fatto, ne impediscono la piena realizzazione. Molto spesso, infatti, la concessione di agevolazioni fiscali (esenzione minimo vitale, deduzioni, detrazioni), si rivelerebbero inadeguate nel caso in cui vi fosse una perdita di

una categoria reddituale di cui non sarebbe consentita la compensazione sul reddito positivo sul quale tali agevolazioni si calcolano.

Da ultimo si segnala che con riferimento ai soggetti non residenti sia l'Irpef che l'Ires sono accumulate da una natura di imposta di tipo reale. Anzitutto, il reddito del non residente è attratto ad imposizione in Italia secondo criteri oggettivi riferiti o all'attività concretamente svolta ovvero al bene ivi situato, in applicazione del principio di territorialità.

Come vedremo nel prossimo capitolo, dando preminenza all'attività piuttosto che alla persona che la esercita ai fini Irpef non sono riconosciute le deduzioni personali e familiari, circostanza che potrebbe rivelarsi, secondo le condizioni stabilite dalla Corte di Giustizia, come un'ingiustificata discriminazione. Ed inoltre, attraverso il meccanismo di riscossione della ritenuta a titolo di imposta non vengono riconosciute, in taluni casi, la deduzione delle spese necessarie per produrre il reddito (ritenuta del 30% sul reddito di lavoro autonomo esercitato in Italia da un non residente). Anche tale caso il trattamento differente, riferito alla sola determinazione del reddito ivi prodotto potrebbe non essere giustificato da un punto di vista comunitario.

Con riferimento alla tassazione dei redditi di impresa in capo ai non residenti l'IRES si atteggia ancor più come un'imposta reale, in quanto li attrae a tassazione in base alla presenza o meno di una stabile organizzazione in Italia²³⁶. Viene così riconosciuta una soggettività ai soli fini tributari "ad una sede fissa di affari per mezzo della quale l'impresa non residente svolge in tutto o in parte la sua attività"²³⁷.

²³⁶ Sui profili della tassazione dei redditi di impresa prodotti all'estero cfr. A. M. GAFFURI A.M., *La tassazione dei redditi d'impresa prodotti all'estero. Principi generali*, Milano, 2006.

²³⁷ Sulla soggettività della stabile organizzazione cfr. S. M. CARBONE, *Stabile organizzazione e gruppo di imprese nel diritto internazionale tributario*, in *Riv. dir. int. Priv. Proc.*, 1980, p. 12; M. DEL GIUDICE, *La stabile organizzazione. Elemento determinante per la tassazione del reddito di imprese di soggetti non residenti*, in *Fisco*, 1983; F. GALLO, *Contributo all'elaborazione del concetto di stabile organizzazione secondo il diritto interno*, in *Riv. sc. fin. dir. fin.*, 1985, I, p. 385; G. MAISTO, *Il transfer price*, Padova, 1985; E. NUZZO, *Questioni in tema di tassazione di enti non economici*, in *Rass. trib.*, 1985, I, p. 128; S. FIORENTINO, *Alcune riflessioni sull'operatività dell'art. 76, comma 7-bis e 7-ter del Tuir e connesse implicazioni in tema di soggettività tributaria*, in *Riv. dir. trib.*, 1994, I, p. 1162; A. GIOVANNINI, *Soggettività tributaria e fattispecie impositiva*, Padova, 1996, p. 355. Proprio la necessità di attrarre a tassazione il non residente faceva sostenere al Micheli: "Si può dire che il legislatore in materia tributaria intenda colpire il maggior numero di fatti imponibili e che spetti alla sua discrezione, in vista dei fini da raggiungere, il considerare il fenomeno unitario o frazionato dei singoli soggetti che concorrono a formare la collettività presa in considerazione. A questo si aggiunge l'esigenza di

Alle stabili organizzazioni si applicano le stesse regole con riferimento alla possibilità di riportare le perdite. Una differenza nel trattamento avrebbero potuto portare a delle censure non solo in sede comunitaria ma anche a livello di trattati contro la doppia imposizione²³⁸.

Tali considerazioni circa la diversa natura delle imposte e del diverso ruolo che svolge il principio di capacità contributiva sembrano avere avuto dei riflessi decisivi anche nell'ambito dei casi portati davanti e decisi dalla Corte di Giustizia che verranno analizzati nel capitolo III.

coinvolgere il maggior numero di patrimoni disponibili, ricorrendo di frequente alla regola della solidarietà che è l'alternativa della soggettività tributaria", G.A. MICHELI, op. cit., pp. 431-432.

²³⁸ Per una valutazione sui profili internazionali della riforma Tremonti, cfr P. PISTONE, *Profili fiscali comunitari ed internazionali della riforma fiscale*, in *Imposta sul reddito delle società (IRES)*, F. TESAURO, (coord.), UTET, Turin, 2007, p. 75

CAPITOLO II

LA DISCIPLINA FISCALE DELLE PERDITE NELL'AMBITO DEL DIRITTO TRIBUTARIO INTERNAZIONALE

Sommario: 1. Introduzione. – 2. Fondamenti e limiti dell'imposizione del reddito in ambito internazionale: il c.d. principio dell'appartenenza economica. - 2.1. Le norme internazionali tributarie che limitano la potestà impositiva degli Stati nazionali: le convenzioni per evitare le doppie imposizioni sul reddito. - 2.2. Considerazioni di carattere giuridico-economico nel confronto fra il principio di tassazione mondiale (c.d. world wide taxation) e il principio di tassazione territoriale (c.d. source taxation). - 3. Le Convenzioni contro le doppie imposizioni e i diversi metodi per eliminare la doppia imposizione: l'incidenza sul trattamento fiscale delle perdite. - 3.1. (...segue) il metodo dell'esenzione e la disciplina fiscale delle perdite. - 3.2. (...segue) il credito d'imposta e la disciplina fiscale delle perdite. - 3.3. L'incidenza delle perdite nel calcolo del credito di imposta per le imposte pagate all'estero nella disciplina fiscale italiana. - 4. Soggetti residenti e la disciplina fiscale delle perdite in rapporto ai diversi metodi per evitare la doppia imposizione. - 5. I profili di tassazione dei soggetti non residenti nell'ambito delle imposte sul reddito: il mancato riconoscimento delle agevolazioni fiscali personali. - 5.1. (...segue) il mancato riconoscimento delle spese per la produzione del reddito nel caso di applicazione di una ritenuta alla fonte 5.2. La tutela fornita in ambito internazionale al soggetto non residente: l'art. 24(1) del Modello OCSE. - 5.3. La stabile organizzazione di soggetti non residenti e l'estensione di trattamenti agevolati ai sensi dell'art. 24(3) del Modello OCSE. - 6. L'arbitraggio fiscale internazionale nel caso di società *dual-resident* ed i rischi di una doppia deduzione delle perdite (cenni).

1. Introduzione.

In ambito internazionale, il regime fiscale delle perdite non ha una disciplina positiva, posto che le norme che ne consentono il riporto o la compensazione nell'ambito dei gruppi, sono norme nazionali e non di diritto internazionale. La nozione di perdita, tuttavia, come già chiarito, non è nient'altro che un reddito di segno negativo e, pertanto, vedremo, se e in quale misura inciderà nella determinazione della base imponibile complessiva, nel caso in cui si fosse generata all'estero. Al fine di dedurre tale la perdita sarà necessario verificare, in presenza di una convenzione contro le doppie imposizioni, il metodo scelto dai singoli Paesi per evitare la doppia imposizione: il metodo del credito di imposta o dell'esenzione. Vedremo che tale scelta non è neutrale rispetto alla possibilità di riportare le perdite generate all'estero nella determinazione del reddito complessivo del soggetto residente. Il metodo dell'esenzione, infatti, per un principio di simmetria, impone di non tenere in considerazione né i redditi prodotti all'estero né le relative perdite. Tale principio, come vedremo, è controverso sia nella dottrina che nella giurisprudenza ed è messo in discussione anche nella giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee.

Con riferimento al metodo del credito di imposta, in generale, si pongono una serie di problemi connessi alla sua diversa determinazione che rimangono irrisolti anche in

presenza di una Convenzione contro le doppie imposizioni, posto che l'art. 23 del Modello di Convenzione rimette la loro soluzione ai singoli Stati membri.

In altri termini, dunque, sarà opportuno chiedersi se ed in quale misura elementi di estraneità con il territorio dello Stato siano in grado di influenzare la determinazione del reddito ed incidere nella corretta determinazione della capacità economica del contribuente. In tale ottica si valuterà quale è il metodo maggiormente rispondente a tale principio.

Successivamente l'analisi si sposterà sulla disciplina positiva prevista dal nostro ordinamento con specifico riferimento alle perdite di fonte estera nella prospettiva di un soggetto residente. Verrà evidenziato come nella vigenza del vecchio art. 15 del tuir, prima della riforma Tremonti, si poneva seriamente il problema di un mancato riconoscimento del credito per le imposte pagate all'estero, nel caso in cui in Italia vi fosse una perdita capace di assorbire interamente il reddito di fonte estera. Tale inconveniente è stato parzialmente risolto, con la riforma Tremonti, pur sussistendo ancora notevoli dubbi interpretativi circa la sua corretta determinazione.

Brevemente, si accennerà alla disciplina accordata dall'Italia, nell'ambito dell'Irpef, ai soggetti non residenti. L'applicazione del principio di territorialità, facendo venir meno le caratteristiche tipiche dell'imposta personale, porta alla negazione delle deduzioni e detrazioni diversamente previste esclusivamente per i soggetti residenti, nel presupposto che la condizione personale e familiare venga tenuta in considerazione nello Stato di provenienza. Come vedremo, tale discriminazione è considerata incompatibile dalla Corte di Giustizia, nel caso in cui, un soggetto residente nell'ambito della Unione Europea, per particolari circostanze non riesce ad ottenere il riconoscimento della sua situazione personale e familiare né nello Stato di residenza né nello Stato della fonte. Anche la diversa modalità di riscossione dell'imposta nei confronti dei non residenti potrebbe suscitare dubbi di compatibilità con l'ordinamento comunitario se nella sua concreta applicazione impedisce la deduzione di componenti negativi che, di fatto, genera un'imposizione maggiore del soggetto non residente.

Verificheremo che la tutela fornita in ambito internazionale ai soggetti non residenti con riferimento alla presa in considerazione delle perdite nell'ambito della determinazione complessiva del reddito delle persone fisiche non è molto forte poiché rimessa all'art. 24 del Modello di Convenzione OCSE che, pur cercando di tutelare situazioni

discriminatorie, trova una limitata applicazione. Diversamente, sembra tutelare maggiormente situazioni discriminatorie che si possono realizzare nell'ambito della determinazione del reddito di impresa del soggetto non residente. In base all'art. 24 del Modello di Convenzione OCSE, gli Stati contraenti non possono riservare un trattamento meno favorevole di quello riservato alle imprese residenti nella determinazione del reddito della stabile organizzazione tramite la quale il soggetto non residente esercita la sua attività di impresa nello Stato della fonte. Costateremo se tramite l'applicazione di tale articolo sarà possibile estendere regimi particolari di tassazione opzionale, come il consolidato nazionale, anche alle stabili organizzazioni di soggetti non residenti.

Da ultimo, si accenneranno ai possibili fenomeni di arbitraggio fiscale internazionale realizzati tramite l'utilizzo delle c.d. *dual resident company*, attraverso è possibile dedurre due volte la stessa perdita sfruttando l'applicazione del regime di consolidato in entrambi i Paesi nei quali tale società è considerata residente.

Pertanto, l'approfondimento di tali tematiche sarà funzionale non solo a capire in che misura l'ordinamento internazionale riesce a tutelare situazioni discriminatorie nella determinazione complessiva del reddito, ma anche ad una migliore comprensione dei diversi casi sottoposti all'attenzione della Corte di Giustizia, con particolare riferimento alle perdite.

Tutto ciò verrà trattato, non prima di aver analizzato i fondamenti e i limiti che vi sono nell'attrarre ad imposizione fattispecie che hanno elementi di estraneità con l'ordinamento nazionale. La prospettiva che verrà indagata non sarà solo quella giuridica ma anche quella economica. Vedremo che gli studi economici sulla neutralità della fiscalità rispetto al mercato, con le sue diverse nozioni, hanno notevolmente influenzato le soluzioni giuridiche, poi, accolte dai singoli ordinamenti.

2. Fondamenti e limiti dell'imposizione del reddito in ambito internazionale: il c.d. principio dell'appartenenza economica.

In ambito internazionale, non esiste un principio che vieta agli Stati di estendere il loro potere impositivo anche oltre i confini nazionali, in quanto la mera attività di

normazione non comporta di per sé esercizio extraterritoriale dell'attività statale²³⁹. L'unica consuetudine internazionale che si era andata affermando era relativa al potere di tassare gli stranieri solo nella misura in cui vi fosse un collegamento ragionevole col territorio dello Stato (teoria del *reasonable link*)²⁴⁰.

Più in generale, il principio del *reasonable link* incide sulla scelta del fatto indice di quella capacità contributiva che si vuole colpire per la contribuzione alle pubbliche spese. Un'analisi approfondita dei singoli ordinamenti nazionali porta alla luce notevoli divergenze per quanto riguarda l'individuazione del grado di connessione minimo sufficiente a giustificare l'imposizione. Il dato comune è ravvisabile sul versante del limite negativo costituito dalla non sottoposizione a prelievo di fattispecie prive di qualsiasi collegamento oggettivo e soggettivo²⁴¹.

²³⁹ In tal senso cfr. C. SACCHETTO, *Territorialità (dir. trib.)*, in *Enc. Dir.*, XLIV, Milano, 1992, p. 324 ed ivi dottrina in nota 124, il quale sottolinea come l'attività normativa è di per sé irrilevante dal punto di vista internazionale ed il suo esercizio per fattispecie che si verificano fuori dai propri confini nazionali non comporterà una violazione di norme internazionali, trattandosi di attività semplicemente dichiarativa dello Stato. Si avrà violazione dell'obbligo internazionale solamente qualora lo Stato eserciti le attività amministrative materiali di riscossione fuori dal proprio territorio senza esserne autorizzato; cfr. C. SACCHETTO, *Tutela all'estero dei crediti tributari*, op. cit., p. 96; RADLER, *Basic origins of international double taxation and measures for its avoidance*, in Owens, *International Aspects of U.S. Income Taxation*, I. *Introduction to international income tax law*, Cambridge, 1980, p. 164; con riferimento al problema della riscossione del credito all'estero cfr. V. UCKMAR, *Esazione all'estero dei crediti tributari*, in *Rivista di giurisprudenza*, 1952, p. 3; di recente è opportuno segnalare la sentenza a SS. UU. della Corte di Cassazione n. 760 del 17 gennaio 2006 che ha tracciato una linea di demarcazione in tema di riparto di giurisdizioni fra giudice straniero, ordinario e tributario italiano nel caso di riscossione di un credito tributario formatosi all'estero, in *Riv. dir. trib.*, 2006, n. 12 con commento di A. MULA, p. 847.

²⁴⁰ Così, M. UDINA, *Il diritto internazionale tributario*, in *Trattato di Fedozzi e Romano*, Padova, 1949, vol. X; V. UCKMAR, *La tassazione degli stranieri in Italia*, Padova, 1955, p. 21; G.C. CROXATTO, *La imposizione delle imprese con attività internazionale*, Padova, 1965, 54-55; G. A. MICHELI, *Problemi attuali di diritto tributario nei rapporti internazionali*, in *Dir. prat. trib.*, I, 1965, p. 216; R. CORDEIRO GUERRA, ne *Il Diritto Tributario nei rapporti internazionali*, a cura L. CARPENTIERI, R. LUPI, D. STEVANATO, Milano, 2003, p. 102; G. MELIS, *Vincoli internazionali e norma tributaria interna*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2004, I, p. 1083.

²⁴¹ Sul punto cfr. F. MOSCHETTI, *Il principio di capacità contributiva*, Padova, 1973, p. 215 il quale correttamente sottolinea che pur non essendoci alcun limite a livello internazionale vi deve essere sul fronte interno quel minimo di partecipazione alla comunità statale presupposto necessario perché si possa chiamare il contribuente ad adempiere al suo dovere solidaristico di contribuire alle spese pubbliche. L'ente pubblico potrà imporre l'obbligazione tributaria solo a carico di quelle persone nei cui confronti sia configurabile un dovere di solidarietà verso gli altri membri del gruppo sociale e ciò richiede non una mera momentanea presenza nel territorio nazionale, ma un legame durevole.

In proposito gioca un ruolo fondamentale il c.d. principio dell'appartenenza economica²⁴² che diviene norma per l'attribuzione ai singoli ordinamenti statali della potestà tributaria ai fini dell'applicazione delle imposte dirette sul reddito e che è stato definito come “luogo nel quale si trovano gli interessi effettivi dell'individuo nelle diverse fasi di produzione della ricchezza”²⁴³.

²⁴² E.R.A. SELIGMAN, *Essais sur l'impôt*, Parigi, 1914, p. 178 afferma che tale criterio si genera dalla combinazione di altri principi quali la residenza temporanea, il domicilio o la residenza permanente e il luogo di ubicazione dei beni, ed è contrapposto al criterio dell'appartenenza politica ritenuto, già allora, non appropriato per l'imposizione sui redditi; secondo l'autore “*es trois derniers principes – residence temporaire, domicile et emplacement des biens – se justifie dans une certaine mesure, mais non pas complètement. Il y a toutefois un principe final, vers lequel tendent tous les gouvernements modernes, et qui reconcilie les trois precedent. Il s'agit du principe de l'interet économique ou de l'allegiance économique, en opposition a la doctrine desuete de l'allegiance politique.*”

²⁴³ Si veda E.R.A. SELIGMAN, *Double Double Taxation and International Fiscal Cooperation*, New York, 1928, pp. 111-113; l'autore sostiene che il processo di produzione del reddito possa essere suddiviso in quattro fasi: produzione, disposizione, possesso e consumo del reddito; ai fini della determinazione dell'appartenenza economica le due fasi maggiormente rilevanti per stabilire a chi spetti la sovranità tributaria, sono quella del momento della produzione del reddito e quello del consumo della ricchezza; attribuire preponderante importanza alla prima fase comporterebbe l'adozione del criterio della fonte od origine; se invece fosse l'ultimo stadio, quello del consumo del reddito, ad essere considerato come determinante, sarebbe utilizzato il criterio della residenza. Il concetto di appartenenza economica è stato affrontato anche dalla Società delle Nazioni nel lontano 1925 nel *Report on Double Taxation submitted to the Financial Commission by Professors Bruins, Einaudi, Seligman and Stamps*, documento ripreso da PERSKY, *Conflicts Between Source and Residence-Based Taxation*, in *13 Tax Notes*, 1981, 344; il rapporto descrive la tematica inerente alla contrapposizione tra il principio di tassazione in base alla fonte e principio di tassazione in base alla residenza, avvertendo dei rischi di conflitto di pretese impositive tra Stati e delle possibilità del verificarsi di fenomeni di doppia imposizione destinati ad originarsi qualora non si fosse trovato un accordo riguardo ai criteri da utilizzare per attribuire la sovranità tributaria ed ai criteri di riparto concreti ed operativi tra i vari Stati per un determinato reddito; nell'elaborare raccomandazioni volte ad evitare questi rischi il gruppo di studiosi suggerì che la soluzione ideale è che il reddito globale sia sottoposto a tassazione, ma soltanto una volta, e che la base imponibile sia ripartita nelle varie giurisdizioni fiscali in conformità agli interessi esercitati in ciascuna; viene quindi utilizzato il concetto di appartenenza economica, così come inteso da E.R.A. Seligman, proprio in relazione agli interessi esercitati nelle varie giurisdizioni dal soggetto passivo; sempre secondo il rapporto i vari ordinamenti statali dovevano quindi pervenire all'adozione di norme in grado di coniugare sia criteri di imposizione sia personali, cioè in base alla residenza fiscale, sia territoriali, guardando in questo caso al luogo di produzione del reddito; queste norme derivanti dalla compenetrazione dei due diversi criteri dovevano tenere conto degli interessi effettivi del soggetto passivo e dovevano essere volte ad evitare il fenomeno della doppia imposizione. L'idea di appartenenza economica è stata associata al concetto di residenza da L. EINAUDI, *Principi di scienza delle finanze*, in *La riforma sociale*, 1932, Torino, pp. 151 – 152, in cui nel descrivere la dialettica concernente il luogo di tassazione del reddito, con lo scopo di definire a chi spettasse la sovranità tributaria, affermava che il criterio da seguire fosse quello della residenza: “*Il problema di stabilire il luogo di tassazione....assume soprattutto importanza per ciò che riguarda i rapporti tra Stato e Stato. Qui furono le maggiori controversie per stabilire quale Stato abbia diritto di stabilire l'imposta e fino a quale punto anche se è vero che il criterio dominante è*

L'appartenenza economica costituisce l'elemento determinante per l'assoggettabilità al potere tributario di uno Stato²⁴⁴ e per l'attribuzione della sovranità tributaria nell'ambito delle imposte dirette sul reddito transnazionale²⁴⁵.

Arrivare a stabilire in quali casi sia accertabile l'appartenenza economica di un soggetto passivo ad uno Stato, conduce al notevole risultato di poter determinare quando e dove tale soggetto deve essere sottoposto ad imposizione. E' stato sostenuto²⁴⁶ che l'appartenenza economica ad uno Stato si può verificare in diversi casi:

a) la presenza sul territorio dello stato²⁴⁷;

quello della residenza, ossia del luogo in cui il contribuente ha la sede principale dei suoi affari ed interessi, del luogo che potremmo chiamare dell'appartenenza economica."

²⁴⁴ V. UCKMAR, *op. cit.*, p. 21.

²⁴⁵ La sovranità tributaria può essere definita come "il potere di istituire imposte o stabilire divieti di natura fiscale, vale a dire il potere di emanare norme giuridiche dalle quali nascono o possono nascere, a carico di determinati individui o di determinate categorie di individui l'obbligo di pagare un'imposta o di rispettare un limite tributario", A. BERLIRI, *Principi di diritto tributario*, Milano 1952, p. 110; l'autore sottolinea poi che l'origine della potestà tributaria è strettamente legale, deve cioè derivare da un atto normativo avente forza di legge. Il tema della sovranità tributaria è stato affrontato da M. CHRETIEN, *A la recherche du droit international fiscal commun*, Parigi, 1995, nell'ottica di arrivare a dei principi globalmente accettati per consentire la conclusione di accordi tra i diversi Stati nel rispetto della loro sovranità; l'autore individua tre caratteri della sovranità statale generale: il potere assoluto dello Stato di decidere sul proprio territorio, definito come "suprema et plena potestas", il potere illimitato dello Stato di contrattare in tutte le materie e, carattere che è un'associazione dei primi due, la sovranità intesa come principio di diritto internazionale nel senso che "le respect de la souveraineté territoriale est l'une des bases essentielles des rapport internationaux"; la sovranità tributaria viene definita come sovranità territoriale in quanto "l'Etat puet exercer un poivor fiscal absolu à l'interieur de son territoire, il ne peut exercer aucun pouvoir fiscal à l'exterieur de son territoire". Sulla territorialità della sovranità tributaria si veda anche G. A. MICHELI, *Corso di diritto tributario*, Torino, 1989, p. 68, dove si afferma che il problema dell'efficacia della legge tributaria nello spazio si risolve sostenendo il carattere strettamente territoriale della stessa; tuttavia, nonostante la legge tributaria espliciti i suoi effetti in tutto il territorio dello Stato, è possibile che il legislatore configuri come presupposto d'imposta da applicare in Italia un fatto avvenuto all'estero, verificandosi di conseguenza un fenomeno di doppia imposizione che richiede la collaborazione tra Stati ai fini di stipulare convenzioni in proposito; dello stesso autore si veda anche *Problemi attuali di diritto tributario nei rapporti internazionali*, in *Dir. prat. trib.*, 1965, I, p. 220. Per una trattazione esaustiva del principio di sovranità tributaria si rinvia a L. RASTRELLO, *Diritto tributario – Principi generali*, Padova, 1987, p. 107.

²⁴⁶ Si veda V. UCKMAR, *La tassazione degli stranieri in Italia*, *op. cit.*, pp. 23-25, dove in nota viene richiamata una classificazione proposta da G. SCHANZ in *Zur Frage der Steurpflicht*, *Finanzarchiv*, volume 9 p. 365, nel lontano 1892, riguardo gli elementi base per la costituzione di un'obbligazione tributaria; l'autore individua questi elementi in: a) la nazionalità, senza riguardo al luogo del domicilio o della residenza; b) la presenza nel paese, anche se non dovuta alla residenza abituale; c) il domicilio o la residenza; d) l'appartenenza economica.

²⁴⁷ Si veda G. MARINO, *La residenza nel diritto tributario italiano*, Padova, 1999, pp. 291-311. La presenza fisica nel territorio dello Stato può caratterizzarsi in diverso modo; a seconda del tipo di legame

- b) l'esistenza di beni sul territorio dello stato²⁴⁸;
- c) l'attività economica nel territorio dello stato²⁴⁹.

con il territorio si configurano differenti categorie giuridiche; si devono prendere principalmente in considerazione i concetti di *residenza* e *domicilio* che hanno una definizione diversa nel diritto civile e nel diritto tributario e che assumono fondamentale importanza e possono comportare conseguenze diverse nell'applicazione delle norme tributarie; a questi concetti che costituiscono collegamenti ("*relazioni a riferimento territoriale*") tra individuo e Stato, può essere affiancato quello di *cittadinanza* che viene definita come "*relazione puramente personale*"; l'autore sottolinea come queste relazioni non sono da considerare per sé stesse, ma alla luce delle relazioni economiche che in seguito ad esse si vengono a creare nello Stato; l'attenzione si sofferma sull'idea di *residenza*, sostenendo che questa non possa rappresentare isolatamente una causa dell'obbligazione tributaria o, in altri termini, costituire un presupposto d'imposta in quanto "*la residenza non è considerata in alcuna imposta come elemento essenziale per le persone obbligate, dunque non costituisce, in sé per sé, titolo per la sottoposizione di una data persona ad un tributo, ma è solo un elemento indiretto, dal quale la legge desume l'esistenza di un diverso elemento, di carattere economico, e cioè il godimento del reddito in uno Stato. Se ne desume che la residenza è un elemento irrilevante del soggetto passivo, in quanto non ne determina la capacità contributiva. Per meglio dire, essa è una circostanza personale che serve come momento di collegamento tra il soggetto passivo dell'obbligazione tributaria ed il soggetto attivo dell'imposta*". Non essendo la residenza una manifestazione di capacità economica, è necessario che insieme al presupposto della residenza sia presente anche quello della capacità contributiva per l'assoggettamento ad imposizione di un individuo; la residenza rappresenta quindi una "*situazione di collegamento obiettiva*" ed un "*ragionevole e durevole legame*" con il territorio dello Stato idoneo a giustificare, in presenza di una capacità contributiva, il concorso alle spese pubbliche tramite la tassazione.

²⁴⁸ La presenza di beni nel territorio dello Stato, o meglio la titolarità di diritti su tali beni, viene considerato come chiaro indice di appartenenza economica allo Stato; ai fini della tassazione del reddito derivante da tali beni, sia che la tassazione avvenga nello Stato di residenza del titolare dei diritti sui beni sia che avvenga nello Stato della fonte, è necessario individuare correttamente la loro localizzazione; i beni si possono distinguere in beni materiali e beni immateriali, i primi a loro volta possono essere divisi in beni immobili e beni mobili. Per la localizzazione dei beni immobili non sorgono particolari difficoltà e questi vengono solitamente tassati dallo Stato nel territorio in cui sono localizzati; i problemi relativi a tali beni riguardano invece proprio la definizione di "bene immobile", cioè quando un bene può essere definito come immobile; la soluzione si è trovata facendo riferimento alla legislazione dello Stato in cui sono situati i beni. I diritti sui beni mobili si considerano localizzati nello Stato in cui gli stessi beni sono fisicamente presenti; in alcuni casi tuttavia tali beni vengono localizzati nel paese di residenza del titolare dei diritti su di essi in base al principio *mobilia sequuntur personam*; per i beni mobili immatricolati numerose convenzioni internazionali stabiliscono la loro localizzazione nel luogo della iscrizione nei registri. Maggiori problematiche sorgono per la localizzazione dei beni immateriali come, ad esempio, ai fini della tassazione del commercio elettronico in quanto l'immaterialità risulta essere una caratteristica predominante degli strumenti utilizzati nell'attività di *e-commerce*. Per la tassazione dei redditi derivanti da tali beni, più che la localizzazione, risultano essere più importanti i criteri di tassazione di tale reddito, criteri che possono essere diversi a seconda della diversa qualificazione che può assumere il reddito (es. redditi di capitale, *royalties*...); la localizzazione risulta comunque importante quando è previsto un regime di imposizione alla fonte (es. come è in genere previsto per le *royalties* nel cui caso viene appunto operata una ritenuta alla fonte) ed è quindi necessario compiere la precisa localizzazione del bene. Vedi V. UCKMAR, *La tassazione degli stranieri in Italia, op. cit.*, pp. 37-42.

²⁴⁹ Quest'ultima ipotesi viene considerata come la più rilevante per la determinazione dell'appartenenza economica di soggetti stranieri ad uno Stato; inoltre spesso è proprio grazie allo

La prevalenza di un'imposizione a carattere reale attribuisce maggiore importanza ai criteri basati sulla fonte del reddito connessa con il territorio dello Stato; la prevalenza di un'imposizione personale nella quale sia ricostruita la globale capacità contributiva del soggetto porta a scegliere criteri di collegamento personali come la residenza ed, in alcuni casi, la cittadinanza.

L'appartenenza economica rappresenta, in ultima analisi, il fondamento economico-politico della tassazione del reddito nazionale e transnazionale, fornendo gli strumenti attraverso i quali gli Stati nazionali scelgono i criteri di collegamento con il proprio territorio.

2.1. Le norme internazionali tributarie che limitano la potestà impositiva degli Stati nazionali: le convenzioni per evitare le doppie imposizioni sul reddito.

Nella scelta di tali criteri di collegamento non vi sono norme di carattere internazionale che ne possono limitare l'efficacia ma da un punto di vista giuridico gli unici vincoli

svolgimento di una attività di impresa che contemporaneamente si verificano le ulteriori ipotesi di appartenenza economica ad uno Stato, quali la presenza sul territorio e l'esistenza di beni su di esso. Ai fini pratici l'esercizio di un'attività di impresa in uno Stato da parte di soggetti stranieri spesso è legato ad una particolare forma di impresa tramite la quale viene svolta tale attività; tale forma è stata definita nel corso degli anni come "stabilimento permanente", "stabile organizzazione", e nei sistemi giuridici stranieri come "*permanent establishment*", "*établissement permanent*", "*betriebsstelle*". Secondo V. UCKMAR, *La tassazione degli stranieri in Italia, op. cit.*, pp. 44-47, proprio queste erano le caratterizzazioni principali dell'attività economica del territorio dello Stato da parte di imprese straniere che giustificavano il potere impositivo di tale Stato; l'autore sottolinea infatti la tendenza di inizio secolo di tassare le imprese straniere aventi nello Stato uno stabilimento permanente; viene però sottolineato come tra i paesi citati che adottavano questo metodo (tra gli altri Austria, Belgio, Germania, Lussemburgo), solo la Svezia avesse nella sua legislazione una precisa definizione di stabilimento permanente contenuta nell'art. 61 del *Kommunalskattelagen* del 28 settembre 1928; da tale articolo si desume che lo stabilimento permanente veniva definito come "*luogo dove vi è una speciale costruzione di costante uso nell'attività imprenditoriale o dove sia stata posta una speciale installazione come, per esempio, uffici, fabbriche, negozi, laboratori, mulini od ogni altra installazione stabile per la vendita di beni o mercanzie*", il medesimo concetto viene utilizzato per indicare "*miniere od altre fonti naturali soggette a sfruttamento, cave o torbiere, come pure ogni proprietà reale, soggetta a suddivisioni in comparti di terreno, ed un luogo dove fabbricati o costruzioni di maggiore estensione sono gestiti in forza di contratto*". Nei paesi in cui mancava una definizione legislativa di stabilimento permanente, la prassi amministrativa e la giurisprudenza tendevano ad utilizzare la definizione proposta dalla legislazione svedese; nel complesso si riteneva sussistere uno stabilimento permanente qualora si verificasse nel territorio la presenza di uffici od impianti per una attività produttiva di un'impresa straniera ovvero l'impresa straniera fosse costantemente rappresentata da un suo dipendente o agente. In realtà la definizione di stabile organizzazione, pur non essendo riscontrabile nel diritto interno dei singoli Stati, era ravvisabile nelle convenzioni contro la doppia imposizione stipulate tra di essi; in particolare si consideri la convenzione sottoscritta tra Prussia e impero Austro-Ungarico nel 1899.

internazionali che possono restringere la sovranità fiscale di uno Stato derivano dagli accordi stipulati in via bilaterale o multilaterale con altri Stati nazionali. In tal senso il sistema di regolazione fiscale internazionale, in assenza *jus publicum*, è stato definito come un complicatissimo network di regole che avvolgono tutto il pianeta e che costituiscono una sorta di *lex mercatoria* fiscale composta dai contratti fiscali bilaterali con un laboratorio esterno rappresentato dall'OCSE²⁵⁰.

Solo tali accordi, da identificare in una dimensione pattizia e convenzionale, sono suscettibili di evitare la nascita di fenomeni di doppia imposizione sul reddito derivante dall'esercizio contemporaneo della potestà fiscale degli Stati nazionali su una medesima fattispecie impositiva²⁵¹.

²⁵⁰ In tal senso cfr. C. SACCHETTO, *Il diritto internazionale tributario tra norme del sistema costituzionale italiano, effettività ed utopia*, in *Diritto tributario e Corte costituzionale*, (a cura di) L. Perrone, C. Berliri, 2007, p. 314.

²⁵¹ Sulla doppia imposizione internazionale, cfr. WALKER, *Double Taxation in the United States*, in *Studies in History, Economics and Public Law*, vol. V, n. 1, New York, 1895; A. GARELLI, *Il diritto internazionale tributario*, Torino, 1899; FISHER, *Die Doppelbesteuerung in Staat und Gemeinde*, Berlino, 1909; G. FASOLIS, *Le doppie imposizioni*, Città di Castello, che risale al 1914; G. SALVIOLI, *Le doppie imposizioni in diritto internazionale*, Milano, 1914; WHITTINGHAM, *Double Taxation in the United States*, in *Bulletin de l'Institute intermediaire internationale*, 1927, p. 369 ; E.R.A. SELIGMAN, *Double taxation and international fiscal cooperation*, New York, 1928; LAVAGNE, *La question des double imposition*, Parigi, 1929; LERIDON, *Le problème des double impositions internationales*, Parigi, 1929; M. PUGLIESE, *L'imposizione delle imprese di carattere internazional*, Padova, 1930; DEPERON, *International Double Taxation*, New York, 1945; M. CHRÉTIEN, *Le double imposition et l'évasion fiscale*, in *Cours de l'Institut des Hautes études internationales de l'Université de Paris*, 1947-1948; M. UDINA, *Il diritto internazionale tributario*, in *Trattato di Fedozzi e Romano*, Padova, 1949, vol. X; MORALES, *La doble imposición*, Città del Messico, 1952; R. MULLE, *Quelques aspects récents du problème de la double imposition*, in *Revue de Sc. et de Leg. Financières*, 1950, p. 292; V. UCKMAR, *La tassazione degli stranieri in Italia*, Padova, 1955; HUGHES, *Double Taxation: A Treatise on the Subject of Double Taxation*, Londra, 1960; M. VITALE, voce *Doppia imposizione*, in *Enciclopedia del diritto*, XIII, Milano, 1964, pag. 1007; più recenti sono i contributi di P. ADONNINO, *Doppia imposizione*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. 12, Roma, 1989; A. FANTOZZI, K. VOGEL, *Doppia imposizione internazionale*, in *Digesto discipl. Priv.*, sez. commerciale, IV ed., Torino, p. 181 e ss.; A. MIRAULO, *Doppia imposizione internazionale*, Milano, 1990; V. UCKMAR, *Corso di diritto tributario internazionale*, 2002, Padova, p. 100; P. TARIGO, *Il concorso di fatti imponibili nei trattati contro le doppie imposizioni*, Torino, 2008; V. UCKMAR, G. CORASANITI, P. DE' CAPITANI, *Manuale di diritto tributario internazionale*, Padova, 2009. Il Seligman nella sua opera (SELIGMAN E.R.A., *Double taxation and international fiscal cooperation*, New York, 1928) vede nell'eliminazione della doppia imposizione un modo di attuare la giustizia a livello internazionale. Tuttavia la giustizia alla quale si riferisce l'Autore attiene all'economia individuale dei singoli contribuenti e non all'equità fiscale. Così G. FRANSONI, *op. cit.*, p. 402 secondo il quale "...l'interesse tutelato dalla generalità delle norme convenzionali e di quelle unilaterali stabilite da enti sovranazionali sia estraneo ai valori della fiscalità propriamente intesa ed attenga, in specie, alla sfera dell'economia di mercato o dei singoli contribuenti".

Non vi è, infatti, in ambito internazionale il divieto del *ne bis in idem* cosicché ciascuno stato può scegliere i criteri di collegamento che meglio crede per esercitare la propria potestà impositiva. Il medesimo presupposto può essere considerato come rilevante contemporaneamente da due o più norme impositive, appartenenti a differenti ordinamenti giuridici²⁵². Di tale problema ne erano consapevoli già le Società delle Nazioni le quali nel lontano 1925²⁵³, descrivendo la tematica inerente alla contrapposizione tra il principio di tassazione in base alla fonte e principio di tassazione in base alla residenza, avvertivano i rischi di conflitto di pretese impositive tra Stati e delle possibilità del verificarsi di fenomeni di doppia imposizione destinati ad originarsi qualora non si fosse trovato un accordo riguardo ai criteri da utilizzare per attribuire la sovranità tributaria ed ai criteri di riparto concreti ed operativi tra i vari Stati per un determinato reddito. Nell'elaborare raccomandazioni volte ad evitare questi rischi il gruppo di studiosi suggerì, come soluzione ideale, che il reddito globale doveva essere sottoposto a tassazione, ma soltanto una volta, e che la base imponibile ripartita nelle varie giurisdizioni fiscali in conformità agli interessi esercitati in ciascuna; viene quindi utilizzato il concetto di appartenenza economica, così come inteso da E.R.A. Seligman, proprio in relazione agli interessi esercitati nelle varie giurisdizioni dal soggetto passivo; sempre secondo tali raccomandazioni, i vari ordinamenti statuali dovevano pervenire all'adozione di norme in grado di coniugare sia criteri di imposizione sia personali, cioè in base alla residenza fiscale, sia territoriali, guardando in questo caso al luogo di produzione del reddito; queste norme derivanti dalla compenetrazione dei due diversi criteri dovevano tenere conto degli interessi effettivi del soggetto passivo e dovevano essere volte ad evitare il fenomeno della doppia imposizione.

In ultima analisi, la doppia imposizione giuridica internazionale nasce dal fatto che gli Stati moderni scelgono criteri di collegamento con il proprio territorio sia di natura personale (come può essere la residenza o, come negli USA, la cittadinanza) che di natura reale, dai quali fanno derivare obblighi fiscali differenti: sulla base della residenza (o cittadinanza) sono tassati i redditi ovunque prodotti nel mondo (il c.d. *world-wide principle*); sulla base di criteri di natura reale, connessi alle fonti produttive,

²⁵² In tal senso cfr. G. A. MICHELI, *Problemi attuali di diritto tributario nei rapporti internazionali*, *op.cit.*, p. 227.

²⁵³ *Report on Double Taxation submitted to the Financial Commission by Professors Bruins, op.cit.*

sono tassati i soggetti non residenti secondo il c.d. principio di tassazione territoriale (*source principle*)²⁵⁴.

Nel nostro ordinamento²⁵⁵, come in altri ordinamenti stranieri, il legislatore sceglie la residenza come criterio di collegamento di natura personale tra il soggetto passivo e le pretese impositive dello Stato. Lo “*status*” di residente è ritenuto criterio di collegamento sufficiente per giustificare l’esercizio delle pretese impositive sui redditi ovunque prodotti (*world-wide taxation*)²⁵⁶. Per i soggetti non residenti, invece, il principio di tassazione scelto è quello territoriale: è prevista la tassazione unicamente di quei redditi che si considerano prodotti all’interno del territorio dello Stato. In questo caso, i criteri di collegamento che giustificano le pretese impositive dello Stato sono di natura reale, legati al reddito e alle sue fonti.

In realtà la dialettica tra *worldwide principle* e *source principle* era molto accesa già in un’epoca risalente²⁵⁷.

²⁵⁴ Cfr. K. VOGEL, *World-wide or source principle*, in *Rass. Trib.*, 1988, p. 259. Sul principio di tassazione territoriale nella dottrina italiana cfr. C. SACCHETTO, (*ad vocem*) *Territorialità*, *op. cit.*; G. FRANSONI, *La territorialità nel diritto tributario*, Milano, 2004; R. BAGGIO, *Il principio di territorialità ed i limiti alla potestà tributaria*, Milano, 2009.

²⁵⁵ Ai sensi dell’art. 2 del Tuir sono soggetti passivi di imposta sia le persone fisiche residenti che quelle non residenti; e, ancora, l’art. 3 delimita le pretese impositive dello Stato, prevedendo, per i soggetti residenti l’imposizione su tutti i redditi, ovunque prodotti nel mondo (*world-wide principle*), e per i non residenti un’imposizione solamente sui redditi prodotti nel territorio dello Stato (*source taxation*). Per un’analisi puntuale della disciplina positiva di tale principio nell’ambito del diritto tributario italiano cfr. R. Baggio, *Il principio di territorialità ed i limiti alla potestà tributaria*, *op. cit.*

²⁵⁶ Così recita l’art. 3 del nostro Testo Unico: “L’imposta si applica sul reddito complessivo del soggetto, formato dai residenti da tutti i redditi posseduti e per i non residenti soltanto da quelli prodotti nel territorio dello Stato...”. E ancora l’art. 23 del Tuir chiarisce, per le diverse tipologie di reddito, quando si realizza il presupposto impositivo nel territorio dello Stato.

²⁵⁷ La disputa sulla tassazione mondiale piuttosto che territoriale viene fatta risalire agli studiosi tedeschi A. Wagner e G. Schanz; il primo sosteneva che la tassazione dovesse avvenire su scala globale e l’imposizione dovesse venire estesa a tutti i tipi di reddito; il problema della doppia tassazione non era considerato rilevante dato il periodo storico caratterizzato da un particolare isolazionismo che non incentivava gli investimenti esteri. Il secondo studioso sosteneva invece il sistema di tassazione territoriale adottando come elemento di collegamento il criterio dell’appartenenza economica dopo aver respinto i criteri di collegamento personali quali la residenza o la cittadinanza; nel caso di attività svolte su scala globale, G. Schanz, suggeriva una equa ripartizione del reddito relativo tra lo Stato della fonte e quello di residenza del soggetto; in particolare allo Stato della fonte, ritenuto il più importante in quanto luogo in cui viene esercitata l’attività e presumibilmente si beneficia dei servizi dello Stato, sarebbe spettata la tassazione di tre quarti del reddito e a quello di residenza il restante quarto. A. WAGNER, *Finanzwissenschaft, Zweiter Teil: Gebuhren – und allgemeine Steuerlehre*, Berlino, 1880, 296 *contra* G. VON SCHANZ, *Zur Frage der Steuerpflicht*, in *Finanzarchiv*, 1882. Nel commentare questo criterio di ripartizione E.R.A. SELIGMAN, *Essais sur l’impôt*, Parigi, 1914, p. 180, sosteneva che una divisione

Mentre nello Stato di residenza è possibile riscontrare elementi di collegamento soggettivi e personali che costituiscono la base per affermare la globale capacità contributiva del soggetto, nello Stato della fonte è invece individuabile il concreto beneficio che deriva al contribuente dall'esercizio della sua attività proprio in quel determinato territorio. Si verifica quindi uno scontro tra il criterio del collegamento personale e il criterio del collegamento territoriale (o del beneficio) ai fini dell'attribuzione della potestà impositiva ai vari ordinamenti statali che si possono trovare in conflitto per la tassazione di uno stesso reddito.

2.2. Considerazioni di carattere giuridico-economico nel confronto fra il principio di tassazione mondiale (c.d. world wide taxation) e il principio di tassazione territoriale (c.d. source taxation).

Da un punto di vista giuridico a favore dell'adozione del c.d. *worldwide principle* militano le seguenti motivazioni. Tale principio realizza il cd. principio della neutralità interna, ovvero accordare lo stesso trattamento tributario al soggetto che produce il suo reddito anche all'estero rispetto al soggetto che produce il reddito esclusivamente nello Stato di residenza (c.d. *capital export neutrality*). Più in generale, tale principio è meglio rispondente al principio di capacità contributiva il quale impone ai soggetti passivi di imposta un dovere inderogabile di contribuzione alle spese dello Stato secondo la propria capacità contributiva. Tale nozione ha un fine di politica sociale in quanto prescinde dall'effettivo "beneficio" che il soggetto ritrae dall'attività dello Stato. Compito inderogabile dello Stato è reperire le risorse finanziarie necessarie per realizzare il cd. *bonum commune* e ridistribuire le risorse in funzione solidaristica. E ancora, in senso positivo, milita una considerazione di ordine economico che consiste nella progressiva internazionalizzazione dell'attività economica. Questo implica che il reddito prodotto all'estero in particolare nell'età della globalizzazione si incrementerà sempre più²⁵⁸.

precisa determinata a priori risulta necessariamente arbitraria, ma è comunque preferibile ad una assenza di ripartizione. Si veda anche A. Pistone, *L'ordinamento tributario italiano* (a cura di A. Pistone), vol. III, *Diritto tributario internazionale*, Padova, 1986, pp. 46 ss.

²⁵⁸ Sulla evoluzione di tale principio e sulla sua crisi cfr. 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, n. 2, p. 35 e ss.; G. MARINO, *L'unificazione del diritto tributario: tassazione mondiale verso tassazione territoriale*, in *Studi in onore di Victor Uckmar*, Padova, 1997, p. 843; F. VANINSTENDAEL,

Da un punto di vista economico è stato sostenuto che la *capital export neutrality* assicuri una più efficiente allocazione delle risorse²⁵⁹. In altri termini se l'obiettivo è quello di massimizzare la produttività dei fattori produttivi le norme tributarie devono essere neutrali rispetto alla loro allocazione, la quale dovrà dipendere unicamente dal mercato. E' stato dimostrato che una politica fiscale che “*a policy of capital export neutrality would maximize world-wide welfare....a policy of allowing only a deduction for foreign income taxes...labeled “national neutrality” would maximize the national welfare of the capital-exporting nation*”²⁶⁰.

Diversamente il principio di territorialità, attraverso l'implementazione della *capital import neutrality*, non effettuerebbe alcun tipo di discriminazione fra residenti e non residenti, ma non sarebbe efficiente da un punto di vista economico poiché la localizzazione dell'investimento potrebbe essere influenzata dai differenziali fiscali, in quanto l'effettiva aliquota fiscale è determinata esclusivamente dalle aliquote del Paese in cui l'investimento è realizzato che variano da un Paese all'altro²⁶¹.

Reinvesting Source Taxation, in *Ec Tax Review*, 1997, 3, 160; K. VAN RAAD, *Niet-discriminerende belastingheffing van beperkt belastingplichtigen door EU-lidstaaten*, in AA. VV., *Liber Amicorum Jean-Pierre-Lagae*, Samsom, Diegem, 1998, 537; International Fiscal Association, *Source and residence: new configuration of their principles*, in *Cahiers de droit fiscal International*, vol. 90a, Deventer, 2005; C.P. SCHINDLER, *Source and residence: new configuration of their principles*, (Eu Report), *op. cit.*, p. 49. Per la prospettiva italiana cfr.: G. FRANSONI, R. FRANZÈ, *Italy report, Source and residence: new configuration of their principles*, (Italy Report), in *IFA Cahiers*, 90A, 2005, p. 369.

²⁵⁹ Sul punto il primo autore che ha condotto questa analisi e tali distinzioni è P. MUSGRAVE, *Taxation of Foreign Investment Income. An economic analysis*, Baltimora, 1963; ID, *United States Taxation of Foreign Investment Income. Issues and arguments*, Cambrigde, 1969, p. 84; per l'influenza che tale lavoro ha avuto nei successivi studi cfr. D. ROUSSLANG, *Deferral and Optimal Taxation of International Investment Income*, *National Tax Journal*, 2000, p. 589.

²⁶⁰ Così M. GRAETZ (in The David R. Tillinghast Lecture, *Taxing International Income: Inadequate Principle, Outdated Concepts, and Unsatisfactory Policies*, NYU School of Law, 2007, p. 180) ricostruisce l'analisi effettuata da Musgrave.

²⁶¹ In ottica comunitaria è stato sostenuto che l'esclusiva tassazione su base territoriale sarebbe una soluzione per i fenomeni di discriminazione all'interno dell'Unione Europea, sul punto cfr. F. Vanistendael, *Reinventing Source Taxation*, in *EC Tax Review*, 1997, p. 160, relativamente al solo lavoro dipendente; A. J. JIMENEZ, *Toward corporate tax Harmonization in the European Community: An Institutional and Procedural Analysis*, 1999, 283, il quale ritiene che “*only source-country taxation is consistent with the Treaty freedom*”; A.J. RADLER, *The future of exchange of information*, in AA.VV., *L'evoluzione dell'ordinamento tributario italiano*, Padova, 2000, p. 798; P. PISTONE, *Il credito per le imposte estere e il diritto comunitario: la Corte di giustizia non convince*, in *Riv. dir. trib.*, 2000, p. 69; C. SACCHETTO, *Imposizione tributaria e sede del soggetto nel diritto comunitario*, in *Riv. dir. trib. int.*, 1, 2001; P. PISTONE, *The Impact of Community Law on Tax Treaties: Issues and solutions*, Eucotax Series,

Questa ultima considerazione ha fornito un ulteriore argomento ai sostenitori della CEN e della tassazione su base mondiale, poiché, in tal modo, verrebbe contrastata la competizione fiscale internazionale²⁶². La c.d. *race to the bottom* potrebbe essere evitata solo attraverso l'applicazione della *capital export neutrality* e attraverso un rafforzamento dello scambio di informazioni a livello mondiale per contrastare l'utilizzo di paradisi fiscali²⁶³.

Altri autori, tuttavia, hanno sostenuto la necessità, in ambito internazionale di adottare un principio territoriale puro il quale garantisca una maggiore competitività delle imprese che agiscono all'estero assoggettandole così allo stesso trattamento a cui sono sottoposte le imprese locali²⁶⁴. Verrebbero, inoltre, eliminati *ex ante* fenomeni di doppia imposizione del reddito riducendo così anche i costi amministrativi derivanti dai rapporti con le amministrazioni finanziarie dei due Stati. Anche dal punto di vista dell'equità è stato affermato che l'*intercountry equity* richiede che un soggetto operante all'estero sia assoggettato ad un'imposizione non maggiore di quella che grava sulle imprese locali che usufruiscono nella stessa misura dei beni pubblici dello Stato della

2002; E. KEMMEREN, *Source of Income in Globalizing Economies: Overview of the Issues and a Plea for an Origin-Based Approach*, in *European Taxation*, 2006, p. 430.

²⁶² In tal senso cfr. R. AVI-YONAH, *Globalization, Tax Competition, and the Fiscal Crisis of the Welfare state*, in *Harvard Law Review*, 2000, p. 1628; Y. MARGALIOH, *Tax Competition, Foreign Direct Investments and growth: using the tax system to promote developing countries*, in *Virgian Tax Review*, Vol. 23, p. 157; T. EDGAR, *Corporate Income Tax Coordination as a Response to International Tax Competition and International Tax Arbitrage*, in *Canadian Tax Journal*, 2003, p. 1079.

²⁶³ R. GORDON, *Can Capital Income Taxes Survive in Open Economies?*, in *The Journal of Finance*, 1992, p. 1162; OECD, *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*, Parigi, 1998; M.A. DESAI, *Are We Racing to the Bottom? Evidence on the Dynamics of International Tax Competition*, in *Proceeding of the 91st Annual Conference on Taxation*, 1999.

²⁶⁴ Si è espresso a favore dell'adozione del criterio di tassazione sulla base della fonte del reddito l'International Fiscal Association, in *Fiscal obstacles to the international flow of capital between a parent and its subsidiary*, in *LXIX Cahiers de droit fiscal international*, Deventer, 1984; in dottrina in particolare come già ricordato K. VOGEL, *World-wide or source taxation of income?*, in *Rass. Trib.*, 1988, I, p. 259; con riferimento alla competitività internazionale cfr. G. MAISTO, *Imposizione dei redditi prodotti all'estero e competitività internazionale*, in *Dir. prat. trib.*, 1981, p. 1135. Condivide tale orientamento TIPKE, in *Die Steuerflucht bei internationalen Beziehungen*, in *Deutsche Landerveratenzum Offentlichen Richte und Volkerrecht, XI Internationaler Kongress fur Rechtsvergleichung*, 1980, p. 212. Anche TANZI, in *Fiscal policies in economies in transition*, Washington D.C., 1993, p. 133 sostiene tale opzione sostenendo che difficilmente il principio del reddito mondiale riuscirà a sopravvivere al processo di profonda integrazione che si prospetta e, dunque, sarebbe opportuno sostituirlo con un regime in cui per ogni fattispecie fosse prevista un'imposta distinta con aliquote decrescenti in base all'aumento della mobilità della fonte (c.d. *schedular taxation*).

fonte. In tale ottica sia sul piano dell'equità individuale che di quella internazionale si giustifica l'esclusivo esercizio della potestà normativa tributaria dello Stato della fonte²⁶⁵.

Da un punto di vista economico è stato osservato, poi, che non vi sono evidenze empiriche contrarie sulle implicazioni sul *welfare* che avrebbe il trattamento in base alla *capital import neutrality* del reddito transnazionale²⁶⁶.

Inoltre, l'implementazione della CEN favorisce i Paesi esportatori di capitali a discapito di quelli importatori. Adottando, infatti, il credito di imposta e supponendo un'aliquota agevolata per gli investimenti stranieri, i Paesi in via di sviluppo, desiderosi di attrarre capitali esteri, vedrebbero annullato il vantaggio fiscale loro concesso a favore dello Stato di residenza dell'investitore. Ciò non solo creerebbe solo effetti negativi in termini di efficienza economica ma anche profili di iniquità in termini di distribuzione mondiale della ricchezza²⁶⁷.

Altri sostengono che le definizioni di CIN e CEN dovrebbero essere integrate con il fattore lavoro poiché “*soltanto gli individui possono creare reddito mentre le cose in sé non possono*”²⁶⁸. In tal caso saremmo in presenza di una *Capital Labour Export Neutrality* (CLEN) ovvero di una *Capital Labour Import Neutrality* (CLIN)²⁶⁹. Anche

²⁶⁵ In tal senso K. VOGEL, *op. cit., infra*. Tale teoria, evidentemente sembra dare preferenza alla teoria del beneficio secondo il quale le imposte assumono il valore della remunerazione dei vantaggi che l'individuo consegue attraverso le attività statali. In tal senso cfr. C. SACCHETTO, (*ad vocem*) *Territorialità (diritto tributario)*, *op. cit.*, p. 332, nota 175.

²⁶⁶ In tal senso cfr. M. KEEN, *The Welfare Economics of Tax Coordination in the European Community*, 1993, *Fiscal Studies*, in M. P. DEVEREUX, *The Economics of Tax Policy*, 1996.

²⁶⁷ In tal senso cfr. R.J. JEFFERY, *The impact of State sovereignty on global trade and international taxation*, London, 1999, p. 6. Tale autore afferma che “*The trouble, as far as CEN is concerned, is that the effect of the foreign tax credit system is to sweep up and tax, the differential between the higher and lower rates of taxes applicable in the capital exporting and importing countries respectively. The benefit of the concessional tax rate in the importing country is effectively transferred to the coffers of the capital exporting country*”. Per evitare tale inconveniente in alcune Convenzioni contro la doppia imposizione è prevista la concessione del c.d. *matching credit*

²⁶⁸ In tal senso cfr. E. KEMMEREN, *Convenzioni sulla doppia imposizione basate sull'origine e neutralità delle importazioni*, in *Riv. dir. trib. int.*, 2001, p. 92.

²⁶⁹ Cfr. E. KEMMEREN, *Source of Income in Globalizing Economies: Overview of the Issues and a Plea for an Origin-Based Approach*, *op. cit.*, p. 439 e ss. il quale si esprime a favore dell'adozione della CLIN: “*Allocating tax jurisdiction based on the territoriality principle should therefore be favoured. It enables enterprises to compete on a level playing field with their foreign competitors. “Business competes with business, not owners with owners.”*

in tal caso si accorda preferenza alla CLIN poiché in tal modo “...*economic decisions would not be distorted by differences in taxation because all competitors are presumably subject to the same tax treatment. A tax system based on the territoriality principle would contribute to an efficient allocation of the production factors worldwide*”²⁷⁰.

Recentemente sono state introdotte altre nozioni di neutralità fiscale come ad esempio la *capital ownership neutrality* (CON) e la *national ownership neutrality* (NON) secondo cui il sistema fiscale non dovrebbe influenzare l'identità dei proprietari di un'impresa nell'assunto che la proprietà dell'impresa incida sulla sua produttività²⁷¹. Tali nozioni hanno suscitato un grande interesse negli USA e un grande dibattito fra gli studiosi con delle proposte di implementare la c.d. *Capital ownership neutrality*²⁷².

Di recente, tuttavia, anche gli economisti ritengono che la sola prospettiva dell'efficienza economica non possa essere l'unico elemento da prendere in considerazione nello stabilire la politica fiscale da adottare per aumentare il benessere complessivo. Non è possibile valutare una politica fiscale solo in termini di efficienza economica posto che la politica fiscale persegue altri obiettivi che debbono essere tenuti in considerazione, come obiettivi di carattere sociale e redistributivo²⁷³. Se l'obiettivo fosse solo quello di efficienza economica si dovrebbero tassare i consumi non il reddito:

²⁷⁰ E. KEMMEREN, *op. cit.*, p. 439.

²⁷¹ M. A. DESAI, J. R. HINES Jr, *Evaluating International Tax Reform*, in *National Tax Journal*, 2003, p. 487; M. A. DESAI, *New Foundations for Taxing International Corporations*, in *Taxes*, 2004, p. 41; J. Roin, *Comments on Mihir A. Desai's New Foundations for Taxing Multinational Corporations*, in *Taxes*, 2004, p. 157. In economia è stato elaborato un ulteriore principio di neutralità la cd. *National Neutrality* il quale non è un criterio che risponde a parametri di efficienza economica internazionale ma è esclusivamente parametrato al vantaggio conseguito dallo Stato della residenza. In base a tale criterio non viene adottato alcun criterio per eliminare la doppia imposizione ma le imposte pagate all'estero vengono dedotte nella determinazione della base imponibile nello Stato di residenza. Le imposte pagate all'estero vengono parificate a spese necessarie per produrre il reddito, ovvero come componenti negativi per la determinazione del reddito di impresa ovvero come oneri deducibili che incideranno sulla determinazione complessiva del reddito. Per una sintesi delle diverse teorie economiche cfr. W. SCHON, *International Tax Coordination for a Second-Best World (Part I)*, *World Tax Journal*, Ottobre, 2009, p. 67; ID, *International Tax Coordination for a Second-Best World (Part II)*, *World Tax Journal*, Febbraio, 2010, p. 65.

²⁷² Cfr. R.H. DILWORTH, *Tax Reform: International Tax Issues and Some Proposals*, in *International Tax Journal*, 2009, p. 5; R. AVI-YONAH, *Comment on Yin, Reforming the Taxation of Foreign Direct Investment by U.S. Taxpayers*, in *Virginia Tax Review*, 2008, p. 281.

²⁷³ Così in senso critico alla ricostruzione di Musgrave, M. GRAETZ, *op. cit.*, p. 180 e ss.

*“If economic efficiency were the sole goal of tax policy, we would tax wages or consumption, but not income. Having decided to impose an income tax it is mysterious why concern for fairness should disappear simply because goods or services or labor or capital, have crossed national boundaries”*²⁷⁴.

Tanto più che realizzare contemporaneamente la CEN e la CIN non è possibile in assenza o di un organismo mondiale o di una identica base imponibile ed aliquote a livello mondiale²⁷⁵. Pertanto è necessaria, comunque, la scelta tra un sistema e l’altro tenendo in considerazione non solo elementi di tipo economico. Immaginare la scelta di investimento migliore senza imposte non è la base di comparazione migliore posto che *“a world without taxes is a world without government, a world without laws or law enforcement, hardly a measuring rod for an economically efficient world”*²⁷⁶.

Se queste sono le considerazioni di tipo economico alla base delle quali viene scelto un sistema piuttosto che un altro, da un punto di vista giuridico, ciò che è importante sottolineare che la diversità dei legami che possono legare il soggetto all’ordinamento statale, se di tipo personale o di tipo reale, da una parte possono giustificare in termini di capacità contributiva un diverso concorso alle spese pubbliche ed un diverso trattamento fra soggetti residenti e soggetti non residenti²⁷⁷, dall’altra generano fenomeni di doppia imposizione. Entrambi tali problemi vengono risolti in via bilaterale attraverso la stipula di convenzioni contro le doppie imposizioni che da una parte certamente mirano ad evitare la nascita di tali fenomeni dall’altra, tuttavia, non sempre con grande efficacia, cercano in via bilaterale di attenuare, in base all’art. 24 del

²⁷⁴ Così M. J. GRAETZ, *op. cit.*, 179.

²⁷⁵ La CEN e la CIN sono regimi mutualmente esclusivi: si potrebbero realizzare contemporaneamente solo qualora il beneficio del credito di imposta coincidesse perfettamente con quello dell’esenzione. Ciò implicherebbe l’eguaglianza delle aliquote in entrambi gli Stati e comporterebbe l’eliminazione di qualsiasi discriminazione, nella determinazione della base imponibile, fra soggetti residenti e soggetti non residenti. E’, altresì, dibattuto in ambito economico se sia o meno necessario avere un’armonizzazione fiscale globale. Sul punto cfr. J. FRENKEL et al., *International Tax Competition and Gains from Harmonization*, in *International Taxation in an Integrated World*, 1991. Per un’analisi comparata rispetto a vantaggi e agli svantaggi della CEN piuttosto che della CIN cfr. D. PINTO, *Exclusive Source or Residence-Based Taxation. Is a New and Simpler World Tax Order Possible?*, in *Bullettin*, July, 2007, p. 277.

²⁷⁶ In tal senso M. J. GRAETZ, *op. cit.*, p. 178, nota 70.

²⁷⁷ Sul punto cfr. G. A. MICHELI, *op. cit.*, p. 225.

Modello di Convenzione OCSE, il differente trattamento fiscale fra soggetti residenti e soggetti non residenti.

In tal modo anche i trattati contro la doppia imposizione rappresentano uno strumento di politica economica attuando un coordinamento dei sistemi fiscali a livello bilaterale perseguendo, tuttavia, solo un obiettivo economico di riparto della materia imponibile secondo un principio di equità interstatale (cd. *intrastates equity*). Ovvero i criteri di riparto della potestà impositiva fra Stato della fonte e Stato della residenza non rispondono a criteri di equità e razionalità tecnica, ma risentono della forza politica e commerciale di ogni Stato, dove sono assenti altre finalità²⁷⁸.

Tale limite, come vedremo, è evidenziato e rimosso da parte della Corte di Giustizia la quale ha ritenuto che le convenzioni internazionali non possono essere di ostacolo alla realizzazione degli obiettivi prefissati dalla Unione Europea ed in particolare non possono limitare l'esercizio delle libertà fondamentali.

3. Le Convenzioni contro le doppie imposizioni e i diversi metodi per eliminare la doppia imposizione: l'incidenza sul trattamento fiscale delle perdite.

La doppia imposizione internazionale nasce quando i presupposti di imposta in due o più Stati si sovrappongono e dunque le diverse leggi nazionali assoggettano due o più volte ad imposta la stessa ricchezza²⁷⁹.

²⁷⁸ In tal senso cfr. C. SACCHETTO, *Il diritto internazionale tributario tra norme del sistema costituzionale italiano, effettività ed utopia*, op. cit., p. 315. F. AMATUCCI, op. cit., p. 32 sostiene che le convenzioni contro le doppie imposizioni raggiungono una neutralità parziale (esterna o interna) lasciando indenni i restanti condizionamenti del comportamento del contribuente, e pertanto si atteggia come una "non neutralità".

²⁷⁹ Con riferimento alle condizioni per cui si possa parlare di fenomeni di doppia imposizione cfr. A. FANTOZZI, K. VOGEL, (ad vocem) *Doppia imposizione internazionale*, in *Digesto discipl. Priv.*, sez. commerciale, IV ed., UTET, p. 186 secondo cui "...la doppia imposizione internazionale si verifica quando due o più Stati applicano imposte uguali o analoghe allo stesso presupposto, se l'imposizione complessiva che ne risulta supera quella che risulterebbe dall'imposizione complessiva da parte di ciascuno dei due Stati". Secondo tali autori "Quella di doppia imposizione internazionale non è un'espressione utilizzata da una norma giuridica e da cui dunque derivano effetti giuridici. Infatti le norme di distribuzione contenute nelle convenzioni contro la doppia imposizione prevedono di volta in volta le relative fattispecie. Le convenzioni non impiegano l'espressione doppia imposizione" e dunque per la loro applicazione non occorre stabilire se "concettualmente" sussista o meno il fenomeno". Più recentemente tale affermazione è stata critica da P. TARIGO, *Il concorso di fatti imponibili nei trattati contro le doppie imposizioni*, Torino, 2008; ID, *La doppia imposizione giuridica internazionale come fattispecie disciplinata nei trattati bilaterali*, in *Riv. dir. trib.*, 2009, p. 901 e ss, la quale, diversamente dai

Ciò avviene, come già visto nel paragrafo precedente, quando gli ordinamenti statali adottano il *world-wide principle* per i residenti e il *source principle* per i non residenti.

Al fine di eliminare la doppia imposizione giuridica vengono stipulate le Convenzioni contro le doppie imposizioni -stipulate per i Paesi aderenti all'OCSE sulla base di un modello tipo elaborato proprio dall'OCSE- nella quale sono previsti due metodi per eliminare o attenuare della doppia imposizione internazionale: *i*) il metodo dell'esenzione dei redditi realizzati all'estero (cd. "*exemption method*"); *ii*) il metodo del credito di imposta o dell'imputazione (cd. "*foreign tax credit method*")²⁸⁰.

E' bene precisare che le norme convenzionali in materia tributaria non sono norme di collisione, come quelle di diritto internazionale privato, ma norme di distribuzione o di delimitazione²⁸¹. Le convenzioni internazionali non stabiliscono quindi obblighi a carico dei contribuenti, ma ripartiscono la potestà impositiva degli Stati interessati dalle fattispecie imponibili transnazionali. In altre parole, non possono introdurre presupposti di imposta diversi da quelli previsti dagli ordinamenti interni ovvero modificare o ampliarne l'estensione.

Le perdite nell'ambito del Modello di Convenzione OCSE non sono in alcun modo considerate, poiché lo scopo delle Convenzioni, evidentemente, è la rimozione degli effetti negativi derivanti da fenomeni di doppia imposizione sul reddito. Le convenzioni, pertanto, sembrerebbero non occuparsi né di casi di doppia non imposizione del

precedenti autori ritiene che la doppia imposizione internazionale sia qualificabile come fatto giuridico e non come mero fatto materiale. Da tale ricostruzione discende che il verificarsi della fattispecie genera uno specifico obbligo per lo Stato di residenza di eliminare la doppia imposizione attraverso uno dei due metodi tradizionalmente previsti dai trattati.

²⁸⁰ Cfr. V. UCKMAR, *Credit and Exemption under Tax Treaties in Cases of Differing Income Characterization*, in *European Taxation*, 1996, 118.

²⁸¹ Cfr. A. FANTOZZI, K. VOGEL, *op. cit.*, p. 190; per una disamina delle problematiche relative alla localizzazione dei redditi transnazionali, ai conflitti tra pretese impositive statuali ed alla loro risoluzione si rinvia a C. GARBARINO, *La tassazione del reddito transnazionale*, Padova, 1990, p. 95 e ss.; G. MAISTO, *Imposizione dei redditi prodotti all'estero e competitività internazionale*, *op. cit.*; E. KEMMEREN, *Principle of Origin in Tax Conventions: a Rethinking of Models*, Pijnenburg, Dongen, 2001; *Source Versus Residence: Problems Arising from the Allocation of Taxing Rights in Tax Treaty Law and Possible Alternatives*, (a cura di) M. LANG, P. PISTONE, J. SCHUCH, C. STARINGER, 2008, Deventer.

reddito²⁸², a meno che non siano presenti le c.d. clausole *subject to tax clause*, né tantomeno di casi nei quali vi siano fenomeni di doppia deduzione delle perdite.

I diversi metodi adottati per eliminare la doppia imposizione, tuttavia, come già ricordato, incidono nel trattamento delle perdite.

3.1. (...segue) il metodo dell'esenzione e la disciplina fiscale delle perdite.

Il metodo dell'esenzione come strumento per eliminare le doppie imposizioni ha il proprio presupposto teorico nella nozione territoriale del tributo. Nella sua forma più completa (cd. "esenzione piena") detto metodo non considera i redditi prodotti all'estero sia da parte dei soggetti non residenti sia da parte dei soggetti residenti, attribuendo, così, allo Stato territorialmente sovrano l'esercizio della potestà impositiva per i redditi ivi prodotti da parte di soggetti residenti e non residenti.

Al contrario del principio di *Capital Export Neutrality*, l'esenzione dei redditi esteri mira a consentire ai soggetti residenti di competere sui mercati esteri a parità di condizioni con i soggetti ivi operanti realizzando, così, la *Capital Import Neutrality*. L'applicazione del metodo dell'esenzione, ovviamente, comporta una rinuncia al principio di eguaglianza e di capacità contributiva. E' per questo che, nei più moderni sistemi impositivi, il metodo dell'esenzione puro viene abbandonato a favore dell'esenzione con progressività. Pur escludendo il reddito estero dalla base imponibile, ai fini della concreta determinazione dell'imposta dovuta, non rinunciano a tenere in considerazione il reddito di fonte estera ai fini dell'applicazione delle aliquote progressive sul reddito, c.d. *exemption with progression*. Si tiene conto del reddito complessivo del contribuente, anche di quello di fonte estera esente, con il solo fine di determinare l'aliquota applicabile ai soli redditi di fonte interna²⁸³. Questa variante consente di evitare una discriminazione a favore di soggetti residenti che ottengono

²⁸² Con riferimento alla funzione dei trattati ed in particolare al riconoscimento anche dell'obiettivo della doppia non imposizione non c'è una visione unanime. Sul punto *ex multis* cfr. *Double non taxation*, IFA Cahier, 89A, 2004.

²⁸³ Per un caso di esenzione con progressività cfr. la convenzione conclusa tra l'Italia e la Germania il 18 ottobre 1989 e ratificata e resa esecutiva con legge 24 novembre 1992, n. 459, nella quale la Germania si riserva l'utilizzo di tale metodo nei confronti dei propri residenti. Per un'analisi vedi G. CORASANITI, *La convenzione fra l'Italia e la Germania contro le doppie imposizioni*, in *Le convenzioni dell'Italia in materia di imposte sul reddito e sul patrimonio*, (a cura di) C. GARBARINO, Milano, 2002, p. 219 ss; sui diversi sistemi di eliminazione della doppia imposizione cfr. G. CORASANITI, *L'eliminazione della doppia imposizione nell'ordinamento italiano e nell'ordinamento federale tedesco*, in *Dir. prat. trib.*, 1997, 433.

parte del loro reddito all'estero²⁸⁴. In aggiunta, tali redditi possono essere considerati rilevanti anche per la concessione di deduzioni e detrazioni fiscali per la determinazione dell'effettiva capacità contributiva del soggetto contribuente, tenendo conto anche della sua situazione personale e familiare. Tale metodo è uno fra quelli contenuti nell'art. 23 A del Modello di Convenzione OCSE il quale ne prevede l'applicazione in alternativa al credito di imposta²⁸⁵. Al paragrafo 39 del Commentario all'art. 23 A del Modello di Convenzione OCSE viene previsto che l'importo di reddito da esentare da parte dello Stato di residenza è l'importo che, a parte la Convenzione, sarebbe assoggettato all'imposta sui redditi prodotti entro quello Stato. Pertanto, l'importo da esentare potrebbe essere diverso da quello effettivamente assoggettato nello Stato della fonte in applicazione delle proprie norme interne.

E' evidente che esentando il reddito di fonte estera o, comunque, non considerandolo ai fini della base imponibile da tassare, simmetricamente non si dovrebbe tener conto delle perdite generate nello Stato della fonte incidendo, evidentemente, in senso negativo, nel calcolo di una capacità contributiva che, se riferita al reddito complessivamente posseduto dal contribuente, potrebbe addirittura non esistere²⁸⁶.

La dottrina, tuttavia, è divisa in merito alla necessità di prendere in considerazione le perdite da parte dello Stato della residenza, nel momento in cui sceglie di adottare il metodo dell'esenzione²⁸⁷. Alcuni sostengono che la perdita, intesa come un reddito

²⁸⁴ In tal senso cfr. G.C.CROXATTO, *La tassazione del reddito derivante da attività internazionale nel quadro della riforma tributaria*, in *Dir. prat. trib.*, 1972, I, p. 10. Taluni Paesi europei attuano, in via unilaterale o per politica convenzionale, il metodo dell'esenzione, come ad esempio la Francia e la Germania facendo salvi, tuttavia, dei meccanismi di recupero di materia imponibile attraverso l'inserimento della c.d. *active clause* che consente la tassazione del reddito anche nello stato di residenza con il riconoscimento delle imposte pagate all'estero (cfr. la convenzione stipulata dalla Germania con Spagna e Portogallo).

²⁸⁵ Sul punto cfr. K. VOGEL, *On double taxation Conventions*, 1996; per riflessioni in ambito comunitario cfr. K. Vogel, *Which method should the European Community adopt for the avoidance of double taxation?*, in *Bulletin for International Taxation*, 2002, p. 4 e ss; M. Lang, J. Schuch, C. Staringer, *Tax Treaty Law and EC Law*, Wien, 2007.

²⁸⁶ Con riferimento alla mancata considerazione delle perdite nell'ambito delle trattati contro le doppie imposizioni ed i suoi riflessi in ambito comunitario, cfr. E. LECHNER, *Implications of EC Law on the "Exemption" of Losses under Tax Treaties*, in *Tax Treaties and EC Law*, W. GASSNER, M. LANG, E. LECHNER, Wien, 1996, p. 75.

²⁸⁷ Cfr. M. SCHILCHER, *Exemption Method and Community Law*, in M. LANG, J. SCHUCH, C. STARINGER, *Tax Treaty Law and EC Law*, Wien, 2007, p. 155; A. CORDEWENER, M. DAHLBERG, P.

negativo, non dovrebbe essere presa in considerazione parimenti a quanto avviene con quello di segno positivo²⁸⁸. Altrimenti, esentando il reddito positivo e prendendo in considerazione il reddito negativo, si produrrebbe un trattamento asimmetrico tale da consentire la deduzione della perdita due volte: una volta nello Stato di residenza e successivamente nello Stato della fonte nel caso vi fosse la possibilità di compensarla con gli utili dei futuri esercizi successivi, il c.d. *carry forward* della perdita²⁸⁹. Diversamente, altri sostengono che nell'ambito oggettivo di applicazione delle convenzioni contro le doppie imposizioni rientri esclusivamente il reddito e non anche le perdite²⁹⁰. Lo scopo delle convenzioni non è quello di evitare la doppia non imposizione ma semplicemente quello di evitare la nascita di fenomeni di doppia imposizione a nulla rilevando il fatto che una stessa perdita possa essere dedotta due volte sia nel Paese di residenza che in quello della fonte²⁹¹. Il solo limite che si potrebbe individuare a livello convenzionale è riscontrabile in un abuso della convenzione stessa²⁹².

Sulla questione la giurisprudenza iniziale, in particolare quella francese e tedesca formatasi sul punto, aveva sostenuto la visione secondo la quale come il reddito non era sottoposto ad imposizione nello Stato della residenza così la perdita non doveva essere tenuta in alcuna considerazione²⁹³.

PISTONE, E. REIMER, C. Romano, *The Tax Treatment of Foreign Losses: Ritter, M & S, and the Way Ahead (Part One)*, in *European Taxation*, 2004, p. 140.

²⁸⁸ In tal senso cfr. SCHILCHER, *op. cit.*, p. 155.

²⁸⁹ Per una critica a tale argomentazioni cfr. E. LECHNER, *op. cit.*, p. 78 e ss. secondo cui il rischio di una doppia deduzione della perdita potrebbe essere risolto attraverso un sistema di tassazione dei futuri redditi nello Stato della fonte nei limiti della perdita precedentemente dedotta.

²⁹⁰ Sul punto cfr. il general report di M. LANG, in *Double non taxation, op. cit., infra*.

²⁹¹ A favore di tale orientamento si esprime la P. Tarigo, *op. cit.*, p. 269 e ss. la quale sostiene che proprio la presenza nei trattati di clausole del tipo “*subject to tax clause*” stia a dimostrare come l'obiettivo dei trattati contro la doppia imposizione non è quello di prevenire casi di doppia non imposizione. Di diverso avviso in Italia sembra esprimere l'Amministrazione fiscale italiana (cfr. Risol. n. 27 gennaio 2006, n. 17/E) la quale ha sostenuto che i trattati “*sono finalizzati ad evitare tanto la doppia imposizione quanto la DOPPIA esenzione*”.

²⁹² Cfr. M. LANG, *Avoidance of double non-taxation, op. cit.*, p. 345 e 351.

²⁹³ Per la giurisprudenza francese cfr. Conseil d'État, sent. n. 49054, in *Droit Fiscal* 1988, comm. 1919; per la giurisprudenza tedesca cfr. *Reichsfinanzhof*, sentenza del 11 Dicembre 1928 in *Steuer und Wirtschaft II* 1929, n. 466, colonna 874; sentenza del 25 Gennaio 1933, in *Reichssteuerblatt* 1933, p. 478; sentenza dell'11 Ottobre 1933, in *Steuer und Wirtschaft II* 1934, N. 92, colonna 216; sentenza del 26

Diversamente, di recente, vi sono state pronunce in senso opposto da parte di Corti di altri Paesi, le quali hanno ritenuto che le convenzioni contro la doppia imposizione non impediscono allo Stato di residenza di tenere in considerazione della perdita generatasi nello Stato della fonte; il metodo dell'esenzione attiene esclusivamente alla eliminazione della doppia imposizione sul reddito e non alle perdite. In particolare una recente pronuncia della Suprema Corte austriaca ha ritenuto che nel caso di un reddito negativo di fonte estera non vi sia un problema di applicazione della convenzione contro le doppie imposizioni poiché questa troverà applicazione solamente quando lo stesso reddito è tassato, sulla base dello stesso presupposto impositivo, sia nello Stato di residenza che nello Stato della fonte²⁹⁴.

In proposito, come ricordato in dottrina²⁹⁵, il Modello di Convenzione OCSE non impone un principio di simmetria tra reddito e perdita. Il commentario all'art. 23 A, paragrafo 44, del Modello di Convenzione OCSE, consapevole della problematica, rimanda agli Stati contraenti la soluzione del problema posto che i sistemi fiscali nazionali non sono omogenei²⁹⁶.

Attualmente molti Paesi consentono la deduzione delle perdite di fonte estera pur esentando i redditi²⁹⁷. La Germania, diversamente, adottando il metodo dell'esenzione

Giugno 1935, in *Reichssteuerblatt* 1935, p. 1358; BFH, 6 ottobre 1993, in *Bundessteuerblatt II* 1994, p. 113; in senso adesivo cfr. Lord Russell of Killowen nel caso *Hock Heng Co. v. Director-General* [1979], *Simon's Tax Cases*, p. 295. In dottrina cfr. DORN, *Das Recht der internationalen Doppelbesteuerung*, *Vierteljahresschrift für Steuer- und Finanzrecht* 1927, p. 189; F. WASSERMAYER, in Debatin, WASSERMAYER, *Doppelbesteuerungsabkommen*, loose-leaf, Vol. I, Art. 23, n. 57; V. WEINREICH, *Probleme des Verlustausgleichs über die Grenze*, Frankfurt, 1994, p. 89; O. HEINSEN, *Steuerliche Verlustpolitik bei grenzüberschreitenden Unternehmen*, Berlin, 2001, p. 61; H. HAHN, *Grenzüberschreitende Berücksichtigung von Betriebsstättenverlusten?*, *IStR* 2002, p. 681.

²⁹⁴ In tal senso cfr. Corte Suprema Austriaca, sent. n. 99/14/0217 del 25 settembre 2001, pubblicata in *Internationales Steuerrecht*, 2001, p. 754 e ss.; K. Vogel, M. LEHNER, *Doppelbesteuerungsabkommen*, Monaco, 2003, commento all'art. 23.

²⁹⁵ Cfr. A. CORDEWENER, M. DAHLBERG, P. PISTONE, E. REIMER, C. ROMANO, *op. cit.*, p. 140.

²⁹⁶ Il paragrafo 44 dell'art. 23 al Modello di Convenzione OCSE ritiene, infatti, che “*the solution depends primarily on the domestic laws of the Contracting States and as the laws of the OECD Member countries differ from each other substantially, no solution can be proposed in the Article itself, it being left to the Contracting States, if they find it necessary, to clarify the abovementioned question and other problems connected with losses ... bilaterally, either in the Article itself or by way of a mutual agreement procedure (paragraph 3 of Article 25)*”.

²⁹⁷ Cfr. *Opinion Statement of the CFE ECJ Taskforce on Losses Compensation within the EU for Individuals and Companies Carrying Out Their Activities through Permanent Establishments*, in *European Taxation*, 2009, p. 488.

per i redditi di fonte estera nell'ambito delle Convenzioni contro le doppie imposizioni, non permette la deducibilità delle perdite di fonte estera sul reddito complessivo dei soggetti residenti in Germania. Proprio tale disposizione è stata portata all'attenzione della Corte di Giustizia nel caso Lidl Belgium e nel caso di specie tale regime è stato ritenuto compatibile con il diritto comunitario poiché la perdita in questione poteva comunque essere tenuta riportata in deduzione sui futuri redditi nello Stato della fonte. In tal senso si esprime anche il Commentario all'art. 23 del Modello di Convenzione OCSE, par. 44, il quale sostiene che se lo Stato della fonte concede il riporto di tale perdita il contribuente non resterà svantaggiato perché gli è solo impedito di prendere in considerazione una doppia deduzione della stessa perdita.

E' evidente, tuttavia, che se il contribuente non riesce a farsi riconoscere una perdita di fonte estera nella determinazione del suo reddito complessivo, avrà una tassazione nel proprio Stato di residenza che non potrà più essere parametrata alla sua effettiva capacità contributiva. La circostanza che tale perdita potrà in futuro determinare un minor carico fiscale perché compensata con redditi futuri nello Stato della fonte non assicura il rispetto di tale principio da parte dello Stato di residenza.

Un sistema che assicuri il rispetto di tale principio, potrebbe prevedere la deducibilità della perdita e allo stesso tempo consentire, qualora l'attività all'estero torni profittevole, di tassare anche nello Stato della residenza tale reddito nei limiti della perdita precedentemente dedotta c.d. *recapture of loss*²⁹⁸.

In ultima analisi un sistema di territorialità puro basato sul metodo dell'esonazione senza correttivi che, da una parte, non tiene conto del reddito né ai fini della progressività della tassazione né ai fini della determinazione di deduzioni, detrazioni per la condizione personale e familiare, dall'altra non tiene conto della perdita di fonte estera, è un sistema che si scontra inevitabilmente non solo con i principi di equità intesa in senso economico ma anche, più importante, in ottica interna, con il nostro principio di capacità contributiva intesa come forza economica effettiva ed attuale, tale da poter giustificare la contribuzione alle pubbliche spese.

²⁹⁸ Tale sistema è adottato dall'Austria. Vedi il richiamo normativo alla nota 15 nell'articolo, *Opinion Statement of the CFE ECJ Taskforce on Losses Compensation within the EU for Individuals and Companies Carrying Out Their Activities through Permanent Establishments*, op. cit., p. 488.

3.2. (...segue) il metodo del credito d'imposta e la disciplina fiscale delle perdite.

Il metodo del credito di imposta per i redditi di fonte estera, o secondo la terminologia inglese, il sistema del *foreign tax credit*²⁹⁹, è una misura tipica dei Paesi che informano il proprio sistema impositivo al principio di tassazione mondiale il c.d. *world wide principle*, attraverso la scelta di collegamenti di tipo personale. Tramite l'adozione di tale metodo si attua il c.d. principio della *capital export neutrality* (CEN) secondo il quale tutti i redditi ovunque prodotti dal contribuente residente devono subire la stessa aliquota di prelievo nel pieno rispetto del principio di eguaglianza e della capacità contributiva. Nella dottrina economica internazionale il credito di imposta è considerata una *tax expenditure*, ovvero una disposizione che rappresenta una deviazione rispetto alla struttura base del tributo e che provoca una diminuzione del gettito³⁰⁰.

In ambito giuridico, tale metodo viene declinato in due differenti modi: il credito di imposta pieno, il c.d. *full credit*, secondo cui l'intera imposta pagata all'estero è dedotta dall'imposta applicata nello Stato di residenza; il credito di imposta ordinario, il c.d. *ordinary credit*, in base al quale sarà concesso al soggetto nello Stato di residenza un credito pari al minor ammontare tra l'imposta che lo Stato della residenza avrebbe applicato al reddito estero se ivi prodotto, e l'imposta applicata dallo Stato della fonte sul medesimo reddito. In altri termini il tributo accreditabile non può eccedere la quota di tributo nazionale attribuibile al reddito di fonte estera³⁰¹. Il metodo del credito d'imposta è previsto, come alternativa al metodo dell'esenzione, dall'art. 23 B del

²⁹⁹ L'origine del credito di imposta è anglosassone introdotto fin dal 1916 in Gran Bretagna, peraltro, con ambito limitato ai domini britannici (cd. "dominion tax relief"). Solo dal 1950 la Gran Bretagna decise di estendere il metodo del credito nei confronti di altri Stati seguendo l'esempio degli Stati Uniti, ove già dal 1918 erano state adottate misure per eliminare la doppia imposizione fra gli Stati federali.

³⁰⁰ *Ex multis* cfr. SURREY, MCDANIEL, *The Tax Expenditure Concept and the Budget Reform Act 1974*, in *Boston College Industrial and Commercial Law Review*, 1976, p. 679; MC INTYRE, *A Solution to the Problem of Defining a Tax Expenditure*, in *U.C. Davis Law Review*, 1980, p. 79.

³⁰¹ Negli Stati Uniti c'è un credito di imposta indiretto (*indirect tax credit*) che consiste nel riconoscere ai residenti il diritto di detrarre dall'imposta dovuta sui dividendi percepiti l'ammontare dell'imposta assolta dalle società controllate residenti all'estero sugli utili con i quali sono stati distribuiti i dividendi. Il metodo di imputazione indiretto è quindi modellato su una nozione di identità del soggetto passivo in senso economico e non giuridico. Tale metodo ha il pregio di evitare la doppia imposizione economica internazionale sui dividendi. Il tipico caso di doppia imposizione economica si riscontra nell'imposizione sui redditi derivanti dalla partecipazione in società di capitali (i.e. dei dividendi): invero il medesimo utile è assoggettato ad imposta sia presso la società, in quanto da essa prodotto, sia presso il socio, in occasione della sua percezione a seguito della intervenuta distribuzione dei dividendi. Sul punto cfr. V. UCKMAR, G. CORASANITI, P. DE CAPTIANI, *op. cit.*, *infra*.

Modello di Convenzione OCSE per evitare le doppie imposizioni. L'art. 23B non detta delle regole dettagliate con riferimento alla procedura e al funzionamento del credito per il quale troveranno applicazione le singole disposizioni nazionali.

Con riferimento alle perdite è evidente che tramite il metodo del credito di imposta non vi sono problemi nel computo della base imponibile complessiva. Tuttavia, proprio tale possibilità potrebbe portare a perdere definitivamente il *foreign tax credit* nel caso in cui il reddito di fonte estera sia positivo e venga totalmente assorbito dal reddito negativo di fonte interna. Inoltre non è chiaro se il reddito di fonte estera su cui calcolare le imposte debba essere preso al netto o al lordo delle spese inerente la sua produzione. Di tali problematiche ne è consapevole il Commentario all'art. 23B del Modello OCSE, il quale al paragrafo 62 il quale, tuttavia, statuisce che “...it is preferable also for the credit method not to propose an express and uniform solution in the Convention, but to leave each State free to apply its own legislation and technique”.

3.3. (...segue) il metodo da preferire per il rispetto del principio di capacità contributiva.

Come ricordato la scelta del credito di imposta piuttosto che dell'esenzione non è neutrale rispetto alla considerazione della complessiva capacità contributiva del soggetto residente. Ebbene, abbiamo già ricordato che il sistema del credito d'imposta è ispirato ai principi costituzionali di eguaglianza e capacità contributiva ex artt. 3 e 53 della Costituzione i quali richiedono di trattare allo stesso modo contribuenti che esprimono la medesima forza economica pur in parte o totalmente realizzata all'estero.

Ciò risulta più evidente proprio con riferimento alle perdite. Nel caso in cui vi sia un reddito negativo all'estero questo sarebbe immediatamente preso in considerazione nella determinazione del reddito complessivo. Diversamente se si applicasse il metodo dell'esenzione puro tale perdita non potrà essere presa in considerazione e in tal modo, in presenza di un reddito positivo si andrà a tassare una capacità contributiva che non è realmente espressiva di forza economica.

Di contro, tuttavia, in ambito comunitario, l'applicazione del metodo del credito di imposta potrebbe risultare inconciliabile con il mercato comune poiché la neutralità fiscale rispetto agli investimenti da effettuare si avrà solo con la c.d. *capital import neutrality*, il cui raggiungimento è legato all'esenzione dei redditi esteri: soltanto in tal

modo si potrà ottenere una condizione di pari concorrenza tra i vari operatori nei diversi Stati attraverso un prelievo paritario.³⁰²

Tuttavia, questa prospettiva considera solo il caso in cui all'estero si realizzi un reddito di segno positivo; se, infatti, si considerasse la possibilità di avere un reddito negativo il giudizio sarebbe diverso. Come vedremo, infatti, nei casi analizzati dalla Corte di Giustizia si ritiene che il metodo dell'esenzione nella misura in cui non consente la presa in considerazione delle perdite non sia compatibile con il mercato interno, con particolare riferimento ai casi relativi alla determinazione complessiva del contribuente (cfr. casi Renneberg, Ritter-Coulais, etc.).

4. L'incidenza delle perdite nel calcolo del credito di imposta per le imposte pagate all'estero nella disciplina fiscale italiana.

Il previgente art. 15 del tuir che disciplinava il credito di imposta³⁰³ poneva dei problemi interpretativi proprio con riferimento al trattamento fiscale della perdita³⁰⁴. In

³⁰² Sui rapporti fra il diritto tributario comunitario e il diritto tributario internazionale, cfr. G. MAISTO, *Le interrelazioni tra "diritto tributario comunitario" e diritto tributario internazionale*, in *Riv. dir. trib.*, 2006, I, p. 865.

³⁰³ Per l'analisi dell'istituto tenendo conto anche della sua evoluzione cfr. R. NAPOLITANO, *Credito d'imposta per i tributi pagati a Stati esteri*, in *Consulenza*, 1978, p.41; S. MAYR, *La tassazione dei redditi esteri per le società di capitali*, in *Boll. Trib.*, 1978, p.816; G. CROXATTO, *Il credito d'imposta per i redditi prodotti all'estero*, *Convegno per lo studio dei problemi fiscali*, Rapallo, 1979; G. MAISTO, *Imposizione dei redditi prodotti all'estero e competitività internazionale*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1981, I, p.1135; M. INGROSSO, *Il credito d'imposta*, Milano, 1984, p.228; S. CAPOLUPO, *La tassazione dei redditi prodotti all'estero*, in *Il fisco*, 1980, p.3246; M. INGROSSO, *Il credito d'imposta*, Milano, 1984; A. CASERTANO, *I problemi irrisolti per i redditi prodotti all'estero*, in *Il fisco*, 1986, p. 316; A. MANZITTI, *Il Foreign Tax Credit*, in *Operazioni internazionali e fiscalità*, 1987, p. 24; R. NOBILI, *Il credito per le imposte assolte all'estero: problemi applicativi e proposte di modifica*, in V. UCKMAR, C. GARBARINO (a cura di), *Aspetti fiscali delle operazioni internazionali*, Milano, 1995; VICINI RONCHETTI, *Sulla doppia imposizione internazionale e il credito di imposta*, in *Dir. prat. trib.*, 1997, III, p. 187; R. LUPI, *Ulteriori requisiti per la spettanza del credito di imposta. Interrogativi sulla deducibilità dal reddito delle imposte estere non accreditate*, in L. CARPENTIERI, R. LUPI, D. STEVANATO (a cura di), *Il diritto tributario nei rapporti internazionali*, Milano, 2003, p. 150; R. LUPI, *Le innovazioni "puntuali" sul credito per "imposte pagate" all'estero e il mantenimento della per country limitation*, in *La tassazione delle società nella riforma fiscale*, Milano, 2003, p. 83; R. MICHELUCCI, *Aspetti problematici in tema di riporto delle eccedenze di crediti per imposte estere*, in *Corr. trib.*, 2005, p. 2134; A. CONTRINO, *Il credito per le imposte assolte all'estero*, in F. TESAURO (diretta da), *Imposta sul reddito delle società (IRES)*, Bologna, 2007, p. 1044.

³⁰⁴ Sul punto cfr. E. NUZZO, *Sulla spettanza del tax credit in ipotesi di inesistenza di reddito imponibile in Italia a seguito del riporto a nuovo di perdite di precedenti esercizi*, in *Boll. trib.*, 1987, p.

assenza di correttivi, nell'ipotesi di redditi di provenienza estera di segno positivo e di risultati interni di segno negativo per un ammontare tale che il reddito complessivo risulti nullo e/o di segno negativo, non vi era la possibilità di beneficiare del *tax credit* per le imposte pagate all'estero, in quanto non vi era alcuna imposta dovuta in Italia dalla quale poter scomputarle³⁰⁵. Tale disposizione fu critica in dottrina e venne sostenuto che anche laddove vi fosse stata una perdita della gestione italiana capace di assorbire il reddito di fonte estera, il diritto al credito di imposta non verrebbe meno³⁰⁶. Per questo era stato suggerito di introdurre dei meccanismi di *carry back* ovvero di *carry forward* così come presenti in altri ordinamenti stranieri³⁰⁷.

Un altro problema era relativo al riporto delle perdite pregresse. Nella previgenza del vecchio art. 9 del d.p.r. n. 598 del 1973 non veniva chiarito se il reddito complessivo doveva tener conto dovesse essere considerato al netto o lordo delle perdite pregresse. Ci si chiedeva se il regime del *tax credit* operava indipendentemente dal fatto che il contribuente si avvallesse o meno della possibilità del riporto a nuovo delle perdite o se diversamente il riporto a nuovo delle perdite sia tale da impedire l'insorgenza del credito di imposta per l'inesistenza di una quota d'imposta corrispondente³⁰⁸. In

869; PERRONE, *Credito di imposta per i redditi prodotti all'estero*, in *Commentario al Testo unico delle imposte sui redditi*, Vol. I., 1988, p. 256; A. MIRAULO, *Doppia imposizione internazionale*, Milano, 1990.

³⁰⁵ In tal senso si veda Risoluzione, Agenzia Entrate n.163/E, 2002.

³⁰⁶ In tal senso cfr. Miraulo secondo la quale la mancanza di un'imposta italiana alla quale imputare il credito non elimina il verificarsi di una doppia imposizione bensì rende l'imposta pagata all'estero interamente non dovuta e quindi rimborsabile, come previsto dalla legge per il caso di eccedenza, A. MIRAULO, *op. cit.*, p. 108. In senso conforme si era espresso anche Manzitti secondo il quale il problema poteva essere risolto in base all'art. 11, comma 3, del Tuir nella precedente formulazione secondo cui il credito era riportabile a nuovo ovvero se ne poteva chiedere il rimborso, cfr. A. MANZITTI, *op. cit.*, p. 27 e ss. Diversamente Nobili sosteneva che non era corretto fare riferimento all'art. 11 del Tuir poiché *ex ante* opera l'art. 15 del Tuir il quale proprio in virtù del calcolo del *foreign tax credit* non permetteva la nascita del credito di fonte estera nel caso in cui la perdita italiana avesse assorbito interamente il reddito estero, R. NOBILI, *op. cit.*, p. 214 e ss.

³⁰⁷ In tal senso cfr. R. NOBILI, *op. cit.*, p. 214; A. VICINI RONCHETTI, *op. cit.*, p. 204.

³⁰⁸ Sul punto cfr. E. NUZZO, *op. cit.*, p. 871 secondo cui sia il data letterale della normativa *ratione temporis* applicabile sia la *ratio* della stessa portava a riconoscere comunque il *tax credit* poiché la perdita complessiva subita "se legittimamente impedisce l'insorgenza del *tax credit* per i tributi assolti all'estero nello stesso periodo di imposta non può altrettanto legittimamente esplicitare la sua efficacia anche negli esercizi successivi, a seguito del riporto a nuovo delle perdite, non essendo concepibile ed apparendo manifestamente irragionevole la duplicazione e ripeterpetuazione, con riferimento al *tax credit*, degli effetti della perdita non di "competenza" ma soltanto "riportata".

proposito la norma non era esplicita sul punto consentendo diverse interpretazioni³⁰⁹. Tale problema interpretativo fu superato per via legislativa quando fu introdotto l'art. 15 del tuir con il d.p.r. n. 917 del 1986 secondo cui il reddito complessivo doveva essere assunto al lordo delle perdite di precedenti periodi di imposta ammesse in diminuzione. Inoltre fu modificato anche il previgente art. 17 del d.p.r. n. 598 relativo al riporto delle perdite il quale non prevedeva la possibilità di rinviare a successivi esercizi il riporto della perdita per consentire il riconoscimento del credito per i tributi assolti all'estero. Diversamente l'art. 102 del tuir, successivamente all'introduzione del Tuir, consentiva la facoltà di computare la perdita riportabile in diminuzione del reddito complessivo in misura tale che l'imposta corrispondente al reddito imponibile risultasse compensata da eventuali crediti di imposta, ritenute alla fonte a titolo di acconto, versamenti in acconto³¹⁰. Tale norma ora è contenuta nell'attuale art. 84, 1 comma, ultimo periodo del tuir.

Il nuovo art. 165 del tuir, introdotto dal d.lgs. n. 344 del 2003, ha notevolmente modificato il regime del credito di imposta sia con riguardo al sistema di calcolo che al momento della fruizione. Ai fini della nostra trattazione è importante segnalare che l'art. 165 del tuir, contiene un'importante novità nella determinazione del rapporto che individua la quota di imposta estera da detrarre dall'imposta italiana. Nel calcolo dell'imposta detraibile, l'articolo *de quo* stabilisce la considerazione del reddito complessivo, al netto e non più al lordo delle perdite di precedenti periodi d'imposta. Nella precedente formulazione dell'art. 15 del tuir si faceva riferimento al reddito complessivo al lordo delle perdite pregresse per evitare la mancata concessione del credito d'imposta. Diversamente ora, il credito d'imposta sarà calcolato in base ad una frazione in cui al numeratore saranno posti i redditi prodotti all'estero e al denominatore il reddito complessivo al netto delle perdite pregresse. Nel caso in cui le perdite

³⁰⁹ In giurisprudenza cfr. CTP di Milano, sez. 38, 10 dicembre 1991, n. 156; CTP Roma, sez. XI, 11 giugno 1992, n. 91110851, con commento di A. Simoni, *Credito di imposta sui dividendi e compensazione con perdite pregresse*, in *Boll. trib.*, 1992, p. 1616.

³¹⁰ Sul punto cfr. L. DEZZANI, M. GAZZO, *Risoluzione n. 105/E del 6 luglio 2000: il credito di imposta limitato e l'utilizzo delle perdite fiscali*, in *IlFisco*, 2000, p. 10044; M. IAVAGNILIO, *Credito di imposta limitato per perdite fiscali pregresse*, in *Corr. trib.*, 2000, p. 2318. L'Assonime con circ. n. 53 del 12 maggio 1995 aveva precisato che questa era una facoltà attribuita al contribuente consentendo alle imprese che ne avevano interesse di avvalersene differendo in tutto o in parte il riporto delle perdite ai successivi esercizi.

pregresse siano di entità tale da rendere il reddito complessivo nullo o negativo, il rapporto reddito estero/reddito complessivo sarebbe pari a zero e di conseguenza non spetterebbe, ai sensi del previgente articolo 15, alcun credito.

L'inconveniente, prima rappresentato, di vedersi assorbito il reddito di fonte interna dalle perdite pregresse è risolto sia dall'art. 84, 1 comma, ultimo periodo, prima citato, sia dallo stesso art. 165, comma 6, secondo cui l'eccedenza del credito di imposta può essere riportato in avanti o all'indietro per i successivi otto esercizi di imposta.

La portata di tale ultima disposizione è ancor più rilevante se letta in parallelo al ruolo delle perdite pregresse in relazione al reddito complessivo. L'imposta estera è così totalmente riportabile all'indietro ed, eventualmente in avanti, in quanto eccedente l'imposta italiana relativa al reddito prodotto all'estero. Si tratta di una disposizione che, come segnalato dalla relazione governativa allo schema di decreto legislativo *“si pone l'obiettivo di evitare gli inconvenienti derivanti dalle differenze che si hanno tra l'imposta estera e la corrispondente imposta italiana dovuta ai più svariati motivi, quali ad esempio, differenti aliquote d'imposta vigenti rispetto alle aliquote italiane”*.

La norma prevede la possibilità di riportare l'imposta estera in avanti quando essa è maggiore dell'imposta effettivamente scomputabile dall'imposta dovuta sul reddito complessivo in base al rapporto previsto dal comma 1 dello stesso articolo 165. La differenza di imposta estera non utilizzata che eccede quella consentita dal rapporto, potrà essere utilizzata nei successivi periodi d'imposta sino all'ottavo se si presentano le condizioni opposte, ovvero che l'imposta estera effettivamente scomputabile in base al citato rapporto sia maggiore dell'imposta di fatto assolta all'estero.

Il riporto all'indietro, viceversa, si applica se l'imposta assolta all'estero è inferiore a quella scomputabile dall'imposta dovuta sul reddito complessivo. In tal caso la differenza costituisce un bonus che potrà essere utilizzato nei successivi periodi d'imposta non oltre l'ottavo, quando si presenteranno l'imposta assolta all'estero sarà superiore a quella scomputabile in base al rapporto di cui al citato comma 1 dell'articolo 165.

Tale possibilità, dunque, sembra risolvere il problema prima evidenziato del vecchio art. 15 del tuir relativo alla mancata concessione del credito di imposta nel caso in cui la perdita di fonte italiana avesse assorbito in tutto o in parte il reddito positivo di fonte estera. Tuttavia tale facoltà è espressamente limitata al reddito di impresa ai sensi

dell'art. 165, 6 comma, del tuir³¹¹. Pertanto se vi fosse un'eccedenza di credito di imposta derivante da un reddito di lavoro autonomo o di lavoro dipendente, tale eccedenza non potrebbe essere riportata nei successivi esercizi generando, così, non solo una discriminazione fra titolari di diverse fonti reddituali ma vi sarebbe una doppia imposizione sullo stesso reddito.

Resta, dunque, fermo il principio secondo cui il credito per le imposte pagate all'estero si concretizza in una detrazione il cui importo non può essere superiore all'imposta dovuta in Italia sui redditi prodotti all'estero.

Un'ultima questione attiene al fatto se il reddito di fonte estera deve essere assunto al lordo o al netto delle spese necessarie per produrlo³¹². E' stato osservato che è necessario che i redditi prodotti all'estero siano presi al netto delle spese relative ai proventi e ai ricavi conseguiti all'estero. E' evidente che non sarà comunque facile quantificare in misura precisa tali costi ed oneri posto che vi è una obiettiva difficoltà a ricondurre elementi di costo a singole poste reddituali³¹³. Nella prima versione pubblicata sul sito del ministero dell'Economia e delle Finanze il 14 maggio 2003, la norma relativa al credito di imposta conteneva un terzo comma con la precisazione che i redditi di fonte estera dovevano considerarsi al lordo dei costi relativi. Tale precisazione non ha trovato più spazio nella versione definitiva. C'è chi ha sostenuto che il reddito di fonte estera, per questioni di omogeneità e posto che il reddito di fonte estera debba essere calcolato attraverso l'applicazione delle norme interne come previsto anche dallo stesso paragrafo 39 del Commentario all'art. 23 B, Modello di Convenzione OCSE, dovrebbe essere calcolato al netto delle spese riconosciute per produrlo, anche se questo

³¹¹ Sul punto cfr. R. MICHELUTTI, *Aspetti problematici in tema di riporto delle eccedenze di crediti per imposte estere*, op. cit., p. 2134. In sede di stesura finale del testo è stato omesso il riferimento "al reddito di impresa prodotto nello stesso paese estero mediante una o più stabili organizzazioni" contenuta nello schema di decreto approvato dal Consiglio dei Ministri il 12 settembre 2003. Tale modifica era stata suggerita per estendere questa disciplina non solo ai redditi di imprese conseguiti all'estero tramite stabile organizzazione ma anche tramite agli altri redditi di fonte estera che rientrano fra i redditi di impresa (ad esempio le *royalties*).

³¹² Sul punto cfr. LIZZUL, *Riflessioni sul credito di imposta per i redditi prodotti all'estero*, in *Boll. trib.*, 1988, p. 1859; R. NOBILI, *op. cit.*, p. 240; A. Contrino, *op. cit.*, p. 1048.

³¹³ In tal senso Abi, Parere n. 607, in "Pareri Abi", n. 12.

potrebbe portare ad un diverso riconoscimento dell'ammontare massimo di credito spettante³¹⁴.

La tematica è affrontata nei paragrafi 62 e 63 del commentario all'art. 23 del Modello di Convenzione OCSE nel quale si pone in evidenza che la soluzione debba essere risolta in base alla legislazione dei singoli Stati.

Paradossalmente nel caso in cui lo Stato di residenza, come l'Italia, tassasse il provento di fonte estera al netto delle spese per produrlo e lo Stato della fonte lo tassasse al lordo, anche a parità di aliquota fiscale ciò comporterebbe un eccesso di credito di imposta non scomputabile in Italia a meno che non trovi applicazione l'art. 165, comma 6 del tuir.

5. I profili di tassazione dei soggetti non residenti nell'ambito delle imposte sul reddito: il mancato riconoscimento delle agevolazioni fiscali personali.

Prima di affrontare brevemente la disciplina positiva accordata ai soggetti non residenti è opportuno rispondere alla domanda se esiste un limite negativo derivante dal nostro ordinamento, nell'imporre il proprio potere di imperio verso soggetti che non presentano un collegamento sufficiente con il territorio dello Stato. La risposta è contenuta nell'art. 53 della nostra Costituzione, il quale recita: "Tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva" sancisce un dovere di contribuzione generale, riferendosi ad un "tutti" non meglio specificato, includendo dunque sia cittadini che stranieri senza però fissare in modo espresso alcun limite alla soggezione di questi ultimi.

Parte della dottrina, enfatizzando il principio del beneficio, ha sostenuto che se la capacità contributiva si sostanzia nel godimento dei servizi pubblici è evidente la razionalità del precetto secondo cui solamente chi si avvantaggi delle spese pubbliche è chiamato a concorrere alle spese medesime; se così non fosse si arriverebbe all'assurda conseguenza di riferire il potere di prelievo dello Stato a tutti i soggetti del mondo³¹⁵. Altri muovendo dalla constatazione che il prelievo dello Stato non può più essere visto

³¹⁴ Sul punto cfr. M. PIAZZA, *op. cit.*, p. 1054. In dottrina favorevole a tale orientamento si è espresso R. BAGGIO, *Il principio di territorialità ed i limiti alla potestà tributaria*, *op. cit.*, p. 390, nota 280, secondo cui il reddito deve essere assunto secondo le norme italiane regolanti la determinazione della base imponibile della categoria di appartenenza.

³¹⁵ Così F. MAFFEZZONI, *Il principio di capacità contributiva nel diritto finanziario*, Torino, 1970, 23 e ss.

in un'ottica commutativa e come mera espressione della sua autorità trovano il fondamento dell'obbligazione tributaria in un inderogabile dovere di solidarietà posto a carico dei membri della comunità alla quale appartengono e partecipano. Pertanto l'ente pubblico potrà imporre l'obbligazione tributaria solo a carico di quelle persone nei cui confronti sia configurabile un dovere di solidarietà verso gli altri membri del gruppo sociale e ciò richiede non una mera momentanea presenza nel territorio nazionale, ma un legame durevole. Il collegamento con l'ente impositore non si spiega solo come limite di efficacia o di opportunità della legge tributaria, ma anche come requisito minimo, necessario a giustificare un dovere di solidarietà³¹⁶.

Difficile poi è valutare quando il legame è tale da poter essere considerato durevole ma si può quanto meno considerare illegittimi quei casi estremi in cui il collegamento sia di durata particolarmente breve o manchi del tutto³¹⁷.

Seguendo tale impostazione, è necessario che vi sia un *reasonable link* con l'ente impositore³¹⁸: per questo in quasi tutti gli ordinamenti determinante per la nascita di un'obbligazione tributaria in capo allo straniero è l'appartenenza economica (*"allegiance economique; economic allegiance"*) e quindi anziché il legame politico assume rilevanza il legame economico³¹⁹.

Tuttavia, come già ricordato, nel nostro ordinamento non si riscontra la distinzione tra cittadini e stranieri, ma tra soggetti residenti i cui redditi vengono tassati a prescindere dal luogo di produzione (cd. *world wide principle*) in virtù di un criterio di collegamento di natura personale; e soggetti non residenti i quali (normalmente cittadini stranieri) vengono tassati se e nella misura in cui presentano un collegamento di natura territoriale (cd. *source principle*) identificato dall'art. 23 del Tuir per singole categorie di reddito.

³¹⁶ Così F. MOSCHETTI, *Il principio della capacità contributiva*, op. cit., p. 215. In senso conforme C. SACCHETTO, *L'evoluzione del principio di territorialità e la crisi della tassazione del reddito mondiale nel paese di residenza*, op. cit., p. 52. Secondo tale ultimo autore la giustificazione del prelievo nei confronti dei soggetti non residenti deriverebbe dal principio del beneficio. La tassazione dei non residenti avviene quindi su basi per certi versi oggettive, in rapporto a ciò che essi esprimono all'interno della comunità.

³¹⁷ Così F. MOSCHETTI, op. cit., pag. 216.

³¹⁸ Per un'analisi più approfondita di tale principio si rinvia al par. 2 del presente capitolo.

³¹⁹ Così V. UCKMAR, *La tassazione degli stranieri in Italia*, op. cit., p. 23.

E' noto che l'art. 23 del Tuir localizza in Italia la produzione delle diverse categorie di reddito conseguito dai non residenti al verificarsi di determinate fattispecie e di determinati criteri di collegamento con il territorio dello Stato. Tali criteri di collegamento hanno natura reale soprattutto con riferimento al fatto che i non residenti vengono tassati in base alle diverse categorie reddituali senza tuttavia prendere in considerazione la loro situazione personale e familiare.

L'Irpef, in tal modo, si atteggia ad un'imposta reale in quanto dall'art. 24 del Tuir sono escluse quasi tutte le deduzioni e detrazioni previste per i soggetti residenti nel presupposto che il non residente usufruisca di tali abbattimenti nel suo Stato di residenza³²⁰.

I caratteri di personalità dell'Irpef vengono meno quando il soggetto passivo è sprovvisto di un collegamento personale col territorio dello Stato, nel presupposto che la reale capacità contributiva sarà presa in considerazione dallo Stato di residenza³²¹.

5.1. (...segue) il mancato riconoscimento delle spese per la produzione del reddito nel caso di applicazione di una ritenuta alla fonte.

Nei confronti dei soggetti non residenti, si assiste, inoltre, ad un sistema di riscossione dell'imposta tramite l'applicazione di regimi sostitutivi che tendono a giustificarsi in base alla volontà di ridurre il rischio di evasione da parte dei soggetti privi di collegamenti concreti e stabili con il territorio dello Stato. Dopo l'incasso del reddito, infatti, potrebbe essere molto più difficile recuperare l'imposta eventualmente non versata. Vi è anche una ragione di semplificazione amministrativa che mira a ridurre gli adempimenti formali in capo al soggetto non residente per il quale, altrimenti, potrebbe essere oneroso e difficile provvedere alla dichiarazione dei redditi. E' evidente, tuttavia, che tali regimi sostitutivi spesso non tengono conto delle spese e dei costi necessari per la produzione di quel reddito, tassando, così, in misura superiore del dovuto³²². Se nei

³²⁰ L'art. 24 del Tuir è stato modificato dall'art. 1, comma 6, lett. e), L. 27 dicembre 2006, n. 296, in vigore dal 1° gennaio 2007.

³²¹ Sul diverso atteggiarsi dell'imposte nei confronti del non residente cfr. A. FEDELE, *Imposte reali e imposte personali nel sistema tributario italiano*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 2007, p. 467.

³²² Si pensi al caso della produzione in Italia di redditi di lavoro autonomo soggetti ai sensi dell'art. 25, ultimo comma, ad una ritenuta a titolo di imposta pari al 30% dell'ammontare lordo del compenso erogato.

confronti del soggetto non residente si deve applicare una tassazione di tipo reale riferita non al soggetto ma all'attività svolta ovvero alla fonte produttiva non si può, surrettiziamente, tramite il meccanismo di riscossione, per tutelare l'interesse fiscale dello Stato addivenire al calcolo di una base imponibile diversa rispetto a quella del soggetto residente. Per ovviare a tale problematica e non incorrere in un trattamento discriminatorio inammissibile sotto il profilo della eguaglianza di trattamento, sarebbe opportuno prevedere un meccanismo di tassazione opzionale che consenta di applicare in luogo della ritenuta a titolo di imposta una ritenuta a titolo di acconto che salvaguarderebbe le esigenze di cautela fiscale dello Stato, ma permetterebbe nel contempo al percettore di applicare il regime ordinario di tassazione³²³. Ciò non toglie, tuttavia, come nel caso dei redditi di lavoro autonomo percepiti da soggetti non residenti che la ritenuta a titolo di imposta pari al 30 per cento dell'ammontare lordo del compenso percepito potrebbe essere discriminatoria anche sotto il profilo dell'aliquota impositiva applicata. In alcuni casi, infatti, l'aliquota normalmente applicata per scaglione di reddito, non riesce a superare la misura del 30 per cento, poiché fino ai 15.000 euro l'aliquota applicabile è del 23 per cento; oltre i 15.000 euro e fino a 28.000 euro l'aliquota applicabile è del 27%. Solo per importi superiori a 28.000 l'aliquota applicabile supera il 30%, arrivando fino al 43% in caso di redditi oltre i 75.000. E' evidente, dunque, che una ritenuta a titolo di imposta del 30% è potrebbe risultare superiore all'aliquota media risultante dall'applicazione dell'art. 11 del tuir.

La ritenuta del 30% non andrà applicata nel caso in cui l'attività professionale venisse svolta dal soggetto non residente per il tramite di una associazione professionale. Come ricordato anche dall'Amministrazione finanziaria i redditi prodotti in Italia dalla base fissa di un'associazione tra professionisti estera seguono le regole di determinazione degli enti non commerciali non residenti, con conseguente applicazione degli artt. 153 e 154 t.u.i.r., in quanto la base fissa non svolge un'attività commerciale³²⁴. Su tali compensi andrà effettuata la ritenuta a titolo di acconto prevista dall'art. 25 del d.p.r. n. 600 del 1973.

In generale, comunque, il mancato assoggettamento del non residente allo stesso trattamento fiscale riconosciuto al residente non è da considerare discriminatorio e

³²³ In tal senso cfr. R. BAGGIO, *op. cit.*, p. 258.

³²⁴ Cfr. Ris., Agenzia Entrate, n. 80 del 2007.

neppure è vietato a livello bilaterale nell'ambito di una convenzione contro la doppia imposizione³²⁵. Come vedremo, infatti, l'art. 24 del Modello OCSE che contiene il principio di non discriminazione induce a ritenere che un cittadino non residente non versi nelle stesse condizioni di un residente per cui gli accordi internazionali contro la doppia imposizione proibiscono la discriminazione in base non alla residenza ma solo alla cittadinanza³²⁶. Tale diverso trattamento, tuttavia, assumerà rilevanza nell'ambito del diritto comunitario il quale impone agli Stati membri, in base al principio di non discriminazione, di accordare lo stesso trattamento fiscale per situazioni comparabili.

5.2. La tutela fornita in ambito internazionale al soggetto non residente: l'art. 24(1) del Modello OCSE.

Nell'ambito del Modello di Convenzione OCSE è contenuto l'art. 24 il quale prevede, al par. 1, un principio di non discriminazione tra soggetti dei Paesi contraenti³²⁷. Ci si dovrebbe chiedere se la negazione di tali agevolazioni fiscali sia o meno in contrasto con esso.

L'art. 24(1) del Modello di Convenzione OCSE stabilisce che i nazionali di uno Stato contraente non debbano essere assoggettati nell'altro Stato contraente ad alcuna imposizione od obbligo ad essa relativo, diversi o più onerosi di quelli cui sono o potranno essere assoggettati i nazionali di detto altro Stato che si trovano nella medesima situazione³²⁸. Tale articolo non deve essere interpretato come un obbligo a

³²⁵ Cfr. F. AMATUCCI, *op. cit.*, p. 46.

³²⁶ In tal senso cfr. F. AMATUCCI, *op. cit.*, p. 73.

³²⁷ Sul principio di non discriminazione cfr. OLIVER, *Discrimination*, in *British Tax Review*, 1977; O'BRIEN, *The Non Discrimination in Tax Treaties*, in *Law and Policy Int'l Business*, 1978; K. VAN RAAD, *Non discrimination in international Tax Law*, Deventer, 1986; J. AVERY JONES, *The non-discrimination article in tax treaties*, *European Taxation*, 1991, p. 311; F. AMATUCCI, *Il principio di non discriminazione*, Padova, 2003, p. 50 e ss; N. SACCARDO, *Art. 24(3) of the OECD Model Convention: the Significance of the Expression 'Taxation on a Permanent Establishment' in Cross-border Reorganizations*, *Intertax*, 2003, issue 8/9, p. 273; C. FABER, *Non-Discrimination under Tax Treaties*, in R. RUSSO (ed.), *The Attribution of Profits to Permanent Establishments*, pp. 452-453; M. C. BENNETT, *Nondiscrimination in International Tax Law: A Concept in Search of a Principle*, in *The Tillinghast Lecture*, 1996-2005, NYU School of Law, p. 411; *Non discrimination at the crossroads of international taxation*, *Cahiers IFA*, 2008, vol. 93A; B. GARRIDO, *Interaction between the Interpretation of the Non-discrimination Provisions in Tax Treaties and in the EC Treaty: An Apparent Rather than Real Conflict*, in *EC Tax Review*, 2009, p. 157.

³²⁸ La norma include sia l'imposizione sostanziale che gli obblighi fiscali ad essa collegati (accertamenti, adempimenti formali, riscossione eccetera, nonché i rimborsi, i versamenti, i termini di

carico dello Stato di accordare agli stranieri non-residenti agevolazioni fiscali pari a quelle che spettano ai propri nazionali residenti, ma piuttosto è richiesto di applicare loro la medesima disciplina riservata ai propri cittadini che risiedono nell'altro Stato contraente³²⁹. Pertanto lo Stato di residenza non è tenuto a concedere ad un soggetto non residente le stesse agevolazioni di carattere personale che concede ai propri residenti; dovrà semplicemente garantire ai non residenti la medesima disciplina che viene riservata ai propri cittadini che risiedono nell'altro Stato contraente. In altri termini non dovrà essere effettuata una discriminazione del regime fiscale in base alla nazionalità così come previsto dallo stesso articolo.³³⁰

In buona sostanza, anche in base a tale principio gli Stati contraenti non sono tenuti a riservare lo stesso trattamento tributario ai non residenti ma semplicemente a concedere la medesima disciplina che viene riservata ai propri cittadini che risiedono nell'altro Stato contraente³³¹. L'accertamento di situazioni di discriminazione fiscale non sempre è agevole in quanto, come abbiamo già visto, tramite la normativa fiscale vengono perseguite finalità extrafiscali, prevalentemente di natura sociale che determinano un differente trattamento tributario nei confronti del non residente³³².

Vedremo che nel diritto comunitario la nozione di discriminazione elaborata dalla Corte di Giustizia porterà ad una maggiore tutela del soggetto non residente poiché il principio di non discriminazione elaborato dalla Corte vieta qualsiasi discriminazione diretta,

prescrizione). F. AMATUCCI, *op. cit.*, pp. 75-76. Sul punto cfr. Commentario Modello Convenzione OCSE, art. 24, paragrafo 1, punti 5-25 nelle quali sono contenute anche delle esemplificazioni.

³²⁹ In tal senso cfr. F. AMATUCCI, *op. cit.*, p. 51.

³³⁰ Più diffusamente F. AMATUCCI, *op. cit.*, p. 73 e ss. il quale osserva che l'obbligo contenuto nell'art. 24(1) costituisca una condizione di reciprocità per gli Stati contraenti. Se, dunque, uno dei due Stati contraenti non venisse meno al rispetto di tale obbligo, l'altro Stato contraente sarebbe autorizzato a non tener conto del principio di non discriminazione e a violare così gli obblighi derivanti nei confronti di quest'ultimo dalla convenzione. Nella giurisprudenza italiana si sono state poche pronunce in merito, ma tutte hanno respinto l'applicabilità di tale articolo cfr. Cass., sent. del 17 marzo 2000, n. 3119; Cass., sent. del 30 ottobre 2000, case n. 16347; Cass., sent. del 26 giugno 2006, n. 8717; Cass., sent. del 23 aprile 2004, n. 7799; Cass., sent. dell'8 settembre 2006, n. 19334. Per un commento di tali sentenze e un'analisi dell'applicabilità di tale principio nell'ambito del nostro ordinamento cfr. il contributo di M. Tenore, *Non discrimination principle at the crossroads of international taxation*, IFA Cahiers, 2008, p. 345.

³³¹ Per un approfondimento si rinvia a K. VAN RAAD, *Non discrimination in international tax law*, *op. cit.*, 1986.

³³² Cfr. B.J. ARNOLD, *Tax discrimination against aliens, non resident and foreign activities: Canada, Australia, New Zealand, United Kingdom and United States*, in *Canadian tax paper*, 1991, p. 174.

basata sulla cittadinanza, ma anche indiretta basata su altri circostanze che in ambito fiscale è chiaramente riferibile al concetto di residenza.

5.3. La stabile organizzazioni di soggetti non residenti e l'estensione di trattamenti agevolati ai sensi dell'art. 24(3) del Modello OCSE.

Nell'art. 24(3) del Modello di Convenzione OCSE è inserita una disposizione *ad hoc* riferita alla stabile organizzazioni la quale non avendo una personalità giuridica differente dalla società non residente la rende necessariamente un soggetto non residente a cui pertanto non si potrebbe estendere il divieto di cui all'art. 24(1) poiché il diverso trattamento fra residenti e non residenti non viola tale norma³³³.

Tale norma impone che allo Stato ove è insediata la stabile organizzazione di accordare alla stessa un trattamento fiscale che non può essere meno favorevole di quello accordato alle imprese ivi residenti che svolgono la medesima attività³³⁴.

L'applicazione di tale principio alle stabili organizzazioni rappresenta un aspetto problematico poiché la norma non richiede un trattamento identico fra stabile organizzazioni e soggetti residenti, ma richiede semplicemente che il trattamento fiscale, inteso come livello di imposizione, non sia meno favorevole (*less favourably levied*) a quelle a cui sono soggette le imprese ivi residenti. Ciò che rileva è l'effettivo ammontare dell'imposta non le modalità della sua applicazione³³⁵. Pertanto, uno Stato contraente può prevedere, nei confronti delle stabili organizzazioni, criteri differenti per la determinazione della base imponibile o per il calcolo dell'aliquota d'imposta, purché il trattamento complessivo non risulti meno favorevole rispetto a quello applicato alle società residenti³³⁶.

³³³ In tal senso cfr. F. AMATUCCI, *op. cit.*, p. 78.

³³⁴ In tal senso cfr. Para. 33, Commentario all'art. 24 del Modello di Convenzione OCSE: “*Strictly speaking, the type of discrimination which this paragraph is designed to end is discrimination based not on nationality but on the actual situs of an enterprise. It therefore affects without distinction, and irrespective of their nationality, all residents of a Contracting State who have a permanent establishment in the other Contracting State*”. Sulla nozione di medesima attività cfr. K. VAN RAAD, *Non discrimination in international tax law*, Deventer, 1986, p. 140.

³³⁵ Sul punto cfr. N. SACCARDO, *Art. 24(3) of the OECD Model Convention: the Significance of the Expression ‘Taxation on a Permanent Establishment’ in Cross-border Reorganizations*, *Intertax*, 2003, p. 273.

³³⁶ In tal senso l'imposizione a carico di una stabile organizzazione potrebbe anche risolversi nell'applicazione di una ritenuta alla fonte a titolo di imposta purché tale ritenuta non dia luogo ad un

In generale, con riferimento alla determinazione del reddito di impresa imponibile alle stabili organizzazioni vanno riconosciute le stesse regole applicabili ai soggetti residenti, in termini di deduzioni di spese, ammortamenti, riserve, etc.

Con riferimento alla disciplina fiscale delle perdite, è stato sostenuto che indubbiamente vada riconosciuta alla stabile organizzazione del soggetto estero la possibilità del riporto così come previsto per le società residenti³³⁷. Più problematico, diversamente risulta essere la possibilità di applicare regimi di consolidamento di perdite fra società consociata. In altri termini estendere alla stabile organizzazione la possibilità di consolidare la propria base imponibile con quella di una società residente la cui partecipazione è connessa al patrimonio della stessa³³⁸. Invero seguendo un'interpretazione letterale della norma non sembrerebbe possibile estendere tali regimi fiscali in quanto non attengono strettamente alla tassazione della stabile organizzazione ma, diversamente, ad un regime di tassazione di gruppo che non riguarda la singola società residente.

Tale orientamento non sembra condivisibile posto che il trattamento discriminatorio ancorché non riferito espressamente alla stabile organizzazione in realtà produce l'effetto di una tassazione che non risulta essere "*less favourably levied*" poiché la stabile organizzazione non potrebbe calcolare il reddito imponibile includendo quello di

maggiore carico d'imposta. In tal senso cfr. K. VOGEL, *On Double Taxation Conventions*, op. cit., p. 317, secondo cui la c.d. *branch profit tax* -equiparata ad una sorta di ritenuta sui dividendi poiché applicata nel caso in cui i redditi della stabile organizzazione vengono rimpatriati alla casa madre- che alcuni ordinamenti applicano sia in contrasto con l'art. 24 del Modello di Convenzione OCSE poiché il carico fiscale complessivo a carico delle stabili organizzazioni potrebbe risultare maggiore. E' da segnalare che in ottica comunitaria alcuni Paesi, tipo la Francia, che aveva all'interno del loro ordinamento tale normativa, onde evitare censure in ambito comunitario hanno previsto l'applicabilità solo per le stabili organizzazioni di soggetti residenti al di fuori dell'Unione Europea.

³³⁷ In tal senso cfr. F. AMATUCCI, op. cit., p. 81. In tal senso cfr. il paragrafo 40 del Commentario all'art. 24 del Modello di Convenzione OCSE secondo cui: " c) *Permanent establishments should also have the option that is available in most countries to resident enterprises of carrying forward or backward a loss brought out at the close of an accounting period within a certain period of time (e.g. 5 years). It is hardly necessary to specify that in the case of permanent establishments it is the loss on their own business activities, as shown in the separate accounts for these activities, which will qualify for such carry-forward*".

³³⁸ Sul punto cfr. R. PAPOTTI, *Treaty Non-discrimination Clauses in Group Consolidation Situations*, *Intertax*, 2003, n. 10, p. 327.

una società ivi residente detenuta dal soggetto non residente per il tramite della stabile organizzazione³³⁹.

Tuttavia, in senso contrario si è espresso il Commentario al Modello di Convenzione OCSE, il quale nell'ultima versione modificata nel luglio del 2008, al paragrafo 41 dell'art. 24 del Modello di Convenzione OCSE³⁴⁰ ha espressamente escluso l'obbligo per lo Stato di residenza di estendere alla stabile organizzazione regimi fiscali che non attengono alla tassazione del soggetto residente. Ritiene, in altre parole, che la comparazione ai fini dell'accertamento di un trattamento o meno discriminatorio debba essere effettuata sulla base della singola norma applicabile in capo alla stabile organizzazione paragonate a quelle applicabili alla singola impresa residente. La comparazione non deve essere estesa a quelle norme che consentono l'applicazione di regimi particolari di determinazione del reddito come nel caso di consolidamento dei risultati nell'ambito di un gruppo nazionale.

In ottica comparata è interessante notare che i regimi di consolidamento previsto per società residenti sono stati estesi anche ai gruppi di società residenti nelle quali, tuttavia, il soggetto controllante è un soggetto non residente che detiene tali partecipazioni per il tramite di una stabile organizzazione ivi insediata. Anche in Italia il regime del consolidato nazionale, ai sensi dell'art. 117, 1 comma, del tuir, ha esteso tale possibilità alle società non residenti, solo in qualità di controllanti, a patto i) siano residenti in un Paese con il quale l'Italia ha stipulato un trattato contro le doppie imposizioni; b)

³³⁹ In senso adesivo a tale tesi cfr. K. VOGEL, *op. cit.*, p. 1315, secondo il quale interpretare in modo restrittivo l'art. 24(3) ne riduce il campo di applicazione in modo contrario alla sua *ratio* ispiratrice. In senso adesivo cfr. R. PAPOTTI, *op. cit.*, p. 327; M. TENORE, *op. cit.*, 356.

³⁴⁰ Cfr. Paragrafo 41 all'art. 24 del Commentario al Modello chiaramente prevede: “ *As clearly stated in subparagraph c) above, the equal treatment principle of paragraph 3 only applies to the taxation of the permanent establishment's own activities. That principle, therefore, is restricted to a comparison between the rules governing the taxation of the permanent establishment's own activities and those applicable to similar business activities carried on by an independent resident enterprise. It does not extend to rules that take account of the relationship between an enterprise and other enterprises (e.g. rules that allow consolidation, transfer of losses or tax-free transfers of property between companies under common ownership) since the latter rules do not focus on the taxation of an enterprise's own business activities similar to those of the permanent establishment but, instead, on the taxation of a resident enterprise as part of a group of associated enterprises. Such rules will often operate to ensure or facilitate tax compliance and administration within a domestic group. It therefore follows that the equal treatment principle has no application. For the same reasons, rules related to the distribution of the profits of a resident enterprise cannot be extended to a permanent establishment under paragraph 3 as they do not relate to the business activities of the permanent establishment (see paragraph 59 below)*”.

eserciti nel territorio dello Stato un'attività di impresa mediante una stabile organizzazione nel cui patrimonio sia compresa la partecipazione in ciascuna controllata³⁴¹.

Invero l'ampliamento ai soggetti non residenti del regime fiscale del consolidamento è stato un fenomeno che ha interessato tutti i Paesi comunitari i quali temendo censure in sede comunitaria hanno esteso l'applicazione di tale regime quantomeno alle stabili organizzazioni di soggetti residenti all'interno dell'Unione Europea (cfr. il caso inglese ICI). Come vedremo, infatti, la tutela garantita dall'ordinamento comunitario con riferimento a trattamenti discriminatori fra soggetti residenti e soggetti non residenti è molto più forte³⁴².

6. L'arbitraggio fiscale internazionale nel caso di società *dual-resident* ed i rischi di una doppia deduzione delle perdite.

Da ultimo è opportuno segnalare che nell'ambito della fiscalità internazionale si assiste spesso alla presenza di fenomeni di arbitraggio fiscale³⁴³ che mirano alla riduzione del carico fiscale utilizzando lecitamente le differenze che vi sono fra uno o più regimi fiscali. Fra le diverse ipotesi di arbitraggio fiscale ve ne è una, in particolare, che riguarda il caso delle perdite, ovvero l'utilizzo delle c.d. *dual resident companies*. Le *dual resident companies* sono società che soddisfano i requisiti per essere considerate residenti in due differenti giurisdizioni utilizzando le diverse nozioni che vi sono a livello internazionale. E' sufficiente pensare che alcuni Paesi utilizzano il mero criterio della sede legale, ovvero del luogo nel quale la società è stata costituita; altri, invece, utilizzano il concetto di sede dell'amministrazione a prescindere dal luogo di costituzione. Utilizzando le diverse nozioni di residenza, una stessa società potrebbe

³⁴¹ L'estensione ai soggetti non residenti è stata effettuata ad opera dell'art. 8, comma 1, lett. a), n. 2), del d.lgs., n. 247 del 2005.

³⁴² Un contributo recente sul rapporto fra il principio di non discriminazione in ambito internazionale ed in ambito comunitario è di B. SANTIAGO, *Non-Discrimination Provisions at the Intersection of EC and International Tax Law*, in *European Taxation*, 2009, p. 249.

³⁴³ Sul punto cfr. H. D. ROSENBLOOM, *International Tax Arbitrage and the "International Tax System"*, in *Tax Law Review*, 2000, p. 142; R. Avi-Yonah, *Commentary*, in *Tax Law Review*, 2000, p. 167; D. N. SHAVIRO, *More Revenues, Less Distorsions?: Responding to Cross-Border Tax Arbitrage*, New York University Law and Economics Research Paper Series, Working Paper N. 04-013, 2004, in <http://ssrn.com>; L. DELL'ANESE, *Tax Arbitrage and the changing structure of international tax law*, Milano, 2006;

essere considerata residente in entrambi i Paesi e tassata secondo il c.d. *world-wide principle* sul reddito ovunque prodotto. Se ciò fosse possibile la stessa perdita generata dalla società potrebbe essere dedotta due volte in due differenti giurisdizioni, facendo nascere il c.d. *double dipping* delle perdite.

Si pensi al caso in cui una società Alfa, residente nello Stato A, decida di acquisire la società Beta, residente nello Stato B, tramite la costituzione e l'indebitamento di una società *dual-resident* neo costituita. Se in entrambi gli Stati vi fosse un regime di consolidamento dei redditi nell'ambito dei gruppi societari, potrebbe essere possibile dedurre il costo del finanziamento con l'eventuale utile sia della società target, la società Beta, che della società Alfa.

E' evidente che in tal modo si accresce l'efficienza nell'allocazione del capitale poiché tramite una riduzione complessiva del carico fiscale aumenta la redditività dell'investimento stesso. L'aumento dell'efficienza, tuttavia, avviene in modo unilaterale ovvero solo nel caso in cui un investitore decida di allocare all'estero i propri capitali a discapito di investimenti nell'economia domestica poiché in tal caso non si ha l'opportunità di acquisire una società deducendosi due volte lo stesso costo³⁴⁴. In altri termini tale opportunità violerebbe il principio della c.d. *capital export neutrality* poiché l'efficienza nell'allocazione del capitale verrebbe alterata da considerazioni esclusivamente di carattere fiscale a discapito dell'economia domestica³⁴⁵.

³⁴⁴ In tal senso cfr. The US Senate Finance Committee il quale nell'introdurre una norma a contrasto all'uso delle *dual-resident companies* sostenne che: "...the double dipping could give an advantage to potential foreign acquirers of U.S. businesses. The advantage presumably works against potential domestic acquirers of such businesses, who do not have income in two taxing jurisdictions and thus cannot take advantage of the "double dip. [...] The denial of double dipping to foreign owned businesses that operate in the United States is necessary to end U.S. discrimination against U.S.-owned businesses that operate in the United States. [...] The committee believes that the dual resident company device creates an undue incentive for U.K. corporations (and Australian corporations) to acquire U.S. corporations and otherwise to gain an advantage in competing in the U.S. economy against U.S. corporations", in H. D. ROSENBLOOM, *International Tax Arbitrage and the "International Tax System"*, in *The Tillinghast Lecture*, NYU School of Law, 2007, p. 96. Anche R. Avi-Yonah commentando l'articolo di Rosenbloom, (in *The Tillinghast Lecture*, NYU School of Law, 2007, p. 121) ritiene che l'arbitraggio fiscale internazionale debba essere contrastato poiché "...if cross-border investments are taxed at a lower rate than domestic investments, capital will tend to shift from the latter to the former. Such shift would result in an over-supply of capital for cross-border investments and an under-supply for domestic investments."

³⁴⁵ Come già descritto in precedenza, è noto che agevolare gli investimenti all'estero violerebbe la *capital export neutrality* poiché l'efficienza nell'allocazione del capitale verrebbe alterata da considerazioni esclusivamente di carattere fiscale. In tal senso cfr. P. B. MUSGRAVE, *United States*

Da un punto di vista giuridico la questione è più complessa. Alcuni hanno sostenuto che non vi sia la necessità di introdurre norme interne che limitino tali fenomeni poiché risulterebbe impossibile da parte dell'Amministrazione finanziaria andare a verificare di volta in volta le diverse possibilità di arbitraggio fiscale che vi sono grazie all'interazione di diversi regimi fiscali. Diversamente altri ritengono opportune l'introduzione di tali norme interne pur consapevoli della loro limitata efficacia in assenza di un coordinamento a livello internazionale con i diversi regimi fiscali³⁴⁶. Da questo punto di vista gli Stati nazionali negando la deducibilità di tale perdita nel proprio Paese in considerazione del fatto che tale perdita è già stata dedotta in un altro Paese consentirebbe allo Stato in questione di non perdere gettito ed evitare distorsioni nell'allocazione del capitale³⁴⁷. Problemi, tuttavia, potrebbero sorgere se entrambi gli Stati negassero tale deducibilità sulla base del rischio di una doppia deduzione della perdita. In assenza di un coordinamento a livello internazionale si potrebbero avere situazioni di doppia imposizione ovvero di doppia indeducibilità della perdita che difficilmente potrebbero essere risolte per il tramite delle Convenzioni contro le doppie imposizioni³⁴⁸.

Taxation of Foreign Investment Income: Issues and Arguments, 1969. E', altresì, evidente che in ambito internazionale la presenza di diverse aliquote sul reddito comporta l'impossibilità di raggiungere contemporaneamente sia la *Capital Export Neutrality* (CEN) che la *Capital Import Neutrality* (CIN). In tal senso cfr. T. HORST, *A Note on the Optimal Taxation of International Investment Income*, in *Q.J. Econ.*, 1980, p. 793.

³⁴⁶ In assenza di un'armonizzazione fiscale a livello mondiale e di un organismo come il WTO capace di coordinare i diversi regimi fiscali Rosenbloom ritiene che non vi sia la necessità di introdurre norme interne che limitino tali fenomeni poiché risulterebbe impossibile da parte dell'Amministrazione finanziaria andare a verificare di volta in volta le diverse possibilità di arbitraggio fiscale che vi sono grazie all'interazione di diversi regimi fiscali. Diversamente Avi-Yonah sostiene e ritiene opportune l'introduzione di tali norme interne pur essendo consapevole che hanno un'efficacia limitata in assenza di un coordinamento a livello internazionale con i diversi regimi fiscali, in *The Tillinghast Lecture*, NYU School of Law, 2007, p. 121. Da un punto di vista teorico, Avi-Yonah suggerisce di risolvere i fenomeni di arbitraggio fiscale attraverso l'utilizzo dei principi del c.d. *Single Tax Principle* secondo cui il reddito avente caratteri di extraterritorialità deve essere tassato una volta sola in base al *Benefits Principle*. Il *Benefits Principles*, secondo ormai la politica fiscale sottesa ai più di 2.000 trattati stipulati prevede che il reddito operativo, il c.d. *active income* venga tassato prioritariamente nel Paese della fonte del reddito stesso; diversamente il c.d. *passive income* viene tassato in via principale dallo Stato di residenza del percettore. Sullo stesso tema, di recente, cfr. R. AVI-YONAH, *Between Formulary Apportionment and the OECD Guidelines: A Proposal for Reconciliation*, in *World Tax Journal*, Febbraio, 2010, p. 3.

³⁴⁷ Per un'efficace sintesi delle diverse posizioni cfr. L. DELL'ANESE, op. cit., p. 100 e ss.

³⁴⁸ In tal senso cfr. D. N. SHAVIRO, op. cit., p. 4. Altri autori sottolineano come l'unica strada per evitare la nascita di fenomeni di arbitraggio internazionale è l'armonizzazione delle basi fiscali a livello

Le convenzioni internazionali contro la doppia imposizione pur essendo stipulate anche per prevenire possibili fenomeni di elusione ed evasione fiscale non potrebbero essere applicate al caso di specie. In tal caso, infatti, non si tratta di sottrarsi fraudolentemente od eludere una norma di uno Stato contraente ma diversamente si chiede di applicare le norme interne in entrambi gli Stati contraenti³⁴⁹. Come noto le norme convenzionali sono norme di delimitazione (Grenznormen) non sono norme di collisione come nell'ambito del diritto internazionale privato e, pertanto, tramite convenzione non può essere negata né l'applicazione di norme interne né si può attribuire agli Stati membri una competenza specifica all'imposizione³⁵⁰. Tanto più che all'interno del nostro ordinamento all'art. 169 del Tuir è previsto che le disposizioni del Testo Unico delle Imposte sui Redditi si applicano se più favorevoli al contribuente anche in deroga agli accordi internazionali contro la doppia imposizione.

A conferma di ciò in ottica comparata mette conto segnalare una pronuncia della Suprema Corte Olandese in un caso di *dual resident company*. In tal caso la Corte Suprema Olandese ha ritenuto che il regime di consolidamento *ratione temporis* applicabile, doveva essere esteso anche a tale società poiché erano soddisfatte le condizioni previste dalla norma interna. In tal modo accolse il ricorso del contribuente il quale si era visto negare da parte dell'Amministrazione finanziaria l'applicazione di tale regime sulla base del fatto che la società, benché formalmente costituita in Olanda, era considerata fiscalmente residente in Regno Unito in base all'art. 4(3) del Trattato Olanda-Regno Unito. La Suprema Corte, diversamente, ha ritenuto che la risoluzione

internazionale attraverso l'istituzione di un nuovo organismo internazionale che possa esaminare ed introdurre disposizioni vincolanti per tutti i Paesi aderenti. In tal senso cfr. Y. BRAUNER, *An International Tax Regime in Crystallization*, in *Tax Law Review*, 2003, p. 302; J. ROIN, *Taxation Without Coordination*, in *The Journal of Legal Studies*, Vol. 31, n. 1, part. 2, at S70-S78.

³⁴⁹ In tal senso cfr. H. D. ROSENBLUM, *op. cit.*, p. 115 secondo cui "...the treaty is supposed to provide means for preventing taxpayers from evading such laws, and it accomplishes that task primarily through its provisions calling for exchange of tax information and the detailed rules governing the procedures and timing of that exchange. This, of course, leaves the convention's title with clear meaning but, since arbitrage by definition does not involve evasion of the laws of any country, this meaning is distinct from any international tax system that would pertain to arbitrage".

³⁵⁰ *Ex multis* cfr. A. FANTOZZI, K. VOGEL, *Doppia imposizione internazionale*, *op. cit.*, p. 190. Tali norme si limitano a ripartire fra loro i presupposti di imposta rispetto ai quali sulla base dei rispettivi ordinamenti interni sono da attendersi sovrapposizioni. Tale concetto viene espresso anche dalla formula "norme di distribuzione" che corrisponde a quella tedesca di "Verteilungsnormen" e a quella inglese di "distributive rule".

della *dual residence* tramite l'applicazione della Convenzione fra Olanda e il Regno Unito non ha alcun valore ai fini dell'applicabilità del regime di consolidamento *ratione temporis* applicabile³⁵¹. L'art. 4(3) del Trattato Olanda-Regno Unito mirante a risolvere problemi di doppia residenza, non poteva avere alcuna influenza circa la disciplina nazionale applicabile.

Al di là della soluzione a tale complessa problematica è interessante notare come la questione sia stata posta anche alla nostra Amministrazione finanziaria alla quale è stato chiesto se poteva aderire al regime di consolidato nazionale una società formalmente costituita in Olanda la cui sede dell'amministrazione era in Italia³⁵². Si trattava di un classico caso di *dual resident company*, considerata residente sia nel suo luogo di sua costituzione –Olanda – sia nel luogo ove veniva amministrata –Italia. La società voleva aderire al consolidato nazionale ai sensi dell'art. 117 del tuir come società controllata pur non rivestendo le forme societarie previste dall'art. 120 del tuir. In tale caso l'Amministrazione finanziaria italiana ha dato parere favorevole superando il dato formale della forma societaria posto che ai sensi dell'art. 25 della legge 31 maggio 1995 n. 218, qualora una società straniera trasferisca in Italia la sede dell'amministrazione ovvero l'oggetto sociale, la stessa è disciplinata dalla legge civile italiana. Considerando, inoltre, l'omogeneità della forma sociale olandese in questione con quella italiana delle società di capitali rinvenibili anche nelle Direttive CEE n. 434 e 435 del 1990 ha ritenuto possibile inserire la società olandese nel perimetro di consolidamento, in qualità di controllata. L'unico impedimento che l'Amministrazione fiscale italiana vedrebbe all'applicazione di tale regime consiste nella risoluzione del conflitto di residenza in base alla Convenzione Italia-Olanda a favore dell'Olanda. In tal caso l'effetto dell'opzione perderebbe efficacia con effetto *ex tunc*. E' interessante notare che nel caso di specie, avendo la società olandese trasferito la sede della propria amministrazione in Italia ovvero trasferendo il c.d. *place of effective management* la società sarebbe considerata residente in Italia. Ciò non toglie che la medesima società sulla base della

³⁵¹ Cfr. Hoge Raad, n. 24.738, del 29 giugno 1988; successivamente conforme Hoge Raad, sent. n. 31.008, del 13 novembre 1996. Tali sentenze sono disponibili nella banca dati dell'idfd, www.ibfd.org.

³⁵² Sul punto cfr. Risol. n. 123 del 12 agosto 2005. Per un commento cfr. M. Q. ROSSI, *Using Dual-Resident Companies Under Italy's Tax Consolidation Rules*, in *Tax Notes International*, Ottobre, 2006, p. 205. Con riferimento alla possibilità di utilizzare una dual-resident company nell'ambito del consolidato austriaco cfr. M. C. STEFANER, *Using Dual-Resident Companies Under Austria's Group Tax Regime*, in *Tax Notes International*, Agosto, 2006, p. 575.

giurisprudenza olandese e della prassi dell'Amministrazione fiscale italiana potrebbe aderire a due regimi di consolidato diversi e dedurre l'eventuale perdita in entrambi gli Stati.

Negli USA per contrastare tali fenomeni di arbitraggio fiscale è presente una norma alla Section 1503(d) dell'Internal Revenue Code intitolata “*dual consolidated loss*”³⁵³. La *dual consolidated loss* è la perdita operativa netta avuta dalla società statunitense in un anno fiscale determinatasi quando la stessa società era residente in due giurisdizioni e pertanto soggetto anche nel Paese estero ad imposizioni sul proprio reddito *worldwide*. La norma *de qua* non consente la deducibilità di tale perdita nel caso la stessa sia deducibile anche nella giurisdizione estera. Tale limitazione è funzionale ad evitare che il beneficio della doppia deducibilità della perdita sia concesso solamente alle società americane che operano all'estero, diversamente da quelle che operano unicamente all'interno del suolo USA³⁵⁴.

E' tuttavia consentito dedurre tale perdita solo nel caso in cui venga dimostrato che la perdita non viene dedotta nello Stato estero. A tal fine è necessario compilare un modulo dichiarando che il contribuente dedurrà la perdita solo negli Stati Uniti senza che la stessa potrà essere utilizzata per compensare il reddito di qualunque altra collegata al gruppo localizzata all'estero. In presenza di determinate condizioni vi sono regole di *recapture* delle perdite e degli interessi secondo le quali il contribuente statunitense deve riportare come reddito lordo l'ammontare complessivo della doppia perdita consolidata nell'anno in cui tali condizioni si verificano.

In ambito europeo ci sembra di poter affermare che norme mirante ad evitare il *double dip* delle perdite non sarebbero incompatibili con il diritto comunitario, posto che anche la Corte di Giustizia nella sua giurisprudenza ha dato grande risalto e riconosciuto come causa di giustificazione alle libertà fondamentali norme miranti ad evitare l'elusione fiscale internazionale.

Tuttavia, se tutti i Paesi comunitari adottassero tali norme si potrebbe avere situazioni di doppia indeducibilità della perdita posto che entrambi gli Stati membri in presenza di un

³⁵³ I.R.C. § 1503(d) prevede che: “*In general- the dual consolidated loss for any taxable year of any corporation shall not be allowed to reduce the taxable income of any other member of the affiliated group for the taxable year or any taxable year*”. Cfr. le Treasury Regulation §1.1503-2 *Dual consolidated loss*.

³⁵⁴ Sul punto cfr. L. MELCHIONNA, *Hybrid Entities negli Stati Uniti: Giano Bifronte*, in *Dir. prat. trib. int.*, 2005, p. 107 e ss.

società *dual-resident* potrebbero negare la possibilità di aderire al consolidato ovvero ad altra norma che consenta la deducibilità della perdita stesso. In tal caso sarebbe necessario un coordinamento a livello Europeo e il riconoscimento di criteri uniformemente applicabili.

CAPITOLO III

LA DISCIPLINA FISCALE DELLE PERDITE NEL DIRITTO TRIBUTARIO COMUNITARIO

Sommario. -1. Introduzione. - 2. La fiscalità diretta nell'ambito del diritto comunitario: caratteri fondamentali. – 2.1. Fondamenta giuridiche su cui si fonda l'armonizzazione fiscale in Europa. -3. Il ruolo della Corte di Giustizia Europea nel “riavvicinamento” delle legislazioni nazionali in punto di fiscalità diretta: la c.d. integrazione negativa SEZIONE I. LE PERDITE NELL'AMBITO DELLE DETERMINAZIONE COMPLESSIVA DELLA CAPACITÀ CONTRIBUTIVA. 4. La determinazione della complessiva della capacità contributiva per le persone fisiche con riferimento alla deducibilità delle perdite intese come deduzioni e/o detrazioni: il caso Schumacker, Gilly e De Groot. 5. La compensazione orizzontale delle perdite nella giurisprudenza della Corte di Giustizia: il caso Lakebrink, Renneberg, Busley. SEZIONE II. LE PERDITE NELL'AMBITO DELLA DETERMINAZIONE DELLA SINGOLA CATEGORIA REDDITUALE E NELL'AMBITO DELLA TASSAZIONE DI GRUPPO. - 6. La libertà di stabilimento delle persone fisiche e giuridiche garantite dal Trattato. 7. La disciplina fiscale delle perdite nell'ambito del reddito di lavoro autonomo e di impresa nella giurisprudenza della Corte. 8. Considerazioni conclusive: l'antinomia tra i fini perseguiti dal Trattato Europeo e i principi della nostra Carta costituzionale: prospettiva per una loro riconciliazione.

1. Introduzione

Posto la fiscalità diretta è materia di competenza esclusiva degli Stati membri, lo studio della disciplina fiscale delle perdite in ambito comunitario consiste, principalmente, -ad esclusione dei vari studi e delle varie proposte operate dalla Commissione Europea in materia- nello studio dell'opera di integrazione negativa operata negli ultimi due decenni dalla Corte di Giustizia la quale, al momento, rappresenta l'unico istituzione comunitaria, pur con i limiti connessi, per mezzo della quale è possibile operare un riavvicinamento delle legislazioni nazionali in materia di fiscalità diretta.

Questo capitolo, dunque, sarà principalmente dedicato allo studio dei casi sottoposti all'attenzione della Corte di Giustizia in materia di imposte dirette con riferimento alla deducibilità e/o compensazione delle perdite.

L'analisi anche in questo caso verrà effettuata valutando il ruolo che svolge la Corte nella determinazione della capacità contributiva del contribuente, cittadino comunitario. Invero, in ambito comunitario non vi è una definizione di capacità contributiva (cd. *ability to pay principle*), tuttavia, nell'ambito dei *case law* della Corte di Giustizia ha giocato un ruolo decisivo soprattutto con riferimento alla tassazione personale sul reddito.

Scopo del presente capitolo è dimostrare che c'è una chiara linea di demarcazione fra i casi decisi dalla Corte che riguardano la determinazione della capacità contributiva complessiva nell'ambito delle imposte personali e quella che riguardano, diversamente, la determinazione del reddito nell'ambito di una singola categoria reddituale o nell'ambito dell'imposta sulle società.

Con riferimento, in particolare, alle persone fisiche si vedrà come è prioritario per la Corte che le condizioni personali e/o familiari dei contribuenti vengano prese in considerazione. In tal modo, in base a determinate condizioni, verrà meno la distinzione fra residenti e non residenti ed anche lo Stato della fonte del reddito, pur adottando un sistema di tassazione territoriale basato sulle singole fonti reddituali, dovrà concedere le stesse deduzioni personali e familiari concesse ai propri residenti (caso Schumacker). Ciò vale anche nel caso in cui è necessario effettuare, ove possibile, una compensazione orizzontale delle perdite, necessaria come già visto nel capitolo I, alla determinazione di una capacità economica effettiva. Anche in tal caso lo Stato della fonte del reddito non potrà opporre a giustificazione del proprio regime discriminatorio il principio di territorialità secondo il quale l'obbligo fiscale del non residente è limitato alle fonti di reddito ivi prodotte (Lakebrick, Ritter-Coulais, Renneberg). In tal caso lo Stato della fonte non può basare la sua discriminazione nemmeno in base al principio di simmetria stabilito nell'ambito di una Convenzione contro la doppia imposizione. In base a tali convenzioni, infatti, venivano negate la compensazione delle perdite poiché l'eventuale utile sarebbe andato esente da tassazione nello Stato della fonte. La Corte respinge tali argomentazioni facendo supporre che le perdite non rientrano nell'ambito di applicazione delle convenzioni contro le doppie imposizioni che riguardano unicamente il reddito.

In altri termini, le sentenze della Corte di Giustizia operano in due direzioni diverse entrambe, tuttavia, finalizzate ad evitare che vi siano conseguenze pregiudizievoli a seguito dell'esercizio delle libertà fondamentali garantiti dal Trattato.

Da una parte, al soggetto non residente dovranno essere concesse le stesse deduzioni e detrazioni per le condizioni personali e familiari che lo Stato della fonte del reddito garantisce ai propri residenti, nell'ipotesi, ovviamente, che ciò non sia possibile nello Stato di residenza. Da questo punto di vista la Corte di Giustizia non fa altro che evitare che l'imposizione sul reddito delle persone fisiche, a seguito dell'esercizio delle libertà

fondamentali, sia pregiudizievole, elidendo la possibilità di deduzione e detrazioni, accentuando così i caratteri di realtà dell'imposizione. In tal modo la determinazione della capacità contributiva in termini di capacità economica qualificata sarà determinata non tanto dalla Stato di residenza ma dallo Stato della fonte del reddito secondo le proprie regole.

Dall'altra, sarà necessario sempre da parte dello Stato della fonte garantire la c.d. compensazione orizzontale ove il non residente sia impossibilitato a dedurre una perdita derivante da una certa fonte produttiva nel suo Stato di residenza. In tal modo verrà tassata un reddito netto anch'esso funzionale alla corretta determinazione della capacità contributiva del contribuente.

E' evidente che la Corte opera un'integrazione di tipo negativo, e, pertanto, le deduzioni, le detrazioni e le compensazioni fra diverse categorie reddituali che verranno concesso al non residente, saranno esattamente quelle accordate ai propri residenti dal Paese ospitante (paese della fonte); non si potrà, certamente, pretendere che lo Stato della fonte garantisca le stesse condizioni di cui il non residente avrebbe avuto diritto se fosse rimasto nel suo Paese di residenza.

Un altro filone giurisprudenziale riguarda le perdite connesse alle singole categorie reddituali ed in tal caso più che di perdite si dovrebbe parlare di deduzioni di costi connessi con la produzione del reddito.

In tal caso, diversamente, lo Stato della fonte potrà negare tali deduzioni di costi se e nella misura in cui non sia strettamente connessi al reddito ivi generato. In tali casi il principio di territorialità potrà essere richiamato per giustificare un trattamento fiscale differenziato. Ciò avviene sia per la tassazione dei redditi di lavoro autonomo sia per il reddito di impresa (Gerritse, Futura, Bosal, Centro Equestre, etc.).

Un ultimo filone giurisprudenziale riguarda la determinazione del reddito di impresa e la possibilità di compensare le perdite generate nell'ambito di un gruppo ovvero le perdite della stabile organizzazione con gli utili della casa madre.

I casi sottoposti all'attenzione della Corte di Giustizia sono di due tipi: da una parte il regime discriminatorio dei sistemi nazionali di consolidato nei quali è possibile compensare solamente le perdite di società residenti. La Corte, pur riconoscendo che sia una misura restrittiva, l'ha considerata giustificata in presenza di determinate condizioni. L'assenza di uno solo degli elementi posti a base delle cause di giustificazione

costringeranno lo Stato di residenza a concedere la possibilità di compensare le perdite anche di società residenti nel territorio comunitario, per non discriminare fra gruppi residenti e gruppi con filiali all'estero (caso ICI, Marks and Spencer, OY AA, Papillon). Diversamente un altro filone riguarda l'impossibilità di compensare gli utili con le perdite della stabile organizzazione all'estero nel caso in cui venga adottato, nell'ambito delle convenzioni contro le doppie imposizioni, il metodo dell'esenzione per evitare la doppia imposizione. La Corte non riconosce come restrittive il c.d. *cash flow disadvantage* e permette allo Stato di residenza di non tener in considerazione la perdita della stabile organizzazione nel caso in cui vi sia la possibilità per quest'ultima di riportarla nei successivi esercizi nello stato della fonte (Lidl Belgium case). Diversamente nel caso in cui le perdite siano definitive la Corte di Giustizia obbliga lo Stato di residenza a tenerne conto sulla base del fatto che altrimenti andrebbero perse del tutto con un aggravio impositivo del soggetto globalmente considerato (Deutsche Shell).

Il carattere principalmente reale dell'imposta sulle società mitiga la funzione del principio di capacità contributiva in termini di determinazione della reale capacità contributiva delle società. Anzitutto per quest'ultime non vi sono elementi di carattere personale da dover tener in conto nella determinazione finale del *quantum debeatur*; e con riferimento alla determinazione del reddito, la possibilità di dedurre le perdite di società residenti all'estero, nell'ambito di un consolidato nazionale, sono limitate a casi particolari, ovvero al caso in cui tali perdite non siano più compensabili nel Paese della fonte.

E' evidente, dunque, che la funzione di armonizzazione negativa della Corte di Giustizia è molto limitata e l'eliminazione di tali ostacoli non potrà che passare tramite un'armonizzazione positiva attraverso l'implementazione di una direttiva comunitaria ovvero di un sistema di tassazione comunitaria che faccia venir meno in nuce ogni problema di compensazione delle perdite.

L'analisi si svolgerà, dunque, secondo il percorso delineato, andando ad individuare preliminarmente il fondamento giuridico attraverso il quale la Corte di Giustizia sta portando avanti, con efficacia, la sua opera di integrazione negativa.

Prima di iniziare la trattazione è necessario un avvertimento. Come noto, l'introduzione del Trattato di Lisbona, in vigore dal 1 dicembre 2009, ha posto fine alla Comunità

Europea, rimuovendo i tre pilastri comunitari e riconoscendo personalità giuridica all'Unione Europea. Il risultato è stato quello di suddividere il diritto primario comunitario in due trattati principali: uno sull'Unione europea (TUE) e uno sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE). I due trattati sono da considerarsi un *corpus iuris* unico. Con riferimento alla fiscalità diretta e alla libertà fondamentali oggetto della nostra analisi nulla è cambiato rispetto al precedente quadro normativo. Pur consapevoli di ciò, sarà, comunque, opportuno riferirsi al Trattato istitutivo della Comunità Europea non solo perché non sembrano esserci novità tali da giustificare una diversa trattazione ma anche perché l'analisi che faremo è ricognitiva delle sentenze che la Corte di Giustizia ha reso nella vigenza del Trattato istitutivo della Comunità Europea. La Corte, dunque, nei casi esaminati ha dato attuazione ai valori ivi contenuti ed è per questo che è opportuno riferirsi a questi. Non è questa la sede per verificare in quali termini il nuovo Trattato UE potrà influenzare la Corte di Giustizia nei suoi successivi pronunciamenti. L'unico elemento di incertezza è dato dal fatto che in qualche misura sembrano attenuati i profili "mercantilistici" dell'Unione Europea. Il nuovo art. 3 del TUE, pur considerando l'instaurazione di un mercato interno un obiettivo fondamentale, non ha fatto più riferimento ad un mercato in cui "la concorrenza è la libera e non falsata", contenuta, invece, nell'art. 3 della Costituzione Europea poi non approvata. Ora non è dato di sapere come inciderà questa nuova formulazione, anche se non sembra possibile delineare un diverso assetto all'interno dei valori tutelati dall'Unione Europea nel quale la creazione di un libero mercato rimane l'obiettivo principale³⁵⁵. Anche la Commissione Europea ha escluso che le novità del Trattato possano produrre effetti giuridici sostanziali³⁵⁶.

2. La fiscalità diretta nell'ambito del diritto comunitario: caratteri fondamentali

L'art. 2 del Trattato istitutivo della Comunità Europea pone come condizione imprescindibile per la creazione di un mercato unico europeo la necessità di rimuovere tutti gli ostacoli che di fatto impediscono il realizzarsi di tale fine.

³⁵⁵ Sulle principali novità contenute nel Trattato per un primo approfondimento si rinvia a R. BARATTA, *Le principali novità del Trattato di Lisbona*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2008, p. 21.

³⁵⁶ R. BARATTA, *op. cit.*, p. 34.

Richiamando una sentenza della Corte di Giustizia Europea (Gasthon Schul) del 1982 si legge che la creazione di un mercato unico comporta necessariamente:

*“the elimination of all obstacles to intra-Community trade in order to merge the national markets into a single market bringing about conditions as close as possible to those of a genuine internal market”*³⁵⁷.

La materia fiscale rappresenta uno strumento, da utilizzare nei modi e nei tempi più opportuni, per il perseguimento degli obiettivi fondamentali della Comunità, su tutti la creazione di un mercato comune dove non vi siano ostacoli alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei capitali e dei servizi, le c.d. quattro libertà fondamentali garantite dal Trattato.

Ne consegue che la materia fiscale deve essere presente nell’ambito della comunità europea come una variabile, ancorché esogena rispetto all’architettura costruita dal Trattato, da declinare in termini di neutralità rispetto alle strutture economiche dei vari Paesi della UE e rispetto alle singole scelte di investimento dei cittadini europei.

L’iter giurisprudenziale della Corte di Giustizia Europea porta a ritenere senza possibilità di facili smentite che la *ratio decidendi* nelle sentenze che si occupano di materia fiscale si basano su di un criterio interpretativo teleologico. Solo in tal modo, infatti, si può realizzare quel *bonum commune* che è stato identificato, dal Trattato istitutivo della Comunità Europea, nella completa integrazione economica dei Paesi facenti parte della UE.

2.1. Fondamenta giuridiche su cui si fonda l’armonizzazione fiscale in Europa

La fiscalità non rientra, se non indirettamente, nei compiti principali della Comunità Europea indicati nell’articolo 2 del Trattato Ce.

“La Comunità ha il compito di promuovere nell’insieme della Comunità, mediante l’instaurazione di un mercato comune e di un’unione economica e monetaria e mediante l’attuazione delle politiche e delle azioni comuni di cui agli articoli 3 e 4, uno sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle attività economiche, un elevato livello di occupazione e di protezione sociale, la parità tra uomini e donne, una crescita sostenibile e non inflazionistica, un alto grado di competitività e di convergenza dei risultati economici, un elevato livello di protezione dell’ambiente ed il miglioramento della

³⁵⁷ Case 15/81 (Gasthon Schul), [1982] ECR 1409.

qualità di quest'ultimo, il miglioramento del tenore e della qualità della vita, la coesione economica e sociale e la solidarietà tra Stati membri.”³⁵⁸

Solo l'art. 93 dà rilievo alla componente fiscale sotto un aspetto propositivo. Prevede l'armonizzazione delle legislazioni fiscali degli Stati membri, nella misura e nei limiti in cui tale armonizzazione sia necessaria per un corretto funzionamento del mercato interno³⁵⁹.

Bisogna prestare attenzione sul punto, perché, come giustamente fatto notare in dottrina, l'articolo in parola è teologicamente funzionale alla realizzazione delle quattro libertà fondamentali (libera circolazione di merci, persone, servizi e capitali) e non già un fine che assume un rilievo suo proprio.³⁶⁰

La norma richiede che le disposizioni adottate per raggiungere tale obiettivo siano approvate all'unanimità dagli Stati membri e limita alle sole imposte indirette le possibilità di intervento in questo ambito giuridico³⁶¹. Questo articolo è stato alla base

³⁵⁸ Articolo 2 del Trattato Ce, così come modificato, da ultimo, dall'articolo 2, punto 2, del Trattato di Amsterdam, in vigore dal 1° maggio 1999.

³⁵⁹ Per mercato interno si intende, ai sensi dell'art. 14, secondo paragrafo, del Trattato CE “*uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali*”. Il concetto è stato introdotto con l'Atto Unico europeo del 1986 e, in pratica, ha rafforzato la preesistente nozione di *mercato comune*, che, nonostante premesse giuridiche ben più elevate, di fatto si risolveva in poco più di una zona di libero scambio. Il Trattato di Maastricht ha poi fatto un ulteriore passo in avanti ricostruendo la nozione di *mercato interno*, inteso come area economica integrata, nella prospettiva di una vera *unione economico-monetaria*. Ciò ha comportato, da un punto di vista fiscale, proseguire nella strada preannunciata dall'Atto Unico Europeo iniziando con l'abbattimento delle barriere doganali passando poi attraverso l'eliminazione di tutti quelle barriere fiscali che di fatto impediscono il realizzarsi delle quattro libertà fondamentali garantite dal Trattato. Vi è da dire, in verità, che lo stesso Trattato di Maastricht e il recente Trattato di Amsterdam non hanno fatto registrare grossi passi in avanti nella prospettiva del passaggio da un Unione economica e monetaria ad una vera e propria unione fiscale. Sul concetto di mercato comune e mercato interno si rinvia a MONACO, *Nuovissimo Digesto*, voce *Mercato comune europeo*, 1990, vol. XX, p. 528; DANIELE, *Il diritto materiale della comunità europea*, Milano, 1995, p. 12-17.

³⁶⁰ Si veda in proposito il *Rapporto Cee sulle prospettive di convergenza dei sistemi fiscali*, in *Bollettino Ce*, n. 1, 1980; in dottrina cfr. BURGIO, *La armonización del impuesto sobre el beneficio de las sociedades en la Comunidad Europea*, in *Civitas*, n. 54, 1987, p. 165.

³⁶¹ Così recita l'art. 93 Trattato Ce :

“Il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo e del Comitato economico e sociale, adotta le disposizioni che riguardano l'armonizzazione delle legislazioni relative alle imposte sulla cifra d'affari, alle imposte di consumo ed altre imposte indirette, nella misura in cui detta armonizzazione sia necessaria per assicurare l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno entro il termine previsto dall'articolo 14.”

dell'armonizzazione comunitaria in materia di Iva. Non è dato rinvenire alcuna disposizione equivalente del Trattato in materia di imposte dirette.

Per completezza è opportuno richiamare le norme che, di fatto, limitano in senso negativo il potere disciplinare degli Stati nazionali in tema di fiscalità.

Il primo articolo che è opportuno segnalare è l'art. 90, il quale come *lex generalis* di apertura del Capo 2, Disposizioni fiscali del Trattato Ce statuisce una proibizione d'ordine generale ad operare discriminazioni fiscali nei confronti dei prodotti degli altri Stati membri³⁶². L'articolo 91 che segue ne è il naturale corollario; aggiunge al divieto di tassare in modo più severo le merci comunitarie importate rispetto ai prodotti interni, l'interdizione di sussidiare i prodotti destinati all'esportazione con la concessione di rimborsi fiscali superiori alle imposte nazionali effettivamente pagate.

Infine l'articolo 92 rappresenta un importante punto di contatto tra la fiscalità diretta e la fiscalità indiretta, in quanto è data la facoltà agli Stati di prevedere imposte speciali sulle importazioni o di concedere agevolazioni alle esportazioni al fine di compensare eventuali divari fiscali tra gli Stati membri.

3. Il ruolo della Corte di Giustizia Europea nel “riavvicinamento” delle legislazioni nazionali in punto di fiscalità diretta: la c.d. integrazione negativa

Il ruolo della Corte di Giustizia Europea è assicurato dall'art. 220 (ex Articolo 164) del Trattato Ce:

“La Corte di Giustizia dovrà assicurare il rispetto della legge nell'interpretazione ed applicazione del presente Trattato”.

Investita di questo ruolo fondamentale, la Corte di Giustizia Europea ha esercitato un ruolo invasivo e decisivo nell'ottica di un progressivo depauperamento del potere impositivo dello Stato in tema di imposte dirette.

³⁶² E esso rappresenta il recepimento nel diritto comunitario dei principi già presenti nel diritto internazionale nel Trattato GATT. Il Trattato GATT, art. III, secondo comma, così recita: *“the products of the territory of any contracting party imported into the territory of any other contracting party shall not be subject, directly or indirectly, to internal taxes or other internal charges of any kind in excess of those applied, directly or indirectly, to like domestic products. Moreover, no contracting party shall otherwise apply internal taxes or other internal charge to imported or domestic products in a manner contrary to the principles set forth in paragraph 1”*. Il primo comma prevede, tra l'altro, che la tassazione interna non sia applicata in modo tale da proteggere la produzione nazionale.

Le imposte dirette, per quanto non trovino un referente normativo nel Trattato, sono considerate parti integranti del processo di armonizzazione³⁶³ nella considerazione che tali imposte rientrerebbe nel precetto dell'art. 94 che statuisce un potere di intervento della Comunità nell'ambito del riavvicinamento delle legislazioni nazionali³⁶⁴.

La politica fiscale in tema di imposte dirette è solamente strumentale ad altre politiche, e che perciò misure di carattere fiscale a livello comunitario possono essere adottate solamente applicando le norme generali del Trattato che prevedono il ravvicinamento delle legislazioni nazionali, norme che richiedono che tali misure siano adottate qualora “abbiano un'incidenza diretta sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato comune”³⁶⁵. Da tale limitazione deriva l'opinione comune in dottrina³⁶⁶ che la Comunità sia legittimata ad intervenire per rimuovere i fattori distorsivi in materia di imposte dirette solo in presenza di regimi fiscali privilegiati o di specifiche pratiche preferenziali dannose, solitamente disposte a favore dei non residenti e messe in atto proprio per attrarre basi imponibili mobili e attività produttive; sembrerebbe quindi che una riduzione o un'uniformazione generale delle imposte nei Paesi membri non sarebbe necessaria ai sensi dell'articolo 94³⁶⁷.

Ogni eventuale decisione in tema di imposte dirette discussa all'interno del Consiglio deve inoltre superare l'ostacolo della votazione all'unanimità. La regola dell'unanimità

³⁶³ Per una ricostruzione completa della nozione di “armonizzazione fiscale” nella dottrina si rinvia a C. SACCHETTO, voce “Armonizzazione fiscale nella Comunità europea”, in *Enciclopedia giuridica*, agg. III, 1994.

³⁶⁴ La tesi per cui le imposte dirette rientrerebbero nella previsione di riavvicinamento delle legislazioni, così come previsto dall'art. 94 [ex art. 100] del Trattato di Roma, è confermata *a contrariis*, dal testo dell'art. 95 [ex art. 100A], che stabilisce che, per le disposizioni fiscali (residuali, evidentemente, rispetto a quelle contemplate dall'art. 93), le deliberazioni debbano essere presa all'unanimità, anziché a maggioranza come per le disposizioni in altre materie. Così UCKMAR, *Progetti e possibili soluzioni dell'armonizzazione fiscale dell'UE*, in *Dir. e Prat. Trib.*, 1995, p. 9.

³⁶⁵ Articolo 94 del Trattato CE.

³⁶⁶ F. GALLO, *Mercato unico e fiscalità: aspetti del coordinamento fiscale*, in *Coordinamento fiscale nell'Unione europea*, atti del convegno 19-20 maggio 2000, Stresa.

³⁶⁷ F. GALLO, *op. cit.*, ritiene questa opinione discutibile. D'altra parte, dopo aver affrontato i problemi delle misure fiscali distorsive della concorrenza, la Commissione europea ha previsto come obiettivo di lungo periodo proprio quello di applicare una base imponibile comune in tutti gli Stati comunitari: *Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo e al Comitato economico e sociale, Verso un mercato interno senza ostacoli fiscali – Strategia per l'introduzione di una base imponibile consolidata per le attività di dimensione UE delle società*, Bruxelles 23.10.2001, COM (2001) 582.

comporta ovviamente che il rifiuto di un solo Stato risulta determinante e produce la stasi del processo di armonizzazione³⁶⁸. Il potere di veto degli Stati membri -che con l'allargamento ha subito un ancor maggior peso- rappresenta il vero limite ad una reale eliminazione delle misure fiscali distorsive della concorrenza. La Commissione rimane dell'avviso che, almeno su alcune delle questioni fiscali, il passaggio al voto a maggioranza qualificata rappresenti una tappa indispensabile, in particolare in presenza di serie distorsioni nel mercato interno³⁶⁹. Tuttavia, per il momento, l'unanimità continua a rappresentare la base giuridica per le decisioni in campo fiscale.

Altro vincolo giuridico che grava in materia fiscale, come in ogni altra materia in cui le Autorità comunitarie non hanno competenza esclusiva, è il principio di sussidiarietà – a cui si aggiunge il principio di proporzionalità - sancito dall'articolo 5 del Trattato che prevede l'intervento comunitario soltanto *“se e nella misura in cui gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri e possono dunque, a motivo delle dimensioni o degli effetti dell'azione in questione, esserlo realizzati meglio a livello comunitario”*.

La Corte di Giustizia Europea la quale in tema di fiscalità diretta più volte così è espressa:

*“...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 astenendosi, quindi, da qualsiasi discriminazione, palese o dissimulata, basata sulla cittadinanza”*³⁷⁰

Sulla base di tale assunto, infatti, la Corte di Giustizia europea è intervenuta con numerose decisioni che hanno prodotto dei veri effetti domino all'interno degli Stati

³⁶⁸ Questo *“inconveniente”* si è verificato troppo spesso nella ormai lunga storia dei tentativi di un più incisivo coordinamento fiscale delle legislazioni nazionali e sicuramente si è aggravata con l'allargamento dell'Unione europea ai Paesi dell'Est.

³⁶⁹ Considerazioni ribadite nella Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo e al Comitato economico e sociale sul tema *“La politica fiscale nell'Unione europea – Priorità per gli anni a venire”*, pubblicato a Bruxelles, 23/05/2001, COM (2001) 260.

³⁷⁰ *Ex multis*, Causa C-279/93 *Schumaker*, par. 21; causa C-80/94 *Wielokx*, par. 16; causa C-250/95 *Futura*, par. 19; causa C-264/96 *ICI*, par. 19; causa C-294/97 *Eurowings*, par. 32; causa C-307/97 *Saint Gobain*, par. 57; causa C-311/97 *Bank of Scotland*, par. 19; causa C-391/97 *Gschwind*, par. 20; causa C-35/98 *Verkooijen*, par. 32; causa C-55/98 *Vestergaard*, par. 15; causa C-251/98 *Baars*, par. 17; cause riunite C-397/98 e C-410/98 *Metallgesellschaft e Hoechst*, par. 37; causa C-141/99 *Amid*, par. 19; causa C-136/00 *Danner*, par. 28; causa C-324/00 *Lankhorst*, par. 26; causa C-436/00 *XY*, par. 32.

membri, imponendo l'obbligo di adeguare la propria disciplina interna ai principi comunitari³⁷¹. Per realizzare l'«*effet utile*» più che il rigoroso rispetto delle norme comunitarie, la Corte ha utilizzato un metodo interpretativo non formalistico, appellandosi più ai principi che non alle singole norme contenute nel Trattato³⁷², così da dare attuazione e tutela, anche sul piano fiscale, alle quattro libertà, vere e proprie pietre angolari del mercato interno, quali la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali³⁷³.

L'opera della Corte, in tema di imposte dirette, è avvenuta attraverso il divieto di restrizioni discriminatorie enunciato negli articoli a tutela delle quattro libertà fondamentali, enunciate agli articoli 39, 43, 49 e 56 del Trattato i quali sono *species* del più generale principio di non discriminazione in base alla nazionalità ai sensi dell'articolo 12 del Trattato, che ha permesso alla Corte «l'applicazione (anche) alle fattispecie di natura fiscale delle cosiddette "libertà fondamentali"»³⁷⁴.

In termini generali, come noto, «il principio di non discriminazione [...] impone che situazioni analoghe non siano trattate in maniera differenziata e situazioni diverse non siano trattate in maniera uguale a meno che un tale trattamento non sia obiettivamente giustificato»³⁷⁵.

³⁷¹ Sul rapporto fra il diritto interno e il diritto comunitario, per tutti, cfr. C. SACCHETTO, *Contenuto ed efficacia immediata negli ordinamenti degli Stati membri delle disposizioni fiscali del Trattato Cee*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, II, 1969, pp. 330, 334 e ss.; C. SACCHETTO, *Il diritto comunitario e l'ordinamento tributario italiano*, in *Dir. e prat. trib.*, 2001, p. 3 e ss.

³⁷² Così C. SACCHETTO, *L'evoluzione del diritto comunitario in materia tributaria*, *op. cit.*, p. 816.

³⁷³ «Nel campo di applicazione del presente trattato, e senza pregiudizio delle disposizioni particolari dallo stesso previste, è vietata ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità» Trattato Ce, articolo 12, paragrafo 1 [ex art. 6]. Per una completa analisi dell'impatto delle disposizioni comunitarie di ordine generale sugli ordinamenti fiscali degli Stati membri cfr. B. TERRA, P. WATTEL, *European Tax Law*, The Hague, 2008. In Italia la nostra Corte Costituzionale ha riconosciuto che le interpretazioni che la Corte CE fornisce ai sensi dell'articolo 234 possono essere utilizzate da ogni giudice per disapplicare le norme interne contrarie, cfr. L. Ferrari Bravo, E. Moavero Milanesi, *Lezioni di diritto comunitario*, Napoli, 2001, 158.

³⁷⁴ C. SACCHETTO, *Imposizione tributaria e sede del soggetto nel diritto comunitario*, in *Riv. dir. trib. int.*, 1, 2001, 78.

³⁷⁵ Sentenza *Sermide v Cassa Conguaglio Zuccheri and Others*, 13 dicembre 1984, C-106/83, in «Raccolta», 1984, punto 28. Questa frase è ormai ricorrente in innumerevoli pronunce della Corte di giustizia. Si veda anche G. MELIS, *Libertà di circolazione dei lavoratori, libertà di stabilimento e principio di non discriminazione nell'imposizione diretta: note sistematiche sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee*, in *Rass. trib.*, 2002, 1153: «...si ha discriminazione di

Tuttavia, le disposizioni fiscali molto raramente compiono una distinzione direttamente in base alla nazionalità³⁷⁶. Un diverso trattamento fondato sulla residenza - o sulla sede per le società - può costituire discriminazione dissimulata in base alla nazionalità poiché i non residenti in genere hanno la cittadinanza straniera³⁷⁷. La Corte di Giustizia ha chiarito che il principio dell'eguale trattamento proibisce non solo le discriminazioni dirette o palesi (*overt discrimination*), basate sulla cittadinanza, ma altresì le discriminazioni indirette o dissimulate (*covert discrimination*) che, pur fondandosi su altri criteri di distinzione, pervengano in effetti al medesimo risultato³⁷⁸.

trattamento di una fattispecie rispetto ad un'altra, quando la prima, pur analoga alla seconda, riceve una regolamentazione normativa diversa; oppure quando, pur diversa da essa, riceve la medesima disciplina.».

³⁷⁶ Cfr. articoli 12 e 39 del Trattato CE.

³⁷⁷ Per un approfondimento, C. SACCHETTO, *ult. op. cit.*, pp. 78 e ss.

³⁷⁸ Sentenza Sotgiu, 12 febbraio 1974, C-152/73, punto 11: «...the rules regarding equality of treatment between nationals and non-nationals forbid not only overt discrimination by reason of nationality but also all covert forms of discrimination which, by the application of other criteria of differentiation, lead to the same result». Sicuramente il *leading case* che, in ambito fiscale, ha dato rilevanza alla c.d. *covert discrimination* (discriminazione indiretta) è stata la sentenza Schumacker, Causa C-279/93 nella quale, come premessa di carattere generale si è detto che: “*in materia di imposte dirette la situazione dei residenti e quella dei non residenti non sono di regola analoghe*”(così al punto 31, sentenza Schumacker, cit.). Sul principio di non discriminazione fiscale cfr. K. VAN RAAD, *Non-discrimination in International Tax Law*, Deventer, 1986; K. VAN RAAD, *Issues in the Application of Tax Treaty Non-Discrimination Clauses*, in *Bulletin*, 1988, p. 347; J. F. AVERY JONES (e altri), *The non discrimination article in tax treaties*, in *Dir. prat. trib.*, 1992, p. 572; GOLBERG-GLICKLICH, *Treaty-based Nondiscrimination- now you see it, now you don't*, in *Dir. prat. trib.*, 1993, p. 523; International Fiscal Association, *Non discrimination rules in International taxation*, in *Cahiers de droit fiscal international*, vol. 78b, Deventer, 1993; G. MARINO, *Non discriminazione tra cittadinanza e residenza nel Trattato di Roma: il caso Commerzbank AG*, in *Dir. prat. trib.*, 1994, II, p. 457; P. PISTONE, *La non discriminazione fiscale anche nell'imposizione diretta: intervento della Corte di Giustizia*, in *Dir. prat. trib.*, 1995, I, p. 1471; T. LYONS, *Discrimination on grounds of nationality: Finanzant Koln- Alstadt v. Schumacker*, in *British Tax Review*, 1995, p. 405; F. AMATUCCI, *Divieto di discriminazione fiscale dei lavoratori subordinati nell'ambito dell'Unione Europea*, in *Dir. prat. trib.*, 1996, p.245; M. ARRESE J., F. ROCCATAGLIATA, *Discriminatorio il regime fiscale riservato ai lavoratori non residenti dalle legislazioni nazionali*, in *Dir. prat. trib.*, 1996, p. 3; F. VANISTENDAEL, *The consequences of Schumacker and Wielockx: two steps forward in the tax procession of Echternach*, in *Common Market Review*, 2, 1996, p. 255; T. WATTEL, *European Union: home neutrality in an internal market*, in *European Taxation*, 5, 1996, p. 159; L. DELL'ANESE, *Il principio di non-discriminazione nel diritto internazionale tributario*, in *Dir. prat. trib. int.*, 2001, III, 49; P. FARMER, *Il divieto di discriminazione in base alla nazionalità e le libertà fondamentali della Comunità*, in Atti del Convegno di Studio su *libertà economiche del Trattato UE ed imposizione diretta degli Stati. Il divieto di discriminazione: riflessi fiscali*. Bologna, 27 - 28 settembre 2002; R. LYAL, *Non-discrimination and direct tax in Community law*, in *Ec Tax Review*, 2, 2003, 68 e ss.; CORDEWENER A., *The prohibitions of discriminations and restriction within the framework of the fully integrated internal market*, in: Frans Vanistendael, ed., *EU Freedoms and Taxation*, Amsterdam, 2006; DOUMA S., *The Three Ds of Direct Tax Jurisdiction: Disparity, Discrimination and Double Taxation*, *European Taxation*, 2006, p. 522 R. MASON, *A Theory of Tax Discrimination*, Jean Monnet Working Paper 9/2006, 34 ss; M.

La Corte ha successivamente integrato tali assunti stabilendo che non vi è discriminazione qualora tali presunte disposizioni discriminatorie trovino una «giustificazione in obiettive considerazioni indipendenti dalla nazionalità delle persone interessate, qualora siano proporzionate al legittimo obiettivo perseguito dalla legislazione nazionale»³⁷⁹.

Tutto ciò riguarda i possibili casi di discriminazione che lo Stato ospitante opera nei confronti di cittadini “*non nationals*” ovvero in ambito fiscale dei “*non resident*” e attiene alla c.d. *Host State discrimination*. Ma la Corte, nel corso degli anni, grazie ad un’interpretazione estensiva dell’art. 2 del Trattato, ha operato un altro livello di tutela: la cd. *Home State restriction*. Nel corso del tempo la Corte ha elaborato la nozione di restrizione che nella prospettiva dell’*Home State* non consente ai Paesi comunitari di frapporre ostacoli al libero esercizio delle libertà garantite dal Trattato ai propri cittadini. Invero l’elaborazione del concetto di restrizione³⁸⁰ e l’impatto che tale concetto ha sulle legislazioni fiscali domestiche è un fenomeno relativamente recente. In un articolo³⁸¹, L.

GAMMIE, *The compatibility of national tax principles with the single market*, 105 (108), in F. VANISTENDAEL (Ed.), *EU Freedoms and Taxation*, Amsterdam, 2006; CORDEWENER A., *EC law protection against “horizontal” tax discrimination on the rise – or how to play snooker in an Internal Market*, 16 *EC Tax Review*, 2007, p. 210; J. SNELL, *Nondiscriminatory Tax Obstacles in Community Law*, in *Int. Comp. Law Quart.*, 2007, 339; BIZIOLI G., *Balancing the Fundamental Freedoms and Tax Sovereignty: Some Thoughts on Recent ECJ*, in *European Taxation*, 2008, p. 133.

³⁷⁹ Sentenza *O’Flynn*, 23 maggio 1996, C-237/94, punto 19. Ad esempio, in tema di discriminazione indiretta delle società va puntualizzato che, non essendovi in tal caso un criterio di personalità dell’imposizione, risulta più arduo per gli Stati membri fornire delle giustificazioni obiettive ad una norma fiscale meno favorevole, cosicché una disparità di trattamento attuata nei confronti, ad esempio, di una stabile organizzazione di un soggetto non residente finisce in genere con l’essere reputata discriminatoria. Tra tutte, *Avoir fiscal*, cit., punto 20: «...By treating the two forms of establishment in the same way for the purposes of taxing their profits, the French legislature has in fact admitted that there is no objective difference between their positions in regard to the detailed rules and conditions relating to that taxation which could justify different treatment.». Infine, occorre segnalare che la Corte ha ritenuto discriminatorie anche le disposizioni che traggono origine dai trattati contro le doppie imposizioni, stabilendo che anche le norme convenzionali si devono conformare ai principi comunitari. In tal senso *Saint-Gobain*, 21 settembre 1999, C-307/97, in “*Il Fisco*”, 1999, pp. 13000 e ss.

³⁸⁰ La prima formulazione della nozione di *restrizione indiretta*, risalente al lontano 1974, si trova nella sentenza *Dassonville*, in materia di libera circolazione delle merci, dove vengono qualificate come restrittive: “*tutte le norme commerciali emanate dagli Stati membri che sono tali da ostacolare, direttamente o indirettamente, effettivamente o potenzialmente, il commercio all’interno della Comunità*”. Sentenza dell’11 luglio 1974, *Dassonville*, causa C-8/74.

³⁸¹ L. Hinneken, *The search of the framework conditions of the fundamental EC Treaty principles as applied by the European Court to Member States’ direct taxation*, in *EC Tax Review*, 2002-3, pp. 112-119.

Hinneken ha osservato, infatti, che, in tema di fiscalità diretta, sono identificabili due *waves* negli orientamenti della Corte: una prima, durante la quale la Corte si è basata unicamente sul principio di non discriminazione ed una seconda, iniziata nel 1997, caratterizzata dall'utilizzo crescente della categoria delle restrizioni all'esercizio delle libertà garantite dal Trattato, congiuntamente all'esame delle loro possibili giustificazioni. In dottrina il concetto di restrizione³⁸² opera in un modo totalmente diverso da quello di discriminazione poiché *“it is aimed at abolishing all border obstacles however small with the sole exception of what is specifically provided for the Treaty”*³⁸³.

P. Wattel³⁸⁴ fa notare che:

³⁸² C. Rotondaro, *Note minime in tema di compatibilità dei regimi CFC con il diritto comunitario. Alcune riflessioni sul caso italiano*, in *Riv. dir. trib.*, 2000, I, 517 e ss.; C. Rotondaro, *Alcune implicazioni della sentenza Centros ovvero sulla compatibilità dell'istituendo regime CFC italiano con il diritto comunitario*, in *Riv. dir. trib. intern.*, 2001, I, 387 e ss. L'autore sul concetto di restrizione, con riferimento alla libertà di stabilimento, si esprime in questi termini: “Il giudizio di discriminazione ha intrinsecamente una struttura relativa e binaria, mentre il giudizio di restrizione si esplica in termini assoluti. Il primo, infatti, suppone, comunque, un raffronto tra due situazioni (quella di specie ed una paradigmatica, che si discosti dalla prima da un punto di vista strutturale solo con riferimento al difetto di esercizio della libertà comunitaria). Il secondo, invece, comporta, puramente e semplicemente, una valutazione, in termini assoluti, in ordine alla suscettibilità della misura nazionale di ostacolare l'esercizio della libertà di stabilimento. Da ciò si evince chiaramente come la soglia della restrittività sia più bassa di quella della discriminatorietà. Un'analisi basata solo su quest'ultimo aspetto rischia, di conseguenza, di trascurare profili che sarebbero risultati più evidenti ove si fosse indagato anche sotto il profilo della restrizione”.

³⁸³ F. VANISTENDAEL, *The compatibility of the basic economic freedoms with the sovereign national tax systems of the Member States*, in *EC Tax Review*, n. 3, 2003, 139; sul concetto di restrizione e in generale sul rapporto tra la tassazione diretta e il diritto comunitario cfr. R. LYAL, *Non-discrimination and direct tax in Community law*, in *EC Tax Review*, n. 2, 2003, 68; e sul ruolo che ha assunto la Corte di Giustizia Europea nel processo di armonizzazione cfr. M. GAMMIE, *The Role of the European Court of Justice in the Development of Direct Taxation in European Union*, in *Bulletin*, 3, 2003, 86; sui diversi orientamenti della Corte di Giustizia cfr. VANISTENDAEL F., *The ECJ at the Crossroad: Balancing Tax Sovereignty against the Imperatives of the Single Market*, in *European Taxation*, September, 2006, 413; PISTONE P., *Expected and Unexpected Developments of European Intergration in the Field of Direct Taxes*, in *Intertax*, 2007, p. 70; VANISTENDAEL F., *Does the ECJ have the power of interpretation to build a tax system compatible with the fundamental freedoms?*, *EC Tax Review*, 2008, p. 52; VANISTENDAEL F., *In Defence of the European Court of Justice*, in *Bulletin for international taxation*, 2008, p. 90; Bizioli G., *Balancing the Fundamental Freedoms and Tax Sovereignty: Some Thoughts on Recent ECJ*, in *European Taxation*, 2008, p. 133; PISTONE P., *Ups and Downs in the Case Law of the European Court of Justice and the Swinging Pendulum of Direct Taxation*, in *Intertax*, 2008, p. 146; PISTONE P., *European Direct Tax Law: quo vadis?*, in Hinnekens, L., Hinnekens, P., *Liber Amicorum Frans Vanistendael: A vision of taxes within and outside European borders*, Kluwer, 2008, p.713; LANG M., *Recent Case Law of the ECJ in Direct Taxation: Trends, Tensions, and Contradictions*, in *EC Tax Review*, 2009, p. 98.

³⁸⁴ B. TERRA, P. WATTEL, *op. cit.*, 2001, 41.

“It is important to see that there is a difference between discrimination and restriction. The free movements of goods, services and capital not only prohibit (unjustified) unequal treatment of products, capital and economic operators of other Member States, but also (unjustified) restrictive measures without distinctions. Therefore, a national measure indiscriminately applicable to both domestic and imported goods or services, may still be prohibited because it hinders intra-Community trade (import restrictions). The concept of discrimination, on the other hand, only envisages measures making (overt or indirect) distinctions between domestic and foreign operators”.

In punto di *home state restriction* riguardo a norme nazionali che ostacolano l’esercizio della libera circolazione dei lavoratori la prima sentenza che se ne è occupata è la Stanton, causa C-143/87 dove si statuisce che:

“13 Le norme del trattato sulla libera circolazione delle persone sono volte pertanto a facilitare ai cittadini comunitari l’esercizio di attività lavorative di qualsivoglia natura in tutto il territorio della Comunità, ed ostano ad una normativa nazionale che li ostacoli qualora desiderino estendere le loro attività al di fuori del territorio di un unico Stato membro.”

La Corte, più di recente ha ribadito che (sentenza De Groot, punto 79):

“...anche se, secondo il loro tenore letterale, le disposizioni relative alla libera circolazione dei lavoratori sono dirette, in particolare, a garantire il beneficio del trattamento nazionale nello Stato di accoglienza, esse ostano altresì a che lo Stato d’origine ostacoli la libera accettazione e lo svolgimento di un lavoro da parte di uno dei suoi cittadini in un altro Stato membro (v., in tal senso, citata sentenza Terhoeve, punti 27-29).”

Ciò detto questo inciso riflette la chiara dimensione del problema in tema di esercizio delle libertà garantite dal Trattato. Secondo il diritto comunitario sono vietate, da una parte, discriminazioni dirette o indirette (che in ambito fiscale si basano sulla residenza) da parte del paese che “riceve” soggetti *non-nationals* o non residenti, (movimenti in entrata) e, dall’altra, ogni ostacolo che il paese di “partenza” (movimenti in uscita) frappone tra il cittadino e l’esercizio delle libertà garantite dal Trattato.

In tema di libera circolazione dei capitali, la Corte ha più volte ribadito che i trattamenti discriminatori *in subjecta materia*, in ultima analisi, operano in due direzioni: da una parte possono dissuadere i residenti di uno Stato membro dall’investire i loro capitali in

società stabilite in altri Stati membri (*Home State restriction*); dall'altra possono costituire per le società stabilite in altri Stati membri un ostacolo alla raccolta di capitali in quello Stato membro ³⁸⁵.

Tali concetti vennero ben messi in evidenza dalla paradigmatica sentenza C-35/98 in tema di libera circolazione dei capitali, nella quale il signor Verkooijen, cittadino residente in Olanda, riceveva dei dividendi di fonte belga i quali non beneficiavano nei Paesi Bassi dell'esenzione al pari dei dividendi di fonte interna poiché, come sostenuto dai Paesi Bassi, l'esenzione dei dividendi di fonte interna mirerebbe ad attenuare gli effetti di una doppia imposizione - in termini economici - che risulterebbe dalla tassazione degli utili realizzati in capo alla società, a titolo di imposta sulle società, e dalla tassazione, in capo alla persona fisica azionista, a titolo di imposta sul reddito, degli stessi utili distribuiti in forma di dividendi ³⁸⁶.

A nulla valse, per i Paesi Bassi, richiamare ragioni di coerenza fiscale tese ad eliminare la doppia imposizione giuridica ³⁸⁷, né il richiamo all'intento di promuovere l'economia del paese incentivando l'investimento dei singoli nelle società aventi sede nel territorio

³⁸⁵ Così sentenza Verkooijen, punto 34-35 e COM(2003) 810 def., del 19 dicembre 2003.

³⁸⁶ Così Verkooijen, cit., punto 50 sentenza.

³⁸⁷ Solo nella sentenza Commissione/Belgio causa C-300/90 e *Bachmann* C-204/90 la Corte ha accettato come giustificazione ad un trattamento differenziato la coerenza del sistema fiscale. Nel caso *Bachmann* aveva ritenuto per altro ammissibile la discriminazione tra colui che stipulava una polizza assicurativa con società residenti, ottenendo così la deducibilità delle somme versate *versus* colui che stipulava delle polizze assicurative con società assicuratrici non residenti. La giustificazione per tale forma di discriminazione rappresenta un *unicum* nel panorama giurisprudenziale della Corte, la quale ha ravvisato tale giustificativo nella necessità di preservare la coerenza del sistema fiscale belga. Infatti, mentre da una parte lo Stato perdeva gettito, ammettendo la deducibilità in capo al contribuente, dall'altra, coerentemente, lo recuperava sotto forma di reddito in capo alle assicurazioni. Ciò non risultava possibile quando le società assicuratrici erano residenti altrove. Nel caso *Wielockx*, Causa C-80/94, al contrario la Corte non ha ritenuto che le avanzate ragioni di coerenza fiscale potessero essere sufficienti a giustificare la misura che impediva in Olanda ad un residente belga, che nel primo Paese produceva tutto il suo reddito, di dedurre i contributi versati ad un fondo pensione costituito secondo la legge olandese, dato che poi la pensione stessa sarebbe stata tassabile nel Paese di residenza (il Belgio) in forza del regime convenzionale bilaterale. In particolare nella Causa C-150/04, Commissione delle Comunità Europee contro Regno di Danimarca l'avvocato generale ha sostenuto che tale regime discriminatorio non può essere giustificato dalla coerenza del sistema fiscale perché, in verità, nel sistema fiscale danese non vi è simmetria in quanto ci possono essere dei contribuenti che al momento della maturazione del diritto alle prestazioni, residenti danesi, versino contributi non deducibili ad enti previdenziali aventi sede all'estero, ancorché nel loro caso sia essenzialmente certo che le pensioni saranno sottoposte a tassazione in Danimarca. Cfr. *Skandia* Causa, C-422/01, *Danner* Causa C-136/00, *Saifr* Causa C-118/96. In dottrina cfr. J. ENGLISH, *Fiscal Cohesion in the Taxation of Cross-Border Dividends*, *European taxation*, 7-8, 2004, 323.

nazionale, né la perdita di entrate fiscali³⁸⁸, non riscuotendo l'imposta sugli utili delle società distributrici di dividendi, né la presenza di un doppio vantaggio per il contribuente³⁸⁹.

La Corte respinse *tout court* tali argomentazioni.

Lo stesso si può dire per il caso Manninen³⁹⁰ nella quale la Finlandia non eliminava, come nel caso Verkooijen, la doppia imposizione economica non riconoscendo il credito di imposta sulle imposte pagate da una società svedese ad un soggetto residente in Finlandia, poiché la società non era soggetta ad imposizione in Finlandia. Per il combinato disposto della norma interna e della norma convenzionale, tuttavia, veniva eliminata la doppia imposizione giuridica poiché il signor Manninen poteva scomputare dalle imposte finlandesi dovute per tale dividendo la ritenuta operata dalla Svezia nella misura del 15 per cento, come previsto dalla Convenzione conclusa tra i Paesi del Consiglio nordico. Anche in tal caso a nulla valse richiamare giustificazioni quali la coerenza del sistema fiscale³⁹¹, la perdita di gettito e le difficoltà nel riconoscere il credito di imposta su dividendi che hanno scontato la tassazione in capo alla società in altri Stati membri.

In entrambi i casi la Corte, in definitiva, ha sostenuto che tali trattamenti differenziati costituivano una restrizione alla libera circolazione dei capitali vietata, in linea di

³⁸⁸ Giurisprudenza costante della Corte sostiene che “...la perdita di entrate fiscali non può mai costituire una giustificazione ad una restrizione all'esercizio di una libertà fondamentale (sentenze 16 luglio 1998, causa C-264/96, ICI, Racc. pag. I-4695, punto 28, e Saint-Gobain ZN, cit., punto 51)”.

³⁸⁹ Era giurisprudenza costante della Corte che un contrasto con una libertà fondamentale non poteva essere giustificato dall'esistenza di altri vantaggi fiscali, anche supponendo che tali vantaggi esistano [v., in questo senso, per quanto riguarda l'art. 52 del Trattato, sentenze 28 gennaio 1986, causa 270/83, Commissione/Francia, Racc. pag. 273, punto 21; 27 giugno 1996, causa C-107/94, Asscher, Racc. pag. I-3089, punto 53, e 21 settembre 1999, causa C-307/97, Saint-Gobain ZN, Racc. pag. I-0000, punto 54; v., sentenza 26 ottobre 1999, causa C-294/97, Eurowings Luftverkehrs, Racc. pag. I-0000, punto 44.

³⁹⁰ Causa C-319/02, Manninen del 7 settembre 2004. L. HINTSANEN, K. PETERSSON, *The implications of the ECJ Holding the Denial of Finish Imputation Credits in Cross-Border Situations to Be Incompatible with the EC Treaty in the Manninen Case*, in *European Taxation*, Aprile, 2005, 130 e ss.; R. LUPI, *Corte di giustizia e dividendi esteri: un'imposizione surrettizia del sistema dell'esenzione?*, in *Dialoghi di diritto tributario*, 2004, 9, 1181 – 1190, A. BALLANCIN, R. LUPI, *Coerenza del sistema fiscale e Corte di Giustizia Europea*, in *Dialoghi di diritto tributario*, 2004, 10, 1357 e ss.. Precedentemente a questa confronta anche un'altra importante sentenza sulla libera circolazione dei capitali Causa C-315/02, Lenz del 15 luglio 2004.

³⁹¹ Occorre anche ricordare come dalla giurisprudenza emerga che un argomento fondato sulla necessità di salvaguardare la coerenza del regime tributario va valutato alla luce della finalità della normativa fiscale di cui trattasi (v. sentenza 11 marzo 2004, causa C-9/02, De Lasteyrie du Saillant, punto 67).

principio, dall'art. 56 del Trattato, la quale non era giustificata né da differenze di trattamento relativa a situazioni non oggettivamente paragonabili né da motivi imperativi di interesse generale, quale quello di salvaguardare la coerenza del regime tributario.

La Corte, inoltre, sembra aver accolto il concetto di “mere disparità” fra i diversi sistemi tributari statali ed escluso che tali situazioni possano costituire una violazione delle libertà fondamentali³⁹². Un esempio si può trovare nella sentenza Schempp³⁹³. In tale caso la Corte, riprendendo un suo precedente orientamento³⁹⁴, ha dichiarato che il Trattato non garantisce al cittadino dell'Unione che il trasferimento delle sue attività in uno Stato membro, diverso da quello in cui risiedeva precedentemente sia neutrale sotto il profilo fiscale. Tenuto conto delle differenze tra le legislazioni degli Stati membri in materia, un simile trasferimento può, secondo i casi, essere più o meno favorevole o sfavorevole per i lavoratori sul piano delle imposte indirette. Di conseguenza, la Corte ha giustificato la normativa fiscale tedesca la quale non consentiva ad un contribuente residente in Germania di dedurre dal suo reddito imponibile l'assegno alimentare versato all'*ex* moglie residente in un altro Stato membro nel quale l'assegno non era soggetto ad imposta, mentre egli sarebbe stato legittimato a farlo se l'*ex* moglie fosse stata residente in Germania, poiché ivi soggetto ad imposta. Così, prosegue la Corte il trattamento sfavorevole addotto dal sig. Schempp deriva, in realtà, dal fatto che il regime tributario applicabile agli assegni alimentari nello Stato membro di residenza della sua *ex* moglie è diverso da quello adottato dallo Stato membro in cui egli risiede. Come osserva il governo olandese, se l'*ex* moglie avesse scelto di risiedere in uno Stato membro nel quale gli assegni alimentari sono soggetti ad imposta, come nei Paesi Bassi, il sig. Schempp sarebbe stato legittimato a dedurre i versamenti effettuati a tale titolo alla sua *ex* moglie. Aggiunge, infine, la Corte che da giurisprudenza costante risulta che

³⁹² Per una ricostruzione di tale concetti nel contesto dei valori espressi dal processo di integrazione europea, cfr. G. BIZIOLI, *Il processo di integrazione dei principi tributari nel rapporto fra ordinamento costituzionale, comunitario e diritto internazionale*, op. cit., p. 154 e ss; per un aggiornamento degli ultimi sviluppi della sentenze della Corte di Giustizia e sulle diverse comparazioni si rinvia al recente contributo di M.C. BARREIRO CARRIL, *National Tax Sovereignty and EC Fundamental Freedoms: The Impact of Tax Obstacles on the Internal Market*, in *Intertax*, 2010, p.105.

³⁹³ CGCE 12 luglio 2005, Causa C-403/03, Schempp.

³⁹⁴ In tal senso anche CGCE 15 luglio 2004, Causa C-365/02, Lindfors, punto 34

l'art. 12 del Trattato non riguarda le eventuali disparità di trattamento che possono derivare, per le persone e per le imprese soggette al diritto comunitario, dalle divergenze esistenti tra le legislazioni dei vari Stati membri, dal momento che ciascuna di dette legislazioni si applica a chiunque sia ad essa soggetto, secondo criteri oggettivi e indipendentemente dalla nazionalità.

Sulla base di tale giurisprudenza le quasi-restrizioni, ovvero le “disparità” derivanti dall'esercizio contemporaneo delle potestà impositive di due Stati membri non sono considerate in contrasto con il diritto comunitario. Se fosse diversamente, sostiene avvertita dottrina internazionalistica³⁹⁵, la Corte sarebbe chiamata a decidere quale dei due Stati membri in questione dovrebbe cedere parte della sua sovranità impositiva.

Questa è una scelta politica che non spetta alla Corte effettuare e che metterebbe in serio pericolo l'autonomia impositiva dei singoli Stati membri.

Ne consegue che solo le restrizioni derivanti dalla legislazione di un singolo Stato membro possono essere censurate in ambito comunitario, e non anche quelle che derivano dal contemporaneo esercizio della potestà impositiva degli Stati membri, il c.d. *dual burden* ad una specifica attività frontaliere³⁹⁶.

Tuttavia, tali concetti non sembrano avere avuto nell'elaborazione della Corte un'acquisizione definitiva. In due *leading cases* della Corte di Giustizia, la sentenza Schumacker e la sentenza Marks&Spencer la Corte ha imposto che sia lo Stato della fonte, nel primo caso, che lo Stato di residenza, nel secondo caso, devono adottare il c.d. *overall approach*³⁹⁷. Il trattamento discriminatorio, nella prospettiva dello Stato della

³⁹⁵ D. WEBER, *op. cit.*, p. 614.

³⁹⁶ Sul punto cfr. la sistematica operata da A. CORDEWENER, *The prohibitions of discrimination and restriction within the framework of the fully integrated internal market*, cit., 35. B.J.M. TERRA P.J. WATTEL, *European Tax Law*, The Hague, 2005, 53 ss., i quali definiscono le disparità come “*obstacles to intra-Community economic activity caused by differences between the legal systems of two or more different Member States*”; M. LEHNER, *Tax consequences resulting from the application of the non-restriction principle in the areas other than taxation: distinction between discriminatory and non-discriminatory restrictions*, 47 (48 ss.), in F. VANISTENDAEL (Ed.), *EU Freedoms and Taxation*, Amsterdam, 2006.

³⁹⁷ Favorevole al c.d. *overall approach* cfr. F. VANISTENDAEL, *The ECJ at the Crossroads: Balancing Tax Sovereignty against the Imperatives of Single Market*, in *European Taxation*, 9, 2006, p. 413. *Contra* e favorevole al c.d. *per-country approach*, cfr. D. WEBER, *In Search of a New Equilibrium Between Tax Sovereignty and the Freedom of Movement Within the EC*, in *Intertax*, vol. 34, 2006, p. 585; J. ENGLISCH, *Shareholder Relief and EC Treaty Law – Supranational “Aims and Effects”*, in *Intertax*, vol. 33, 2005, p.

fonte, ovvero quello restrittivo, nella prospettiva dello Stato di residenza, deve essere effettuato non arrestando l'analisi ad un Paese, ma verificando se dall'interrelazione fra i due Paesi, il trattamento riservato sia o meno compatibile con l'ordinamento comunitario. La verifica va fatta, in concreto, mediante un'analisi *case-by-case* condotta con un approccio che potremmo definire "europeo" teso a ricostruire la posizione del singolo contribuente a livello europeo e non nazionale, applicando quindi il cd. *overall approach* contrapposto al *per-country approach*. Vedremo, tuttavia, che hanno un ruolo importante le giustificazioni a tali trattamenti discriminatori/restrittivi. In particolare, ed è questa la tesi che si vuole sostenere, nel caso in cui si tratta di dover ricostruire la capacità contributiva di un soggetto nell'ambito di un'imposizione personale del reddito, che si tratti di deduzioni, detrazioni, compensazione orizzontale delle perdite, la Corte tende a non giustificarli per nessun motivo. Diversamente, nell'ambito di un'imposizione di tipo reale, di tipo oggettivo, la Corte tende a giustificare tali trattamenti discriminatori/restrittivi, sulla base del principio di territorialità per quelli discriminatori ovvero sulla base del rispetto dell'allocazione del potere impositivo che hanno effettuato i singoli Stati membri unitamente al rischio elusione/evasione fiscale. Da ultimo, è importante segnalare che dalla necessità di ricostruire la posizione del contribuente a livello europeo discende che gli Stati membri non possono giustificare trattamenti discriminatori ovvero restrittivi sulla base della ripartizione del potere impositivo effettuato nell'ambito di un Trattato contro la doppia imposizione in vigore fra di essi. A tal proposito, metto conto segnalare la sentenza Bounich³⁹⁸ nella quale la Corte dapprima ha ribadito che gli Stati membri, pur in assenza di misure di armonizzazione volte ad eliminare la doppia imposizione, nel ripartire il loro potere

200; J. ENGLISH, *Fiscal Cohesion in the Taxation of Cross-Border Dividends (Part Two)*, in *European Taxation*, 8, 2004, p. 359; M. LANG, *op. cit.*, 2009.

³⁹⁸ Così Bouanich, Causa C-265/04, del 19 gennaio 2006, punti 50-51. Per un commento cfr. S. MEDICI, *Le cessioni intracomunitarie di azioni fra Corte di giustizia, diritto convenzionale e diritto nazionale*, in *Dir. prat. trib. int.*, n. 2, 2006, p. 771. Tale approccio è stato seguito nelle successive sentenze Denkavit, Causa C-170/05, del 14 dicembre 2006, punti 44-45. Per un commento a tale ultima sentenza cfr. F. VANISTENDAEL, *Denkavit Internationaal: The Case, The Meaning, the Implications, and the Procedural and Practical Issues*, in *European Taxation*, 5, 2007, 210; T. PONS, *The Denkavit Internationaal Case and Its Consequences: The Limit between Distortion and Discrimination*, in *European Taxation*, 5, 2007, 214; L. A. DENYS, *The ECJ Case Law on Cross-Border Dividend Revisited*, in *European Taxation*, 5, 2007, 221.

impositivo attraverso la conclusione di Trattati bilaterali contro le doppie imposizioni non sono legittimati ad introdurre una discriminazione contraria alle regole comunitarie. Ma ha aggiunto –ed è questa la novità³⁹⁹ – che le convenzioni contro le doppie imposizioni sono parte del contesto normativo applicabile alla causa principale e la Corte ne deve tenere conto per fornire un’utile interpretazione. Non solo. La restrizione alla libera circolazione dei capitali deve essere verificata in concreto mediante un’analisi *case-by-case* condotta con un approccio che potremmo definire “europeo” teso a ricostruire la posizione del singolo contribuente a livello europeo e non nazionale, applicando quindi quello che nella dottrina internazionalistica è il cd. *overall approach* contrapposto al *per-country approach*⁴⁰⁰. Pertanto si dovrà accertare se dal combinato disposto delle norme interne e delle norme convenzionali si ottiene il risultato di eliminare la misura ritenuta restrittiva delle libertà fondamentali, pur nel rispetto della ripartizione che gli Stati membri hanno effettuato nell’ambito della loro esclusiva sovranità impositiva.

Pertanto si dovrà accertare se dal combinato disposto delle norme interne e delle norme convenzionali si ottiene il risultato di eliminare la misura ritenuta restrittiva ovvero discriminatoria, pur nel rispetto della ripartizione che gli Stati membri hanno effettuato nell’ambito della loro esclusiva sovranità impositiva.

³⁹⁹ In realtà questo principio era stato per la prima volta affermato, seppur in un contesto diverso, nella sentenza *Wielockx*, Causa C-80/94, dell’11 agosto del 1995. In tal caso, infatti, i giudici hanno richiamato le convenzioni contro le doppie imposizioni per verificare la coerenza del sistema fiscale richiamata dal governo olandese come causa di giustificazione di una norma discriminatoria. Nel punto 24 della sentenza si legge: “Anzitutto, come rilevato dall’ avvocato generale al paragrafo 54 delle conclusioni, per effetto delle convenzioni contro le doppie imposizioni che, come quella sopra menzionata, ricalcano il modello della convenzione tipo dell’ OCSE, lo Stato assoggetta ad imposta tutte le pensioni percepite dai residenti sul suo territorio, indipendentemente dallo Stato in cui siano stati versati i contributi, ma, al contrario, rinuncia ad assoggettare ad imposta le pensioni percepite all’ estero, anche laddove esse derivino da contributi versati sul suo territorio e detraibili secondo la sua normativa. La coerenza fiscale non è quindi affermata a livello di uno stesso soggetto, sulla base di una correlazione rigorosa tra la detraibilità dei contributi e l’ imponibilità delle pensioni, bensì si sposta su un altro livello, vale a dire quello della reciprocità delle norme applicabili negli Stati contraenti.

⁴⁰⁰ Favorevole al cd. *overall approach* cfr. F. VANISTENDAEL, *The ECJ at the Crossroads: Balancing Tax Sovereignty against the Imperatives of Single Market*, in *European Taxation*, 9, 2006, p. 413. *Contra* e favorevole al c.d. *per-country approach*, cfr. D. WEBER, *In Search of a New Equilibrium Between Tax Sovereignty and the Freedom of Movement Within the EC*, in *Intertax*, vol. 34, 2006, p. 585; J. ENGLISCH, *Shareholder Relief and EC Treaty Law – Supranational “Aims and Effects”*, in *Intertax*, vol. 33, 2005, p. 200; J. ENGLISCH, *Fiscal Cohesion in the Taxation of Cross-Border Dividends (Part Two)*, in *European Taxation*, 8, 2004, p. 359.

Infine, per completare la sistematica generale della giurisprudenza della Corte è necessario interrogarsi se le diverse modalità di imposizione possono essere censurate a livello comunitario. Come noto, infatti, i soggetti non residenti vengono spesso assoggettati ad imposizione attraverso l'applicazione di ritenute a titolo di imposta da parte dello Stato della fonte. Sul punto, in tema di *Host State discrimination*, la Corte ha ritenuto che le differenti modalità di riscossione⁴⁰¹ fra soggetti residenti e non residenti sono compatibili con l'ordinamento comunitario, purché il risultato non comporti una tassazione superiore⁴⁰². Nella sentenza Scorpio, C-290/04, la ritenuta alla fonte è stata considerata un mezzo legittimo ed appropriato per garantire la tassazione di un soggetto non residente al fine di evitare che tali redditi sfuggano da imposizione sia nello Stato della fonte che nello Stato della residenza⁴⁰³. La riscossione dell'imposta tramite ritenuta è "...giustificata dalla necessità di garantire l'efficacia della riscossione dell'imposta sul reddito"⁴⁰⁴ e proporzionata rispetto all'obiettivo che persegue⁴⁰⁵. Invero, le due modalità di tassazione non sono perfettamente assimilabili poiché anche a parità di base imponibile e di aliquota applicabile c'è un effetto finanziario a discapito del non residente il quale, diversamente dal residente, è tenuto ad assolvere immediatamente all'obbligo tributario⁴⁰⁶. La Corte nel caso *Truck Center*, C-282/07 del

⁴⁰¹ In dottrina sull'impatto della normativa comunitaria sui meccanismi di attuazione del prelievo tributario, cfr. G. MAISTO, *Orientamenti della giurisprudenza comunitaria in materia di attuazione del prelievo tributario*, in *La normativa tributaria nella giurisprudenza delle Corti e nella nuova legislatura*, Atti del convegno, Ottanta anni di Diritto e Pratica Tributaria, V. Uckmar (coordinata da), Padova, 2007.

⁴⁰² Cfr. Sentenza Scorpio, sentenza Scorpio, C-290/04 del 3 ottobre 2006, nella quale dopo aver riconosciuto la compatibilità della ritenuta ha stabilito che è contrario al diritto comunitario "*una normativa nazionale la quale non consente che il destinatario di servizi, debitore del compenso versato ad un prestatore di servizi non residente, deduca, nel procedere alla ritenuta dell'imposta alla fonte, le spese professionali che tale prestatore gli ha comunicato e che sono direttamente connesse alle sue attività nello Stato membro in cui è effettuata la prestazione, mentre un prestatore di servizi residente in tale Stato sarebbe soggetto all'imposta soltanto sui suoi redditi netti, cioè quelli calcolati deducendo le spese professionali*", par. 49.

⁴⁰³ Paragrafo 36 Scorpio, cit.

⁴⁰⁴ Paragrafo 35, Scorpio, cit.

⁴⁰⁵ Cfr. Scorpio, cit., par. 37 secondo cui "...l'applicazione della ritenuta alla fonte rappresentava un mezzo proporzionato per garantire la riscossione del credito fiscale dello Stato dell'imposizione."

⁴⁰⁶ In tal senso cfr. M. LANG, *Recent Case Law of the ECJ in Direct Taxation: Trends, Tensions, and Contradictions*, op. cit., p. 112, il quale, nel commento alla sentenza *Truck Center*, C- 282/07, del 22

22 dicembre 2008, ha sostenuto che l'effetto negativo derivante dall'applicazione della ritenuta, il c.d. *cash-flow disadvantage*, sia compatibile con l'ordinamento comunitario posto che anche il soggetto residente, benché in un momento successivo, è tenuto parimenti al pagamento delle imposte sullo stesso reddito e nel caso di specie anche in misura maggiore. La Corte così ha ritenuto che le differenti modalità di riscossione dell'imposta si giustificano per il fatto che la situazione del soggetto residente e di quello non residente non sono paragonabili. In base al principio di discriminazione, infatti, situazioni differenti non possono essere trattate in modo eguale. La riscossione dell'imposta tramite ritenuta assicura la riscossione dell'imposta in capo al soggetto non residente che diversamente non potrebbe essere assicurata così efficacemente. In caso di inadempimento, infatti, lo Stato della fonte per attivare efficacemente procedure di recupero del credito dovrebbe richiedere l'assistenza dell'altro Stato⁴⁰⁷.

All'epoca dei fatti non era applicabile la direttiva comunitaria sulla riscossione, Direttiva del 15 giugno 2001 n. 44 che ha la Direttiva del 15 marzo 1976, n. 308 estendendone il campo di applicazione anche alle imposte dirette⁴⁰⁸. E', dunque, difficile prevedere se a livello di proporzionalità in presenza di tale direttiva le ragioni di cautela fiscale per assicurare un'efficace riscossione siano ancora tali da giustificare tale diverso trattamento. Probabilmente anche a livello comunitario bisognerà tenere

dicembre 2008, non ha accolto favorevolmente la decisione osservando come la CGCE abbia deciso il caso non al livello delle giustificazioni ma a livello della comparazione fra soggetto residente e non residente allargando le possibilità di considerarli in differenti situazioni. Viene poi sostenuto che il "*...cash-flow disadvantage seem to no longer be of concern to the Court*". Tale affermazione tuttavia non sembra corretta alla luce della sentenza Busley nella quale diversamente la Corte ha ritenuto che fosse necessario concedere l'immediata deducibilità della perdita e non attendere la compensazione con i futuri redditi. Invero il differente trattamento deriva dal diverso ruolo che gioca il principio di capacità contributiva con riferimento alla determinazione complessiva del reddito delle persone fisiche rispetto a quella del reddito nell'ambito della singola categoria reddituale ovvero nell'ambito dell'imposta sulle società.

⁴⁰⁷ V. para 48, *Truck Center*, cit.: "*...se le società beneficiarie residenti sono direttamente soggette al controllo dell'amministrazione tributaria belga, che può garantire il recupero dell'imposta per vie esecutive, ciò non avviene nel caso delle società beneficiarie non residenti, poiché, per queste ultime, il recupero dell'imposta richiede l'assistenza dell'amministrazione tributaria del loro Stato di residenza*".

⁴⁰⁸ Si tratta della Direttiva del Consiglio del 15 giugno 2001, 2001/44/CE che modifica la direttiva 76/308/CEE relativa all'assistenza reciproca in materia di recupero dei crediti risultanti da operazioni che fanno parte del sistema di finanziamento del Fondo europeo agricolo di orientamento e di garanzia, nonché dei prelievi agricoli, dei dazi doganali, dell'imposta sul valore aggiunto e di talune accise (GU L 175, pag. 17).

conto che il criterio ordinario di tassazione previsto per i soggetti residenti potrebbe generare in capo al soggetto non residenti dei costi amministrativi che potrebbe scoraggiarlo nell'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato. In tal senso, la ritenuta alla fonte garantisce un sistema di riscossione più efficace non solo a vantaggio dell'Amministrazione finanziaria ma anche dei contribuenti i quali saranno sollevati da tutti gli obblighi dichiarativi⁴⁰⁹.

Anche a livello comunitario vengono bilanciati da una parte l'interesse ad una parità di trattamento fra residente e non residente, dall'altra l'interesse degli Stati nazionali ad assicurarsi una pronta riscossione dell'imposta; tale ultima esigenza non sembra venir meno con riferimento alla tassazione dei non residenti per la presenza dell'attuale direttiva. In quanto, l'eliminazione delle ritenute alla fonte per la tassazione dei soggetti non residenti, in casi di transazioni *una tantum* o di piccoli ammontari di reddito avrebbero l'effetto di generare più svantaggi di quanti non ne voglia eliminare. I costi amministrativi di una ordinaria dichiarazione potrebbero essere ben superiori agli svantaggi che si vogliono eliminare. Tuttavia, non è escluso che la Corte di Giustizia, sulla base della Direttiva sulla riscossione, potrebbe giudicarle incompatibili con il diritto comunitario poiché non più rispettose del principio di proporzionalità. In tal senso, una misura meno restrittiva potrebbe essere quella di attribuire al non residente la facoltà di essere tassato attraverso le normali procedure previste per i soggetti residenti. Si potrebbe, comunque, prevedere la possibilità di applicare una ritenuta a titolo di

⁴⁰⁹ In tal senso si è espresso l'Avvocato generale, Kokott nella sue conclusioni al Caso Truck Center, C. 282/07, il 18 settembre 2008. Ai paragrafi 45-46 sostiene che : “ *Tuttavia, malgrado la possibilità della cooperazione amministrativa, non è affatto necessario che l'applicazione di imposte alla società madre non residente, beneficiaria degli interessi, costituisca effettivamente uno strumento meno incisivo rispetto all'applicazione della ritenuta alla fonte nazionale alla società controllata. Qualora, infatti, il beneficiario non residente fosse il debitore della ritenuta di imposta mobiliare, esso dovrebbe presentare una dichiarazione fiscale all'amministrazione tributaria dello Stato membro in cui i redditi hanno origine, sebbene non risieda in tale Stato. L'amministrazione di detto Stato dovrebbe registrarlo come soggetto passivo ed esercitare il controllo sulla presentazione della dichiarazione fiscale, nonché sul versamento dell'imposta. Al momento della riscossione dovrebbe, inoltre, attivare le autorità dello Stato di residenza del beneficiario degli interessi nell'ambito della cooperazione amministrativa.*

46. *Nel complesso, tale forma di imposizione fiscale comporterebbe probabilmente un costo a carico dell'amministrazione fiscale, ma anche dell'intero gruppo societario, nettamente superiore rispetto alla tassazione alla fonte della società controllata, che è comunque soggetta ad imposta nel territorio nazionale. Specialmente in caso di crediti fiscali da percepire una tantum o di modesto importo, tali costi aggiuntivi risulterebbero sproporzionati a fronte dell'onere amministrativo derivante dall'applicazione della ritenuta alla fonte, come fa presente anche la Commissione.*”

acconto facendo così salva l'esigenza di un'efficace riscossione da parte dello Stato della fonte⁴¹⁰.

SEZIONE I

LE PERDITE NELL'AMBITO DELLA DETERMINAZIONE COMPLESSIVA DELLA CAPACITÀ CONTRIBUTIVA.

4. La determinazione della complessiva della capacità contributiva per le persone fisiche con riferimento alla deducibilità delle perdite intese come deduzioni e/o detrazioni: il caso Schumacker, Gilly e De Groot.

Sicuramente il *leading case* che, in ambito fiscale, ha posto il problema della determinazione della capacità contributiva complessiva del soggetto contribuente è stata la sentenza sentenza Schumacker, Causa C-279/93. Era un caso di *Host State discrimination*, nel quale al soggetto non residente non erano riconosciute le deduzioni per la situazione personale e familiare del contribuente. La Corte si è trovata a decidere, con le specificità del caso che ora vedremo, se tale trattamento discriminatorio non fosse incompatibile con l'art. 39, comma del Trattato che recita: “*la libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità (...) implica l'abolizione di qualsiasi discriminazione, fondata sulla nazionalità, tra i lavoratori degli Stati membri, per quanto riguarda l'impiego, la retribuzione e le altre condizioni di lavoro*”⁴¹¹.

⁴¹⁰ Di contro MAISTO (*op. cit.*, p. 81) ritiene che la Direttiva sull'assistenza alla riscossione dovrebbe portare la Corte di Giustizia a giudicare incompatibile con il diritto comunitario le ritenute alla fonte le quali non sarebbero più l'unico strumento a disposizione degli Stati membri per assicurare una pronta ed efficace riscossione.

⁴¹¹ L'art. 39 attua il principio fondamentale sancito dall'art. 3, lett. c), del Trattato CE della eliminazione degli ostacoli alla libera circolazione delle persone, *ex multis* la sentenza *Terhoeve*, causa 18/95, sentenza 26 gennaio 1999. Per un'analisi del principio della libera circolazione dei lavoratori subordinati nel diritto comunitario, si rinvia a V. GUIZZI, *La libera circolazione dei lavoratori subordinati e politica sociale*, in E. PENNACCHINI, R. MONACO, L. FERRARI BRAVO, S. PUGLISI, *Manuale di diritto comunitario*, Torino, 1984, p. 483 e ss.; B. NASCIBENE, *Libera circolazione delle persone e garanzie di diritto comunitario nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Dir. com. scambi int.*, 1981, pp. 155 e ss.

Prima di analizzare il caso è opportuno chiedersi come la Corte abbia superato l'ostacolo letterale posto dalla norma secondo cui la libera circolazione dei lavoratori implica l'abolizione "di qualsiasi discriminazione, fondata sulla nazionalità". Nel caso di specie la discriminazione non era in base alla cittadinanza ma come detto in base alla residenza. Come ho avuto modo di ricordare in precedenza, una nozione di discriminazione in ambito fiscale fondata sulla cittadinanza del lavoratore non avrebbe alcun senso. Questa osservazione nasce dalla banale constatazione che, nel diritto tributario, l'elemento di natura personale preso a base dell'*economic allegiance*⁴¹² tra il cittadino e lo Stato è la nozione di residenza. E' solo rifacendosi a tale nozione che si riesce a verificare la sussistenza o meno di una norma discriminatoria.

Questa interpretazione è stata accolta dalla Corte di Giustizia Europea nella sentenza Sotgiu, C-152/73:

"il principio della parità di trattamento(...) vieta non soltanto le discriminazioni palesi in base alla cittadinanza, ma altresì qualsiasi discriminazione dissimulata che, pur fondandosi su altri criteri di riferimento, pervenga al medesimo risultato".

Invero, come detto, questo è l'approccio che la Corte riserva a tutte e quattro le libertà fondamentali.

Ma con specifico riferimento alla libera circolazione delle persone, il principio della parità di trattamento in materia di retribuzione sarebbe privato di effetto se potesse essere violato da norme nazionali discriminatorie in materia di imposte sul reddito. Così, la residenza diventa l'unico criterio per accertare se una norma interna sia discriminatoria, dal momento che gli Stati membri assumono la residenza, e non la cittadinanza, come fondamento delle loro pretese impositive.

E', pertanto, corroborata la tesi secondo cui anche la residenza può costituire un criterio sulla base del quale accertare se un trattamento riservato da uno Stato membro a cittadini non nazionali sia discriminatorio. Per meglio definire il concetto di discriminazione come elaborato dalla Corte di Giustizia Europea è bene richiamare la sentenza Sermide, Causa C-106/83 dove viene affermato che:

"Il principio di non discriminazione (...) impone che situazioni analoghe non siano trattate in maniera differenziata e situazioni diverse non siano trattate in maniera uguale a meno che un tale trattamento non sia obiettivamente giustificato."

⁴¹² Sull'argomento si rinvia al capitolo II e alla bibliografia ivi citata.

In ambito fiscale, essere discriminati significa sostanzialmente essere oggetto di un trattamento fiscale meno favorevole che può derivare dalla applicabilità di disposizioni più gravose, di ordine sia sostanziale (di regola base imponibile o aliquota) sia procedimentale, oppure dalla non applicabilità di norme più favorevoli, anche di agevolazione⁴¹³.

Si può parlare di discriminazione indiretta (“*covert discrimination*”) quando le disposizioni interne disciplinano in modo discriminatorio due situazioni sulla base di un elemento diverso dalla cittadinanza.

Tale diverso elemento in ambito fiscale, non è solamente la residenza⁴¹⁴.

Nel caso Schumacker, si trattava di una *covert discrimination* (discriminazione indiretta) basata sulla residenza e la Corte ha riconosciuto come premessa di carattere generale che:

“31.... in materia di imposte dirette la situazione dei residenti e quella dei non residenti non sono di regola analoghe.

32 Il reddito percepito nel territorio di uno Stato membro da un non residente costituisce il più delle volte solo una parte del suo reddito complessivo, concentrato nel suo luogo di residenza. Peraltro, la capacità contributiva personale del non residente, derivante dalla presa in considerazione di tutti i suoi redditi e della sua situazione personale e familiare, può essere valutata più agevolmente nel luogo in cui egli ha il centro dei suoi interessi personali ed economici. Questo luogo corrisponde in genere alla residenza abituale della persona interessata. Anche il diritto tributario internazionale, in ispecie il modello di convenzione dell' Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE) in materia di doppia imposizione, ammette che in via di principio spetta allo Stato di residenza tassare il contribuente in modo globale, prendendo in considerazione gli elementi inerenti alla sua situazione personale e familiare.”

⁴¹³ Sul punto vedi G. MELIS, *Libertà di circolazione dei lavoratori, libertà di stabilimento e principio di non discriminazione nell'imposizione diretta: note sistematiche sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee*, in *Rass trib.*, 2000, p. 1155.

⁴¹⁴ Le principali sentenze che si basano su discriminazioni indirette nel filone della giurisprudenza tributaria nell'esercizio della libera circolazione dei lavoratori dipendenti sono: *Biehl*, C-175/88; *Bachmann*, C-204/90; *Schumacker*, C-279/93; *Gschwind*, C-391/97.

La Corte di Giustizia, ritiene in accordo con i criteri stabiliti dall'OCSE, che non spetti allo Stato della fonte del reddito riconoscere gli elementi di tipo personale al fine di determinare la sua capacità contributiva. Avevamo, infatti, visto nel capitolo II cui si rimanda, come a livello convenzionale l'art. 24 del Modello di Convenzione OCSE non imponeva allo Stato della fonte di riconoscere le deduzioni personali e familiari.

L'art. 39 del Trattato CE, quindi, *“non osta in via di principio all' applicazione di una normativa di uno Stato membro che assoggetti ad imposta i redditi del non residente che lavora in questo Stato in misura maggiore rispetto a quelli del residente che svolge lo stesso lavoro. (par. 35.)”*.

Pertanto, è necessario provvedere ad esaminare se nel caso di specie ci sia o meno una differenza oggettiva nella situazione dei soggetti posti a confronto per quanto concerne la discriminazione; sola una eventuale differenza rilevante riscontrata in questa indagine può essere considerata come un'oggettiva giustificazione della discriminazione; nella sentenza richiamata, tuttavia, la Corte di Giustizia europea dà rilevanza ad un terzo tipo di lavoratore, il lavoratore non-residente che produce più del 90% del suo reddito in un Paese membro diverso da quello della sua residenza. La Corte al punto 37 della sentenza sostiene che :

“37 Fra tale non residente e un residente che svolge un' attività lavorativa subordinata analoga non sussiste alcuna obiettiva diversità di situazione tale da giustificare una disparità di trattamento per quanto riguarda la presa in considerazione, ai fini dell' imposizione, della situazione personale e familiare del contribuente.

38 Per quanto riguarda un non residente che percepisce in uno Stato membro diverso da quello in cui risiede la parte essenziale dei suoi redditi e la quasi totalità dei suoi redditi familiari, la discriminazione consiste nel fatto che la situazione personale e familiare di questo non residente non è presa in considerazione né nello Stato di residenza né in quello dell' occupazione”

In tal caso, la obiettiva giustificazione di tale differenziazione non sussiste. E' evidente l'antinomia che si viene a creare tra principi costituzionalmente garantiti e il fine perseguito dall'ordinamento comunitario: da una parte la creazione un “libero mercato”, attraverso la libera circolazione dei lavoratori e il libero esercizio delle altre libertà garantite dal Trattato, e dall'altra del principio della capacità contributiva.

Tuttavia la Corte di Giustizia pone molta attenzione a tale principio, ben consapevole che:

“Il reddito percepito nel territorio di uno Stato membro da un non residente costituisce il più delle volte solo una parte del suo reddito complessivo, concentrato nel suo luogo di residenza. Peraltro, la capacità contributiva personale del non residente, derivante dalla presa in considerazione di tutti i suoi redditi e della sua situazione personale e familiare, può essere valutata più agevolmente nel luogo in cui egli ha il centro dei suoi interessi personali ed economici. Questo luogo corrisponde in genere alla residenza abituale della persona interessata” (punto 32, sentenza Schumacker).

La Corte è consapevole che, generalmente, solo ad un soggetto residente all'interno di uno Stato membro, sottoposto ad una piena tassazione (c.d. *world wide taxation*) in fase di redistribuzione del reddito, valutando in modo completo la sua capacità contributiva, vengono riconosciute quelle agevolazioni personali e familiari che sono funzionali al raggiungimento di altri principi costituzionalmente garantiti⁴¹⁵.

Ma la Corte di Giustizia Europea, nella sentenza citata, per rafforzare e consolidare il patrimonio delle realizzazioni comunitarie (c.d. *acquis communautaire*) ha ritenuto, nella situazione suddetta, perfettamente comparabili un cittadino comunitario residente e un non residente. Naturale corollario di tale considerazione è l'estensione a quest'ultimi dei trattamenti agevolati previsti in ambito fiscale, in considerazione della situazione personale e familiare del lavoratore dipendente⁴¹⁶.

L'equiparazione del contribuente non residente opera, tuttavia solo se vengono soddisfatte due condizioni: i) più del 90% del reddito deve essere percepito nel Paese

⁴¹⁵ Con riferimento al principio di territorialità è apprezzabile il suo riconoscimento da parte della Corte nella sentenza Futura, Causa C-118/96, in cui si discute della determinazione della capacità contributiva di una succursale lussemburghese di una società avente sede in Francia. Così si esprime la Corte: *“Nella determinazione della base imponibile di soggetti non residenti sono presi in considerazione ai fini del calcolo dell'imposta da essi dovuta in Lussemburgo soltanto gli utili e le perdite derivanti dalle loro attività lussemburghesi”*. Pertanto *“tale regime, conforme al principio tributario della territorialità, non può considerarsi comportare una discriminazione, palese o dissimulata, vietata dal Trattato”*. Sul concetto di territorialità vedi in dottrina C. SACCHETTO, *Territorialità (diritto tributario)*, in *op. cit.* e ancora sempre in riferimento allo stesso autore cfr. C. SACCHETTO, *Contenuto ed efficacia immediata negli ordinamenti degli Stati membri delle disposizioni fiscali del Trattato Cee*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, II, 1969, pp. 330, 334 e ss.

⁴¹⁶ Cfr. F. AMATUCCI, *Divieto di discriminazione fiscale dei lavoratori subordinati nell'ambito dell'Unione Europea*, in *Dir. prat. trib.*, II, 1996, p. 227, il quale afferma che il criterio di collegamento basato sulla residenza perde la sua rilevanza quando la quasi totalità del reddito è prodotta nello Stato della fonte.

comunitario; ii) il Paese di residenza non prenda in considerazione la sua situazione personale e familiare.

Se non ricorrono tali condizioni vi sono giustificazioni “obiettive” per trattare in modo “discriminato” il soggetto residente e non residente, quanto meno ai fini della concessione delle agevolazioni personali e familiari.

In tal caso la tassazione del non residente si tramuterà da una tassazione di tipo reale ad una di tipo personale assicurando, così, secondo i criteri del Paese di destinazione la ricostruzione della effettiva capacità contributiva.

Il carattere strettamente personale dell’imposta sul reddito delle persone fisiche non può giustificare una discriminazione fra residenti e non residenti giustificata sulla base del principio di tassazione territoriale.

Tale carattere porta a giustificare il c.d. *overall approach* nell’ambito di una *Host State discrimination*. L’analisi non si deve arrestare al trattamento discriminatorio fra residente e non residente, che in principio è giustificato dal diverso atteggiarsi del principio di capacità contributiva in capo ai due soggetti, ma si deve andare a verificare se in concreto in almeno uno dei due Stati membri vi è stato il riconoscimento delle deduzioni per la situazione personale e familiare.

Altrimenti detto, è necessario che la libertà concessa agli Stati membri di ripartire la loro potestà impositiva secondo criteri unilaterali o bilaterali, non deve compromettere la corretta valutazione della capacità contributiva del soggetto in questione.

Nel caso di specie, il fatto che nello Stato di residenza non si tenga conto della situazione personale e familiare nasce dal fatto che il Belgio utilizza come metodo per evitare la doppia imposizione il metodo dell’esonazione.

In tale circostanza, lo Stato della fonte non può giustificare un diverso trattamento fiscale riservato al non residente sul principio di tassazione territoriale.

Per la Corte di Giustizia, in tal caso, è prioritario ricostruire la reale capacità contributiva del soggetto in questione. Con il metodo dell’esonazione se il reddito viene prodotto interamente nello Stato della fonte, la sua situazione personale e familiare non verrà mai presa in considerazione né nello Stato della fonte né in quello della residenza.

Ciò ci porta alla conclusione che il metodo dell'esenzione in talune circostanze non è compatibile con il mercato interno⁴¹⁷. La piena realizzazione della CIN può compromettere il cittadini comunitari di vedersi riconosciute le agevolazioni per la propria situazione personale e familiare. E', dunque, lo Stato della fonte in tale circostanza a rimuovere l'ostacolo e tenere in considerazione le deduzioni personali e familiari che altrimenti non sarebbero concesse.

Proprio nella sentenza Schumacker, paragrafo 46 la Corte, infatti, ricorda che la Germania concedeva ai lavoratori frontalieri residenti nei Paesi Bassi che svolgevano un'attività in Germania le agevolazioni fiscali connesse alla loro situazione personale e familiare a condizione che almeno il 90% del loro reddito fosse percepito in terra tedesca.

“46 Inoltre, per quanto riguarda più in particolare la Repubblica federale di Germania, si deve rilevare che essa concede ai lavoratori frontalieri residenti nei Paesi Bassi e che svolgono un' attività in Germania le agevolazioni fiscali connesse a una presa in considerazione della loro situazione personale e familiare, ivi compreso il beneficio della tariffa "splitting". Quando essi percepiscono almeno il 90% dei loro redditi nel territorio tedesco, questi cittadini comunitari sono infatti equiparati ai cittadini tedeschi in base alla Ausfuehrungsgesetz Grenzgaenger Niederlande 21 ottobre 1980 (legge tedesca recante applicazione del Protocollo aggiuntivo del 13 marzo 1980 sulla convenzione 16 giugno 1959 fra la Repubblica federale di Germania ed il Regno dei Paesi Bassi per evitare la doppia imposizione).”

Molto spesso, infatti, i Paesi che adottano il metodo dell'esenzione prevedono delle clausole di salvaguardia per evitare tali casi pregiudizievoli.

Tuttavia, è bene sottolineare che se il Belgio avesse utilizzato il credito di imposta come metodo per evitare la doppia imposizione il sig. Schumacker non avrebbe avuto alcuna difficoltà a farsi riconoscere le deduzioni personali e familiari nel suo stato di residenza e la Germania sarebbe stata esonerata dal farlo benché il soggetto in questione guadagnasse la quasi totalità del reddito in Germania.

⁴¹⁷ La portata estensione della dottrina Schumacker è stata limitata nella successiva sentenza Gschwind C-391/97, tenuto conto del fatto che quasi il 42% del reddito globale dei coniugi, nel caso di specie, era percepito nello Stato di residenza. In tali circostanze, quest'ultimo è in grado di tener conto della situazione personale e familiare del signor Gschwind secondo le modalità previste dalla propria normativa, poiché la base imponibile è sufficiente in detto Stato per permettere tale presa in considerazione.

Proprio la sentenza dei coniugi Gilly, Causa C-336/96⁴¹⁸, ha posto il problema della legittimità del metodo del credito di imposta con il diritto comunitario rispetto al pieno riconoscimento delle deduzioni personali e familiari. Il metodo del credito di imposta, come noto, realizzando un principio di *home neutrality*, riconosce un credito ordinario per le imposte pagate all'estero nei limiti dell'imposta dovuta nel paese di residenza.

Il credito di imposta così congegnato, tuttavia, limitando il riconoscimento delle imposte estere a quelle dovute nello Stato di residenza, comporta, in taluni casi, come già sottolineato nel capitolo II, l'assorbimento dell'agevolazioni fiscali e personali garantite dallo Stato di residenza. Tale effetto pregiudizievole si ha certamente quando l'aliquota d'imposta è superiore nello Stato della fonte ma anche nel caso di parità di aliquota fra i due Stati.

Si pensi, infatti, ad un soggetto tipo Schumacker che percepisce la quasi totalità del suo reddito nello Stato della fonte. Fatto 100 il reddito e il 10% l'aliquota in entrambi gli Stati, le imposte pagate all'estero saranno pari a 10. Tuttavia, non sarà possibile scomutarle interamente nello Stato di residenza, poiché, stante il riconoscimento delle agevolazione personali e familiari, l'imposta ivi dovuta sarà sempre inferiore a 10, sia nel caso di deduzione dall'imponibile che di detrazioni dall'imposta, con l'effetto di produrre una doppia imposizione che, in ultima analisi, potrà al mancato riconoscimento della situazione personale e familiare del soggetto⁴¹⁹.

Questo è proprio quello che i coniugi Gilly avevano lamentato:

“44. Secondo i ricorrenti nella causa principale, il sistema di credito d'imposta di cui trattasi sfavorisce le persone che hanno esercitato il loro diritto alla libera circolazione in quanto lascia sussistere una doppia imposizione. Nella specie, a causa della

⁴¹⁸ Per un commento in dottrina, cfr. PISTONE P., *Il credito per le imposte estere e il diritto comunitario: la Corte di giustizia non convince*, in *Riv. dir. trib.*, 2000, p. 69.

⁴¹⁹ Ciò è quanto potrebbe accadere in Italia, Si pensi al caso in cui un soggetto benché guadagni più del 90% del suo reddito in Italia ma è considerato residente in Germania, ai fini del Trattato Italia-Germania, in quanto ivi è localizzata la famiglia. In tal caso in Italia essendo qualificato come non residente non potrebbe beneficiare delle deduzioni e detrazioni previste per carichi di famiglia. Consapevoli di ciò, proprio nel Trattato Italia-Germania all'art. 25, il principio di non discriminazione prevede che *“In particolare, i nazionali di uno Stato contraente che sono imponibili nell'altro Stato contraente beneficiano delle esenzioni, degli abbattimenti alla base, delle detrazioni e delle riduzioni d'imposta accordati per carichi di famiglia ai nazionali di detto altro Stato che si trovino nelle stesse condizioni.”* Pertanto l'Italia dovrebbe riconoscere le detrazioni per carichi di famiglia sulla base della Convenzione Germania-Italia. Ad esempio nella Convenzione Italia-Belgio non è stato aggiunto tale inciso nell'art. 25 della non discriminazione pur il Belgio esentando il reddito di fonte estera come la Germania.

maggiore progressività dell'imposta tedesca rispetto all'imposta francese e tenuto conto della quota dei redditi da lavoro della signora Gilly nell'insieme dei redditi dei coniugi soggetti ad imposta in Francia, l'importo del credito d'imposta sarebbe sempre inferiore all'imposta effettivamente versata in Germania. Inoltre, il fatto che la situazione personale e familiare della signora Gilly non sia considerata in Germania, diversamente da quanto avviene in Francia, per il calcolo dell'imposta sul reddito complessivo, comporterebbe che il credito d'imposta imputato nello Stato di residenza sia inferiore all'importo dell'imposta effettivamente versata nello Stato di occupazione tenuto conto degli sgravi e delle riduzioni concessi nel primo Stato.”

La Corte di Giustizia, tuttavia, ha ritenuto che l'effetto pregiudizievole era da imputare non tanto al credito di imposta quanto al fatto che l'aliquota d'imposta era superiore a quella francese.

Così si esprime la Corte al punto 47 della sentenza:

“Orbene, è assodato che le conseguenze sfavorevoli che potrebbe comportare, nella specie, il sistema del credito d'imposta istituito dalla convenzione bilaterale, quale esso è attuato nell'ambito del sistema tributario dello Stato di residenza, discendono soprattutto dalle disparità tra le aliquote d'imposizione degli Stati membri di cui trattasi, la cui fissazione, in mancanza di normativa comunitaria in materia, compete agli Stati membri”

Pertanto è vero che i coniugi Gilly si sono trovati a pagare più imposte rispetto ad un cittadino che ha prodotto l'intero reddito all'interno della Francia, ma tale effetto non è da imputare al metodo adattato dalla Francia per prevenire il nascere di fenomeni di doppia imposizione in sede di stipulazione di Trattati bilaterali (è previsto il sistema del credito d'imposta dall'art. 20, n. 2, lett. a), cc, della Convenzione tra Francia e Germania, in conformità a quanto previsto dal Modello tipo OCSE). Tale differenziale è giustificato dalla Corte, in assenza di armonizzazione comunitaria, per la mancata uniformazione delle aliquote, dei criteri di determinazione della capacità contributiva, della base imponibile, eccetera⁴²⁰.

⁴²⁰ In argomento cfr. J. AVERY JONES, *Carry on discriminating*, in *European Taxation*, 1996, p. 46; TOIFL, *Can a discrimination in the State of residence be justified by taxable situation in the State of source?*, in *EC Tax review*, 1996, p.165; P. WATTEL, *Home neutrality in an Internal Market*, in *European Taxation*, 1996, p. 159.

Pertanto, nel caso di specie saremmo in presenza di un tipico disparità frutto dell'esercizio contemporaneo di due Stati membri della loro potestà impositiva. In tal circostanza non si può chiedere allo Stato di residenza di tenere in considerazione le imposte effettivamente pagate all'estero né allo Stato della fonte, in questo caso la Germania, di tener conto della situazione personale e familiare poiché questa viene presa in considerazione nello Stato di residenza. E' evidente che il riconoscimento delle deduzioni e detrazioni incide negativamente sull'ammontare di credito di imposta disponibile. Poiché anche a parità di aliquote l'imposta dovuta nel Paese di residenza sarà sempre più bassa a causa di tali deduzioni/detrazioni generando così una minore imposta accreditabile nello Stato di residenza. Solo un meccanismo di riporto in avanti del credito consentirebbe di ridurre l'effetto negativo di tale calcolo e sarebbe maggiormente compatibile con la necessità di ricostruire la capacità contributiva complessiva del contribuente, spostata ad un livello comunitario. Questa, tuttavia, è considerata una disparità non in contrasto con il diritto comunitario.

Ma vi è di più. Condannare il sistema del credito d'imposta, cioè riconoscere l'obbligo dello Stato di residenza di consentire al contribuente la detrazione dell'identico ammontare di imposte assolte all'estero si tradurrebbe, secondo la Corte di Lussemburgo, nella perdita di entrate fiscali per lo Stato e, perciò, in una inammissibile limitazione della sovranità degli Stati membri in materia di imposte dirette.

Certamente "*...the very idea of the credit method (home neutrality) is difficult to reconcile with the very idea of having a common market, especially with not having any tax impediments for economic operator who is engaged in economic activities abroad*"⁴²¹. La gravosità del sistema fiscale di uno Stato membro può anche dissuadere un cittadino comunitario dall'esercitare un'attività economica sul suo territorio, ma se da parte dell'*Host State* non c'è un trattamento discriminatorio, palese o dissimulato, nei confronti dei cittadini comunitari, la mancata armonizzazione delle aliquote, delle basi imponibili, etc. non può essere considerato come restrittivo delle libertà fondamentali.

Rebus sic stantibus emerge, comunque, da un costante orientamento della giurisprudenza comunitaria l'abbandono del *world-wide principle* (ovvero tassazione nel luogo di residenza del soggetto) a favore di un criterio di tassazione, in ambito

⁴²¹P. WATTEL, *op. cit.*, pp. 159 e 163.

transnazionale, nel territorio ove più intenso è il grado di connessione materiale e/o oggettiva. Si sta andando verso un criterio di imposizione territoriale con il progressivo abbandono del criterio di imposizione nel Paese di residenza del reddito ovunque prodotto.

La Corte, altresì, esprime in modo netto un *favor* che tende ad individuare la concreta manifestazione di capacità contributiva in capo al soggetto passivo non limitata al singolo ordinamento, ma spostata ad un livello superiore, quello comunitario.

Questo tentativo mal si concilia, tuttavia, con il principio di capacità contributiva che, in quanto realizza un'esigenza di giustizia fiscale, mal sopporterebbe un sistema alternativo al metodo del credito d'imposta che da un punto di vista interno realizza quel principio di neutralità per cui i soggetti residenti in Italia saranno soggetti allo stesso carico fiscale a prescindere dalla loro fonte di reddito. E' di facile comprensione la difficoltà da parte della Unione Europea di perseguire la costruzione di un mercato come "spazio senza frontiere" e dall'altra realizzare all'interno dei singoli Stati nazione ancora quel fine di solidarietà sancito dall'art. 2 della Costituzione che in ambito fiscale è rappresentato dall'art. 53 della Costituzione.

Un ultimo caso importante da segnalare è il caso De Groot sempre con riferimento alla mancata considerazione della situazione personale e familiare del contribuente.

Siamo in presenza di un caso nel quale in discussione non è trattamento discriminatorio della Stato ospitante ma quello restrittivo all'esercizio delle libertà fondamentali da parte dello Stato della residenza, c.d. *home state restriction*⁴²². Anche tali restrizioni sono giudicate incompatibili per il diritto comunitario.

Tale concetto è stato espresso fiscalità diretta riguardante i lavoratori dipendenti nella recente sentenza De Groot, causa 385/00⁴²³:

"... da una giurisprudenza costante risulta che il complesso delle norme del Trattato relative alla libera circolazione delle persone è volto ad agevolare ai cittadini

⁴²² La prima sentenza che se ne è occupata è la Stanton, causa C-143/87 dove si statuisce che:

"13 Le norme del trattato sulla libera circolazione delle persone sono volte pertanto a facilitare ai cittadini comunitari l'esercizio di attività lavorative di qualsivoglia natura in tutto il territorio della Comunità, ed ostano ad una normativa nazionale che li ostacoli qualora desiderino estendere le loro attività al di fuori del territorio di un unico Stato membro."

⁴²³ Le sentenze che si occupano di restrizioni in tema di libera circolazione dei lavoratori sono diverse le più importanti sono: *Singh*, causa C-370/90; *Scholz*, causa C-419/92; *Sehrer*, causa C-302/98. Quelle che si occupano di restrizioni ingiustificate generate da norme tributarie sono: *Terhoeve*, causa C-18/95; *Gilly*, C-336/96; *De Groot*, causa C-385/00.

comunitari l'esercizio di attività lavorative di qualsivoglia natura nell'intero territorio della Comunità ed osta ai provvedimenti che potrebbero sfavorirli qualora intendano svolgere un'attività economica nel territorio di un altro Stato membro (sentenze 7 luglio 1992, causa C-370/90, Singh, Racc. pag. I-4265, punto 16; Terhoeve, cit., punto 37; 27 gennaio 2000, causa C-190/98, Graf, Racc. pag. I-493, punto 21, e 15 giugno 2000, causa C-302/98, Sehrer, Racc. pag. I-4585, punto 32

Disposizioni che impediscano ad un cittadino di uno Stato membro di lasciare il paese d'origine per esercitare il suo diritto di libera circolazione, o che lo dissuadano dal farlo, costituiscono quindi ostacoli frapposti a tale libertà anche se si applicano indipendentemente dalla cittadinanza dei lavoratori interessati (sentenza 7 marzo 1991, causa C-10/90, Masgio, Racc. pag. I-1119, punti 18 e 19, nonché le citate sentenze Terhoeve, punto 39, e Sehrer, punto 33). Così, anche se, secondo il loro tenore letterale, le disposizioni relative alla libera circolazione dei lavoratori sono dirette, in particolare, a garantire il beneficio del trattamento nazionale nello Stato di accoglienza, esse ostano altresì a che lo Stato d'origine ostacoli la libera accettazione e lo svolgimento di un lavoro da parte di uno dei suoi cittadini in un altro Stato membro (v., in tal senso, citata sentenza Terhoeve, punti 27-29).”

Nel caso di specie il sig. De Groot aveva un documento per il fatto che una parte del suo reddito prodotto all'estero non era tenuto in considerazione dal suo stato di residenza ai fini della valutazione complessiva della sua situazione personale e familiare. Ciò aveva prodotto un mancato riconoscimento di agevolazioni fiscali che non si sarebbe prodotto se avesse percepito l'intero reddito non suo Stato di residenza. Il risultato sfavorevole derivava dal combinato disposto della norma interna e della norma convenzionale.

In proposito la Corte ha ben chiarito che: *“I meccanismi impiegati per eliminare la doppia imposizione o i sistemi fiscali nazionali che hanno l'effetto di eliminarla o di attenuarla devono tuttavia garantire ai contribuenti degli Stati interessati che, globalmente, l'insieme della loro situazione personale e familiare sarà debitamente presa in considerazione, quale che sia il modo in cui gli Stati membri interessati si sono ripartiti tale obbligo, salvo creare una disparità di trattamento incompatibile con le disposizioni del Trattato sulla libera circolazione dei lavoratori, che non risulterebbe affatto dalle disparità esistenti tra le normative fiscali nazionali.”*⁴²⁴

⁴²⁴ Così par. 101, *De Groot*, causa C-385/00.

Nel caso di specie tale risultato non è stato raggiunto, è, pertanto, anche lo Stato di residenza, come lo Stato della fonte, nei limiti primi analizzati, devono tener conto di ciò che avviene nell'altro Stato seguendo il c.d. *overall approach*.⁴²⁵

Tale sentenza è altresì importante perché la Corte in tali circostanze è irrilevante a come gli Stati membri, in presenza di una convenzione, abbiano ripartito la loro potestà impositiva posto che ciò che interessa è la ricostruzione della capacità contributiva complessiva.

5. La compensazione orizzontale delle perdite nella giurisprudenza della Corte di Giustizia: il caso Lakebrink, Renneberg, Busley.

Sia nel caso Lakebrink⁴²⁶ che nel caso Renneberg⁴²⁷, la dottrina Schumacker, nella prospettiva di una *Host State discrimination*, viene estesa oltre le deduzioni e le detrazioni fiscali consentendo nello Stato della fonte del reddito la compensazione orizzontale delle perdite, per tenere in considerazione la reale e globale capacità contributiva del contribuente, il paragrafo 34 della sentenza Lakebrink statuisce:

“34. Dall'altra parte, la ratio su cui si fonda la discriminazione accertata dalla Corte nella citata sentenza Schumacker, e ricordata al punto 31 di questa sentenza, concerne, come evidenziato dall'avvocato generale al paragrafo 36 delle sue conclusioni, tutti i

⁴²⁵ Il rinvio ad un'indagine di tipo fattuale è chiaramente espresso nel 102, De Groot, causa C-385/00: *“Nel caso di specie è giocoforza constatare che il diritto nazionale olandese e le convenzioni stipulate con la Germania, con la Francia e con il Regno Unito non garantiscono un tale risultato. Infatti, lo Stato di residenza è parzialmente svincolato dal suo obbligo di prendere in considerazione la situazione personale e familiare del contribuente senza che, per la parte dei redditi percepiti sul loro territorio, gli Stati d'occupazione accettino di sopportare le conseguenze fiscali di una siffatta presa in considerazione, ovvero se le vedano imporre in applicazione di convenzioni di prevenzione della doppia imposizione stipulate con lo Stato di residenza. Diverso è il caso della convenzione stipulata con la Germania, nell'ipotesi in cui il 90% dei redditi siano percepiti nello Stato d'occupazione, il che non si verifica nella causa principale”*.

⁴²⁶ Lakebrink, causa C-182/06, per un commento cfr. RUSSO M., *La compensazione delle perdite transnazionali da parte del soggetto non residente tra principio di territorialità e tassazione in base alla capacità contributiva*, in *Riv. dir. trib.*, 2008, fasc. 4, p. 91.

⁴²⁷ Renneberg, causa C-527/06, per un commento prima della pronuncia della Corte cfr. E. KEMMEREN E., *The Netherlands I: The Renneberg, X Holding and Commission v. the Netherlands Cases*, in *ECJ-Recente Developments in Direct Taxation*, Lang M., Pistone P., Schuch J., Staringer C., Wien, 2008; successivamente M. LANG, *op.cit.*, 2009.

vantaggi fiscali collegati alla capacità contributiva del non residente che non sono presi in considerazione né nello Stato di residenza né nello Stato dell'occupazione (v. anche le conclusioni dell'avvocato generale Léger nella causa che ha dato luogo alla sentenza Ritter-Coulais, paragrafi 97-99), dato che, peraltro, la capacità contributiva può essere qualificata come parte della situazione personale del non residente ai sensi della citata sentenza Schumacker.

Se l'obiettivo è tenere in considerazione la reale capacità contributiva del contribuente che non può essere presa in considerazione nello Stato della residenza la deroga al principio della territorialità deve essere fatto anche con riferimento alla compensazione di redditi negativi derivanti da immobili.

“35 Pertanto, il rifiuto dell'amministrazione fiscale di uno Stato membro di prendere in considerazione redditi da locazione negativi relativi a beni immobili di un contribuente situati all'estero costituisce una discriminazione vietata dall'art. 39 CE.

36 Alla luce delle considerazioni che precedono, occorre risolvere la questione sottoposta dichiarando che l'art. 39 CE dev'essere interpretato nel senso che osta ad una normativa nazionale che non consente ad un cittadino comunitario, non residente nello Stato membro dove percepisce redditi che costituiscono la parte essenziale delle sue risorse imponibili (enfasi aggiunta), di chiedere che, ai fini della determinazione dell'aliquota d'imposta applicabile ai detti redditi, si tenga conto dei redditi da locazione negativi, relativi ad immobili non occupati personalmente e situati in un altro Stato membro, mentre un residente nel primo Stato può richiedere che si tenga conto dei detti redditi da locazione negativi.”. (Sentenza Lakebrink).

Anche qui la condizione è molto stringente e deve essere necessario che la “parte essenziale delle sue risorse imponibili” siano localizzate nello Stato della fonte e che lo Stato della residenza non sia in grado di tenere in considerazione tali redditi negativi. Pertanto ove vi fosse stata la possibilità di una compensazione verticale di tale redditi, ovvero la possibilità di riportarli in avanti a compensazione di futuri redditi, lo Stato della fonte non avrebbe dovuto tenere conto di tale perdita.

Nella sentenza Renneberg è ribadito lo stesso principio.

In entrambi le sentenze giocano un ruolo fondamentale le convenzioni contro le doppia imposizioni.

Nella sentenza Renneberg, richiamando la sentenza De Groot, viene ribadito che gli Stati membri non si possono basare sulle convenzioni contro le doppie imposizioni per giustificare trattamenti discriminatori. In particolare, viene anche ribadito che tali convenzioni non impediscono di prendere in considerazione le perdite ma esclusivamente mirano ad evitare la doppia imposizione delle perdite⁴²⁸.

Inoltre nella sentenza Busley, la Corte di Giustizia nella prospettiva della Stato di residenza e di una *home state restriction*, impone che la perdita generata all'estero sulla quale sarà possibile effettuare un riporto verticale è in contrasto con la corretta determinazione della capacità contributiva del soggetto⁴²⁹. In tal caso lo svantaggio derivante dall'impossibilità di compensare immediatamente la perdita non può ritenersi giustificato, il c.d. *cash flow disadvantage*.

Concludendo anche nel caso di riporto orizzontale delle perdite, funzionale alla tassazione della capacità contributiva personale del soggetto contribuente, né lo Stato della fonte né quello della residenza possono giustificare trattamenti discriminatori/restrittivi, sulla base della ripatriazione del loro potere impositivo stabilito o da norme interne o dal concorso di norme.

⁴²⁸ Paragrafo 56, Renneberg C-527/06: “Dato che tale convenzione non osta alla presa in considerazione, ai fini del calcolo dell'imposta sui redditi di un contribuente residente, dei redditi negativi relativi ad un bene immobile situato in Belgio, risulta che, contrariamente alla tesi del governo dei Paesi Bassi, il diniego di deduzione opposto ad un contribuente come il sig. Renneberg non deriva dalla scelta effettuata nella stessa convenzione di attribuire allo Stato membro nel cui territorio è situato l'immobile in questione la competenza a tassare i redditi immobiliari dei contribuenti rientranti nell'ambito di applicazione di detta convenzione.

⁴²⁹ Sentenza C-35/08, Busley, per un commento prima della sentenza definitiva, cfr. J. ENGLISCH, *The Busley, Block, Commission v. Germany and Persche Cases*, in in *ECJ- Recent Developments in Direct Taxation*, Lang M., Pistone P., Schuch J., Staringer C., Wien, 2008.

SEZIONE II
LE PERDITE NELL'AMBITO DELLA DETERMINAZIONE DELLA SINGOLA
CATEGORIA REDDITUALE E NELL'AMBITO DELLA TASSAZIONE DI
GRUPPO

6. La libertà di stabilimento delle persone fisiche e giuridiche garantite dal Trattato.

La tutela fornita nell'ambito della disciplina delle perdite nella determinazione del reddito di impresa o più in generale nell'ambito di un determinazione oggettiva trova i suoi riferimenti principali negli art. da 43 a 48 del Trattato che mirano a tutelare qualsiasi tipo di attività economica⁴³⁰ svolta in regime di non subordinazione ed in modo stabile.

Beneficiari delle disposizioni sulla libertà di stabilimento⁴³¹ sono sia le persone fisiche che siano in possesso della cittadinanza di uno degli Stati membri sia le persone giuridiche. L'ambito materiale di applicazione del diritto di stabilimento, così come delineato dalla normativa comunitaria, comprende al suo interno due fattispecie diverse: l'ipotesi di stabilimento a titolo principale e l'ipotesi dello stabilimento a titolo secondario. La prima ipotesi, prevista dall'articolo 43, paragrafo 2, riguarda “(...) *l'accesso alle attività non salariate e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione d'impres e in particolare di società*”; la seconda ipotesi, disciplinata dall'articolo 43, paragrafo 1, concerne, invece, “(...) *l'apertura di agenzie, succursali o filiali, da parte dei cittadini di uno Stato membro stabiliti sul territorio di un altro Stato membro*”. Queste due ipotesi si atteggiavano diversamente in relazione alla natura del beneficiario della norma medesima e, cioè, in relazione alla circostanza che questi sia una persona fisica o una persona giuridica.

⁴³⁰ Si noti come anche le disposizioni del Trattato disciplinanti il diritto stabilimento delle persone non investono la persona in quanto tale, ma in qualità di soggetto esercente un'attività economica. Pertanto la nozione di diritto di stabilimento di cui agli articoli da 43 a 48 del Trattato è molto più ristretta del significato comunemente associato a tale diritto, dal momento che le citate norme non ambiscono a tutelare la condizione dello straniero in generale nei diversi Stati membri.

⁴³¹ Per un'analisi approfondita del diritto di stabilimento nel diritto comunitario si rinvia LEANZA U., *Il diritto di stabilimento*, in PENNACCHINI E., MONACO R., FERRARI BRAVO L., PUGLISI S., *Manuale di diritto comunitario*, Torino, 1984, 111 ss. Per un'analisi dell'applicazione del principio della libertà di stabilimento in materia fiscale si rinvia a BIZIOLI G., *Impact of the freedom of establishment on tax law*, in *EC Tax Review*, 1998, 239 ss.

6.1. (segue): il diritto di stabilimento delle persone fisiche.

Le applicazioni più interessanti, in materia tributaria, del diritto di stabilimento delle persone fisiche riguardano il suo ambito soggettivo, così come interpretato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia. Più in particolare la Corte, sia pure non immediatamente, ha riaffermato i principi a cui era pervenuta nell'interpretazione del principio della libera circolazione dei lavoratori subordinati.

Inizialmente, infatti, con la sentenza *Werner*⁴³², la Corte assumendo un orientamento opposto a quello che aveva raggiunto con riferimento all'interpretazione dell'allora articolo 48 (oggi 39) del Trattato, ha affermato che l'allora articolo 52 (oggi 43) del Trattato "*non osta a che uno Stato membro assoggetti i propri cittadini ad oneri fiscali più gravosi qualora non risiedano nello Stato medesimo rispetto all'ipotesi in cui vi risiedano*"⁴³³. Questo orientamento era in palese contrasto con la giurisprudenza precedente della Corte. Conformemente a questo indirizzo interpretativo si potevano invocare, ai sensi dell'allora articolo 52 (oggi 43) del Trattato, solo discriminazioni da parte di uno Stato membro nei confronti di cittadini e residenti in un altro Stato membro

⁴³² Cfr. sentenza 26 gennaio 1993, causa C-112/91, *Werner*, in *Racc.*, 1993, I, 463 ss. Il caso riguardava il sig. Werner, cittadino tedesco, che aveva conseguito la propria qualificazione professionale in Germania e che aveva vissuto nei Paesi Bassi dal 1961 ed ivi risiedeva. Nel 1981 iniziava a lavorare come dentista presso un'associazione professionale in Germania e produceva tutto il suo reddito in quest'ultimo Stato. Il sig. Werner, avendo ricevuto due avvisi di accertamento in cui l'Amministrazione finanziaria tedesca argomentava a favore della sua parziale soggettività tributaria derivante dal fatto di essere residente nei Paesi Bassi, aveva cercato di contestare la pretesa, chiedendo la concessione di agevolazioni fiscali che gli furono negate. La Corte, investita della questione, ha sostenuto che "*in assenza di un elemento di estraneità sufficiente perchè possano trovare applicazione le norme del Trattato relative alla libertà di stabilimento e, in particolare, al principio di non discriminazione, l'articolo 52 del Trattato deve essere interpretato nel senso che esso non osta a che uno Stato membro assoggetti i propri cittadini - che, sulla base di qualifiche ed esperienze professionali acquisite in tale Stato, svolgano la propria attività professionale sul suo territorio ivi percependo la totalità del loro reddito - ad oneri fiscali più gravosi qualora non risiedano nello Stato medesimo rispetto all'ipotesi in cui vi risiedano*". La Corte di Giustizia ha ritenuto che la scelta della residenza in un altro Paese, effettuata dal sig. Werner, avesse carattere strettamente privato. "*La decisione, nel caso Werner, non è molto convincente in quanto la Corte sembra non aver considerato il fatto che il soggetto in questione, pur essendo cittadino tedesco e pur avendo conseguito la propria qualificazione professionale in Germania prima di ristabilirsi in tale Paese, aveva risieduto in Olanda per circa venti anni e la scelta di conservare la residenza non aveva carattere privato in quanto egli avrebbe potuto ricollocare la propria attività professionale nel suo Paese di residenza per evitare gli svantaggi fiscali cui era sottoposto in Germania; in tal senso doveva considerarsi ostacolata la sua libertà di stabilimento*" (così AMATUCCI F., *Divieto di discriminazione fiscale dei lavoratori subordinati nell'ambito dell'Unione Europea*, in *Dir. prat. trib.*, 1996, II, 249-250).

⁴³³ Cfr. massima della sentenza 26 gennaio 1993, causa C-112/91, *Werner*, in *Racc.*, 1993, I, 463.

della Comunità e non anche discriminazioni da parte di uno Stato membro nei confronti dei propri cittadini sia pure residenti in un altro Stato membro: la residenza cessava di essere un criterio con il quale valutare la discriminatorietà di norme interne degli Stati membri.

Successivamente nelle sentenze *Asscher* e *Wielockx* la Corte ha assunto un orientamento opposto a quello raggiunto con la sentenza *Werner*. La Corte ha, infatti, sostenuto che l'allora articolo 52 (oggi 43) del Trattato "deve essere interpretato nel senso che osta a che uno Stato membro applichi ad un cittadino di un altro Stato membro il quale eserciti un'attività autonoma nel suo territorio e contemporaneamente un'altra attività autonoma in un altro Stato membro, dove risiede, un'aliquota d'imposta sul reddito superiore a quella che si applica ai residenti che esercitano la stessa attività, qualora tra questi contribuenti e quelli residenti non vi sia alcuna differenza obiettiva di situazione che possa giustificare tale disparità di trattamento"⁴³⁴. Ciò si verifica quando "il contribuente non residente, che percepisce la totalità o la quasi totalità dei propri redditi nello Stato in cui svolge la propria attività lavorativa, si trova, oggettivamente, nella stessa situazione, per quanto attiene all'imposta sui redditi, di colui che risiede nello Stato medesimo ivi svolgendo la stessa attività"⁴³⁵.

⁴³⁴ Cfr. massima della sentenza 27 giugno 1996, causa C-107/94, *Asscher*, in *Racc.*, 1996, I, 3113. Il caso riguardava il signor P. Asscher, cittadino olandese, residente in Belgio dal maggio 1986. Egli era direttore di una società a responsabilità limitata con sede nei Paesi Bassi: in tale qualità esercitava la sua attività nei Paesi Bassi. Egli era anche direttore di una società di diritto belga con sede in Belgio: in tale qualità esercitava la sua attività in Belgio. Il sig. Asscher era stato assoggettato nei Paesi Bassi, per i redditi ivi conseguiti, all'imposta sulle retribuzioni alle condizioni previste nei confronti dei soggetti non residenti, conformemente all'articolo 20b della *Wet op de loonbelasting 1964* (legge del 1964 riguardante l'imposta sulle retribuzioni). Per questo motivo l'Asscher aveva presentato un reclamo contro questa trattenuta presso l'ispettore competente. Tuttavia, questo reclamo era stato respinto. Egli allora presentò un ricorso contro la decisione di rigetto dinanzi al *Gerechtshof* di Amsterdam. Il 13 aprile 1992 quest'ultimo respinse il ricorso. La questione fu proposta dinanzi allo *Hoge Raad* dei Paesi Bassi il quale pose il quesito pregiudiziale alla Corte di Giustizia.

⁴³⁵ Così la Corte nel punto 20 della motivazione della sentenza 11 agosto 1995, causa C-80/94, *Wielockx*, in *Racc.*, 1995, I, 2508. Il caso riguardava il sig. Wielockx, cittadino belga residente in Belgio, il quale esercitava, in qualità di lavoratore autonomo, la professione di fisioterapeuta in Venlo, nei Paesi Bassi. Il reddito prodotto da tale attività costituiva per lui l'unica fonte di sostentamento e, conformemente alla Convenzione contro le doppie imposizioni tra Belgio e Paesi Bassi, tale reddito era assoggettato ad imposizione nello Stato in cui detto reddito era prodotto, i Paesi Bassi nel caso di specie. Al momento della determinazione dell'imposta dovuta in quest'ultimo Stato per l'anno 1987, il sig. Wielockx si era visto rifiutare dall'ufficio delle imposte olandese l'esclusione dal proprio reddito imponibile della quota annua accantonata alla *oudedagsreserve* ("riserva per la vecchiaia"). Il sig. Wielockx ha impugnato l'avviso di accertamento relativo all'esercizio 1987. La sezione tributaria del *Gerechtshof* di 's-

Come abbiamo già visto nella sentenza *Asscher*⁴³⁶, la Corte ha, infine, definitivamente superato l'interpretazione data nella sentenza *Werner*, dal momento che ha ritenuto essere discriminatorio il maggiore trattamento impositivo di uno Stato membro nei confronti di un proprio cittadino per il solo fatto che lo stesso sia residente in un altro Stato membro, subordinatamente alla condizione che tra i soggetti non residenti, ancorchè cittadini dello Stato della fonte, e residenti non vi sia alcuna differenza obiettiva di situazione che possa giustificare tale disparità di trattamento.

Con riferimento all'ambito materiale di applicazione del diritto di stabilimento delle persone fisiche, non si pongono, per il diritto tributario, problematiche interpretative particolari alle quali non si sia già fatto cenno. Preme qui ulteriormente sottolineare che, per le persone fisiche, il diritto di stabilimento a titolo secondario, comportante la possibilità di creare agenzie, succursali o filiali, *“va considerato come espressione specifica di un principio generale, valido anche per le professioni liberali, in forza del quale il diritto di stabilimento implica del pari la facoltà di creare e di conservare, salve restando le norme professionali, più di un centro di attività nel territorio della Comunità”*⁴³⁷. Per quel che concerne, invece, il diritto di stabilimento a titolo principale delle persone fisiche esso comporta l'accesso e l'esercizio nello Stato membro ospite di un'attività economica o professionale⁴³⁸.

Hertogenbosch ha sottoposto alla Corte una serie di questioni pregiudiziali riguardanti l'interpretazione dell'articolo 52 del Trattato. Per un commento analitico della sentenza si rinvia a: ARRESE J.M., ROCCATAGLIATA F., *La Corte di Giustizia Cee ci ripensa: la “coerenza” dei sistemi fiscali nazionali non può giustificare trattamenti discriminatori verso i lavoratori non residenti*, in *Dir. prat. trib.*, 1996, II, 677 ss.

⁴³⁶ Cfr. sentenza 27 giugno 1996, causa C-107/94, *Asscher*, in *Racc.*, 1996, I, 3113.

⁴³⁷ Così la Corte di Giustizia nella sentenza 12 luglio 1984, causa 107/83, *Klopp*, in *Racc.*, 1984, 2971, punto 19 della motivazione. Nello stesso senso successivamente sentenza 20 maggio 1992, causa C-106/91, *Ramrath*, in *Racc.*, 1992, I, 3351; sentenza 16 giugno 1992, causa C-351/90, *Commissione v. Lussemburgo*, in *Racc.*, 1992, I, 3945; sentenza 30 aprile 1986, causa 96/85, *Commissione v. Francia*, in *Racc.*, 1985, 1475.

⁴³⁸ Numerose (e tutte aventi un carattere non tributario) sono le norme di diritto comunitario derivato che hanno dato attuazione al diritto di stabilimento delle persone fisiche. Si segnalano, senza ambizione di completezza, il Programma generale per la soppressione delle restrizioni alla libertà di stabilimento esistenti all'interno della Comunità del 18 dicembre 1961 (in *G.U.C.E.*, 15 gennaio 1962, 36), le misure per l'industria e l'artigianato (Direttiva n. 64/427 del 7 luglio 1964, in *G.U.C.E.*, n. 117 del 23 luglio 1964, 1863), per il commercio all'ingrosso e gli intermediari del commercio, dell'industria e dell'artigianato (Direttiva n. 64/222 del 25 febbraio 1964, in *G.U.C.E.*, n. 56 del 4 aprile 1964, 857), per il commercio al minuto (Direttiva n. 68/364 del 15 ottobre 1968, in *G.U.C.E.*, L 260 del 22 ottobre 1968, 6), per l'industria alimentare e le bevande (Direttiva n. 68/366 del 15 ottobre 1968, in *G.U.C.E.*, L 260 del 22

6.2. (segue): il diritto di stabilimento delle persone giuridiche.

L'ambito soggettivo di applicazione del diritto di stabilimento delle persone giuridiche è delineato nell'articolo 48 del Trattato. Il paragrafo 1 di tale articolo identifica i destinatari del diritto di stabilimento nelle "*società costituite conformemente alla legislazione di uno Stato membro e aventi la sede sociale, l'amministrazione centrale o il centro d'attività principale all'interno della Comunità*". Specifica ulteriormente il paragrafo 2 dello stesso articolo che "*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*". La norma, pertanto, sembra richiedere come elemento discriminante per l'attribuzione del diritto in oggetto il riconoscimento della personalità

ottobre 1968, 12), per i prodotti tossici (Direttiva n. 74/556 del 4 giugno 1974, in *G.U.C.E.*, L 307 del 18 novembre 1974, 1), per il commercio ambulante (Direttiva n. 75/369 del 16 giugno 1975, in *G.U.C.E.*, L 167 del 30 giugno 1975, 29), per gli agenti di assicurazione (Direttiva n. 77/92 del 13 dicembre 1976, in *G.U.C.E.*, L 26 del 31 gennaio 1977, 14), per i parrucchieri (Direttiva n. 82/489 del 19 luglio 1982, in *G.U.C.E.*, L 218 del 27 luglio 1982, 24), per i medici (Direttive nn. 75/362 e 75/363 del 16 giugno 1975, in *G.U.C.E.*, L 218 del 30 giugno 1975, rispettivamente 1 e 14), per i veterinari (Direttive nn. 78/1026 e 78/1027 del 18 dicembre 1978, in *G.U.C.E.*, L 362 del 23 dicembre 1978, rispettivamente 1 e 7), per i dentisti (Direttive nn. 78/686 e 78/687 del 25 luglio 1978, in *G.U.C.E.*, L 233 del 24 agosto 1978, rispettivamente 1 e 10), per i farmacisti (Direttive nn. 85/432 e 85/433 del 16 settembre 1985, in *G.U.C.E.*, L 253 del 24 settembre 1985, rispettivamente 34 e 37), per gli infermieri (Direttive nn. 77/452 e 77/453 del 27 giugno 1977, in *G.U.C.E.*, L 176 del 15 luglio 1977, rispettivamente 1 e 8), per le ostetriche (Direttive nn. 80/154 e 80/155 del 21 gennaio 1980, in *G.U.C.E.*, L 33 dell'11 febbraio 1980, rispettivamente 1 e 8), per gli architetti (Direttiva n. 85/384 del 10 giugno 1985, in *G.U.C.E.*, L 223 del 21 agosto 1985, 15) e la Direttiva del Consiglio n. 89/48/CEE del 21 dicembre 1988 (in *G.U.C.E.*, L 19 del 24 gennaio 1989, 16) come modificata dalla successiva Direttiva del Consiglio 92/51/CEE del 18 giugno 1992 (in *G.U.C.E.*, L 209 del 24 luglio 1992, 25). Copiosa è anche stata la giurisprudenza della Corte relativa all'interpretazione del diritto di stabilimento delle persone fisiche. Si segnalano, senza ambizione di completezza e tralasciando quelle aventi carattere fiscale già citate nel testo, le seguenti sentenze: 6 dicembre 1994, causa C-277/93, *Commissione v. Spagna*, in *Racc.*, 1994, I, 5515; 13 luglio 1993, causa C-42/92, *Thijssen*, in *Racc.*, 1993, I, 4047; 31 marzo 1993, causa C-19/92, *Kraus*, in *Racc.*, 1993, I, 1663; 10 marzo 1993, causa C-111/91, *Commissione v. Lussemburgo*, in *Racc.*, 1991, I, 817; 17 novembre 1992, causa C-279/89, *Commissione v. Regno Unito*, in *Racc.*, 1989, I, 5785; 7 luglio 1992, causa C-369/90, *Micheletti*, in *Racc.*, 1992, I, 1439; 7 maggio 1992, causa C-104/91, *Aguirre Borrel*, in *Racc.*, 1992, I, 3003; 7 maggio 1991, causa C-340/89, *Vlassopoulou*, in *Racc.*, 1991, I, 2357; 30 maggio 1989, causa 305/87, *Commissione v. Grecia*, in *Racc.*, 1987, 1461; 15 marzo 1988, causa 147/86, *Commissione v. Grecia*, causa C-147/86, in *Racc.*, 1988, 1637; 14 gennaio 1988, causa 63/86, *Commissione v. Italia*, in *Racc.*, 1988, 29; 8 dicembre 1987, causa 20/87, *Gauchard*, in *Racc.*, 1987, 4879; 15 ottobre 1987, causa 222/86, *Heylens*, in *Racc.*, 1987, 4097; 22 settembre 1983, causa 271/82, *Auer II*, in *Racc.*, 1983, 2727; 7 febbraio 1979, causa 136/78, *Auer I*, in *Racc.*, 1979, 437; 21 giugno 1974, causa 2/74, *Reyners*, in *Racc.*, 1974, 631.

da parte dell'ordinamento giuridico di uno Stato membro⁴³⁹. In dottrina si ritiene, inoltre, che il riferimento operato dalla norma alla sede sociale di una società sia strumentale alla verifica di un legame effettivo e durevole tra il soggetto destinatario della norma in oggetto e l'economia di uno Stato membro⁴⁴⁰.

Il requisito soggettivo della sede sociale assume una particolare rilevanza nel diritto tributario. La Corte di Giustizia ha, infatti, precisato nella sentenza *Avoir fiscal*⁴⁴¹ che,

⁴³⁹ In questo senso BIZIOLI G., *Impact of the freedom of establishment on tax law*, in *EC Tax Review*, 1998, 239. Alcuni Autori (cfr. Toifl G., Gassner W., Lang M., Lechner E., *Tax Treaties and EC Law*, The Hague, 1997, 133) considerano i *trusts* all'interno dell'ambito di applicazione dell'articolo 48 del Trattato indipendentemente dalla circostanza che gli stessi siano riconosciuti dagli ordinamenti interni degli Stati membri. Rileva inoltre BIZIOLI G. (*Freedom of establishment*, in *General reports on the tax incidences of the four freedoms in the EC Treaty*, Atti del Convegno di Bergamo del 27-28 marzo 1998, 3) come l'ambito soggettivo di applicazione delle Direttive comunitarie del 23 luglio 1990, n. 90/434 e 90/435 sia più ristretto rispetto all'ambito soggettivo di applicazione del diritto di stabilimento così come individuato dall'articolo 48 del Trattato.

⁴⁴⁰ In questo senso TESAURO G., *Diritto comunitario*, Padova, 1995, 341. L'Autore, a sostegno della sua argomentazione, richiama il Programma generale per la soppressione delle restrizioni alla libertà di stabilimento esistenti all'interno della Comunità (in *G.U.C.E.*, 15 gennaio 1962, 36) che subordina l'applicazione della libertà di stabilimento alla circostanza che le società non solo abbiano nel territorio della Comunità la loro sede sociale ma che tale sede rappresenti anche un legame effettivo e durevole con l'economia di uno Stato membro.

⁴⁴¹ Cfr. sentenza 28 gennaio 1986, causa C-270/83, *Commissione v. Francia (avoir fiscal)*, in *Racc.*, ..., 305, punto 18 della motivazione. Nello stesso senso successivamente: sentenza 13 luglio 1993, causa C-330/91, *Commerzbank AG*, in *Racc.*, 1993, I, 4043, punto 13 della motivazione; sentenza 15 maggio 1997, causa C-250/95, *Futura Participations*, in *Racc.*, ..., paragrafo 24. Il caso "*avoir fiscal*" riguardava il ricorso proposto dalla Commissione delle Comunità europee alla Corte di Giustizia allo scopo di far dichiarare la Repubblica francese inosservante dell'obbligo imposto dal Trattato CE ed in particolare dall'allora articolo 52 (oggi 43) del Trattato. L'addebito contestato alla Francia era quello di non aver esteso alle succursali e alle agenzie ivi insediate da parte di società assicuratrici residenti in altri Stati membri il credito di imposta sui dividendi, meglio noto come "*avoir fiscal*", di cui beneficiavano le corrispondenti società residenti in Francia. All'epoca dei fatti, il regime tributario francese prevedeva l'applicazione di un'imposta pari al 50% dei profitti complessivi realizzati dalle società o persone giuridiche. In linea di principio, le società erano soggette a tale imposta indipendentemente dal luogo in cui si trovava la sede legale. Tuttavia, nell'applicare l'imposta, in virtù dell'art. 209 del *Code Général des Impôts* (d'ora in avanti, *CGI*), si teneva conto soltanto dei profitti realizzati dalle imprese operanti in Francia nonché di quelli soggetti ad imposta in Francia in forza di una convenzione contro la doppia imposizione. Per attenuare il fenomeno di doppia imposizione economica sui dividendi distribuiti, l'art. 158 *bis CGI* riconosceva ai soci un credito di imposta (*avoir fiscal*) sui dividendi distribuiti da società francesi, nella misura pari alla metà dell'imposta versata dalle società medesime. L'*avoir fiscal* si cumulava con i dividendi percepiti dal socio ai fini della tassazione del suo reddito complessivo e successivamente si detraeva dall'imposta dovuta dal socio stesso. L'art. 158 *ter CGI* prevedeva, nel secondo comma, che l'*avoir fiscal* "*è riservato alle persone effettivamente domiciliate o aventi la sede legale in Francia*". Inoltre, ai sensi dell'art. 242 *quater CGI*, potevano fruire dell'*avoir fiscal* i soggetti residenti in alcuni Stati che avevano stipulato con la Francia una Convenzione volta ad evitare la doppia imposizione. Tuttavia, non era prevista alcuna possibilità di beneficiare dell'*avoir fiscal* per le azioni

per le società, la sede sociale serve per determinare, al pari della cittadinanza delle persone fisiche, il loro collegamento all'ordinamento giuridico di uno Stato⁴⁴².

detenute nell'attivo di stabili organizzazioni, succursali o agenzie di società non residenti in Francia. A conferma di quanto esposto, le compagnie di assicurazione residenti in Francia, ivi comprese le società affiliate costituite in Francia da parte di imprese assicuratrici straniere, fruivano dell'*avoir fiscal* per le azioni in società francesi da esse detenute. Erano quindi escluse da tale beneficio le stabili organizzazioni, succursali o agenzie insediate in Francia da società assicuratrici di altri Stati membri. La Commissione riteneva quindi che il sistema francese del credito di imposta nei confronti delle succursali o agenzie francesi di compagnie assicurative di altri Stati membri fosse *discriminatorio* rispetto alle imprese assicuratrici residenti in Francia, ivi comprese le affiliate costituite in Francia da imprese straniere, e costituiva una *restrizione indiretta della libertà* di costituire una sede secondaria. La Commissione considerava il criticato regime dell'*avoir fiscal* incompatibile con l'allora articolo 52, comma 2 (oggi 43, comma 2) del Trattato in base alle due seguenti argomentazioni: (i) il descritto regime fiscale impediva alle succursali ed agenzie di detenere in portafoglio azioni francesi penalizzandole nell'esercizio delle loro attività in Francia. La discriminazione era evidente in quanto, ai fini della determinazione del reddito imponibile, il sistema tributario francese non operava alcuna distinzione per le società francesi e per le stabili organizzazioni francesi di società non residenti; (ii) tale regime limitava indirettamente la libertà, di cui devono beneficiare le imprese assicuratrici residenti in altri Stati membri, di stabilirsi in Francia sia nella forma di società affiliata sia nella forma di succursale o agenzia. In tal caso, si incentivava la forma della società costituita ai sensi della legislazione francese al fine di sottrarsi allo svantaggio di non poter fruire del credito di imposta. Per contro, il Governo francese riteneva che la differenza di trattamento costituiva una discriminazione e non era incompatibile con l'obbligo imposto allo Stato membro dall'allora articolo 52, comma 2 (oggi 43, comma 2), di riservare alle società che hanno la sede legale in altri Stati membri il trattamento stabilito dalle proprie leggi per i propri cittadini. A sostegno di quanto detto, il Governo francese affermava: (i) la differenza di trattamento era giustificata nel caso di specie da situazioni obiettivamente diverse; (ii) tale diversità era dovuta alle peculiarità dei regimi tributari dei diversi Stati membri nonché dei trattati relativi alla doppia imposizione. Con riferimento al primo argomento, il Governo francese sosteneva che la differenza di trattamento si fondava sulla distinzione tra persone "*residenti*" e "*non residenti*", distinzione accolta in tutti gli ordinamenti giuridici ed anche sul piano internazionale. Distinzione, quindi, applicabile anche nell'ambito dell'allora articolo 52 (oggi articolo 43) del Trattato. Inoltre, non avendo personalità giuridica propria la stabile organizzazione si trovava in una situazione più vantaggiosa rispetto alle società costituite in Francia, tale da giustificare lo svantaggio connesso alla mancata attribuzione dell'*avoir fiscal*. In ogni caso, quest'ultimo svantaggio sarebbe stato evitato con la costituzione di una società affiliata retta dal diritto francese. Con riferimento al secondo argomento, il Governo francese riteneva che il sistema dell'*avoir fiscal* avrebbe potuto sopravvivere finché le leggi degli Stati membri relative alle imposte sulle persone giuridiche non fossero state completamente armonizzate. Le diverse disposizioni fiscali sarebbero necessarie per tener conto delle differenze tra i regimi tributari e quindi giustificate anche ai fini dell'allora articolo 52 (oggi 43) del Trattato. Poiché l'applicazione della normativa fiscale alle persone fisiche e alle società che esercitano la loro attività in diversi Stati membri sarebbe disciplinata dalle convenzioni bilaterali contro la doppia imposizione [espressamente menzionate nell'allora art. 220 (oggi articolo 293) del Trattato], sarebbe stato sufficiente stipulare protocolli addizionali alle citate convenzioni per estendere il credito di imposta su basi di reciprocità. Le imprese straniere avrebbero potuto fruire del beneficio contestualmente al riconoscimento del credito di imposta in favore delle società francesi che avrebbero posseduto stabili organizzazioni nell'altro Stato membro contraente.

⁴⁴² Cfr. sentenza 28 gennaio 1986, causa C-270/83, *Commissione v. Francia (avoir fiscal)*, in *Racc.*, ..., 273, punto 18 della motivazione. Nello stesso senso, successivamente, sentenza 10 luglio 1986, causa 79/85, *Segers*, in *Racc.*, ..., punto 13 della motivazione; sentenza 13 luglio 1993, causa C-330/91,

L'ammettere, quindi, che uno Stato membro possa liberamente riservare un trattamento diverso per il solo fatto che la sede di una società si trova in un altro Stato membro, svuoterebbe di contenuto la tutela accordata dall'articolo 48, primo paragrafo, del Trattato. La Corte ha altresì rilevato, nella stessa sentenza⁴⁴³, che, nel caso di specie, non si poteva assolutamente escludere che la distinzione a seconda della sede di una società fosse, in determinate circostanze, lecita in un ambito come quello del diritto tributario. Tuttavia, nel caso in esame, la disposizione tributaria interna non distingueva affatto le società aventi la sede legale in Francia dalle succursali e agenzie situate in Francia di società aventi la sede all'estero: pertanto non poteva che essere una discriminazione trattarle diversamente ai fini dello stesso tributo. Inoltre tale differenza non poteva essere giustificata da eventuali vantaggi di cui fruirebbero le succursali ed agenzie rispetto alle società francesi, tali da compensare lo svantaggio relativo al mancato riconoscimento dell'*avoir fiscal*. Invero, tali vantaggi non possono giustificare l'inosservanza dell'obbligo, imposto dall'art. 43, di riservare il trattamento nazionale per quanto riguarda il credito fiscale⁴⁴⁴. Infine, la Corte ha osservato l'irrilevanza del fatto che le compagnie assicurative aventi la sede in altro Stato membro fossero libere di adottare la forma della affiliata per poter fruire dell'*avoir fiscal*. Infatti, l'art. 43, primo comma, del Trattato, consentendo espressamente agli operatori economici la possibilità di scegliere liberamente la forma giuridica idonea per l'esercizio delle loro attività in un altro Stato membro, vieta che tale libera scelta sia limitata da disposizioni fiscali discriminatorie⁴⁴⁵.

Successivamente la Corte, riprendendo conclusioni già raggiunte nella sua giurisprudenza sulle persone fisiche, ha esteso, nel caso *Commerzbank AG*⁴⁴⁶, la

Commerzbank, in *Racc.*, ..., I, 4017, punto 13 della motivazione; sentenza 16 luglio 1998, causa C-264/96, *ICI*, in *Racc.*, 1998, I, 4695, punto 20 della motivazione; sentenza 9 marzo 1999, causa C-212/97, *Centros*, punto 20 della motivazione.

⁴⁴³ Cfr. sentenza 28 gennaio 1986, causa C-270/83, *Commissione v. Francia (avoir fiscal)*, in *Racc.*, ..., 305, punto 19 della motivazione.

⁴⁴⁴ Cfr. sentenza 28 gennaio 1986, causa C-270/83, *Commissione v. Francia (avoir fiscal)*, in *Racc.*, ..., 305, punto 20 della motivazione.

⁴⁴⁵ Cfr. sentenza 28 gennaio 1986, causa C-270/83, *Commissione v. Francia (avoir fiscal)*, in *Racc.*, ..., 305, punto 21 della motivazione.

⁴⁴⁶ Cfr. sentenza 13 luglio 1993, causa C-330/91, *Commerzbank AG*, in *Racc.*, 1993, I, 4038. Il caso *Commerzbank AG* riguardava un istituto di credito di diritto tedesco che mediante la sua filiale nel Regno Unito aveva concesso prestiti a diverse società statunitensi negli anni tra il 1973 e il 1976. Sugli interessi

nozione di discriminazione non solo a sue forme di manifestazione palesi, fondate sulla cittadinanza, ma anche a forme indirette, fondate sulla residenza. La Corte, pur osservando che il beneficio fiscale (nel caso di specie, il diritto all'eventuale

pagati da queste ultime la filiale di *Commerzbank AG* aveva corrisposto in Inghilterra un'imposta pari a £ 4.222.234. Successivamente, l'istituto di credito di diritto tedesco presentava all'Amministrazione finanziaria inglese (cd. *Inland Revenue*) l'istanza di rimborso dell'imposta pagata, in quanto ai sensi dell'art. XV della Convenzione per evitare la doppia imposizione sul reddito conclusa tra il Regno Unito e gli Stati Uniti d'America il 2 agosto 1946, modificata dal Protocollo del 20 settembre 1966, gli interessi corrisposti da società statunitensi erano imponibili nel Regno Unito solo se percepiti da società aventi sede legale o domicilio fiscale in quest'ultimo Stato. Nel 1990 l'*Inland Revenue* provvedeva a rimborsare l'imposta indebitamente versata dalla *Commerzbank AG*, la quale pretendeva, quale indennizzo per il ritardato rimborso, la corresponsione degli interessi moratori in misura pari a £ 5.199.258. A fondamento dell'istanza, la *Commerzbank AG* invocava l'art. 825 della legge del 1988 relativa alle imposte sui redditi e sulle società (cd. *Income and Corporation Taxes Act 1988*). A seguito del rigetto della predetta richiesta da parte dell'*Inland Revenue*, la *Commerzbank AG* proponeva ricorso dinnanzi alla *High Court of Justice* d'Inghilterra e del Galles (d'ora in avanti, *High Court*) per contestare la legittimità del provvedimento di diniego, sostenendo che il rifiuto di pagare gli interessi moratori a società non dotate di domicilio fiscale nel Regno Unito rappresentava una limitazione della loro libertà di stabilimento e dunque una "discriminazione indiretta" basata sulla nazionalità, posto che la maggior parte dei richiedenti erano società straniere. Contro tale tesi, l'Amministrazione finanziaria opponeva invece che la *Commerzbank AG* aveva in realtà beneficiato di un regime di favore rappresentato dalla esenzione che le era stata concessa. La *High Court* aveva ritenuto che la decisione della controversia sarebbe stata subordinata dal modo in cui si esaminava la posizione fiscale della *Commerzbank AG*: limitandosi al danno subito dalla società tedesca, ossia il *diniego del pagamento supplementare*, sarebbe stata palesemente ravvisabile una discriminazione; mentre, considerando il beneficio della esenzione di cui la *Commerzbank AG* aveva fruito in base all'art. XV della Convenzione anglo-americana, sarebbe stato più difficile riuscire a confrontare la posizione della *Commerzbank AG* con quella dei suoi concorrenti britannici. Pertanto, la *High Court* sospendeva la controversia e, con ordinanza del 12 aprile 1991, chiedeva alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee di pronunciarsi pregiudizialmente, ai sensi dell'allora art. 177 (oggi 234) del Trattato, sulla seguente questione: "Laddove: i) una società, costituita ai sensi della legislazione di uno Stato membro e con il centro principale d'attività in questo stesso Stato, eserciti attività commerciali attraverso una succursale in un secondo Stato membro; ii) la società sia assoggettata ad imposta nel secondo Stato membro su taluni profitti prodotti dalla succursale e la paghi; iii) detta imposta non sia in effetti dovuta se la società ha diritto a fruire di un'esenzione prevista da una Convenzione bilaterale conclusa tra il secondo Stato membro ed un Paese terzo a favore di società che non hanno né la nazionalità né il domicilio fiscale nel secondo Stato membro; iv) la società richieda l'esenzione ottenendola con il rimborso dell'imposta versata ma non dovuta; v) la legge del secondo Stato membro preveda la corresponsione di interessi moratori (noto come "rimborso supplementare") nel caso in cui la società legittimata al rimborso dell'imposta versata ma non dovuta avesse il domicilio fiscale in detto Stato membro; vi) la società richieda il pagamento degli interessi moratori nonostante non fosse residente in detto Stato; vii) il secondo Stato membro rifiuti il pagamento degli interessi moratori alla società; è detto diniego da parte del secondo Stato membro incompatibile con il diritto comunitario ed in particolare con gli artt. 5, 7 e 52-58 (oggi, rispettivamente, 10, 12 e 43-48) del Trattato CE, e, se nel rispondere al quesito, sia rilevante il fatto che la società non avrebbe fruito dell'esenzione (e dunque nessun interesse moratorio sarebbe maturato) qualora tale società fosse stata residente nel secondo Stato membro?". Per un commento della sentenza si rinvia a: MARINO G., *Non-discriminazione tra cittadinanza e residenza nel Trattato di Roma: il caso Commerzbank AG*, in *Dir. prat. trib.*, 1994, II, 439; SANDLER D., *Commerzbank – Fast Track to Harmonization*, in *British Tax Review*, 1993, 517 ss.

maggiorazione del rimborso delle imposte non dovute) era collegato al domicilio fiscale nel territorio di uno Stato membro (nel caso di specie, nel territorio britannico), prescindendo quindi dalla sede della società, ha sostenuto che tale criterio rischiava di danneggiare le società aventi sede in altri Stati membri, in quanto, nella generalità dei casi, erano queste ultime ad avere il domicilio fiscale fuori dal territorio dello Stato membro in questione⁴⁴⁷. In questo modo, la Corte estende la nozione di discriminazione tra le persone giuridiche anche alla residenza. La Corte di Giustizia prende dunque atto del principio della residenza (fiscale)⁴⁴⁸, ancorché con notevole ritardo rispetto al suo tacito utilizzo.

La rilevanza del criterio della residenza quale criterio alla luce del quale valutare trattamenti discriminatori anche nei confronti delle persone giuridiche è stato ribadito dalla Corte anche nella sentenza *Royal Bank of Scotland*⁴⁴⁹.

La libertà di stabilimento in base alla sentenza *St. Gobain*, C-307/97 è anche applicabile alle stabili organizzazioni insediate in uno Stato membro, di società residenti in un altro Stato membro⁴⁵⁰.

⁴⁴⁷ Inoltre, per la Corte risultava del tutto infondato il ragionamento dell'*Inland Revenue*, secondo il quale la *Commerzbank AG*, invece di essere penalizzata da una discriminazione, era ammessa a fruire di un regime fiscale privilegiato previsto da una norma di derivazione convenzionale ai soggetti non-residenti. Invero, come era stato osservato dall'Avvocato Generale nelle conclusioni presentate il 17 marzo 1993 (cfr. punto 16), la società estera aveva versato un'imposta che per legge non era dovuta e chiedeva quindi di essere rimborsata alle stesse condizioni di una società nazionale che si trovava nell'identica situazione. Pertanto, la maggiorazione non costituiva un ulteriore "vantaggio" concesso alla società estera, trattandosi invece di un risarcimento connesso al fatto di non aver potuto disporre, per un certo periodo di tempo, di una somma di sua pertinenza.

⁴⁴⁸ In particolare sulla residenza delle persone giuridiche si rinvia al lavoro monografico di G. MARINO, *La residenza nel diritto tributario*, Padova, 1999.

⁴⁴⁹ Cfr. sentenza 29 aprile 1999, causa C-311/97, *Royal Bank of Scotland*. Il caso *Royal Bank of Scotland* riguarda il rinvio alla Corte operato dal *Dioikitiko Protodikeio Piräus (Grèce)* concernente la compatibilità con l'articolo 43 del Trattato della disposizione contenuta nell'articolo 109, paragrafo 1, del codice delle imposte dirette greco, il quale dispone un maggiore prelievo impositivo nei confronti delle società non residenti rispetto alle società residenti in Grecia.

⁴⁵⁰ In dottrina per un commento cfr. BIZIOLI G., *Potestà tributaria statale, competenza tributaria della Comunità Europea e ...competenza tributaria della Corte di giustizia: il caso Saint-Gobain*, in *Riv. dir. trib.*, n. 10, 2000, p.192.

7. La disciplina fiscale delle perdite nell'ambito del reddito di lavoro autonomo e di impresa nella giurisprudenza della Corte.

Benché le disposizioni di cui sopra mirano ad assicurare il beneficio dell'applicazione della disciplina nazionale ai soggetti non residenti, tuttavia, la Corte⁴⁵¹ ha esteso l'applicazione di tale norme anche alle c.d. *home State restrictions*, ovvero l'applicazione delle citate norme del Trattato impedisce parimenti che lo Stato d'origine ostacoli lo stabilimento in un altro Stato membro di un proprio cittadino o di una società costituita secondo la propria legislazione. Sul fondamento di tale orientamento nella sentenza *Imperial Chemical Industries PLC*⁴⁵², la Corte si è pronunciata sulla compatibilità con le disposizioni del Trattato di una normativa di uno Stato membro che, per quanto riguarda le società stabilite in tale Stato membro e facenti parte di un consorzio attraverso il quale esse possiedono una *holding*, subordina il diritto ad uno

⁴⁵¹ Cfr. in particolare sentenza 27 settembre 1988, causa C-81/87, *Daily Mail*, in *Racc.*, 1988, 5483, punto 16 della motivazione. Tuttavia nell'ambito della stessa sentenza la Corte ha affermato che “*gli artt. 52 e 58 del trattato debbono essere interpretati nel senso che allo stato attuale del diritto comunitario non conferiscono ad una società, costituita secondo la legislazione di uno Stato membro e con sede legale in detto Stato, il diritto di trasferire la sede della direzione in altro Stato membro*” (punto 25 della motivazione). Ciò perché allo stato attuale del diritto comunitario, le condizioni alle quali una società può trasferire la propria sede da uno Stato membro all'altro sono ancora di competenza del diritto nazionale dello Stato ove essa è stata costituita e di quello dello Stato ospitante. Nello stesso senso autorevole dottrina (cfr. SANTA MARIA A., voce *Società. Diritto internazionale privato e processuale*, in *Enc. Giur. Treccani*, 9) secondo la quale “*l'articolo 58 non contiene una norma di diritto internazionale privato e non è pertanto idoneo a risolvere i conflitti che si pongono fra sistemi giuridici che adottano criteri diversi ai fini dell'individuazione della legge regolatrice delle società*”. Per un commento della sentenza *Daily Mail* si rinvia a VAN HOORN JR. J., *Il trasferimento di sede di società alla luce del diritto comunitario*, in *Dir. prat. trib.*, 1989, II, 353 ss.

⁴⁵² Cfr. sentenza della Corte di Giustizia del 16 luglio 1998, *Imperial Chemical Industries PLC/Kenneth Hall Colmer*. Il caso concerneva una controversia sorta tra la *Imperial Chemical Industries PLC* (di seguito *ICI*) e l'Amministrazione fiscale britannica, in ordine al rifiuto, da parte di quest'ultima, di concedere all'*ICI* uno sgravio fiscale a seguito delle perdite commerciali subite da una consociata della *holding* detenuta dalla *ICI* attraverso un consorzio. Lo sgravio fiscale richiesto dalla *ICI* era stato alla stessa rifiutato. L'amministrazione fiscale ha fondato tale rifiuto sulla circostanza che la *holding* detenuta dalla *ICI* non rientrerebbe nell'ambito soggettivo di applicazione della disposizione di cui ai numeri 5, lett. b), e 7 dell'articolo 258 dell'*Income and Corporation Taxes Act 1970* (e, pertanto, non beneficerebbe dello sgravio), dal momento che la predetta *holding* controlla principalmente consociate stabilite in altri Stati membri. Tra i primi commenti della sentenza si segnalano ROXBURGH D., *European union: ICI PLC v. Colmer*, in *European Taxation*, 1999, 33 ss; HUGHES D., *Imperial Chemical Industries plc (ICI) v. Kenneth Hall Colmer (Her Majesty's Inspector of Taxes*, in *Bulletin*, 1999, 13 ss.; TEUNISSEN O. M. Q., WEBER D. M., *Imperial Chemical Industries v. Colmer (Case 264/96, July 16, 1998)*, in *Tax Planning International Review - European Union Focus*, 1999, 21 ss.; G. Bizioli, *Libertà di stabilimento e riporto delle perdite tra società affiliate: il caso Imperial Chemical Industries*, in *Dir. prat. trib.*, 1999, p. 323.

sgravio fiscale alla condizione che l'attività della *holding* consista nel detenere esclusivamente o principalmente le azioni di consociate stabilite nello Stato membro interessato. Nel caso di specie la Corte ha affermato che “(...) *l'articolo 52 del Trattato osta ad una normativa di uno Stato membro che (...) subordina il diritto ad uno sgravio fiscale alla condizione che l'attività della holding consista nel detenere esclusivamente o principalmente le azioni di consociate stabilite nello Stato membro interessato*”, dal momento che tale norma prevede un trattamento fiscale differenziato a seconda della sede delle società controllate.

La portata innovativa della sentenza *Imperial Chemical Industries PLC* è notevole, perchè amplia l'ambito di applicazione del diritto di stabilimento. La giurisprudenza precedente, infatti, aveva valutato la discriminatorietà delle norme interne di uno Stato membro avendo come parametro la residenza dei beneficiari delle norme del Trattato. Viceversa, nella sentenza *Imperial Chemical Industries PLC*, la Corte non ha assolutamente preso in considerazione, ai fini della valutazione della discriminatorietà di una norma di uno Stato membro, la residenza del soggetto discriminato ma il luogo dove lo stesso ha investito i propri capitali. Pertanto, alla luce di questo nuovo orientamento, si può invocare, ai sensi delle norme del Trattato disciplinanti il diritto di stabilimento delle persone, non solo la contrarietà con le norme del Trattato di trattamenti discriminatori effettuati sulla base della residenza ma anche la contrarietà con le norme del Trattato dei trattamenti discriminatori effettuati nei confronti di soggetti residenti e basati sulla localizzazione degli investimenti di capitale dei medesimi soggetti.

Sulla base di tali acquisizioni, la Corte, anche con riferimento alle discriminazioni/restrizioni nella determinazione del reddito di impresa o di lavoro autonomo, ha adottato sempre lo stesso approccio precedentemente analizzato.

Sono proibite sia discriminazioni dirette od indirette da parte dello Stato della fonte, *Host State discrimination*; sia restrizioni da parte dello Stato di residenza che scoraggio l'esercizio della libertà di stabilimento, le cd. *Home State restriction*.

Benché l'apparato teorico sia conforme ai precedenti casi analizzati, vi sono delle differenze molto rilevanti con riferimento alle possibili cause di giustificazione di tali trattamenti discriminatori/restrittivi. Ciò risiede, principalmente, nella natura reale dell'imposizione sia del reddito di impresa sia del reddito di lavoro autonomo, in quanto,

come nel caso Gschwind, ciò che si richiede allo Stato della fonte non è tanto l'applicazione di agevolazioni fiscali o personali quanto il riconoscimento dei costi per produrre il reddito stesso.

Nei casi decisi dalla Corte, in tema di libertà di stabilimento di persone fisiche o delle persone giurifiche, riguardanti le perdite, l'atteggiamento assunto è maggiormente rispettoso delle prerogative impositive degli Stati membri. In tali casi, essendo nell'ambito di un'imposizione di tipo reale, o se si preferisce di tipo oggettivo, nella quale viene tassata la capacità contributiva che viene prodotta dall'attività attenuando di molto i riflessi di personalità della tassazione, la Corte tende a giustificare trattamenti discriminatori/restrittivi; sulla base del principio di territorialità per quelli discriminatori ovvero sulla base del rispetto dell'allocatione del potere impositivo che hanno effettuato i singoli Stati membri unitamente al rischio elusione/evasione fiscale per quelli restrittivi.

Lo Stato della fonte, in tali casi, può giustificare un trattamento discriminatorio, sulla base del principio di territorialità non condendo la deducibilità dei costi non strettamente inerenti l'attività ivi localizzata (Futura, Centro Equestre).

Nella sentenza *Futura Participations Sa*⁴⁵³, infatti, ha ritenuto essere compatibile con le disposizioni comunitarie la normativa interna di uno Stato membro (nel caso di specie,

⁴⁵³ Cfr. Corte di Giustizia, sentenza 15 maggio 1997, causa C-250/95, *Futura Participations SA*. La domanda di pronuncia pregiudiziale relativa all'interpretazione dell'art. 52 del Trattato CE proposta alla Corte di Giustizia, a norma dell'art. 177 del Trattato, dal *Conseil d'Etat* del Lussemburgo era stata sollevata con riguardo ad una controversia tra la *Futura Participations SA* (d'ora in avanti, la "*società Futura*"), avente sede a Parigi, e la sua succursuale lussemburghese *Singer* e l'Amministrazione finanziaria lussemburghese. Tale controversia concerneva la determinazione della base imponibile ai fini dell'imposta sul reddito che la *Singer* doveva corrispondere per l'anno 1986. In particolare, non disponendo di una contabilità regolare per il periodo di imposta 1986, la succursale lussemburghese della *società Futura* aveva determinato il suo reddito imponibile in base ad una ripartizione del reddito complessivo prodotto dalla casa madre francese. La *Singer* aveva, inoltre, chiesto all'Amministrazione finanziaria lussemburghese, nella dichiarazione dei redditi relativa al 1986, di ammettere in deduzione dal proprio reddito le perdite subite tra il 1981 e il 1986, ammontanti ad oltre 23.000.000 LFR. Poiché la *Singer* non era dotata di una contabilità regolare neanche durante quel periodo, l'ammontare delle perdite era stato determinato in ragione di una ripartizione del totale delle perdite sofferte dalla *società Futura* nello stesso periodo. L'Amministrazione finanziaria lussemburghese si era, quindi, rifiutata di accogliere la domanda della *Singer* rilevando che, nell'ordinamento tributario lussemburghese, il soggetto non residente può riportare a nuovo le perdite solo nel rispetto delle condizioni stabilite dall'art. 157, n. 2, della legge lussemburghese 4 dicembre 1967 istitutiva dell'imposta sul reddito (d'ora in avanti, "legge lussemburghese") e non "in base ad una ripartizione". In particolare, l'art. 157, n. 2, della legge lussemburghese prevede la deduzione delle perdite "*purché esse abbiano un rapporto economico con redditi indigeni e purché la contabilità sia tenuta all'interno del paese*". Il diniego era stato confermato il

il Lussemburgo) che, con riferimento alla determinazione della base imponibile dei contribuenti non residenti, prende in considerazione solo gli utili e le perdite derivanti dalle attività svolte dal soggetto non residente nello stesso Stato membro. Stabilisce, a tal proposito, la Corte che: “*tale regime, conforme al principio tributario della territorialità, non può considerarsi comportare una discriminazione, palese o dissimulata, vietata dal Trattato*”⁴⁵⁴. E’ la prima volta che la Corte si pronuncia sui criteri di collegamento individuati da uno Stato membro.

Nel caso Centro Equestre, benché nell’analisi della libera prestazione di servizi⁴⁵⁵, viene affermato lo stesso principio: “*nell’esercizio della propria competenza tributaria, lo Stato nel cui territorio l’attività ha prodotto redditi imponibili deve prevedere che le spese direttamente connesse a tale attività possano essere prese in considerazione nell’ambito dell’imposizione a carico del non residente. Al riguardo occorre però precisare che il diritto comunitario non osta a che uno Stato membro si spinga oltre consentendo la deducibilità di spese che non presentano un simile nesso (v., in tal senso, sentenza FKP Scorpio Konzertproduktionen, cit., punti 50-52). (paragrafo 24)”*

14 luglio 1993 dal direttore dell’Amministrazione finanziaria. La società Futura e la Singer avevano pertanto proposto ricorso giurisdizionale per chiedere l’annullamento della predetta decisione, sostenendo che il diniego di ammettere il riporto delle perdite in oggetto ostava alla libertà di stabilimento prevista dall’art. 52 del trattato CE. Il giudice nazionale adito aveva deciso di sospendere il procedimento al fine di sottoporre alla Corte di Giustizia CE la seguente questione pregiudiziale: “*Se l’art. 157 della legge relativa all’imposta sul reddito e, per quanto necessario, gli artt. 4 e 21, n. 2, secondo comma, della Convenzione franco-lussemburghese contro la doppia imposizione, siano o meno compatibili con l’art. 52 del trattato CE nei limiti in cui subordinano l’applicazione delle disposizioni riguardanti il riporto delle perdite ai contribuenti non residenti che abbiano una sede stabile in Lussemburgo alla condizione che le perdite siano collegate a redditi ottenuti in loco e che la contabilità sia tenuta regolarmente e conservata nel territorio nazionale*”. Per un commento della sentenza si rinvia a MELIS G., *Stabili organizzazioni, obblighi contabili e riporto delle perdite: un’occasione perduta*, in *Riv. dir. trib.*, 1998, III, 22 ss.

⁴⁵⁴ Cfr. sentenza Futura, punto 22 della motivazione.

⁴⁵⁵ La teorica elaborato dalla Corte, discriminazione/restrizione, (*host state discrimination versus home state restriction*), è applicabile negli stessi termini sinora descritti, alla libera prestazione di servizi tutelata dall’art. 49 (vecchio 59), per la *host state discrimination*, *ex multis* Centro Equestre, C-345/04, paragrafo 20: “*Si deve anche ricordare che, conformemente alla giurisprudenza della Corte, l’art. 59 del Trattato esige l’eliminazione di ogni restrizione alla libera prestazione dei servizi imposta per il fatto che il prestatore è stabilito in uno Stato membro diverso da quello in cui è fornita la prestazione (v. in tal senso, in particolare, sentenze 4 dicembre 1986, causa 205/84, Commissione/Germania, Racc. pag. 3755, punto 25; 26 febbraio 1991, causa C-180/89, Commissione/Italia, Racc. pag. I-709, punto 15, nonché 3 ottobre 2006, causa C-290/04, FKP Scorpio Konzertproduktionen, Racc. pag. I-9461, punto 31)”*.

Pertanto al successivo paragrafo 25: *“Per spese professionali direttamente connesse ai redditi percepiti nello Stato membro in cui l’attività viene esercitata, occorre intendere le spese che presentano un nesso economico diretto con la prestazione che ha dato luogo all’imposizione in tale Stato e che sono pertanto inscindibili da essa, come le spese di viaggio e di pernottamento. In tale contesto, il luogo ed il momento in cui le spese sono state assunte sono irrilevanti. (paragrafo 25)”*

Di contro, non potranno, comunque, essere effettuati trattamenti discriminatori con riferimento alle modalità di determinazione del reddito, tassando in misura maggiore le attività esercitate dai non residenti. In tali casi, un trattamento discriminatorio non sarebbe ammissibile.

Tale principio è stata chiaramente affermato dalla Corte di Giustizia delle Comunità europee, nella sentenza *Gerritse* (C-234/01). In tal caso la mancata previsione della deduzione delle spese sostenute per la produzione del reddito derivante da attività professionale svolta in uno Stato comunitario da parte di un residente in altro Stato comunitario, è in contrasto con la libertà di prestazione dei servizi di cui all’art. 49 del Trattato CE, ed in particolare, con il principio di non discriminazione che da esso discende. Ed infatti, al par. 27 della sentenza, la Corte statuisce che *“(..) le spese professionali di cui si tratta sono direttamente connesse all’attività che ha generato i redditi imponibili in Germania, cosicché i residenti e i non residenti sono, sotto questo profilo, posti in una situazione analoga. (28) Ciò considerato, una normativa nazionale che, in materia di imposizione fiscale, nega ai non residenti la detrazione delle spese professionali, concessa invece ai residenti, rischia di sfavorire principalmente i cittadini di altri Stati membri e comporta pertanto una discriminazione indiretta fondata sulla nazionalità, contraria, in via di principio, agli artt. 59 e 60 del Trattato. Atteso che dinanzi alla Corte non è stato dedotto alcun argomento preciso per giustificare una differenza di trattamento siffatta, si deve dichiarare che gli artt. 59 e 60 del Trattato ostano a una normativa nazionale come quella in discussione nella causa principale nella parte in cui esclude la facoltà, per le persone parzialmente soggette a imposta, di detrarre le spese professionali dai propri redditi imponibili, laddove una facoltà del genere è riconosciuta alle persone integralmente soggette a imposta (...)”*.

Ed ancora, è stato affermato che, a parità di trattamento fiscale, l’applicazione della ritenuta come modalità di riscossione dell’imposta per i non residenti, benché possa

comportare un *cash-flow disadvantage*, potrà essere giustificata (Caso Truck Center C-282/07)⁴⁵⁶. Abbiamo già considerato discusso della compatibilità dell'applicazione della ritenuta alla fonte con il diritto comunitario. E' sufficiente ricordare che le modalità con le quali si realizza non deve impedire la deduzione delle spese strettamente inerenti alla produzione del reddito (Sentenza Skorpion)⁴⁵⁷.

E' importante sottolineare come in tutti questi casi è concessa la possibilità di limitare la comparazione, al fine di verificare la sussistenza del trattamento discriminatorio, alla sola normativa nazionale, c.d. *per country approach*.

Questa è la differenza più importante, rispetto al caso Schumacker, Lakebrink, Renneberg. Tale differente approccio è perfettamente coerente con i precedenti della Corte, poiché non si possono comparare due casi che, in termini di capacità contributiva, si atteggiavano in maniera totalmente differente⁴⁵⁸.

Diversamente nella prospettiva dello Stato di residenza, questo dovrà sempre adottare un *overall approach*, andando a verificare ciò che accade nello Stato della fonte, attraverso un'indagine di tipo fattuale.

In tali circostanze, tuttavia, la mancata considerazione della perdita sia nell'ambito della tassazione ordinaria dell'impresa che nell'ambito di regimi di consolidamento, potrà essere giustificata dalla tutela della ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri e dal rischio di elusione fiscale e di doppia deduzione della perdita.

Il *leading case*, a proposito di *home state restriction* è la sentenza Marks&Spencer⁴⁵⁹ dove la Corte di Giustizia ha adottato un *over-all approach*. Nel caso di specie veniva

⁴⁵⁶ Per la sua analisi si rinvia al paragrafo 3 del presente capitolo.

⁴⁵⁷ Sentenza Skorpion, C-290/04.

⁴⁵⁸ Auspicava un ritorno all'applicazione del principio di territorialità nel caso Renneberg, D. WEBER, *Cross-Border Losses: From Ritter-Coulais via Renneberg back to Futura Participations?*, in HINNEKENS L., HINNEKENS P. eds., *A Vision on Taxes Within and Beyond European Borders, Festschrift in Honor of Prof. Dr. Frans Vanistendael*, The Hague, 2008; in tal senso anche E. Kemmeren, *The Netherlands I:....*, op. cit., p. 276, in quanto ritiene che in tal caso non sia necessario ricostruire la capacità contributiva del soggetto in questione perché non si tratta di deduzioni personali o familiari. Tuttavia, come descritto anche nel capitolo I, nell'ambito di imposta diretta di tipo personale, è necessario, in ossequio alla principio di personalità, consentire la compensazione orizzontale delle perdite.

⁴⁵⁹ In dottrina cfr. P. M. SMIT, *Marks&Spencer: The Paradoxes, in European taxation*, 2006, 9, 411; F. Vanistendael, *The ECJ at the Crossroads: Balancing Tax Sovereignty against the Imperatives of the Single Market*, in *European Taxation*, sett., 2006, 413; M. LANG, *Direct Taxation: Is the ECJ Heading in a New Direction?*, *European Taxation*, sett., 2006, 421 Cordewener A., Dahlberg M., Pistone P., Reimer

negata la possibilità ad una controllante di un gruppo inglese di compensare le perdite generate dalle sue controllate poiché residenti al di fuori del territorio britannico. Evidentemente tale trattamento fiscale scoraggia le società residenti Inghilterra ad acquisire filiali all'estero poiché non possono immediatamente compensare le perdite. In tale caso, la Corte pur riconoscendo che la disciplina del consolidato riservato solo alle controllate nazionali costituisce una restrizione alla libertà di stabilimento, tuttavia, la ritiene giustificata se contemporaneamente ha lo scopo di a) tutelare la ripartizione del potere impositivo fra gli Stati membri; b) evitare il doppio utilizzo delle perdite; c) evitare fenomeni di elusione fiscale. Alla luce di questi tre elementi considerati nel suo insieme tale norma restrittiva può essere giustificata. Nel caso di specie si trattava di società in liquidazione che non avevano la possibilità di dedursi la perdita nello Stato della fonte, e, pertanto, era lo Stato di residenza era tenuta riconoscere la deducibilità di tale perdita. Progressivamente la Corte, con riferimento alla disciplina fiscale dei gruppi, ha ritenuto sufficienti la sussistenza di due delle tre cause (OY AA)⁴⁶⁰ sino ad arrivare ad accoglierne una sola (caso Papillon)⁴⁶¹.

Con riferimento alla tassazione del reddito di impresa realizzato da un soggetto residente, molto importante è stato il caso Lidl Belgium⁴⁶², nel quale la Corte ha statuito che non è necessario che lo Stato di residenza tenga conto della perdita generatasi

E., Romano C., *The Tax Treatment of Foreign Losses: Ritter, M & S, and the Way Ahead (Part One)*, in *European Taxation*, 2004, p. 140. Cordewener A., Dahlberg M., Pistone P., Reimer E., Romano C., *The Tax Treatment of Foreign Losses: Ritter, M & S, and the Way Ahead (Part Two)*, in *European Taxation*, 2004, p. 218. Per la dottrina italiana cfr. E. DELLA VALLE, *L'utilizzazione cross-border delle perdite fiscali: il caso Marks & Spencer*, in *Rass. trib.*, 2006, n. 3, p. 994; Id, *Libertà di stabilimento e consolidamento delle perdite fiscali nei gruppi multinazionali*, in *GT*, 2006, p. 197. Sempre sul regime fiscale del *group relief* inglese vedi G. BIZIOLI, *Il rapporto tra la libertà di stabilimento e principio di non discriminazione in materia fiscale: applicazione nel recente caso "Imperial Chemical Industries"*, in *Dir. prat. trib.*, 1999, n. 4, III, p. 313.

⁴⁶⁰ Caso OY AA C-231/05, per un commento cfr: M. LANG, *Recent Case Law of the ECJ in Direct Taxation.....*, *op. cit.*, p. 109;

⁴⁶¹ Caso Papillon, C-418/07, per un commento cfr. A. MAITROT DE LA MOTTE, *The Societe Papillon case, in ECJ Recent Developments in Direct Taxation 2008*, LANG e al, Vienna, 2008, p. 91.

⁴⁶² Lidl Belgium, par.49-51, C-414/06; per un commento si rinvia all'approfondita analisi de la CFE Opinion Statement on ECJ case "LIDL Belgium GmbH & Co KG vs. Finanzamt Heilbronn" (Case C-414/06) disponibile al seguente indirizzo internet: <http://www.cfe-eutax.org/node/656>; inoltre vedi MEUSSEN G., *Cross-Border Loss Compensation and Permanent Establishment: Lidl Belgium and Deutsche Shell*, in *European Taxation*, 2008, p. 233.

all'estero, nel calcolo della base imponibile del soggetto residente, poiché tale possibilità potrebbe portare a fenomeni di *double-dip* della perdita alterando la ripartizione del potere impositivo degli Stati. Nel caso di specie, la perdita era riportabile nei successivi esercizi nello Stato della fonte, e per questo, sulla base di un'indagine fattuale, la restrizione non si era prodotta.

Diversamente, nel caso in cui non sia possibile riportare la perdita nello Stato della fonte, o perché divenuta finale, o per la sua natura, come nel caso di perdite valutarie, sarà lo Stato della residenza a doverne tenere conto (casi *Bosal Holding* e *Deutsche Shell*)⁴⁶³.

Solo, dunque, quando i rischi di doppia deduzione della perdita sono scongiurati costringerà lo Stato della residenza a dover consentirne la deduzione anche se non si è prodotta nel suo territorio. In tal caso, infatti, saremmo in presenza di una perdita definitiva, *final losses* (*Marks and Spencer*, *Bosal*, *Deutsche Shell*) di cui lo Stato di residenza si deve fare carico. Diversamente nel caso in cui, vi fosse la possibilità di riportare la perdita nello Stato della fonte, quello della residenza non sarebbe obbligato a tenerne conto.

Solo in un caso la Corte ha sollevato lo Stato di residenza dai suoi obblighi attribuenti la colpa della mancata deduzione della perdita al regime di tassazione dello Stato della fonte che nella specie non aveva una norma che consentiva il riporto delle perdite⁴⁶⁴.

Nel quadro delineato le giustificazioni prodotte dagli Stati membri ed accolte dalla Corte, testimoniano il minor impatto che riveste l'esigenza di determinare la capacità contributiva del soggetto e più forte quella di tutelare la potestà impositiva degli Stati membri anche in ottica antielusiva. Proprio perché siamo nell'ambito di un'imposta sui redditi che andando a tassare le attività piuttosto che i soggetti accentua i suoi caratteri di realtà, in cui è necessario determinare il reddito oggettivamente prodotto e riferibile a quel territorio. Anche in tali casi esigenze di carattere antielusivo giustificano la

⁴⁶³ Per il caso *Bosal* C-168/01, cfr. in dottrina BIZIOLI G., *Deducibilità dei costi transfrontalieri, libertà di stabilimento e coerenza fiscale: il caso Bosal*, in *TributImpresa*, n. 1, 2004, p. 79; Caso *Deutsche Shell*, C-293/06, per un commento si rinvia a MEUSSEN G., *Cross-Border Loss Compensation and Permanent Establishment: Lidl Belgium and Deutsche Shell*, in *European Taxation*, 2008, p. 233.

⁴⁶⁴ KR Wannsee C-157/07, commentato in dottrina da M. LANG, *Recent Case Law of the ECJ in Direct Taxation.....*, *op. cit.*, p. 109.

misura recessiva della tutela per la libertà invocata rispetto agli interessi degli Stati nazionali.

8. Considerazioni conclusive: l'antinomia tra i fini perseguiti dal Trattato Europeo e i principi della nostra Carta costituzionale: prospettiva per una loro riconciliazione.

Se questa è la cornice di riferimento, da ultimo, ci sia consentito fare delle riflessioni sul processo di armonizzazione delle legislazioni nazionali e sulla disciplina delle perdite in ambito transnazionale.

Il punto di partenza è fornito da una riflessione di attenta dottrina⁴⁶⁵, relativa all'antinomia tra l'art. 41 della nostra Costituzione e il Trattati europei. Il Trattato dell'Unione Europea mira a costruire uno “spazio senza frontiere interne” (art. B del Trattato sull'Unione europea- TUE, 7 febbraio 1992), ispirato al “principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza” (attuale art. 3 A del Trattato CEE).

Partendo dall'assunto che il mercato non è un *locus naturalis* ma un *locus artificialis*⁴⁶⁶, ovvero un sistema di relazioni governato dal diritto, si assiste ad una antinomia tra il concetto di mercato sancito dalla nostra Carta costituzionale e i principi di diritto comunitario.

Tanti sono i modelli o tipi di mercato quanto le concepibili leggi regolatrici. E' indubbio che l'art. 41 della nostra costituzione realizza un “tipo di mercato” all'interno del quale vi deve essere una composizioni di interessi tra la libera iniziativa economica e gli altri valori costituzionalmente garantiti. Tale articolo trova il proprio presupposto nell'art. 2 della Costituzione che, statuendo gli “inderogabili doveri di solidarietà [...] economica e sociale”, identifica i doveri, negativi e positivi, con cui la legge ordinaria provvede alla disciplina dell'iniziativa privata. La connessione tra gli art. 2 e 41⁴⁶⁷ esprime la misura del rapporto tra solidarietà e mercato: il primo e il secondo comma dell'art. 41,

⁴⁶⁵ Vedi N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2003; C. SACCHETTO, *Il diritto comunitario e l'ordinamento tributario italiano*, in *Dir. e prat. trib.*, 2001, p. 3 e ss.

⁴⁶⁶ Così, N. IRTI, *op. cit.*, p. 99.

⁴⁶⁷ Cfr. G. OPPO, *L'iniziativa economica*, in AA.VV., *La costituzione economica a quarant'anni dall'approvazione della Carta fondamentale*, Milano, 1990.

traducono il dovere di solidarietà nel campo proprio della libertà d'iniziativa economica. I doveri negativi del 2° comma dell'art. 41, che vietano il compimento di atti lesivi dell'utilità sociale o della sicurezza o della libertà e dignità umana, servono a realizzare e a specificare il dovere di solidarietà sociale.

In ambito fiscale tale il dovere è espresso dall'art. 53 della Costituzione, in forza del quale “tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva”, e il “sistema è informato a criteri di progressività”. Il principio di progressività rispondendo ad un principio di giustizia redistributiva si oppone nettamente al carattere rigidamente commutativo dei rapporti di scambio. Così risulta evidente come nell'adempiere i doveri di solidarietà, lo Stato influisce nettamente sul mercato: basti pensare all'erogazione di beni o servizi che soddisfano i diritti sociali e che inevitabilmente riducono il territorio del mercato (si pensi alle prestazioni sanitarie o scolastiche, ai trasporti pubblici etc.)⁴⁶⁸.

Come abbiamo visto, anche la Corte di Giustizia europea ha ben presente che in tale ottica l'estensione, in ambito fiscale, di benefici connessi alla situazione personale e familiare deve operare solo secondo condizioni molto restrittive (vedi la sentenza *Schumaker*).

Di converso, il diritto comunitario tende alla creazione di uno “spazio senza frontiere” un mercato governato dalla libera concorrenza che non ha più la fisicità percepibile del territorio, non è un luogo materiale ma un'estensione di rapporti⁴⁶⁹. Questa deterritorializzazione dei rapporti economici rompe la relazione di sovranità tra Stato e individuo, o meglio non garantisce, *de iure*, in ambito comunitario, l'estensione di situazioni giuridiche attive e passive, ledendo così il principio di non discriminazione, cardine del sistema comunitario. L'antinomia si determina, così, nel rapporto con i principi dei trattati europei, i quali mercè la creazione di uno “spazio senza frontiere interne”, stabiliscono e promuovono un regime di piena e libera concorrenza. L'economia di mercato, estranea alla Carta del 1948, penetra nel nostro ordinamento attraverso norme dei trattati europei alle quali la Corte Costituzionale ha posto come unico limite i principi fondamentali del nostro ordinamento e i diritti inalienabili della

⁴⁶⁸ Così, N. IRTI, *op. cit.*, pp. 117-118.

⁴⁶⁹ Così, N. IRTI, *op. cit.*, p. 21.

persona umana⁴⁷⁰. La tensione che si avverte tra l'interesse pubblico riconosciuto dall'ordinamento comunitario della garanzia di piena e libera concorrenza, e l'interesse pubblico sancito dall'art. 41 della Costituzione nella costruzione di un mercato economico in ottemperanza ai doveri di solidarietà, trova la sua sintesi nella mancanza, in ambito comunitario, di una forma più alta e solenne di legittimazione democratica.

L'antinomia sin qui delineata meglio si chiarisce nel conflitto tra territorialità e spazialità. Costituzioni e codici sono leggi del territorio, i trattati europei delineano, come ricordato, uno "spazio senza frontiere interne", trascendendo la territorialità dei mercati nazionali e instaurano un "luogo" degli scambi, che non ha vincoli con la fisicità degli Stati e con la storicità dei gruppi linguistici⁴⁷¹. La transizione dai "territori" allo "spazio" trova in ambito comunitario ancora impreparato il legislatore, in quanto alla geo-economia ancora non corrisponde una geo-politica o un geo-diritto.

Oggi, pertanto, il diritto nazionale si costruisce entro le tensioni di una polarità: la limitata territorialità delle norme *versus* l'illimitata universalità delle relazioni economiche. I trattati europei non riescono a temperare questa tensione, e in realtà, edificando un'unità di mercato priva o debole di fondazioni politiche, rischiano invece di esasperare la tensione tra ambito giuridico e ambito economico.

"Manca ancora una serie di riferimenti alla dimensione valoriale e dei diritti dell'Unione Europea e di un esplicito riconoscimento dell'acquis comunitario nella sua valenza non solo giuridica ma anche politica".⁴⁷²

Il referente costituzionale è ancora più sentito in ambito tributario in cui sarebbe necessaria una chiara e netta affermazione del principio di democraticità⁴⁷³.

Ciò detto è di cartesiana evidenza che questa inadeguatezza costituzionale mette in luce i limiti del processo di armonizzazione come metodo di conciliazione e di garanzia degli assetti degli interessi in materia fiscale.

⁴⁷⁰ Così, N. IRTI, *op. cit.*, p. 126.

⁴⁷¹ Così, N. IRTI, *op. cit.*, p. 139.

⁴⁷² S. RODOTA', *Carta dei diritti d'Europa*, in *La Repubblica*, 23 aprile 1999, G. LA MALFA, *L'Europa legata. I rischi dell'Euro*, Milano, 2000.

⁴⁷³ Mancano nei Trattati riferimenti puntuali, e di natura costituzionale, alla materia tributaria. Anche nel Trattato di Amsterdam, che costituisce il momento più avanzato di integrazione anche sotto il profilo della riforma costituzionale, mentre si toccano punti fondamentali come quello della cittadinanza, delle procedure di sorveglianza e dei poteri del Parlamento, non si tocca la materia fiscale. Neppure di tale materia si fa menzione nel contesto della riforma del Parlamento europeo.

E' nel quadro delineato e nella costante dialettica tra il progetto comunitario di creazione di una zona di libero scambio e i fini economici-sociali dei singoli Paesi membri che opera la Corte di Giustizia Europea. La Corte, nella ricerca di un punto intermedio opera fatalmente in un contesto in cui ci saranno dei paesi che guadagnano e paesi che perdono in materia di tutela dei diritti⁴⁷⁴. La costituzionalizzazione, invece, passa attraverso l'affermazione di una pienezza di diritti.

Tutto ciò premesso, una completa integrazione economica europea ed una armonizzazione in ambito fiscale passa, necessariamente, attraverso una maggiore salvaguardia dei diritti fondamentali dei cittadini europei, da tutelare necessariamente con la nuova Costituzione Europea. Per questo stupisce che i vari Stati membri non abbiano dato alcuno spazio alla componente fiscale, così da limitare o, come si preferisce, legittimare l'invasiva opera della Corte di Giustizia Europea⁴⁷⁵.

La costituzionalizzazione dei diritti e una politica sociale "europea" è ancora più sentita nell'ambito di sistemi di tassazione del reddito basati su elementi di personalità necessari per ricostruire la corretta capacità contributiva.

Consapevole di questo, la Corte esprime, sempre più con forza, un orientamento all'abbandono del *world-wide principle* (ovvero tassazione nel luogo di residenza del soggetto) a favore di un criterio di tassazione, in ambito transnazionale, nel territorio ove più intenso è il grado di connessione materiale e/o oggettiva. Si sta andando verso un criterio di imposizione territoriale con il progressivo abbandono del criterio di imposizione nel Paese di residenza del reddito ovunque prodotto.

E, ancora, *de iure condendo* e nell'ottica di un progressivo intensificarsi degli spostamenti intracomunitari dei lavoratori, la Corte tenderà ad individuare la concreta manifestazione di capacità contributiva in capo ad un soggetto passivo non limitata al singolo ordinamento, ma spostata ad un livello superiore, quello comunitario.

Questo tentativo mal si concilia con il principio di capacità contributiva che, in quanto teso a realizzare un'esigenza di giustizia fiscale, mal sopporterebbe un sistema alternativo al metodo del credito d'imposta che da un punto di vista interno realizza quel principio di neutralità per cui, i soggetti residenti in Italia saranno soggetti allo stesso carico fiscale a prescindere dalla loro fonte di reddito.

⁴⁷⁴ Vedi C. Sacchetto, *L'evoluzione del diritto comunitario in materia tributaria*, op. cit., p. 828.

⁴⁷⁵ In particolare ci si riferisce agli ultimi casi: Irap, Marks&Spencer e D-case.

La rottura con il sistema di *welfare*, di stato sociale a cui i fondatori dell'Unione Europea si erano ispirati, rischia di essere compromesso seriamente e la Corte su questo si gioca molto del suo futuro e dovrà muoversi con grande cautela.

Di questo ne è consapevole la Corte di Giustizia e le deroghe concesse sono molto limitate e con le relative cautele. Come abbiamo visto, infatti, sia le deduzioni che le detrazioni, come anche la compensazioni orizzontale delle perdite sono concesse al non residente solo nel caso limite nel quale lo Stato di residenza non è in grado di tenerle in considerazione perché il contribuente produce la quasi totalità del suo reddito nello Stato della fonte. In tali circostanze lo Stato della fonte non può richiamare a giustificazione un regime differenziato fra residenti e non residenti il principio di territorialità.

Diversamente lo Stato della fonte nell'ambito della determinazione del reddito di impresa può, in base al principio di territorialità, discriminare fra residenti e non residenti concedendo a quest'ultimi solo il riconoscimento delle perdite strettamente connesse con il loro territorio.

Ciò deriva dal fatto che in tali casi siamo di fronte ad una tassazione di tipo reale dove non ci sono elementi di personalità del reddito e nel quale il reddito viene determinato analiticamente contrapponendo ricavi e costi. In tale contesto, il ruolo svolto dal principio di capacità contributiva è sicuramente minore implicando una tutela affievolita. E' evidente, infatti, che per raggiungere una piena armonizzazione fiscale ed eliminare gli ostacoli all'esercizio di un'attività economica in Europa sarà necessaria un'azione legislativa in sede comunitaria, magari andando a risolvere la vecchia direttiva sulle perdite⁴⁷⁶ o rendendo effettiva l'introduzione della auspicata Common Consolidated Corporate Tax Base⁴⁷⁷.

Vi è, tuttavia, da sottolineare che l'Unione Europea rimane, ancora, al momento ontologicamente diversa dagli Stati nazione perché sono guidati da principi che da un

⁴⁷⁶ Sulla vecchia proposta di direttiva comunitaria sulle perdite mai attuata, per un commento cfr. B. GANGEMI, *I progetti di armonizzazione all'esame del Consiglio Cee: le ritenute su interessi e royalties e le perdite transnazionali*, in *Riv. dir. trib.*, 1993, I, p. 829.

⁴⁷⁷ Cfr. Comunicazione della Commissione Europea, COM(2007) 785 del 10 dicembre 2007. Il trattamento delle perdite nell'ambito di tale proposta che mira all'armonizzazione delle basi imponibile per le società europee, cfr. GONZALEZ S.M., DIAZ-P., *The Common Consolidated Corporate Tax Base: Treatment of Losses*, in *Common Consolidated Corporate Tax Base*, Lang M., Pistone P., Schuch J., Staringer C., Wien, 2008, 441.

punto di vista assiologico sono incompatibili: da una parte l'intento di perseguire la costruzione di un mercato come "spazio senza frontiere" e dall'altra l'esigenza di realizzare all'interno dei singoli Stati nazione ancora quel fine di solidarietà sancito dall'art. 2 della Costituzione che in ambito fiscale è rappresentato dall'art. 53 della Costituzione.

Solo una politica fiscale europea e la costruzione di una scala valoriale ad un livello superiore degli Stati nazione, che necessariamente deve includere anche la componente fiscale, potrà colmare la grande distanza che c'è tra gli Stati-nazione e la costruzione di un'Europa non solo "economica" ma anche "sociale", *lato sensu*.

Tuttavia, una prospettiva di riconciliazione a livello valoriale sembra esserci solo se si considera lo scopo per cui è nata l'Europa: la pace!

Come ricordava un grande filosofo del passato che nell'ipotizzare un sistema giuridico mondiale in cui fosse assicurata la pace fra i popoli lo portava a sostenere che ciò si sarebbe realizzato mercé "lo spirito del commercio": "*E' lo spirito del commercio, che non può esistere assieme alla guerra e che presto o tardi si impossesserà di ogni popolo*"⁴⁷⁸. L'Europa ne è il frutto preconizzato, nata come spazio economico per assicurare la pace ed uno spazio di libertà e sicurezza.

In un'Europa nata per creare le condizioni di pace al suo interno, sono state necessarie le cessioni di sovranità e un venir meno del principio di capacità contributiva inteso come dovere politico di difesa del proprio territorio. L'abolizione della leva obbligatoria contenuta nell'art. 52 della Cost. ne è la testimonianza con ripercussioni anche sull'art.

⁴⁷⁸ I. Kant, *Zum ewigen Frieden*, Milano, 2004, p. 368: "Come la natura divide sapientemente i popoli che alla volontà di ogni stato piacerebbe unificare sotto di sé con l'astuzia o con la violenza, addirittura secondo principi del diritto internazionale, così, d'altra parte, essa unifica anche, tramite l'utile reciproco, popoli che il concetto del diritto cosmopolitico non avrebbe garantito contro la violenza e la guerra. E' Poiché, difatti, potrebbe ben darsi che, fra tutti i poteri (mezzi) subordinati a quello dello stato, il *potere del denaro* fosse il più affidabile, gli stati si vedono sollecitati (tuttavia non certo tramite i moventi della moralità) a promuovere la nobile pace, e, dovunque nel mondo minacci di scoppiare la guerra, ad allontanarla con arbitrati, dunque proprio come se stessero in una alleanza stabile: infatti grandi leghe per la guerra, secondo la natura della cosa, possono aver luogo molto raramente, e ancor più raramente riuscire. - In questo modo la natura garantisce la pace perpetua, proprio attraverso il meccanismo delle inclinazioni umane; tuttavia con una sicurezza che non è sufficiente per *profetizzarne* (teoreticamente) l'avvenire, ma che basta nell'intento pratico e rende un dovere sforzarsi per questo scopo (che non è semplicemente chimerico)"

53 Cost.: il dovere di contribuzione non lo si può più ricollegare ad un dovere patriottico di difesa del proprio territorio⁴⁷⁹.

Le condizioni di pace create in Europa hanno fatto venir meno a livello di singoli Stati membri la necessità di difendere il proprio territorio e hanno portato a valorizzare legami di tipo economico nell'ambito di uno spazio di libertà in cui sono garantiti la sicurezza e la pace. Questo processo ha avuto dei riflessi, indubbiamente, molto rilevanti in campo fiscale. Tuttavia, negare che il principio di capacità contributiva nel processo di integrazione Europa, ha perso parte dei suoi tratti distintivi significherebbe svalutare l'obiettivo per cui è nata la stessa Unione Europea alla quale l'Italia ha ceduto parte della sua sovranità proprio in virtù dell'assetto costituzionale che lo consentiva: l'art. 11 Cost., infatti, consente "limitazioni di sovranità" necessarie alla costituzione di un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le Nazioni, c.d. "*European Clauses*"⁴⁸⁰.

Certamente, questo ha creato una tensione all'interno dei singoli ordinamenti, i quali vengono compromessi nella loro funzione sociale e morale di redistribuzione della ricchezza. Ma ciò potrà avvenire solo a livello più alto cedendo ancora di più la propria sovranità creando un coordinamento a livello comunitario che tenga conto di criteri non meramente di neutralità economica⁴⁸¹. Il risultato sarà una maggiore tutela dei diritti e si potrà conciliare anche la prospettiva economica la quale richiede maggiore armonizzazione per una maggiore efficienza e massimizzazione del reddito⁴⁸².

Una prospettiva di riconciliazione a livello politico ed economico teso così a garantire la pace perpetua di kantiana memoria fra le nazioni.

⁴⁷⁹ Il Falsitta nei suoi ultimi scritti, nell'ottica di difendere e di rivitalizzare tale principio ha ricordato come era nato come dovere patriottico, non a caso contenuto nel titolo IV della Costituzione dedicato ai rapporti politici ed immediatamente successivo all'art. 52.

⁴⁸⁰ Sul punto cfr. G. BIZIOLI, *op. cit.*, p. 43 e oltre sul rapporto e il bilanciamento dei valori espressi nella nostra Carta costituzionale e quelli contenuti nel Trattato UE.

⁴⁸¹ Cfr. C. SACCHETTO, *Il diritto internazionale tributario tra norme del sistema costituzionale italiano, effettività ed utopia*, *op. cit.*, p. 331.

⁴⁸² Per la prospettiva economica cfr. W. SCHON, *International Tax Coordination for a Second-Best World (Part I)*, *op. cit.*, p. 67.

BIBLIOGRAFIA

- AA. VV., (a cura di) V. FICARI, *I redditi di lavoro dipendente*, Torino, 2002.
- AA.VV., (a cura di) N. D'AMATI, *La disciplina tributaria del lavoro dipendente*, Padova, 2003;
- ADAMS C., *For Good and Evil. L'influsso della tassazione sulla storia dell'umanità*, Macerata, 2007.
- ADONNINO P., *Doppia imposizione*, in *Enc. Giur. Treccani*, vol. 12, Roma, 1989.
- ALFANI P., *Perdite in caso di fusione per incorporazione tra società consolidanti*, in *Corr. Trib.*, 2007 fasc. 31, p. 2559.
- ALLENA M., *Gli effetti giuridici della traslazione delle imposte*, Milano, 2005;
- ALLORIO E., *Diritto processuale tributario*, Torino, 1942;
- ALLORIO E., *Diritto processuale tributario*, Torino, 1969.
- AMATO, *La finanza funzionale*, Milano, 1958.
- AMATUCCI F., *Divieto di discriminazione fiscale dei lavoratori subordinati nell'ambito dell'Unione Europea*, in *Dir. prat. trib.*, 1996, II, p. 227.
- AMATUCCI F., *Responsabilità fiscale limitata delle società non residenti e libertà di stabilimento*, in *Riv. dir. trib. int.*, 2001, p. 160.
- AMATUCCI F., *Il principio di non discriminazione fiscale*, Padova, 2003.
- AMATUCCI F., *Limited tax liability of non-residents companies and freedom of establishment*, *EC Tax Review*, 2003, p. 202.
- ANDREANI, *Il problema delle rettifiche fiscali nella valutazione d'azienda. Il beneficio derivante dalle perdite pregresse*, in *Fisco*, 1993, p. 8383.
- ANDRIOLA M., *Limiti al "commercio delle perdite" nel passaggio dall'Irpeg all'Ires: stabilità e mutamento delle strategie di pianificazione fiscale*, in *Rass. trib.*, 2005, p. 792.
- ANDRIOLA M., *Compensazioni infragruppo di perdite pregresse: dov'è l'elusione fiscale?*, in *Rass. trib.*, 2007, p. 1143.
- ANDRIOLA M., *Ulteriori disorientamenti sul riporto e l'utilizzo infragruppo delle perdite fiscali pregresse*, in *Dialoghi dir. trib.*, 2007, p. 63.
- ANDRIOLA M., LUPI R., *Ancora confusioni sui limiti al commercio delle perdite*, in *Dialoghi di diritto tributario*, 2007, p. 63.

- ANDRIOLA M.; LUPI, R., *Consolidato fiscale e limiti al riporto delle perdite in caso di cessioni di società intragruppo*, in *Dialoghi dir. Trib.*, 2007, pp. 1465.
- ANDRIOLA M., LUPI R., STEVANATO D., *Perdite maturate nel gruppo e limiti al riporto in sede di fusione*, in *Dialoghi di diritto tributario*, 2005, p. 389.
- ANTONIMI M., *Riflessi del diritto di stabilimento in materia di compensazione, a fini fiscali, tra perdite della casa madre e utili della stabile organizzazione*, in *Giur. it.*, 2001, p. 1517.
- ANTONINI, *Dovere tributario, interesse fiscale e diritti costituzionali*, Milano, 1996.
- ARNOLD B.J., *Tax discrimination against aliens, non resident and foreign activities: Canada, Australia, New Zeland, United Kingdom and United States*, in *Canadian tax paper*, 1991, p. 174.
- ARTINA V., SCHIAMONE A., *E' ammissibile la compensazione tra perdite pregresse e plusvalenze da cessione?*, in *Corr. trib.*, 2001, p. 351.
- ANDRIOLA M., *Limiti al commercio delle perdite nel passaggio dall'Irpeg all'Ires: stabilità e mutamento delle strategie di pianificazione fiscale*, in *Rass. trib.*, 2005, p. 792
- ARTINA R., ARTINA, V., *Riporto delle perdite nella «piccola trasparenza»*, in *Corr. Trib.*, 2006, p. 3339.
- ASSOCIAZIONE DOTTORI COMMERCIALISTI MILANO, *Disposizioni antielusive applicabili al riporto delle perdite nelle fusioni*, in *Bollettino tributario d'informazioni*, 2006, p. 1707.
- ASSONIME, Circ. n. 31 del 2007, in *Corr. trib.*, 2007, p. 2303.
- AVERY JONES J. F., *The non-discrimination article in tax treaties*, *European Taxation*, 1991, p. 311.
- AVERY JONES J. F., *What is the Difference between Schumacker and Gilly?*, *European Taxation*, 1999, p. 2.
- AVERY JONES J.F., *A Comment on "Progressive Taxation of Non-Residents and Intra-EC Allocation of Personal Tax Allowances*, *European Taxation*, 2000, p. 375.
- AVI-YONAH R., *Commentary*, in *Tax Law Review*, 2000, p. 167.
- AVI-YONAH R., *Globalization, Tax Competition, and the Fiscal Crisis of the Welfare state*, in *Harvard Law Review*, 2000, p. 1628.

AVI-YONAH R., *Comment on Yin, Reforming the Taxation of Foreign Direct Investment by U.S. Taxpayers*, in *Virginia Tax Review*, 2008, p. 281.

AVI-YONAH R., *Between Formulary Apportionment and the OECD Guidelines: A Proposal for Reconciliation*, in *World Tax Journal*, Febbraio, 2010, p. 3.

BAGGIO R., *Il principio di territorialità ed i limiti alla potestà tributaria*, Milano, 2008.

BAKER P., *United Kingdom*, in Gerard Meussen, ed., *The principle of equality in European Taxation* London, 1999, p. 165.

BAKER P., *Taxation and the European Convention on Human Rights*, *European Taxation*, 2000, p. 298.

BARASSI M., *La comparazione nel diritto tributario*, Ed. Provv., 2002.

BARBIERI L., D. STEVANATO D., *Dubbi infondati in tema di disapplicazione dei limiti al riporto delle perdite in caso di fusione*, in *Dialoghi dir. trib.*, 2004, p. 647.

BARBONE L., DONESANA, A., *Fusione inversa e assenza di limiti specifici al riporto delle perdite della società partecipante*, in *Dialoghi dir. trib.*, 2004 fasc. 7-8, p. 1053.

BARREIRO CARRIL M. C., *National Tax Sovereignty and EC Fundamental Freedoms: The Impact of Tax Obstacles on the Internal Market*, in *Intertax*, 2010, p.105.

BASCIU, *Contributo allo studio dell'obbligazione tributaria*, Napoli, 1964;

BASILAVECCHIA M., *La nuova imposta sul reddito delle società (IRES): lineamenti generali*, in esauro, *L'imposta sul reddito delle società (IRES)*, Bologna, 2007.

BATISTONI FERRARA, *La determinazione della base imponibile nelle imposte indirette*, Napoli, 1964,

BEGHIN M., *Operazioni straordinarie e anticipata interruzione della tassazione di gruppo*, in *Corr. trib.*, 2004, p. 3359.

BEGHIN M., *L'illimitato riporto delle perdite nell'IRES tra nuovi soggetti e nuove attività*, in *Corr. Trib.*, 2006, p. 2944.

BEGHIN M., *Il consolidato nazionale*, in F. Tesauro, *L'imposta sul reddito delle società (IRES)*, Bologna, 2007, p. 557.

BEGHIN M., SCANDIUZZI D., *Rettifiche di consolidamento e riporto di perdite nella fiscal unit*, in *Corr. trib.*, 2007, p. 1485.

BENNETT M.C., *Nondiscrimination in International Tax Law: A Concept in Search of a Principle*, in *The Tillinghast Lecture*, 1996-2005, NYU School of Law, p. 411.

BERARDO G., DULCAMARE V., *L'accomandatario deduce le perdite eccedenti le quote dell'accomandante*, in *Corr. trib.*, 2001 fasc. 48, p. 3651.

BERLIRI A., *Principi di diritto tributario*, Milano 1964.

BERLIRI A., *Il testo unico delle imposte dirette*, Milano, 1969.

BERLIRI L.V., *Appunti sul concetto di «reddito» nel sistema dell'imposta mobiliare*, in *Riv. it. Dir. Fin.*, 1939, I, p. 30 ss..

BIAVATI P., *La sentenza Lucchini: il giudicato nazionale cede al diritto comunitario*, in *Rass. trib.*, 2007, p. 1591.

BIZIOLI G., *Impact of the freedom of establishment in tax law*, in *EC Tax Review*, n. 4, 1998, p. 239.

BIZIOLI G., *Evoluzione del diritto di stabilimento nella giurisprudenza della Corte di giustizia CE*, in *Riv. It. dir. pubbl. comun.*, n. 2, 1999, p. 381.

BIZIOLI G., *Libertà di stabilimento e riporto delle perdite tra società affiliate: il caso Imperial Chemical Industries*, in *Dir. prat. trib.*, 1999, p. 323.

BIZIOLI G., *Libertà di stabilimento ed imposizione fiscale dei gruppi di società: il caso X AB, Y AB*, in *Riv. dir. trib.*, 2000, p. 36.

BIZIOLI G., *Potestà tributaria statale, competenza tributaria della Comunità Europea e ...competenza tributaria della Corte di giustizia: il caso Saint-Gobain*, in *Riv. dir. trib.*, n. 10, 2000, p.192.

BIZIOLI G., *Note minime in tema di libertà fondamentali e riporto delle perdite nell'ordinamento comunitario*, in *Dir. prat. trib. int.*, 2003, p. 633.

BIZIOLI G., GRANDINETTI M., *Imposizione dei gruppi di società e riporto delle perdite: la legittimità inglese con la libertà di stabilimento*, in *Dir. prat. trib. int.*, 2003 fasc. 3, p. 980.

BIZIOLI G., *Deducibilità dei costi transfrontalieri, libertà di stabilimento e coerenza fiscale: il caso Bosal*, in *TributImpresa*, n. 1, 2004, p. 79.

BIZIOLI G., *Imposizione e Costituzione europea*, in *Riv. dir. trib.*, I, n. 3, 2005, p. 233.

BIZIOLI G., *Simmetrie fiscali "transnazionali" e convenzioni contro le doppie imposizioni. Un new deal nei rapporti fra libertà fondamentali e convenzioni contro le doppie imposizioni*, in *Dialoghi di dir. trib.*, n. 4, 2006, p. 473.

- BIZIOLI G., *Il processo di integrazione dei principi tributari nel rapporto fra ordinamento costituzionale, comunitario e diritto internazionale*, Padova, 2008.
- BIZIOLI G., *La sovranità dei principi. I rapporti fra ordinamento internazionale, comunitario ed interno nella prospettiva dell'integrazione dei principi costituzionali*, Padova, 2008.
- BIZIOLI G., *Balancing the Fundamental Freedoms and Tax Sovereignty: Some Thoughts on Recent ECJ*, in *European Taxation*, 2008, p. 133.
- BLOCH J., SORGATO J. L., *L'imputazione delle perdite nelle s.a.s.*, in *Corr. trib.*, 2002 fasc. 20, p. 1811.
- BLUMENSTEIN E., *La causa nel diritto tributario svizzero*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1939, I, p. 371.
- BOBBIO N., *Dalla struttura alla funzione*, Bari, 2007, p. 3 e ss..
- BORIA P., *L'interesse fiscale*, Torino, 2002.
- BORIA P., *Diritto tributario europeo*, Milano, 2005.
- BORIA P., *Il bilanciamento di interesse fiscale e capacità contributiva nell'apprezzamento della Corte costituzionale*, 57 (57-58), in PERRONE L. e BERLIRI C. (a cura di), *Diritto tributario e Corte costituzionale*, Napoli, 2006.
- BORIA P., *Il sistema tributario*, Torino, 2008.
- BRAUNER Y., *An International Tax Regime in Crystallization*, in *Tax Law Review*, 2003, p. 302.
- BÜHLER O., *La causa giuridica nel diritto tributario tedesco*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1939, I, p. 43.
- BUSCEMA A., STEVANATO D., *"Trasformazione regressiva" e riporto delle residue perdite anteriori*, in *Dialoghi dir. trib.*, 2004, p. 711.
- BUZZETTI G., *Diritto processuale tributario: rassegna critica di giurisprudenza*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1937, I, p. 307;
- BUZZONE M., *Irrilevanza dell'errore formale in caso di «inequivoca volontà» di riporto delle perdite pregresse*, in *Corr. trib.*, 2001, pp. 2499.
- CAPACCIOLI, *L'accertamento tributario*, in *Riv. dir. fin.*, 1966, I, 3 ss.
- CARPENTIERI L., *Riflessioni sulla mancata estensione del riporto delle perdite ai fini ILOR*, in *Rass. trib.*, 1989 fasc. 7-8, p. 727.
- CHRETIEN M., *A la recherche du droit international fiscal commun*, Parigi, 1995.

CHRETIEN M., *Le double imposition et l'évasion fiscale*, in *Cours de l'Institut des Hautes études internationales de l'Université de Paris*, 1947-1948.

CIANI F., *Nuovi limiti nella deduzione delle perdite fiscali (d.l. n. 223/2006 e Finanziaria 2007 - d.l. n. 262/2006 "Collegato fiscale"*, in *Boll. Trib.*, 2007, pp. 683.

CICOGNANI A., *L'imposizione del reddito d'impresa*, Padova, 1980.

CIPOLLINA S., voce *Elusione fiscale*, *Dig., Disc. priv., Sez. comm.*, vol. V, 1990.

CLEMENTINI, BERTELLI, *Le leggi sull'imposta di ricchezza mobile*, Torino, 1916.

COCIVERA B., *Principi di diritto tributario*, Milano, 1961

COMMISSIONE DEI TRENTA, *Parere del Governo sulle norme delegate relative alla riforma tributaria*, in *Fisco*, 1987, p. 127.

CONTRINO A., *Elusione fiscale, evasione e strumenti di contrasto*, Bologna, 1996.

CONTRINO A., *Il credito per le imposte assolute all'estero*, in Tesauro F., (diretta da), *Imposta sul reddito delle società (IRES)*, Bologna, 2007, p. 1044.

CONSOLO C., *La sentenza Lucchini della Corte di Giustizia: quale possibile adattamento degli ordinamenti processuali interni e in specie del nostro?*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, p. 225;

CORASANITI G., *Azioni, strumenti finanziari partecipativi e obbligazioni: dalla riforma del diritto societario alla riforma dell'imposta sul reddito delle società*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2003, 875 ss.

CORASANITI G., *La nullità dei contratti come strumento di contrasto alle operazioni di dividend washing nella recente giurisprudenza della Suprema Corte*, in *Dir. prat. trib.*, 2006, 2, p. 235.

G. CORASANITI, *Profili tributari dei conferimenti in natura e degli apporti in società*, Padova, 2008.

CORASANITI G., *Sul generale divieto di abuso del diritto nell'ordinamento tributario*, in *Dir. prat. trib.*, 2009, II, p. 213.

CORDEIRO GUERRA R., *Problemi in tema di traslazione convenzionale dell'imposta*, in *Rass. trib.*, 1988, I, p. 484 e ss.;

CORDEIRO GUERRA R., ne *Il Diritto Tributario nei rapporti internazionali*, a cura L. CARPENTIERI, LUPI R., STEVANATO D., Milano, 2003, p. 102.

CORDEWENER A., *Foreign Losses, Tax Treaties and EC Fundamental Freedoms: A New German Case before the ECJ*, *European Taxation*, 2003, p. 294.

CORDEWENER A., DAHLBERG M., PISTONE P., REIMER E., ROMANO C., *The Tax Treatment of Foreign Losses: Ritter, M & S, and the Way Ahead (Part One)*, in *European Taxation*, 2004, p. 140.

CORDEWENER A., DAHLBERG M., PISTONE P., REIMER E., ROMANO C., *The Tax Treatment of Foreign Losses: Ritter, M & S, and the Way Ahead (Part Two)*, in *European Taxation*, 2004, p. 218.

CORDEWENER A., *The prohibitions of discriminations and restriction within the framework of the fully integrated internal market*, in: Frans Vanistendael, ed., *EU Freedoms and Taxation*, Amsterdam, 2006.

CORDEWENER A., *EC law protection against "horizontal" tax discrimination on the rise – or how to play snooker in an Internal Market*, 16 *EC Tax Review*, 2007, p. 210.

CORRADI A., LUPI R.; STEVANATO D., *L'abrogazione del "libero trasferimento" delle perdite pregresse intragruppo*, in *Dialoghi di diritto tributario*, 2006 fasc. 7-8, p. 963.

CORRADI A., STEVANATO D., *Ripporto illimitato delle perdite tra nuove società e nuove attività produttive*, in *Dialoghi dir. trib.*, 2008, p. 131;

CROVATO F., *L'imputazione a periodo nelle imposte sui redditi*, Padova, 1996.

CROVATO F., *Il lavoro dipendente nel sistema delle imposte sui redditi*, Padova, 2001.

CROVATO F., *Ripporto delle perdite ed operazioni straordinarie*, in AA. VV., *La fiscalità delle operazioni straordinarie d'impresa*, Milano, 2002, p. 619.

CROXATTO G.C., *La imposizione delle imprese con attività internazionale*, Padova, 1965.

CROXATTO G.C., *La tassazione del reddito derivante da attività internazionale nel quadro della riforma tributaria*, in *Dir. prat. trib.*, 1972, I, p. 10

CROXATTO G., *Il credito d'imposta per i redditi prodotti all'estero*, *Convegno per lo studio dei problemi fiscali*, Rapallo, 1979.

CROXATTO G.C., *Diritto internazionale tributario*, in *Dig. Disc. Priv.*, Sez. Comm, Vol. IV, 640.

D'ALESSIO G., LUPI R., LAZZARONE R., MURATORI D., *Utili e perdite intragruppo nel regime transitorio tra l'Irpeg e l'Ires, tra divieti di rimborso del credito d'imposta e doppie deduzioni*, in *Dialoghi di diritto tributario*, 2003 fasc. 3, p. 401.

D'AMATI N., *Schema costituzionale dell'attività impositiva*, in *Dir. prat. trib.*, 1964, p.473.

- D'AMATI N., *Definizione legislativa del concetto di reddito imponibile*, in *Riv. dir. trib.*, 1964, p. 121.
- D'AMATI N., *La progettazione giuridica del reddito*, Padova, 1973-1975.
- D'AMATI N., *Le basi teoriche del diritto tributario*, Bari, 1999.
- D'AMATI N., *Reddito (Imposta complementare sul)*, in *Noviss. Dig. It.*, p. 1094.
- D'AMATI N., *Gruppi di società fra soggettività e parasoggettività tributaria: aspetti di diritto interno*, in AA. VV., *Prime considerazioni sulla legge delega n. 80 del 7 aprile 2003 per la riforma del sistema fiscale statale*, Atti del convegno di Napoli, allegati de *Il Fisco*, n. 21 del 2 giugno 2003
- D'AMATI N., *La "causa impositionis" nella cultura giuridica finanziaria*, in *Riv. sc. sup. ec. fin.*, 3, 2006, p. 140.
- D'ANGELO G., *Giudicato tributario (esterno) e diritto comunitario: un equilibrio difficile*, *Riv. dir. trib.*, 2009, II, p. 285.
- DAMI F., *La trasparenza delle società di capitali: alcune riflessioni per un inquadramento sistematico*, in *Giur. Imp.*, 2005; M.
- DAMIANI M., MAGGESE P., *Fusione e riporto delle perdite nel consolidato fiscale*, in *Corr. Trib.*, 2006 fasc. 17, p. 1316.
- D'AYALA VALVA F., *I problemi dell'evasione ed elusione nell'attuale normativa*, *Dir. prat. trib.*, 1989, I, p. 1154.
- DE MITA E., *Periodi d'imposta e riporto delle perdite*, in E. De Mita, *Fisco e Costituzione*, Milano, 1994, p. 882.
- DE MITA E., *Capacità contributiva (voce)*, in *Dig. Disc. Priv.*, 1995, II, p. 454.
- DE PACE E., LUPI R., *Fusione con effetto retroattivo, limiti al riporto delle perdite e "indici di depotenziamento"*, in *Dialoghi dir. Trib.*, 2007 fasc. 11, pp. 1455.
- DE PACE E., R.L., *Sulla possibile simmetria tra fusioni e conferimenti nei limiti al riporto delle perdite*, in *Dialoghi di diritto tributario*, 2005 fasc. 11, p. 1519.
- DELL'ANESE L., *Tax Arbitrage and the changing structure of international tax law*, Milano, 2006.
- DELLA VALLE E., *L'utilizzazione cross-border delle perdite fiscali: il caso Marks&Spencer*, in *Rass. trib.*, 2006, p. 984.
- DELLA VALLE E., *Libertà di stabilimento e consolidamento delle perdite fiscali nei gruppi multinazionali*, in *GT*, 2006 fasc. 3, p. 197;

- DELLA VALLE E., *Perdite fiscali e recessione*, in *Corr. trib.*, 2009, p. 987.
- DENYS L. A., *Previous EU Proposals for Cross-Border Loss Relief?*, *European Taxation*, 2006, p. 443.
- DEOTTO D., TESTONE L., *Il trattamento delle perdite nel regime di trasparenza*, in *Corr. Trib.*, 2005 fasc. 1, p. 17.
- DEOTTO D., *La uniformazione della disciplina delle perdite d'impresa e di lavoro autonomo*, in *Corr. Trib.*, 2006 fasc. 37, p. 2949.
- DEPERON, *International Double Taxation*, New York, 1945.
- DESAI M.A., *Are We Racing to the Bottom? Evidence on the Dynamics of International Tax Competition*, in *Proceeding of the 91st Annual Conference on Taxation*, 1999.
- DESAI M.A., HINES J.R. JR, *Evaluating International Tax Reform*, in *National Tax Journal*, 2003, p. 487.
- DESAI M.A., *New Foundations for Taxing International Corporations*, in *Taxes*, 2004, p. 41;
- DIACONIA M., GRECO L., *Limiti all'utilizzo delle perdite pregresse nella trasparenza*, in *Corr. tributario*, 2007, pp. 1036.
- DILWORTH R.H., *Tax Reform: International Tax Issues and Some Proposals*, in *International Tax Journal*, 2009, p. 5;
- DODERO, A., *Decorrenze per l'utilizzo di perdite pregresse*, in *Corr. Trib.*, 2006 fasc. 45, pp. 3550.
- DOMINACI, R., *I fattori di vitalità economica influenzano il riporto delle perdite nella fusione*, in *Corr. Trib.*, 2003 fasc. 3, p. 248.
- DONNINI, L.,; *Il riparto delle perdite nelle società in accomandita semplice*, in *Boll. Trib.*, 2008 fasc. 23, pp. 1804 – 1810.
- DOUMA S., *The Three Ds of Direct Tax Jurisdiction: Disparity, Discrimination and Double Taxation*, *European Taxation*, 2006, p. 522.
- DUS, S., STEVANATO, D., *Fusione, consolidato fiscale e riporto delle perdite pregresse*, in *Dialoghi dir. Trib.*, 2007 fasc. 12, p. 1537.
- EDGAR T., *Corporate Income Tax Coordination as a Response to International Tax Competition and International Tax Arbitrage*, in *Canadian Tax Journal*, 2003, p. 1079.
- EINAUDI L., *Principi di scienza delle finanze*, in *La riforma sociale*, 1932, Torino.
- EINAUDI L., *Miti e paradossi della giustizia tributaria*, Torino, 1936.

ENGLISCH, J. , *The European Treaties' Implications for Direct Taxes*, *Intertax*, 2005, p. 310.

Eucotax, 1999), p. 157.

FABER C., *Non-Discrimination under Tax Treaties*, in Russo R., (ed.), *The Attribution of Profits to Permanent Establishments*, pp. 452–453.

FACCHINI F., PIRACCINI, R., *Il riporto delle perdite pregresse nell'operazione di scissione*, in *Corr. Trib.*, 2004 fasc. 13, p. 988.

FALSITTA G., *Il ruolo di riscossione*, Padova, 1972;

FALSITTA G., *Le plusvalenze nel sistema della imposta mobiliare*, Milano, 1966.

FALSITTA G., *Il doppio concetto di capacità contributiva*, in *Riv. dir. trib.*, 2004, p. 889.

FEDELE, *La funzione fiscale e la capacità contributiva nella Costituzione italiana*, in AA. VV., *Diritto tributario e Corte Costituzionale*, a cura di L. Perrone e C. BERLIRI, Napoli, 2006, p. 14

FALSITTA G., *Principio di uguaglianza e rifiuto di tutela del diritto al giusto riparto (a proposito dell'arbitrario doppio regime fiscale dell'assegno divorzile)*, in *Riv. dir. trib.*, 2007, II, p. 421.

FALSITTA G., *Manuale di diritto tributario*, Parte generale, Padova, 2008.

FALSITTA G., *Manuale di diritto tributario*, Parte speciale, Padova, 2009.

FALSITTA G., *Storia veridica, in base ai "lavori preparatori", della inclusione del principio di capacità contributiva nella Costituzione*, in *Riv. dir. trib.*, 2009, p. 97 e ss..

FANTOZZI A., *Ancora in tema di realizzazione delle plusvalenze*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1965, I, p. 429 ss..

FANTOZZI A., *Inscindibilità del bilancio e compensabilità delle perdite di gestioni esenti con utili di gestioni non esenti*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1972, II, p. 243.

FANTOZZI A.; *La valutazione dei beni delle società ai fini del bilancio e delle dichiarazioni dei redditi*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1970, I, p. 838.

FANTOZZI A., *Diritto tributario*, Torino, 1991.

FANTOZZI A., SPOTO A., *Prime osservazioni in materia di trasparenza fiscale delle società di capitali*, in *Riv. dir. trib.*, 2003, p. 685;

FANTOZZI A., *La nuova disciplina Ires: i rapporti di gruppo*, in *Riv. dir. trib.*, 2004, I, p. 492.

- FANTOZZI, A. VOGEL K., *Doppia imposizione internazionale*, in *Digesto discipl. Priv.*, sez. commerciale, IV ed., Torino, p. 181 e ss..
- FANTOZZI A., *L'accertamento tributario*, (ad vocem), Enc. dir.
- FASOLIS G., *Le doppie imposizioni*, Città di Castello, che risale al 1914.
- FAZZINI E., R. LUPI, *Il gruppo di società tra consolidato civilistico e somma algebrica fiscale*, in *Dialoghi dir. trib.*, p. 1061
- FEDELE A., *Profilo dell'imposta sull'incremento di valore delle aree fabbricabili*, Napoli, 1966.
- FEDELE A. *Note sulla capacità contributiva presunta*, in *Foro it.*, 1970, V,c.134.
- FEDELE A., *Dovere tributario e garanzie dell'iniziativa economica e della proprietà nella costituzione italiana*, in *Riv. dir. trib.*, 1999, p. 971.
- FEDELE A., *Imposte reali ed imposte personali*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 2002.
- FEDELE A., *Appunti dalle lezioni di diritto tributario*, Torino, 2005, p. 14.
- FEDELE A., *La funzione fiscale e la "capacità contributiva" nella Costituzione italiana*, in *Diritto tributario e Corte costituzionale*, (a cura di) L. PERRONE, C. BERLIRI, Napoli, 2006, p. 1;
- FEDELE A., *Gli indici della capacità contributiva*, in *La normativa tributaria nella giurisprudenza delle Corti e nella nuova legislatura*, Atti del convegno, *Ottanta anni di Diritto e Pratica Tributaria*, V. Uckmar (coordinata da), Padova, 2007.
- FEDELE A., *Imposte reali e imposte personali nel sistema tributario italiano*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 2007, p. 467.
- FERRANTI G., B. IZZO, L. MIELE, V. RUSSO, *Disciplina delle perdite*, Milano, 2007, p. 230
- FICARI V., *Gruppo di impresa e consolidato fiscale all'indomani della riforma tributaria*, in *Rass. trib.*, 2005, p. 1587;
- FICARI V., *Profili applicativi e questioni sistematiche dell'imposizione per trasparenza delle società di capitali*, in *Rass. trib.*, 2005, p. 38;
- FICHERA F., *Le agevolazioni fiscali*, Padova, 1992.
- FIorentINO S., *Alcune riflessioni sull'operatività dell'art. 76, comma 7-bis e 7-ter del Tuir e connesse implicazioni in tema di soggettività tributaria*, in *Riv. dir. trib.*, 1994, I, p. 1162.
- FIorentINO S., *L'elusione tributaria*, Napoli, 1996.

- FISHER, *Die Doppelbesteuerung in Staat und Gemeinde*, Berlino, 1909.
- FORTE, *Imposta (Scienze delle finanze)*, in *Noviss. dig. it.*, vol. VIII, Torino, 1962, p. 312 ss..
- FRADEANI F., *La sentenza "Lucchini": il giudicato sostanziale alla prova della Corte di giustizia CE*, in *Dir. prat. trib. int.*, 2008, n. 1, p. 571.
- FRANSONI G., *Giudicato tributario e attività dell'amministrazione finanziaria*, Milano, 2001, p. 310.
- FRANSONI G., *La territorialità nel diritto tributario*, Milano, 2004.
- FRANSONI G., *Osservazioni in tema di responsabilità e rivalsa nella disciplina del consolidato nazionale*, in *Riv. dir. trib.*, 2004, I, p. 539.
- FRANSONI, G., *Le perdite fiscali e il "perduto ingegno" del legislatore*, in *Dialoghi di diritto tributario*, 2007, p. 545.
- FRANSONI, G.; *Finanziaria 2008 e modifiche alla disciplina delle perdite*, in *Riv. dir. trib.*, 2008, I, p. 651.
- FRANSONI G., LUPI R., STEVANATO D., *I nuovi limiti al riporto e all'utilizzo delle perdite fiscali*, in *Dialoghi dir. trib.*, 2007 fasc. 4, p. 541.
- FRENKEL J., et al., *International Tax Competition and Gains from Harmonization*, in *International Taxation in an Integrated World*, 1991.
- GAFFURI A.M., *La tassazione dei redditi d'impresa prodotti all'estero. Principi generali*, Milano, 2006.
- GAFFURI G., *L'attitudine alla contribuzione*, Milano, 1965.
- GAFFURI G., *Lezioni di diritto tributario, Parte generale*, Padova, 1994.
- GAFFURI G., *Il senso della capacità contributiva*, AA. VV., in *Diritto tributario e Corte Costituzionale*, a cura di L. Perrone e C. BERLIRI, Napoli, 2006, p. 14.
- GALLO F., *Contributo all'elaborazione del concetto di stabile organizzazione secondo il diritto interno*, in *Riv. sc. fin. dir. fin.*, 1985, I, p. 385;
- GALLO F., *Brevi spunti in tema di elusione e frode alla legge (nel reddito d'impresa)*, in *Rass. trib.*, 1989, I, p. 11 e ss.;
- GALLO F., *Elusione, risparmio di imposta e frode alla legge*, in *Giur. comm.*, 1989, I, p. 385; Id.,
- GALLO F., *Elusione senza rischio: il fisco indifeso di fronte ad un fenomeno tutto italiano*, *Dir. prat. trib.*, 1991, I, p. 257.

- GALLO F., *I gruppi di imprese e fisco*, in “Studi in onore di V. Uckmar”, 1997, Padova, p. 577
- GALLO F., *Manuale pratico di dritto tributario*, Padova, 1997.
- GALLO F., *Sviluppo, occupazione e competitività: profili fiscali*, in *Rass. trib.*, 1999, p. 4.
- GALLO F., *Ordinamento comunitario, ordinamenti nazionali e principi fondamentali tributari*, in *retro*, 2006, p. 1137 e ss..
- GALLO F., *Le ragioni del fisco. Etica e giustizia nella tassazione*, Bologna, 2007.
- GALLO F., *La funzione del tributo ovvero l'etica delle tasse*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 2, 2009, p. 399;
- GAMMIE M., *The compatibility of national tax principles with the single market*, in: Frans Vanistendael, ed., *EU Freedoms and Taxation*, Amsterdam, 2006, p. 105.
- GANGEMI B., *I progetti di armonizzazione all' esame del Consiglio Cee: le ritenute su interessi e royalties e le perdite transnazionali*, in *Riv dir. trib.*, 1993 fasc. 7-8, pp. 829.
- GARBARINO C., *Riporto delle perdite ed elusione*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2001, I, pagg. 85.
- GARCEA A., *Deducibilità dei versamenti a copertura di perdite eccedenti il netto della partecipata: profili sistematici*, in *Rass. trib.*, 1997 fasc. 6, p. 1538.
- GARCEA A., *Il legittimo risparmio di imposta*, Padova, 2000.
- GARCEA A., *La doppia deduzione delle perdite nelle operazioni di pronti contro termine su partecipazioni*, in *Rass. Trib.*, 2006 fasc. 3, pp. 842.
- GARCEA A., *Le perdite imputate per trasparenza sono ancora illimitatamente riportabili per i soci imprenditori?*, in *Dialoghi dir. Trib.*, 2007 fasc. 7-8, p. 1033.
- GARELLI, *Il diritto internazionale tributario*, Torino, 1899.
- GARGIULO G., *Sulla non contestabilità, nell'esercizio del riporto, della perdita di un periodo di imposta definito*, in *Riv. giur. trib.*, 2007, p. 1004.
- GARRIDO B., *Interaction between the Interpretation of the Non-discrimination Provisions in Tax Treaties and in the EC Treaty: An Apparent Rather than Real Conflict*, in *EC Tax Review*, 2009, p. 157.
- GAZZERO F., *In tema di effetti della classificazione del reddito r.m. in categoria B o C/1*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1957, II, p. 289
- GAZZERRO F., *Concetto fiscale di reddito complessivo ai sensi dell'art. 95 del T.U. 29 gennaio 1958 n. 645*, in *Riv. dir fin. e sc. fin.*, 1965, II, p. 15.

GAZZERRO, *Ilor: detrazioni e compensazioni delle perdite*, in *Boll. trib.*, 1980, p. 1482.

GHISELLI F., *Il riporto delle perdite nelle operazioni di fusione: l'incerto confine tra società operative, non operative e bare fiscali*, in *Bollettino tributario d'informazioni*, 2000 fasc. 21, p. 1537.

GHOSH J., JULIAN, *A consideration of the Jurisprudence of the European Court Relating to the Application of the Fundamental Freedoms Contained in the EC Treaty to the Direct Tax Law of the Member States, Qualifying Test*, University of Oxford.

GIACONIA M., L. GRECO, *Limiti all'utilizzo delle perdite pregresse nella trasparenza*, in *Corr. trib.*, 2007, p. 1036.

GIANNANTONIO G.A., *Ancora sulla riportabilità delle perdite in caso di fusione in assenza di costi per prestazioni di lavoro dipendente. Brevi considerazioni a margine di una risoluzione ministeriale e spunti interpretativi ai fini thin cap*, in *Bollettino tributario d'informazioni*, 2004 fasc. 9, p. 662.

GIANNINI A.D., *Circa i limiti della cosa giudicata tributaria*, in *Giur. compl. Cass. civ.*, 1944, p. 13.

GIANNINI A.D., *Il rapporto giuridico d'imposta*, Milano, 1937

GIANNINI A.D., *Istituzioni di diritto tributario*, Milano, 1938;

GIANNINI A.D., *I concetti fondamentali del diritto tributario*, Torino, 1956;

GIANNINI, A.D., *Istituzioni di diritto tributario*, Milano, 1974.

GIARDINA E., *Le basi teoriche del principio della capacità contributiva*, Milano, 1961.

GIOVANARDI A., *Il riporto delle perdite*, in AA.VV., *Giurisprudenza sistematica di diritto tributario. Imposta sul reddito delle persone giuridiche*, Torino, 1996, pagg. 1038 e seguenti.

GIOVANNINI A., *Soggettività tributaria e fattispecie impositiva*, Padova, 1996, p. 363;

GIOVANNINI A., *I gruppi di società*, in AA. VV., *IRPEG, ILOR*, Torino, 1996, p. 107.

GIOVANNINI A., *Sul trasferimento convenzionale dell'onere dell'imposta*, in *Riv. dir. trib.*, 1999, I, p. 3 ss;

GIOVANNINI A., *Gruppo di società e capacità contributiva*, in *Diritto tributario e Corte costituzionale* (a cura di L. PERRONE e C. BERLIRI), Napoli, 2006, p. 213.

GIUNTA G., *Le azioni non quotate ed i versamenti a copertura di perdite*, in *Boll. trib.*, 1982 fasc. 9, p. 685.

- GIUSSANI B., *Contributo alla precisazione del concetto giuridico di reddito mobiliare*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1941, I, p. 96.
- GLENDI, *L'oggetto del processo tributario*, Padova, 1984
- GLENDI C., *La nozione di reddito fiscale*, in *Il reddito di impresa nel nuovo Testo Unico, I<<venerdì>> di Diritto e Pratica Tributaria*, Uckmar V., Magnani C., Marongiu G. (coordinati da), 1988, p. 121 ss.
- C. GLENDI, *Giudicato (diritto tributario)*, *ad vocem*, Enciclopedia Giuridica del Diritto
- GONZALEZ S.M., DIAZ-P., *The Common Consolidated Corporate Tax Base: Treatment of Losses*, in *Common Consolidated Corporate Tax Base*, LANG M., PISTONE P., SCHUCH J., STARINGER C., Wien, 2008, 441.
- GONZALEZ S.M., MARQUEZ, *Tax Treatment of losses in cross-border-situations*, in *Common Consolidated Corporate Tax Base*, LANG M., PISTONE P., SCHUCH J., STARINGER C., Wien, 2008, 865.
- GORDON R., *Can Capital Income Taxes Survive in Open Economies?*, in *The Journal of Finance*, 1992, p. 1162.
- GRADI, *Legge collegata alla finanziaria per il 1995. Perdite fiscali: nuova disciplina penalizzante per le società di comodo per alcuni soci delle società di persone*, in *Fisco*, 1995, p. 468.
- GRAETZ M., *Taxing International Income: Inadequate Principle, Outdated Concepts, and Unsatisfactory Policies*, in *The David R. Tillinghast Lecture*, NYU School of Law, 2007, p. 180
- GREGGI M., *Dall'interesse fiscale al principio di non discriminazione nella Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 2001, p. 412.
- GRILLI S., *Ancora su libertà di stabilimento, imposizione dei gruppi societari e riporto delle perdite*, in *Dir. prat. trib. int.*, 2004 fasc. 2, p. 755.
- GRIZIOTTI B., *Principi di politica, diritto e scienza delle finanze*, Padova, 1929.
- GRIZIOTTI B., *I concetti giuridici dogmatici di reddito di ricchezza mobile*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, II, 1940.
- GRIZIOTTI B., *Primi elementi di scienza delle finanze*, Milano, 1962.
- GRIZIOTTI G., *Principi di politica diritto e scienza delle finanze*, Padova, 1929, pp. 157.

- GRIZIOTTI G., *Intorno al concetto di causa nel diritto finanziario*, Riv. dir. fin. sc. fin., 1939.
- GRIZIOTTI G., *Il potere finanziario*, in Riv. dir. fin. sc. fin., 1950, I, p. 3.
- GULINO A. M., *Tassazione dei gruppi di società, riporto delle perdite incorse da controllate non residenti e diritto comunitario*, in Dir. pub. comp. eur., 2006 fasc. 2, p. 856.
- HAIG R.M., *The concept of income - Economic and legal aspects, in the Federal income tax*, New York, 1921.
- HARRIS P., *Corporate/Shareholder Income Taxation and Allocating Taxing Rights between Countries*, Amsterdam, 1996, p. 904.
- HICKS, *Valore e capitale*, Torino, 1954
- HINNEKENS L., HINNEKENS P. eds., *A Vision on Taxes Within and Beyond European Borders, Festschrift in Honor of Prof. Dr. Frans Vanistendael*, The Hague, 2008, p. 555.
- HOLMES K., *The concept of income, A multi-disciplinary analysis*, Amsterdam, 2001
- HUGHES, *Double Taxation: A Treatise on the Subject of Double Taxation*, Londra, 1960.
- IACONDINI A., *Perdita della pluralità dei soci e perdita del capitale nelle società di persone. Società in accomandita semplice e perdite eccedenti il capitale sociale: in che limiti possono essere dedotte dagli accomandatari?*, in Rass. trib., 1994 fasc. 6, p. 958.
- IACULLI F., *Riflessi fiscali della copertura di perdite di bilancio di società di capitali*, in Boll. trib., 1982 fasc. 23, p. 1800.
- IAVAGNILIO M., *Credito di imposta limitato per perdite fiscali pregresse*, in Corr. trib., 2000, p. 2318.
- IFA Cahier, *Double non taxation*, Deventer, 2004, vol. 89A.
- IFA Cahier, *Source and residence: new configuration of their principles*, Deventer, 2005, vol. 90A.
- IFA Cahiers, *Non discrimination at the crossroads of international taxation*, Deventer, 2008, vol. 93A;
- INGROSSO G., *Istituzioni di diritto finanziario*, I-II, Napoli, 1937.
- INGROSSO M., *I tributi nella nuova Costituzione italiana*, in Arch. fin., 1950, I, p. 158.
- INGROSSO M., *Il credito d'imposta*, Milano, 1984.
- IORIO A., *Nessuna limitazione per il riporto delle perdite della beneficiaria in caso di scissione*, in Corr. trib., 2001 fasc. 4, p. 305.

IZZO B., MIELE L., *Il trattamento delle perdite nella tassazione di gruppo*, in *Corr. Trib.*, 2004 fasc. 27, p. 2103.

IZZO B., MIELE L., *Ripporto delle perdite eccedenti e irrilevanza degli utili distribuiti nel regime di trasparenza*, in *Corr. Trib.*, 2004 fasc. 21, p. 1623.

IZZO B., RUSSO V., *Condizioni più rigorose per il riporto a nuovo delle perdite senza limite di tempo*, in *Corr. Trib.*, 2007 fasc. 19, p. 1543.

IZZO B., RUSSO V., *Modifiche al regime delle perdite ai fini IRPEF e IRES*, in *Corr. Trib.*, 2007 fasc. 43, pp. 3487.

JARACH D., *Il fatto imponibile*, Padova, 1981.

JEFFERY R.J., *The impact of State sovereignty on global trade and international taxation*, London, 1999, p. 6

JIMENEZ A.J., *Toward corporate tax Harmonization in the European Community: An Institutional and Procedural Analysis*, 1999, 283.

KEEN M., *The Welfare Economics of Tax Coordination in the European Community*, 1993, *Fiscal Studies*, in Devereux M.P., *The Economics of Tax Policy*, 1996.

KEMMEREN E., *Convenzioni sulla doppia imposizione basate sull'origine e neutralità delle importazioni*, in *Riv. dir. trib. int.*, 2001, p. 92.

KEMMEREN E., *Principle of Origin in Tax Conventions: a Rethinking of Models*, Pijnenburg, Dongen, 2001.

KEMMEREN E., *The Internal Market Approach Should Prevail over the Single Country Approach*, in: Körner A., *Reference to the ECJ by the German Federal Fiscal Court for a Preliminary Ruling: Does European Law Require Cross-Border Loss Relief?*, *Intertax*, 2003, p. 489.

KEMMEREN E., *Source of Income in Globalizing Economies: Overview of the Issues and a Plea for an Origin-Based Approach*, in *European Taxation*, 2006, p. 430.

KEMMEREN E., *Source Versus Residence: Problems Arising from the Allocation of Taxing Rights in Tax Treaty Law and Possible Alternatives*, (a cura di) LANG M., PISTONE P., SCHUCH J., STARINGER, Deventer, 2008.

KEMMEREN E., *The Netherlands I: The Renneberg, X Holding and Commission v. the Netherlands Cases*, in *ECJ- Recente Developments in Direct Taxation*, LANG M., PISTONE P., SCHUCH J., STARINGER C., Wien, 2008.

LA ROSA S., *Eguaglianza tributaria ed esenzioni fiscali*, Milano, 1968.

- LA ROSA S., *Costituzione, Corte Costituzionale e diritto tributario*, in *Dir. prat. trib.*, 1980, II, p. 223.
- LA ROSA S., *Notarelle controcorrente in tema di scissioni e norme antielusive*, in *Rass. trib.*, 1994.
- LANG J., ENGLISCH J., *A European Legal Tax Order Based on Ability to Pay*, in A. AMATUCCI, ed., *International Tax Law*, The Hague, 2006, p. 251.
- LANG M., *Marks and Spencer - More Questions than answers - An Analysis of the Opinion Delivered by Advocate General Maduro*, in *EC Tax Review*, 2005, p. 95.
- LANG M., SCHUCH J., STARINGER C., *Tax Treaty Law and EC Law*, Wien, 2007.
- LANG M., *Direct Taxation: Is the ECJ Heading in a New Direction?*, *European Taxation*, 2006, 421.
- LANG M., *ECJ Case Law on Cross-Border Dividend Taxation –Recent Developments*, in *EC Tax Review*, 2008, p. 73.
- LANG M., *Recent Case Law of the ECJ in Direct Taxation: Trends, Tensions, and Contradictions*, in *EC Tax Review*, 2009, p. 98.
- LAROMA JEZZI, P., *Il riporto delle perdite pregresse tra norme antielusive “speciali” e “generalisti”*, in *Rass. trib.*, 2002, p. 200.
- LAVAGNE, *La question des double imposition*, Parigi, 1929.
- LEARDINI, S., MATTIOLI M., *Valutazione dei crediti e rilevazione delle perdite*, in *Corr. trib.*, 2000, fasc. 27, p. 1969.
- LECCISOTTI, *Reddito effettivo o reddito normale*, Bologna, 1990.
- LECHNER E. *Implications of EC Law on the “Exemption” of Losses under Tax Treaties*, in *Tax Treaties and EC Law*, Gassner W., LANG M., LECHNER E., Wien, 1996, p. 75.
- LEHNER M., *Limitation of the national power of taxation by the fundamental freedoms and non-discrimination clauses of the EC Treaty*, *EC Tax Review*, 2000, p. 5.
- LEHNER M., *Tax consequences resulting from the application of the non-restriction principle in the areas other than taxation: distinction between discriminatory and non discriminatory restrictions*, in F. Vanistendael (ed.), *EU Freedoms and Taxation: EATLP Congress, Paris 3-5 June 2004*, Amsterdam, 2006, p. 70.
- LENZI G., LUPI, R. STEVANATO D.; *Le perdite consociate estere nell'Ires: il consolidato mondiale e il principio "all in, all out"*, in *Dialoghi di diritto tributario*, 2004 fasc. 1, p. 71.

- LEO M., FERRANTI, *Modalità di deduzione delle perdite di impresa. Problematiche applicative*, in *Fisco*, 1988, p. 5433.
- LEO M., *Il testo unico delle imposte sui redditi*, Milano, 2007
- LERIDON, *Le problème des double impositions internationales*, Parigi, 1929.
- LIBURDI, D., *L'irrelevanza delle perdite per le imprese dopo i condoni*, in *Corr. trib.*, 2003 fasc. 21, p. 1702.
- LIBURDI, D., *Perdite del consolidato in caso di omessa presentazione della dichiarazione*, in *Corr. Trib.*, 2007 fasc. 37, p. 3046.
- LIZZUL, R., *Fusioni e riporto di perdite societarie. La nuova normativa*, in *Boll. trib.*, 1986, p. 1461.
- LIZZUL, *Riflessioni sul credito di imposta per i redditi prodotti all'estero*, in *Boll. trib.*, 1988, p. 1859.
- LOMBARDI S., *Limiti al riporto delle perdite e trasformazione in società di persone*, in *Boll. trib.*, 2000 fasc. 2, p. 97.
- LOVISOLO A., *Gruppo di imprese e imposizione tributaria*, Padova, 1985.
- LOVISOLO A., voce *Evasione ed elusione tributaria*, *Enc. giur.*, vol. XIII, 1989.
- LOVISOLO A., *Indeducibilità ai fini ilor delle perdite realizzate all'estero da imprese residenti*, in *Dir. prat. Trib.*, 1991 fasc. 5, pt. 2, p. 1128.
- LOVISOLO A., *L'imposizione dei gruppi di società: profili evolutivi*, in *L'evoluzione dell'ordinamento tributario italiano*, Atti del convegno, I settanta anni di "Diritto e pratica tributaria", Genova 2-3 luglio 1999, (coordinati da) V. UCKMAR, Padova, 1999, p. 313
- LOVISOLO A., *Il principio di matrice comunitaria dell'abuso del diritto entra nell'ordinamento giuridico italiano: norma antielusiva di chiusura o clausola generale antielusiva? L'evoluzione della giurisprudenza della Suprema Corte*, in *Dir. prat. trib.*, 2007, II, p. 723
- LOVISOLO A., *Abuso del diritto e clausola generale antielusiva alla ricerca di un principio*, in *Riv. dir. trib.*, 2009, I, p. 49.
- LOZANO SERRANO C., *Exenciones y derechos adquiridos*, Madrid, 1988.
- LUPI R., *Riporto delle perdite e fusioni di società*, in *Rass. trib.*, 1988 fasc. 4, p. 279.
- LUPI R., *Riporto delle perdite e fusioni di società*, in *Rass. trib.*, 1988 fasc. 4, p. 279;
- LUPI R., *Profili tributari della fusione di società*, Padova, 1989

- LUPI R., *Trasformazione di società e riporto delle perdite*, in *Riv. Dir. Trib.*, 1992, I, pag. 765.
- LUPI R., *Fondi tassati e riporto delle perdite nei conferimenti in società (in margine a risoluzione ministeriale n. 142/E del 2000)*, in *Rass. Trib.*, 2000 fasc. 5, pp. 1389.
- LUPI R., *Manuale giuridico professionale di diritto tributario*, 3a ed., Milano, 2001, p. 277-327.
- LUPI R., *Le innovazioni "puntuali" sul credito per "imposte pagate" all'estero e il mantenimento della per country limitation*, in *La tassazione delle società nella riforma fiscale*, Milano, 2003, p. 83.
- LUPI, *Ulteriori requisiti per la spettanza del credito di imposta. Interrogativi sulla deducibilità dal reddito delle imposte estere non accreditate*, in L. CARPENTIERI, R. LUPI, D. STEVANATO (a cura di), *Il diritto tributario nei rapporti internazionali*, Milano, 2003, p. 150
- LUPI R., *Diritto tributario, parte generale*, Milano, 2005.
- LUPI, R., MERONE, C., *Trasparenza, trasformazione di società di capitali in società di persone e perdite pregresse*, in *Dialoghi dir. trib.*, 2005 fasc. 4, pp. 579.
- LUPI, R., PORPORA, F.; *Svalutazione partecipazioni "per quinti" e limiti al riporto delle perdite in caso di fusione*, in *Dialoghi dir. trib.*, 2005 fasc. 2, p. 257.
- LUPI R., STEVANATO D., *Fusione, riporto delle perdite ed elusione tributaria*, in *Dialoghi di diritto tributario*, 2007 fasc. 1, p. 109.
- R. LUPI, *Diritto tributario*, Milano, 2009,
- LYAL R., *Non-discrimination and direct tax in Community law*, *EC Tax Review* 2003, p. 68.
- MAFFEZZONI F., *Profili di una teoria giuridica generale dell'imposta*, Milano, 1969;
- MAFFEZZONI F., *Il principio di capacità contributiva nel diritto tributario italiano*, Torino, 1970.
- MAGNANI C., *Il processo tributario. Contributo alla dottrina generale*, Padova, 1965;
- MAGNANI C., *Sui limiti oggettivi della cosa giudicata*, in *Dir. prat. trib.*, 1962, II, p. 432;
- MAISTO G., *Imposizione dei redditi prodotti all'estero e competitività internazionale*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1981, I, p.1135.
- MAISTO G., *Il transfer price*, Padova, 1985.

- MAISTO G., *Le interrelazioni tra “diritto tributario comunitario” e diritto tributario internazionale*, in *Riv. dir. trib.*, 2006, I, p. 865.
- MAISTO G., *Orientamenti della giurisprudenza comunitaria in materia di attuazione del prelievo tributario*, in *La normativa tributaria nella giurisprudenza delle Corti e nella nuova legislatura*, Atti del convegno, Ottanta anni di Diritto e Pratica Tributaria, V. Uckmar (coordinata da), Padova, 2007.
- MAISTO G. (a cura di), *Elusione ed abuso del diritto tributario*, AA. VV., Milano, 2009
- MANRITTI A., *Il Foreign Tax Credit*, in *Operazioni internazionali e fiscalità*, 1987, p. 24.
- MANTELLINI G., *Lo Stato e il codice civile*, Firenze, 1882.
- MANZONI I., *Il principio di capacità contributiva nell’ordinamento costituzionale*, Torino, 1965.
- MANZONI I., *La dichiarazione dei redditi. Natura e funzione. Possibilità di integrazioni e rettifiche*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1979, I, p. 615; I
- MANZONI I., *Le fattispecie criminose*, in AA.VV., *Evasione fiscale e repressione penale*, Padova, 1982, p. 121.
- MANZONI I., VANZ G., *Il diritto tributario*, Torino, 2008.
- MARGALIOYTH Y., *Tax Competition, Foreign Direct Investments and growth: using the tax system to promote developing countries*, in *Virgian Tax Review*, Vol. 23, p. 157.
- MARINO G., *Non discriminazione tra cittadinanza e residenza nel Trattato di Roma: il caso Commerzbank AG*, in *Dir. prat. trib.*, 1994, II, p. 457
- MARINO G., *L’unificazione del diritto tributario: tassazione mondiale verso tassazione territoriale*, in *Studi in onore di Victor Uckmar*, Padova, 1997, p. 843.
- MARINO G., *La residenza nel diritto tributario italiano*, Padova, 1999.
- MARINO G., *Controllo e gruppi: nuova Ires e codice civile a confronto*, in *La riforma del diritto societario, Il parere dei tecnici tre anni dopo*, a cura di F. DANONI, Milano, 2007, p. 139;
- MARINO G., *La nozione di controllo nel diritto tributario. Analisi interdisciplinare e ricostruzione sistematica*, Padova, 2008.
- MARINO G., *Legittimo l’utilizzo di plusvalenze per il recupero di perdite pregresse*, in *Corr. trib.*, 29, 2009, p. 2363.

- MARINO T., *Operazioni di conferimento, ringiovanimento delle perdite ed onere della prova dell'elusione fiscale in un recente arresto della giurisprudenza di merito*, in *GT*, 2005 fasc. 11, pp. 1066.
- MARONGIU G., *Alle radici dell'ordinamento tributario*, Padova, 1988.
- MARONGIU G., *Il dovere contributivo: realizzazioni e prospettive*, in *Dir. prat. trib.*, 1988, I, p. 1457.
- MARONGIU G., *Il principio di capacità contributiva nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Dir. prat. trib.*, 1985, I, p. 6.
- MARONGIU G., *I fondamenti costituzionali dell'imposizione tributaria, profili storici e giuridici*, Torino, 1991.
- MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano, 1992.
- MATSSON N., *Does the European Court of Justice Understand the Policy behind Tax Benefits Based on Personal and Family Circumstances?*, *European Taxation*, 2003, p. 186.
- MAYR S., *La tassazione dei redditi esteri per le società di capitali*, in *Boll. Trib.*, 1978, p.816.
- MAZZUOCCO L., *Il riporto delle perdite nell'ambito del consolidato fiscale in ipotesi di operazioni di riorganizzazione societaria*, in *Bollettino tributario d'informazioni*, 2005 fasc. 22, p. 1685.
- MAZZUOCCO L., STEVANATO D.; *Scissione, consolidato e attribuzione delle perdite*, in *Dialoghi di diritto tributario*, 2007 fasc. 2, p. 257.
- MC INTYRE, *A Solution to the Problem of Defining a Tax Expenditure*, in *U.C. Davis Law Review*, 1980, p. 79.
- MCDANIEL S., *The Tax Expenditure Concept and the Budget Reform Act 1974*, in *Boston College Industrial and Commercial Law Review*, 1976, p. 679.
- MELCHIONNA L., *Hybrid Entities negli Stati Uniti: Giano Bifronte*, in *Dir. prat. trib. int.*, 2005, p. 107 e ss.
- MELIS G., *Stabili organizzazioni, obblighi contabili e riporto delle perdite: un'occasione perduta*, in *Riv dir. trib.*, 1998 fasc. 2, pt. 3, p. 22.
- MELIS G., *Vincoli internazionali e norma tributaria interna*, in *Riv. dir. trib.*, n. 10, 2004, 1083-1141.

- MELIS G., *Vincoli internazionali e norma tributaria interna*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2004, I, p. 1083.
- MENTI, F., *Le perdite dell'impresa e l'avviamento nel caso di cessione dell'azienda*, in *GT - Rivista di giurisprudenza tributaria*, 2002 fasc. 7, p. 644.
- MESSINA, S.M., *La disciplina delle perdite*, in *Corr. trib.*, n. 46, 2007, p. 3779.
- MESSINA S. M., *In tema di perdite i termini di accertamento decorrono dal momento di formazione*, in *Corr. trib.*, 2008 fasc. 1, pp. 60.
- MEUCCI L., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 1909.
- MEUSSEN G., *Columbus Container Services – A Victory for the Member States' Fiscal Autonomy*, in *European Taxation*, 2008, p. 169.
- MEUSSEN G., *Cross-Border Loss Compensation and Permanent Establishment: Lidl Belgium and Deutsche Shell*, in *European Taxation*, 2008, p. 233.
- MEUSSEN G., *The Ritter-Coulais Case – A Wrong Decision in Principle by the ECJ*, in *European Taxation*, 2006, p. 335.
- MEZZANI L., GAZZO M., *Risoluzione n. 105/E del 6 luglio 2000: il credito di imposta limitato e l'utilizzo delle perdite fiscali*, in *Il Fisco*, 2000, p. 1044.
- MICCINESI M., *Alcune riflessioni in tema di consolidato nazionale*, in *Giur. imp.*, 2004, p. 482.
- MICHELI G. A., *Problemi attuali di diritto tributario nei rapporti internazionali*, in *Dir. prat. trib.*, I, 1965, p. 216.
- MICHELI G. A., *Capacità contributiva reale o presunta*, in *Giur. Cost.*, 1967, I, 1530.
- MICHELI G.A., *Le presunzioni e la frode alla legge nel diritto tributario*, *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1976, I, p. 396.
- MICHELI G. A., *Soggettività tributaria e categorie civilistiche*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1977, I, p. 419.
- MICHELI G.A., *Considerazioni sul concetto di percezione del reddito di impresa rispetto all'imposta complementare*, in *Opere minori di diritto tributario*, Milano, 1982, II, p. 292.
- MICHELI G.A., *Corso di diritto tributario*, Torino, 1989, p. 89.
- MICHELUTTI R., *Aspetti problematici in tema di riporto delle eccedenze di crediti per imposte estere*, in *Corr. trib.*, 2005, p. 2134.

- MICHELUTTI R., *Riflessioni a margine della nuova disciplina in tema di riporto delle perdite*, in *Riv. dir. trib.*, 1998 fasc. 6, pt. 1, p. 621.
- MICHELUTTI R., *Applicazione della nuova disciplina sul riporto delle perdite ai casi di fusione e scissione*, in *Corr. trib.*, 1998, pagg. 1781.
- MICHELUTTI R., PICCONE FERRAROTTI P., *Rettificabilità dell'opzione per l'attribuzione di perdite residue nel consolidato* - Agenzia delle entrate, Risoluzione 13 ottobre 2006, n. 113/E., in *Corr. Trib.*, 2006 fasc. 45, p. 3589.
- MICHELUTTI R., *Perdite intragruppo e consolidato fiscale: qual è la norma di sistema?*, in *Corr. Trib.*, 2007 fasc. 12, pp. 985.
- MICHELUTTI R., *Riporto delle perdite per fusioni e scissioni che non interrompono il consolidato*, in *Corr. Trib.*, 2007, pp. 1197.
- MICHELUTTI R., *Riporto delle perdite per fusioni e scissioni che interrompono il consolidato*, in *Corr. Trib.*, 2007, p. 1366.
- MICHELUTTI R., *Il divieto di circolazione delle perdite ante consolidato travalica i confini*, in *Corr. Trib.*, 2008, fasc. 25, p. 2052.
- MICHELUTTI R., *Le perdite nella fusione retrodata qualificabili come perdite ante-consolidato*, in *Corr. Trib.*, 2008, fasc. 34, p. 2788.
- MICHELUTTI R., *Profili elusivi del riporto delle perdite nel consolidato fiscale e nella trasparenza*, in *Elusione ed abuso del diritto tributario*, (a cura di) G. MAISTO, Milano, 2009, p. 137 e ss.
- MIELE L., *Perdite in primo piano nel regime di trasparenza fiscale*, in *Corr. trib.*, 2004, p. 503.
- MIELE L., *La stretta sul riporto delle perdite senza limiti di tempo*, in *Corr. Trib.*, 2006 fasc. 33, pp. 2575.
- MIELE, L., *Decorrenza variabile per il riporto delle perdite senza vincoli di tempo*, in *Corr. Trib.*, 2007 fasc. 11, p. 847.
- MINGHETTI M., *Dell'economia pubblica e delle sue attinenze colla morale e col diritto*, Firenze, 1859 ristampato in M. Minghetti, *Scritti Politici*, a cura di R. Gherardi, Roma, 1986.
- MIRAULO A., *Doppia imposizione internazionale*, Milano, 1990.
- MISTO G., *Imposizione dei redditi prodotti all'estero e competitività internazionale*, in *Dir. prat. trib.*, 1981, p. 1135.

- MISTO G., *Imposizione dei redditi prodotti all'estero e competitività internazionale*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1981, I, p.1135.
- MISTO G., *Il transfer price*, Padova, 1985.
- MOLENAAR D., HARALD G., *The Arnaud Gerritse Case of the European Court of Justice*, in *Intertax*, 2003, p. 198.
- MONARCA P., VALCARENCHI G., *Riduzione delle perdite riportate nelle operazioni di fusione*, in *Corr. Trib.*, 2005 fasc. 21, pp. 1677 – 1679.
- MONDA E., *Il riporto illimitato delle perdite nelle scissioni societarie*, in *Corr. Trib.*, 2006 fasc. 48, pp. 3788.
- MONTANARI P., *Il regime di utilizzo delle perdite di impresa alla luce delle ultime novità normative*, in *Le Società: rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, 2007 fasc. 11, p. 1337.
- MONTANARI P., *L'attribuzione delle perdite ai soci nelle società in accomandita semplice*, in *Le Società: rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale*, 2007 fasc. 5, p. 580.
- MORALES A., *La doble imposicion*, Città del Messico, 1952.
- MORELLO U., *Il problema della frode alla legge nel diritto tributario*, *Dir. prat. trib.*, 1991, I, p. 8.
- MORETTI P., *Svalutazione delle immobilizzazioni materiali per perdite di valore*, in *Corr. Trib.*, 2005 fasc. 32, pp. 2517 – 2521.
- MORETTI P., *Valutazione di attività immateriali e rilevazione di perdite di valore*, in *Corr. Trib.*, 2006 fasc. 31, p. 2453.
- MORO VISCONTI, *La compensazione tra utili e perdite*, in *Fisco*, 1985, p. 606.
- MOSCHETTI F., *Il principio della capacità contributiva*, Padova, 1973.
- MOSCHETTI F., *Agevolazioni fiscali. II. Problemi di legittimità costituzionale e principi interpretativi*, in *Digesto delle discipline privatistiche (Sez. Commerciale)*, vol. I, , Torino 1987.
- MOSCHETTI F., *Capacità contributiva*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 1988.
- MOSCHETTI F., *Il principio della capacità contributiva*, in *Enc. giur. Treccani*, Vol. XV, Roma, 1988.
- MOSCHETTI F., *La proposta di tassazione del reddito normale: valutazione critiche e profili di legittimità costituzionale*, in *Rass. trib.*, 1990, I, p. 57.

- MOSCHETTI F., *Il principio di capacità contributiva, espressione di un sistema di valori che informa il rapporto fra il singolo e comunità*, in *Diritto tributario e Corte costituzionale* (a cura di L. PERRONE e C. BERLIRI), Napoli, 2006, p. 39 e ss..
- MOSCHETTI F., *La capacità contributiva*, in *Trattato di diritto tributario*, diretto da A. Amatucci, Padova, 1994, I, 1, p. 223 e ss ..
- MÖSSNER M., *Source versus Residence – an EU Perspective*, *Bulletin* 12 (2006), p. 501 - 506.
- MUCCARI P., *Il Fisco abbandona le liti sui conferimenti in denaro a ripianamento delle perdite*, in *Corr. Trib.*, 2002 fasc. 25, p. 2281.
- MUCCARI P., *Ripianamento delle perdite e ricostituzione del capitale sociale*, in *Corr. trib.*, 2002 fasc. 6, p. 502.
- MULLE R., *Quelques aspects récents du probleme de la double imposition*, in *Revue de Sc. et de Leg. Financieres*, 1950, p. 292.
- MUSGRAVE P., *Taxation of Foreign Investment Income. An economic anlysis*, Baltimora, 1963.
- MUSGRAVE P., *United States Taxation of Foreign Investment Income. Issues and arguments*, Cambrigde, 1969.
- NAPOLETANO R., *Credito d'imposta per i tributi pagati a Stati esteri*, in *Consulenza*, 1978, p.41.
- NAPOLITANO R., *Ripporto ad esercizi successivi di perdite fiscali pregresse*, in *Società*, 1989, p. 875.
- NASTRI M., *Imposta di registro ed operazioni sul capitale sociale per ripianamento perdite*, in *Rass. trib.*, 1997 fasc. 1, p. 187.
- NAVA M., *Trasformazione di società e riporto delle perdite fiscali*, in *Riv. dir. trib.*, 1992.
- NOBILI R., *Il credito per le imposte assolte all'estero: problemi applicativi e proposte di modifica*, in Uckmar V., Garbarono C., (a cura di), *Aspetti fiscali delle operazioni internazionali*, Milano, 1995.
- NOCITI, *Ripporto delle perdite. Irpeg sì Irpef no: incostituzionalità*, in *Fisco*, 1981, p. 2598.
- NUSSI M., *L'imputazione del reddito nel diritto tributario*, Padova, 1996, p. 597.

NUSSI M., *Elusione tributaria ed equiparazioni al presupposto nelle imposte sui redditi: nuovi (e vecchi) problemi*, Riv. dir. trib., 1998, I, p. 503.

NUZZO E., *Questioni in tema di tassazione di enti non economici*, in Rass. trib., 1985, I, p. 128.

NUZZO E., *Sulla spettanza del tax credit in ipotesi di inesistenza di reddito imponibile in Italia, a seguito del riporto a nuovo di perdite di precedenti esercizi*, in Boll. trib., 1987 fasc. 11, p. 869.

NUZZO E., *Elusione, abuso dello strumento negoziale, fraudolenza*, Rass. trib., 1996, p. 1314.

NUZZO E., RUSSO P., *Profili civili e fiscali della ricapitalizzazione di partecipata totalitaria mediante copertura delle perdite*, in Banca borsa tit. cred., 1997 fasc. 5, pt. 1, p. 623.

NUZZO E., *Libertà di stabilimento e perdite fiscali: il caso Imperial Chemical Industries plc (ICI)*, in Rass. Trib., 1999 fasc. 6, p. 1814.

O'BRIEN, *The Non Discrimination in Tax Treaties*, in Law and Policy Int'l Business, 1978.

OECD, *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*, Parigi, 1998.

OLIVER, *Discrimination*, in British Tax Review, 1977.

PACE A., *Ancora sulla trasparenza fiscale nell'Ires: quale continuità con l'istituto disciplinato nell'art. 5 del Testo Unico?*, in Boll. trib., 2004, p. 485;

PACIERI A., *Il riporto delle perdite pregresse nella scissione societaria*, in Rass. trib., 1998, fasc. 4, p. 1037.

PACIERI, *Il riporto delle perdite pregresse nella scissione societaria*, in Rass. Trib., n. 4/1998, pagg. 1037

PACIERI A., STANCATI G., *Rettifiche di consolidamento, perdite pregresse ed elusione fiscale*, in Dialoghi dir. Trib., 2007 fasc. 12, pp. 1517.

PALADIN L., *Il principio di eguaglianza tributaria nella giurisprudenza costituzionale italiana*, Riv. Dir. trib., 1997, p.305.

PANCARO C., *Sull' orientamento ministeriale circa la disciplina ai fini del condono del riporto delle perdite e delle riserve tassate*, in Rass. trib., 1982 fasc. 9-10, pp. 553.

PANSIERI S., *Il riporto delle perdite nelle fusioni di società*, in Rass. trib., 1987 fasc. 6, p. 281.

- PANSIERI S., *Ripianamento di perdite e operazioni sul capitale*, in *Riv. dir. trib.*, 2001, pt. 2, p. 800.
- PAPARELLA F., *Possesso di redditi ed interposizione fittizia*, Milano, 2000, p. 287.
- PAPARELLA F., *L'accollo del debito di imposta*, Milano, 2008.
- PAPOTTI R.A., *Treaty Non-discrimination Clauses in Group Consolidation Situations*, *Intertax*, 2003, n. 10, p. 327.
- PARRAVICINI, *La politica fiscale e le entrate effettive del Regno d'Italia*, Roma, 1958.
- PASSERI, *Elusione fiscale e scissione societaria: il riporto a nuovo delle perdite pregresse*, in *Rass. Trib.*, n. 6/1994, pagg. 1005.
- PEIROLO M., *Il regime fiscale delle perdite per inesigibilità del credito*, in *Corr. trib.*, 2000 fasc. 25, p. 1819.
- PENNESI M., *Indebita compensazione di perdite relative ad esercizi precedenti a quello di avvio del consolidato*, in *Corr. Trib.*, 2007 fasc. 36, p. 2968.
- PERRONE E., BERLIRI C., (a cura di), *Diritto tributario e Corte costituzionale*, Napoli, 2006.
- PERRONE, *Credito di imposta per i redditi prodotti all'estero*, in *Commentario al Testo unico delle imposte sui redditi*, Vol. I., 1988.
- PERSKY, *Conflicts Between Source and Residence-Based Taxation*, in *13 Tax Notes*, 1981, 344.
- PETERS C., SNELLAARS M., *Non-discrimination and tax law: structure and comparison of the various non-discrimination clauses*, *EC Tax Review*, 2001, p. 13.
- PINTO D., *Exclusive Source or Residence-Based Taxation. Is a New and Simpler World Tax Order Possible?*, in *Bullettin for International Taxation*, July, 2007, p. 277.
- PISTONE A., *L'ordinamento tributario italiano* (a cura di A. Pistone), vol. III, *Diritto tributario internazionale*, Padova, 1986.
- PISTONE P., *Abuso del diritto ed elusione fiscale*, Padova, 1995.
- PISTONE P., *Uguaglianza, discriminazione a rovescio e normativa antiabuso in ambito comunitario*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1998, III, p. 581.
- PISTONE P., *Il credito per le imposte estere e il diritto comunitario: la Corte di giustizia non convince*, in *Riv. dir. trib.*, 2000, p. 69.
- PISTONE P., *Il trattamento delle perdite e l'evoluzione del diritto comunitario primario in materia di imposte dirette*, in *Riv. dir. trib.*, 2001 fasc. 5, pt. 3, p. 78.

- PISTONE P., *The Impact of Community Law on Tax Treaties: Issues and solutions*, Eucotax Series, 2002.
- PISTONE P., *Tax treatment of foreign losses: an urgent issue for the European Court of Justice*, in *EC Tax Review*, 2003, p. 149.
- PISTONE P., *La compatibilità con le libertà comunitarie fondamentali delle convenzioni internazionali contro la doppia imposizione con i Paesi terzi*, in *Riv. dir. trib.*, 2004, p. 108.
- PISTONE P., *Towards European international tax law*, *EC Tax Review*, 2005, p. 4.
- PISTONE P., *Expected and Unexpected Developments of European Intergration in the Field of Direct Taxes*, in *Intertax*, 2007, p. 70.
- PISTONE P., *Ups and Downs in the Case Law of the European Court of Justice and the Swinging Pendulum of Direct Taxation*, in *Intertax*, 2008, p. 146
- PISTONE P., *European Direct Tax Law: quo vadis?*, in Hinnekens, L., Hinnekens, P., Liber Amicorum Frans Vanistendael: A vision of taxes within and outside European borders, Kluwer, 2008, p.713.
- PISTONE P., *Taxation of Cross-border Dividends in Europe: Building Up Worldwide Tax Consistency*, in *Tax Law Review*, VOL. 62, p. 201.
- PISTONE P., *Il divieto di abuso come principio del diritto tributario comunitario e la sua influenza sulla giurisprudenza tributaria nazionale*, in *Elusione ed abuso del diritto tributario*, (a cura di) G. MAISTO, Milano, 2009, p. 311.
- PISTOLESI F., *Gli interpelli tributari*, Milano, 2007.
- PIZZONI B. E., *Deducibilità delle perdite d'esercizio e redditi esteri esenti: il caso Mertens*, in *Riv dir. trib.*, 2003 fasc. 3, pt. 3, p. 66.
- POGGIOLI M. *La limitata spendibilità delle perdite pregresse nei regimi opzionali di trasparenza*, in *Corr. Trib.*, 2006 fasc. 40, p. 3169.
- POGGIOLI M., *Appunti sul regime di tassazione per trasparenza intersocietario di cui all'art. 115, TUIR: profili funzionali, aspetti applicativi e risvolti problematici*, in *Dir. prat. trib.*, 2006, I, p. 47.
- POGGIOLI M., *L'inafferrabile asistematicità del trasferimento intersoggettivo delle perdite fiscali, tra disposizioni antielusive analitiche e clausola generale*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2007 fasc. 6, pt. 2, p. 401.

POLI O., *Spese passività e perdite nella determinazione del reddito netto industriale e commerciale nell'imposta di R. M.*, in *Boll. trib.*, 1966, p. 381.

POLI O., *Sulla deducibilità, ai fini ILOR, delle perdite subite da stabili organizzazioni all'estero*, in *Boll. trib.*, 1984 fasc. 8, p. 640.

POMELLI A., *Imposta di registro in caso di abbattimento del capitale sociale per perdite e relativa costituzione in misura eccedente rispetto all'importo originario*, in *Dir. prat. trib.*, 1994 fasc. 6, p. 1059.

POMINI R., *La "causa impositionis" nello svolgimento storico della dottrina finanziaria*, Milano, 1951.

POMINI R., *Sull'imposizione degli utili di impresa*, in *Riv. Dir. Fin.*, 1954, I, 397.

PÖTGENS F. P.G. , WESSEL W.G., *Renneberg: Is Mortgage Interest Paid on an Owner-Occupied Dwelling in Belgium Deductible from Netherlands-Source Employment Income?*, *European Taxation*, 2007, p. 499.

PRINCEN S., GERARD M., *International Tax Consolidation in the European Union: Evidence of Heterogeneity*, in *European Taxation*, 2008, p. 174.

PUGLIESE M., *L'imposizione delle imprese di carattere internazionale*, Padova, 1930.

PUGLIESE M., *I concetti di reddito e di entrata in economia e finanza*, in *Economia politica contemporanea*, Saggi in onore di C. Supino, Padova, 1936.

PUOTI G., *Riflessioni sulla definizione giuridica di reddito*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1976, I, p. 271.

QUARTA O., *Imposta di ricchezza mobile*, Milano, 1902,

QUARTA O., *Commento alla legge sull'imposta di ricchezza mobile*, Milano, 1917.

RADLER A.J., *The future of exchange of information*, in AA.VV., *L'evoluzione dell'ordinamento tributario italiano*, Padova, 2000, p. 798.

RANELLETTI O., *Natura giuridica dell'imposta*, Roma, 1898.

RASTRELLO L., *Diritto tributario – Principi generali*, Padova, 1987.

RHODE ALAN, M.; *Perdite fiscali e deduzione di interessi passivi per l'acquisto di partecipazioni esenti*, in *Corr. Trib.*, 2008, fasc. 22, p. 1768.

RICCA SALERNO, *Storia delle dottrine finanziarie in Italia*, Padova, 1960.

RICCI C. *Il divieto di compensazione transfrontaliera delle perdite al test di proporzionalità. Nel caso Marks & Spencer rivalutate le cause che giustificano restrizioni alla libertà di stabilimento*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 2006 fasc. 2, pt. 2, p. 58.

- ROCCHI A., SORIGNANI, P.R., *Perdite dopo la chiusura dell'esercizio: frattura tra bilancio «civile» e «fiscale»*, in *Corr. trib.*, 2001 fasc. 33, p. 2479.
- ROIN J., *Comments on Mihir A. Desai's New Foundations for Taxing Multinational Corporations*, in *Taxes*, 2004, p. 157.
- ROIN J., *Taxation Without Coordination*, in *The Journal of Legal Studies*, Vol. 31, n. 1, part. 2, at S70-S78.
- ROMANO C., *La deduzione transfrontaliera delle perdite: Marks & Spencer e oltre*, in *Riv dir. trib.intern.*, 2005 fasc. 2-3, p. 191.
- ROSENBLOOM H.D., *International Tax Arbitrage and the "International Tax System"*, in *Tax Law Review*, 2000, p. 142.
- ROSSI M.Q., *Using Dual-Resident Companies Under Italy's Tax Consolidation Rules*, in *Tax Notes International*, Ottobre, 2006, p. 205.
- ROUSSLANG D., *Deferral and Optimal Taxation of International Investment Income*, *National Tax Journal*, 2000.
- RUSSO M., *La compensazione delle perdite transnazionali da parte del soggetto non residente tra principio di territorialità e tassazione in base alla capacità contributiva*, in *Riv dir. trib.*, 2008, fasc. 4, p. 91.
- RUSSO M., *Tassazione di gruppo e deduzione delle perdite delle società controllate estere: un ostacolo fiscale alla libertà di stabilimento ancora in attesa di una soluzione?*, in *Riv dir. trib.*, 2006 fasc. 1, pt. 3, p. 13.
- RUSSO P., *Diritto e processo nella teoria dell'obbligazione tributaria*, Milano, 1969.
- RUSSO, P., *Problemi e prospettive della tassazione dei capital gains in Italia*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1992, I, 1788.
- RUSSO P., *Lezioni di diritto tributario, Parte generale*, Milano, 1992.
- RUSSO P., *Brevi note in tema di disposizioni antielusive*, in *Rass. trib.*, 1999, p. 68.
- RUSSO, *L'obbligazione tributaria*, in *Trattato di diritto tributario*, diretto da A. AMATUCCI, Padova, 1994, II, p. 3;
- SACCARDO N., *Art. 24(3) of the OECD Model Convention: the Significance of the Expression 'Taxation on a Permanent Establishment' in Cross-border Reorganizations*, *Intertax*, 2003, issue 8/9, p. 273.
- SACCHETTO C., *Tutela all'estero dei crediti tributari dello Stato*, Padova, 1978.

SACCHETTO C., *I divieti di discriminazione contenuti nell'art. 95 CEE. L'evoluzione dell'interpretazione della Corte di giustizia CEE e l'applicazione nell'ordinamento italiano*, in *Dir. prat. trib.*, 1984, I, 499.

SACCHETTO C., *L'armonizzazione fiscale nella Comunità Economica Europea*", in *Dir. prat. trib.*, 1989, p. 281 e ss..

SACCHETTO C., *Territorialità (dir. trib.)*, in *Enc. Dir.*, XLIV, Milano, 1992, 303.

SACCHETTO C., *Armonizzazione fiscale nella Comunità Europea*, in *Enc. giur. Treccani*, Agg. III, Roma, 1994, 2.

SACCHETTO C., *L'imposta sul reddito delle persone giuridiche*, in *Trattato di diritto tributario*, diretto da A. AMATUCCI, Padova, 1994, vol. III, p. 61.

SACCHETTO C., *La Corte di Giustizia CE e i criteri formali e sostanziali nella imposizione dei soggetti non residenti degli Stati membri: un nuovo teorema di Fermat?*, in *Riv. dir. trib. int.*, 1999, I, p. 193.

SACCHETTO C., *Il diritto comunitario e l'ordinamento tributario italiano*, in *Dir. Prat. Trib. Int.*, 1, 2001, p.3.

SACCHETTO C., *Imposizione tributaria e sede del soggetto nel diritto comunitario*, in *Riv. dir. trib. int.*, 1, 2001.

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, n. 2, p. 35.

SACCHETTO C., *Il diritto comunitario e l'ordinamento tributario italiano*, 221 (253), in B. PEZZINI e SACCHETTO C., *Dalle costituzioni nazionali alla Costituzione europea. Potestà, diritti, doveri e giurisprudenza costituzionale in materia tributaria*, Milano, 2001.

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.*, 2, 2001, p. 35.

SACCHETTO C., *Il dovere di solidarietà nel diritto tributario: l'ordinamento italiano*, 167, in B. PEZZINI e C. SACCHETTO, *Il dovere di solidarietà*, Milano, 2005.

SACCHETTO C., *Le fonti del diritto internazionale tributario*, 47 (54), in V. Uckmar (a cura di), *Corso di diritto tributario internazionale*, Padova, 2005.

SACCHETTO C., *Il diritto internazionale tributario tra norme del sistema costituzionale italiano, effettività ed utopia*, 299 (302-303), in L. PERRONE e C. BERLIRI, *Diritto tributario e Corte costituzionale*, Napoli, 2006.

- SACCHETTO C., *Il diritto internazionale tributario tra norme del sistema costituzionale italiano, effettività ed utopia*, in *Diritto tributario e Corte costituzionale*, (a cura di Perrone L., Berliri C., 2007, p. 314.
- SACCHETTO C., *Le libertà fondamentali ed sistemi fiscali nazionali attraverso la giurisprudenza della Corte di Giustizia UE in materia di imposte dirette*, 43, in V. UCKMAR (coord. da), *La normativa tributaria nella giurisprudenza delle corti e nella nuova legislatura*. Atti del Convegno gli ottant'anni di Diritto e Pratica Tributaria, Padova, 2007.
- SACCHETTO C., *ECJ Direct Tax Cases and Domestic Constitutional Principles: An Overview*, in R.S. AVI-YONAH, J.R. HINES, JR. E M. LANG (eds), *Comparative Fiscal Federalism. Comparing the European Court of Justice and the US Supreme Court's Tax Jurisprudence*, New York, 2007, p. 1
- SAINZ DE BUJANDA F., *Teoria jurídica de la exención tributaria*, in AA. VV., *XI Semana de Estudios de Derecho Financiero*, vol. I, Editorial de Derecho Financiero, Madrid 1964.
- SALVIOLI G., *Le doppie imposizioni in diritto internazionale*, Milano, 1914.
- SALVINI L., *La tassazione per trasparenza*, in *Rass. trib.*, 2003, p. 1504;
- SANTIAGO B., *Non-Discrimination Provisions at the Intersection of EC and International Tax Law*, in *European Taxation*, 2009, p. 249.
- SARTORI N., *La nozione di reddito d'impresa negli Stati Uniti d'America: profili di diritto comparato*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 2007, p. 587.
- SATTA S., *Contenzioso tributario: ammissibilità dell'azione davanti al magistrato ordinario, appello mancante dei motivi e "res judicata"*, in *Dir. prat. trib.*, 1957, II, p. 304.
- SCHANZ G., *Der Einkommenbegriff und die Einkommensteuergesetze*, in *Finanz Archiv*, 13. Jg., 1896.
- SCHIAVOLIN R., *Reddito effettivo e reddito fittizio: evoluzioni recenti*, in *Corr. trib.*, 2007, p. 1981.
- SCHILCHER M., *Exemption Method and Community Law*, in LANG M., SCHUCH J., STARINGER C., *Tax Treaty Law and EC Law*, Wien, 2007, p. 155.
- SCHINDLER C.P. , *Source and residence: new configuration of their principles*, (Eu Report), *IFA Cahiers*, 90A, 2005, p. 49.

SCHÖN W., *Losing out at the Snooker Table: Cross-Border Loss Compensation for PEs and the*

Schwarz J., *Personal Taxation under the European Court of Justice Microscope*, in *Bulletin* 2004, p.

SCHON W., *International Tax Coordination for a Second-Best World (Part I)*, *World Tax Journal*, Ottobre, 2009, p. 67; Id, *International Tax Coordination for a Second-Best World (Part II)*, *World Tax Journal*, Febbraio, 2010, p. 65.

SEBASTIANI, S.; *Il riporto delle perdite fiscali nella trasformazione regressiva*, in *Boll. Trib.*, 2003 fasc. 2, p. 95.

SELIGMAN E.R.A., *Essais sur l'impôt*, Parigi, 1914.

SELIGMAN E.R.A., *Double taxation and international fiscal cooperation*, New York, 1928.

SEPIO G., *Credito per imposte estere: l'eliminazione dell'imposta "virtuale" in caso di riporto di perdite ed altri "correttivi" della riforma*, in *Dialoghi di dir. trib.*, 2004 fasc. 4, p. 611.

SHAVIRO D.N., *More Revenues, Less Distorsions?: Responding to Cross-Border Tax Arbitrage*, New York University Law and Economics Research Paper Series, Working Paper N. 04-013, 2004, in <http://ssrn.com>.

SIMONELLI E.M., C. DI FELICE, *La regolamentazione dei rapporti tra le società aderenti al consolidato nazionale: il contratto di consolidamento*, in *Riv. dott. comm.*, Milano, 2004, 1199.

SIMONI A., *Credito d' imposta sui dividendi e compensazione con perdite pregresse*, in *Boll. trib.*, 1992 fasc. 20, p. 1617.

SIMONS C., *Personal Incombe Taxation*, Chicago, 1938, 50 ss..

SMITH A., *Ricerche sopra la natura e le cause della ricchezza delle Nazioni*, (1776), Torino, Utet, 1945.

SMIT P. M., *Marks&Spencer: The Paradoxes*, in *European taxation*, 2006, 9, p. 411.

SORGATO L., *Trasformazione di società di capitali in società di persone: ancora sulle perdite anteriori all'operazione*, in *Dialoghi di diritto tributario*, 2005 fasc. 10, pp. 1397 – 1409.

SPECA P., *Il riporto delle perdite per la società risultante dalla fusione*, in *Dir. prat. trib.*, 1987.

STANCATI, *Il consolidato mondiale*, in TESAURO F. (a cura di), *L'imposta sul reddito delle società*, Bologna, 2007, p. 879.

STEFANER M.C., *Using Dual-Resident Companies Under Austria's Group Tax Regime*, in *Tax Notes International*, Agosto, 2006, p. 575.

STEVANATO D., LUPI R., *Antielusione e dintorni nelle operazioni societarie: casistica in margine ad un convegno*, in *Rass. trib.*, 1994.

STEVANATO D., *Riorganizzazione delle attività produttive e rilevanza delle plusvalenze iscritte*, in *Rass. trib.*, 1998.

STEVANATO D., *Riporto delle perdite ed elusione tributaria*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2000, I, pagg. 1133

STEVANATO D., *Il riporto delle perdite e le relative tecniche di ottimizzazione nell'ambito del gruppo: leciti strumenti di pianificazione od espedienti elusivi?*, in *La fiscalità delle operazioni straordinarie*, (a cura di) R. Lupi, D. Stevanato, F. Crovato, Milano, 2002, p. 65.

STEVANATO D., *La fusione tra società del gruppo elude il divieto di compensazione intersoggettiva delle perdite?*, in *Corr. trib.*, 2002 fasc. 18, p. 1641.

STEVANATO D., *Riporto delle perdite nella trasformazione "regressiva"*, in *Corr. trib.*, 2005, p. 1930.

STEVANATO, D., *Fusione e riporto delle perdite pregresse*, in *Dir. prat. trib.*, 2006, I, p. 1305.

STEVANATO D., *La fusione intragruppo per compensare le perdite è elusiva?*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2007 fasc. 1, pt. 1, pp. 182.

STEVANATO D., *Prime riflessioni sulle nuove norme in materia di inutilizzabilità delle perdite in presenza di esenzioni del reddito o dell'utile*, in *Dialoghi dir trib.*, 2007, p. 545.

STEVANATO D., *Il riporto delle perdite di "start up" tra referenti "soggettivi" e inerenza alla (nuova) attività*, in *Dialoghi trib.*, 2008, p. 135.

STEVE S., *Lezioni di scienza delle finanze*, Padova, 1976.

STIGLITZ, *Economia del settore pubblico*, Milano, 1993, p. 663.

STIZZA P., *Ancora sulla imponibilità del danno non patrimoniale da demansionamento professionale.*, in *Dir. prat. trib.*, 2007, II, p. 4

- STIZZA P., *Il caso Kercherhaert e la <<quasi-restrizione>> derivante dalla doppia imposizione giuridica: la nouvelle vague della Corte di giustizia?*, in *Dir. prat. trib. int.*, 2007.
- TABELLINI, *I gruppi quali nuovi soggetti passivi Irpeg*, in *Il reddito di impresa nel nuovo testo unico*, Padova, 1988, p. 677;
- TABELLINI P.M., *L'elusione fiscale*, Milano, 1988;
- TABELLINI P.M., *Libertà negoziale ed elusione di imposta*, Padova, 1995.
- TAFERNER A. ANJA, *Absence of Loss Relief Rules for Non-Residents May Violate EC Treaty*, *European Taxation*, 2007, p. 308.
- TANZI V., in *Fiscal policies in economies in transition*, Washington D.C., 1993, p.
- TARIGO P., *Il concorso di fatti imponibili nei trattati contro le doppie imposizioni*, Torino, 2008.
- TARIGO P., *La doppia imposizione giuridica internazionale come fattispecie disciplinata nei trattati bilaterali*, in *Riv. dir. trib.*, 2009, p. 901.
- TERRA B., WATTEL P., *European Tax Law*, Deventer, 2008, p. 458.
- TESAURO F., *Il rimborso dell'imposta*, Torino, 1975;
- TESAURO F., *Riporto delle perdite e la incostituzionalità della sua esclusione dall'imponibile dell'Ilor*, in *Boll. trib.*, 1988, p. 5.
- TESAURO F., *Lineamenti del processo tributario*, Rimini, 1991, p. 163.
- TESAURO F., *Istituzioni di diritto tributario, Parte generale*, Torino, 1997.
- THURONYI V., *Comparative Tax Law*, The Hague, 2003, p. 82.
- TINELLI G., *Osservazioni sulla deducibilità fiscale delle perdite su crediti*, in *Boll. trib.*, 1982 fasc. 7, p. 503.
- TIPKE, in *Die Steuerflucht bei internationalen Beziehungen*, in *Deutsche Landerveratenzum Offentlichen Richte und Volkerrecht, XI Internationaler Kongress fur Rechtsvergleichung*, 1980, p. 212.
- TIVARONI, *Le imposte dirette sulla ricchezza mobile e sui redditi*, Torino-Roma, 1904.
- TOSI, L.; *Il requisito di effettività*, in Moschetti (a cura di), *La capacità contributiva*, Padova, 1993, p. 128.
- TOSI L., *Le predeterminazioni normative nell'imposizione reddituale*, Milano, 1999.
- TRAMONTANA, *Principi e limiti della finanza funzionale*, in *Studi economici*, 1964.

- TREMONTI, G., *In tema di riporto delle perdite fiscali e di imposizione*, in *Riv., dir. fin. e sc. fin.*, 1977, II, p. 174.
- TREMONTI G., *Autonomia contrattuale e normativa tributaria: il problema dell'elusione tributaria*, *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1986, I, p. 369.
- TREMONTI G., *I gruppi di imprese: i vincoli e le architetture fiscali*, in G. TREMONTI, *La fiscalità industriale*, Bologna, 1988, p. 20.
- TRENTI U., *Sulla legittimità costituzionale del divieto di deducibilità delle perdite pregresse ai fini ILOR*, in *Dir. prat. trib.*, 1987.
- UCKMAR V., *Il conflitto fra la vita delle imprese e la tassazione annuale dei loro redditi*, in *Dir. prat. trib.*, 1951, I, p. 213.
- UCKMAR V., *Esazione all'estero dei crediti tributari*, in *Rivista di giurisprudenza*, 1952, p. 3
- UCKMAR V., *La tassazione degli stranieri in Italia*, Padova, 1955.
- UCKMAR V., *L'"interposizione fittizia" e "le società di comodo" quali ipotesi di reato fiscale*, in AA.VV., *Evasione fiscale e repressione penale*, Padova, 1982, p. 159.
- UCKMAR V., *Tax Evasion-Tax Avoidance*, Relazione generale al 37° congresso dell'International Fiscal Association – in *Cahiers de Droit Fiscal International de l'IFA*, 1983.
- UCKMAR V., DOMINICI R., (*ad vocem*), *Società (diritto tributario)*, in *Novissimo Dig., App.*, VII, Torino, 1987, p. 437.
- UCKMAR V., *Progetti e possibili soluzioni dell'armonizzazione fiscale dell'U.E.*, in *Dir. prat. trib.*, 1995, I, 9.
- UCKMAR V., *Credit and Exemption under Tax Treaties in Cases of Differing Income Characterization*, in *European Taxation*, 1996, 118.
- UCKMAR V., *"Gruppi" e disciplina fiscale*, in *Dir. prat. trib.*, 1996, I, 3.
- UCKMAR V., *Principi comuni di diritto costituzionale tributario*, Padova, 1999.
- UCKMAR V., *I trattati internazionali in materia tributaria*, in *Corso di Diritto tributario internazionale - II edizione*, coordinato da V. Uckmar, Padova, 2002, 91
- UCKMAR V., *Corso di diritto tributario internazionale*, 2002, Padova, p. 100.
- UCKMAR V., *La tutela multilivello dei diritti nel diritto tributario*, Milano, 2004, 237.

- UCKMAR V., *Il ruolo della Corte costituzionale in materia tributaria nell'era della Corte di Giustizia Europea*, in *Diritto tributario e Corte costituzionale*, (a cura di) L. PERRONE, C. BERLIRI, Napoli, 2006.
- UCKMAR V., *Fisco e globalizzazione*, Corriere della Sera, 14 febbraio 2007.
- UCKMAR V., CORASANITI G., DE' CAPITANI P., *Manuale di diritto tributario internazionale*, 2009.
- UCKMAR V., *La globalizzazione economica e il fisco*, al sito internet <http://www.uckmar.net>.
- UDINA M., *Il diritto internazionale tributario*, in *Trattato di Fedozzi e Romano*, Padova, 1949, vol. X.
- URICCHIO A., *I redditi dei lavori tra autonomia e dipendenza*, Bari, 2006.
- VALAT A., *General Allowances and Home State Obligations under EC Law: Opinion Delivered in the De Groot Case*, *European Taxation*, 2002, p. 446.
- VAN RAAD K., *Non discrimination in international Tax Law*, Deventer, 1986.
- VAN RAAD K., *Niet-discriminerende belastingheffing van beperkt belastingplichtigen door EU-lidstaaten*, in AA. VV., *Liber Amicorum Jean-Pierre-Lagae*, Samsom, Diegem, 1998.
- VAN RAAD K., *Fractional Taxation of Multi-State Income of EU Resident Individuals – A Proposal*, in Andersson et al. eds: *Liber Amicorum Sven – Olof Lodin*, The Hague, 2001, p. 211.
- VAN THIEL S., *Removal of income tax barriers to market integration in the European Union: litigation by the Community citizen instead of harmonization by the Community legislature?*, *EC Tax Review* 2003, p. 4.
- VAN THIEL S., *Justifications in Community Law for Income Tax Restrictions on Free Movement: Acte Clair Rules That Can Be Readily Applied by National Courts – Part 1 and Part 2*, *European Taxation*, 2008, p. 279.
- VANINSTENDAEL F., *Reinventing Source Taxation*, in *EC Tax Review*, 1997, p. 160.
- VANINSTENDAEL F., *European taxation in the 21st Century: The Road towards Integration*, in *European Taxation*, 1998, p. 331.
- VANINSTENDAEL F., *No European taxation without European representation*, in *Ec Tax Review*, 3, 2000, 142-143.

- VANISTENDAEL F., *How nice was Nice to European taxation?*, in *Ec Tax Review*, 1, 2001, 2.
- VANISTENDAEL F., *A window of opportunity for the making of Europe: Member States cannot have their national cake and eat the European one*, in *Ec Tax Review*, 1, 2003, 2-3.
- VANISTENDAEL F. (ed.), *EU Freedoms and Taxation*, Amsterdam, 2006.
- VANISTENDAEL F., *The ECJ at the Crossroad: Balancing Tax Sovereignty against the Imperatives of the Single Market*, in *European Taxation*, September, 2006, 413.
- VANISTENDAEL F., *Common (tax) law of the ECJ*, *EC Tax Review*, 2007, p. 250.
- VANISTENDAEL F., *Does the ECJ have the power of interpretation to build a tax system compatible with the fundamental freedoms?*, *EC Tax Review*, 2008, p. 52.
- VANISTENDAEL F., *In Defence of the European Court of Justice*, in *Bulletin for international taxation*, 2008, p. 90.
- VANONI, *Osservazioni sul concetto di reddito in finanza*, in *Opere giuridiche*, Milano, 1962, II, p. 351.
- VANZ G., *L'elusione fiscale tra forma giuridica e sostanza economica*, *Rass. trib.*, 2002, p. 1606.
- VANZ G., *Autorità del giudicato nazionale e diritto comunitario*, in *Dir. prat. trib. int.*, 2009, p. 1637.
- VASAPOLLI A., VASAPOLLI G., *Le perdite conseguite prima e durante la liquidazione di una società*, in *Corr. trib.*, 2002, fasc. 32, p. 2928.
- VICINI RONCHETTI A., *Sulla doppia imposizione internazionale e il credito di imposta*, in *Dir. prat. trib.*, 1997, III, p. 187.
- VISENTINI, *A proposito di bare*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1987, I, pagg. 1029 e seguenti.
- VISENTINI, *L'applicazione dell'imposta di ricchezza mobile nei casi di più aziende distinte appartenenti al medesimo contribuente*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 1948, I, p. 59-60.
- VITALE M., voce *Doppia imposizione*, in *Enciclopedia del diritto*, XIII, Milano, 1964, pag. 1007.
- VOGEL K., *World-wide or source principle*, in *Rass. Trib.*, 1988.
- VOGEL K., *On double taxation Conventions*, 1996.

- VOGEL K., *Il diritto tributario internazionale*, 365 ss., in A. Amatucci (diretto da), *Trattato di diritto tributario. Annuario*, Padova, 2001.
- VOGEL K., *Which Method Should the European Community Adopt for the Avoidance of Double Taxation?*, in *Bulletin*, 2002, p. 4.
- VOGEL K., LEHNER M., *Doppelbesteuerungsabkommen*, Monaco, 2003.
- VON SCHANZ G., *Zur Frage der Steuerpflicht*, in *Finanzarchiv*, 1882.
- WAGNER A., *Finanzwissenschaft, Zweiter Teil: Gebuhren – und allegemeine Steuerlehre*, Berlino, 1880, 296.
- WAGNER, *La scienza delle finanze*, in *Biblioteca dell'economista*, serie terza, vol. X, Torino.
- WALKER, *Double Taxation in the United States*, in *Studies in History, Economics and Public Law*, vol. V, n. 1, New York, 1895.
- WATHELET M., *Direct taxation and EU law: integration or disintegration?*, *EC Tax Review* 2004, p.2.
- WATTEL P.J., *The Scumacker Legacy Introduction Taxing Non-Resident Employees: Coping with Schumacker*, in *European Taxation*, 1995, p. 351.
- WATTEL P.J., *Progressive Taxation of Non-Residents and Intra-EC Allocation of Personal Tax Allowances: Why Scumacker, Asscher, Gilly and Gschwind Do not Suffice*, in *European Taxation*, 2000, p. 210.
- WATTEL P.J., *Corporate tax jurisdiction in the EU with respect to branches and subsidiaries;; dislocation distinguished from discrimination and disparity; a plea for territoriality* , *EC Tax Review*, 2003, p. 194.
- WATTEL P.J., *Fiscal Cohesion, Fiscal Territoriality and Preservation of the (Balanced) Allocation of Taxing Power; What is the Difference?*, in *The influence European Law on Direct Taxation: Recent and Future Developments*, (edited by) D. WEBER, Kluwer, 2007.
- WEBER D., *Pending Cases Filed by Dutch Courts: the F.W.L. de Groot Case and Related EC Cases before Dutch Courts*, in LANG M., *Direct Taxation: Recent ECJ Developements*, Wien, 2003, p. 173.
- WEBER D., *In Search of a New Equilibrium Between Tax Sovereignty and the Freedom of Movement Within the EC*, in *Intertax*, vol. 34, 2006, p. 585

- WEBER D. (edited by), *The influence European Law on Direct Taxation: Recent and Future Developments*, Kluwer, 2007.
- WEBER D., *Cross-Border Losses: From Ritter-Coulais via Renneberg back to Futura Participations?*, in HINNEKENS L., HINNEKENS P., *A Vision on Taxes Within and Beyond European Borders, Festschrift in Honor of Prof. Dr. Frans Vanistendael*, The Hague, 2008, p. 955.
- WHITTINGHAM, *Double Taxation in the United States*, in *Bulletin de l'Institute intermediaire internationale*, 1927, pagg. 369.
- Why Schumacker, Asscher, Gilly and Gschwind Do Not Suffice*, *European Taxation* 2000, p. 210.
- WOUTERS J., *The principle of non-discrimination in European Community law*, in *EC Tax Review*, 1992, p. 98.
- ZAPPA G., *Il reddito di impresa*, Milano, 1950; p. 273.
- ZENATI A. S., *La deducibilità delle perdite pregresse maturate prima del fallimento*, in *Corr. Trib.*, 2002 fasc. 24, p. 2152.
- ZIZZO G., *Osservazioni sui limiti alla deducibilità delle perdite in caso di fusione nel diritto tributario degli Stati Uniti*, in *Rass. trib.*, 1987.
- ZIZZO G., *Le riorganizzazioni societarie nelle imposte sui redditi*, Milano, 1996.
- ZIZZO G., *Prime considerazioni sulla nuova disciplina antielusiva, Commento agli interventi di riforma tributaria*, M. MICCINESI, Padova, 1999, p. 435.
- ZIZZO G., *Fusione di società e tassazione di gruppo*, in *Corr. trib.*, 2004, p. 1790.
- ZIZZO G., *Profili di incostituzionalità del regime dell'utilizzo delle perdite nelle imposte sul reddito*, in *Corr. trib.*, n. 24, 2007, p. 1987.
- ZIZZO G., *Considerazioni sistematiche in tema di utilizzo delle perdite fiscali*, in *Rass. trib.*, 2008, p. 929.
- ZOPPINI A., *Disapplicazione dei limiti al riporto delle perdite fiscali nelle operazioni di fusione e scissione*, in *Rass. trib.*, 2004 fasc. 2, p. 639
- ZOPPINI, A., *Disapplicazione dei limiti al riporto delle perdite fiscali nelle operazioni di fusione e scissione*, in *Rass. trib.*, 2004, p. 656.
- ZOPPINI A., L. BARBONE, R. LUPI, D. STEVANATO, *Accordi di consolidamento tra diritto civile e diritto tributario*, in *Dialoghi dir. trib.*, 2004, 1335.

Ringraziamenti

Al termine di questo del XII ciclo di dottorato, desidero ringraziare a tutti coloro che, a diverso titolo, mi hanno accompagnato in questo lungo percorso.

Desidero rivolgere un sentito ringraziamento al Prof. Uckmar per il suo costante esempio di studioso e per il sostegno e l'incoraggiamento che mi hanno permesso di dedicarmi a questo percorso di studi. Particolarmente preziosa, inoltre, è stata l'opportunità di poter consultare la biblioteca della fondazione A. Uckmar.

Sono particolarmente grato al prof. Sacchetto per l'opportunità che mi ha fornito e per lo stimolo continuo alla ricerca che è riuscito a trasmettermi. A lui va un sincero ringraziamento per tutto il tempo e le occasioni di confronto che mi ha concesso che mi hanno permesso di crescere scientificamente.

Vorrei esprimere la mia gratitudine al prof. Barassi di cui ho apprezzato la sua grande disponibilità, competenza, per le ore che mi ha dedicato nelle fatiche quotidiane della ricerca scientifica e per il sostegno che non è mai mancato.

Al prof. Bizioli un sincero ringraziamento per la sua competenza, per i suoi preziosi suggerimenti, per le numerose occasioni di confronto e per tutte le iniziative scientifiche di cui si è fatto promotore.

Desidero ringraziare il prof. Corasaniti per la passione che è riuscito a trasmettermi, per il suo costante aiuto ed incoraggiamento anche nei momenti più difficili.

Il mio grazie, altresì, è rivolto al prof. Lang e al prof. Pistone che mi hanno permesso di frequentare per quattro mesi l'“Institute for Austrian and International Tax Law” a Vienna. In particolare, al prof. Pistone va la mia gratitudine per le ore dedicate alla mia tesi e le per le opportunità che mi ha concesso.

Inoltre, ringrazio il prof. Wim Wijnen per i preziosi suggerimenti bibliografici che mi ha fornito presso l'International Bureau of Fiscal Documentation (IBFD), di Amsterdam .

Un ringraziamento particolare alla mia famiglia, a Valeria e agli amici che hanno condiviso con me questo percorso di studi.

Paolo Stizza