



# UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BERGAMO

Dottorato di ricerca in  
*Diritto pubblico e tributario nella dimensione europea*  
Ciclo XXIV

***LA COERENZA DEL SISTEMA FISCALE NAZIONALE QUALE  
CAUSA DI GIUSTIFICAZIONE NELLA GIURISPRUDENZA  
DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA***

Relatore

Chiar.mo Prof. Gianluigi Bizioli

Tesi di dottorato di

Marco Paganuzzi

Matricola n. 1008738

Anno accademico 2012/2013

**LA COERENZA DEL SISTEMA FISCALE NAZIONALE QUALE  
CAUSA DI GIUSTIFICAZIONE NELLA GIURISPRUDENZA DELLA  
CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA**

<b>Capitolo I</b> .....	<b>4</b>
<b>Le libertà fondamentali</b> .....	<b>4</b>
1. <i>Il ruolo del mercato interno nell'evoluzione dell'Unione Europea</i> .....	<b>4</b>
2. <i>Le disposizioni in materia di fiscalità contenute nel Trattato</i> .....	<b>14</b>
3. <i>Dal principio di non discriminazione al principio di non restrizione</i> .....	<b>24</b>
4. <i>Le cause di giustificazione alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE</i> .....	<b>40</b>
4.1. <i>Le ragioni imperative di interesse generale</i> .....	<b>40</b>
4.2. <i>La Rule of reason</i> .....	<b>43</b>
<b>Capitolo II</b> .....	<b>49</b>
<b>L'evoluzione del giudizio della Corte di Giustizia in materia tributaria</b> .....	<b>49</b>
1. <i>Discriminazione, restrizione e disparità, quali confini?</i> .....	<b>49</b>
2. <i>La comparabilità delle situazioni nella giurisprudenza della Corte di Giustizia</i> .....	<b>59</b>
3. <i>I criteri rilevanti ai fini della verifica della comparabilità delle situazioni esaminate</i> .....	<b>72</b>
3.1. <i>(Segue) La comparabilità in relazione ai differenti regimi impositivi tipicamente applicabili ai soggetti residenti e non residenti</i> .....	<b>79</b>
4. <i>L'individuazione delle libertà fondamentali rilevanti nel giudizio della Corte di Giustizia</i> .....	<b>88</b>
5. <i>Il modello di analisi "per country" e quello "overall"</i> .....	<b>95</b>

6.	<i>Considerazioni di sintesi sull'evoluzione del giudizio della Corte di giustizia nell'applicazione delle libertà fondamentali al campo dell'imposizione diretta .....</i>	<i>97</i>
<b>Capitolo III .....</b>	<b>99</b>	
<b>La coerenza del sistema fiscale nazionale .....</b>	<b>99</b>	
1.	<i>Il caso Bachmann .....</i>	<i>99</i>
2.	<i>La giurisprudenza successiva della Corte di Giustizia dell'UE .....</i>	<i>107</i>
2.1.	<i>Il legame diretto: la compensazione tra vantaggi e svantaggi fiscali – L'unicità dell'imposta e del soggetto passivo ..</i>	<i>116</i>
3.	<i>La rilevanza degli accordi contro le doppie imposizioni ...</i>	<i>119</i>
4.	<i>La rilevanza della ratio delle disposizioni nazionali .....</i>	<i>124</i>
<b>Capitolo IV .....</b>	<b>127</b>	
<b>La coerenza del sistema fiscale nazionale alla luce di talune ulteriori fattispecie esaminate dalla Corte di Giustizia .....</b>	<b>127</b>	
1.	<i>Il fenomeno della doppia imposizione.....</i>	<i>127</i>
2.	<i>La distribuzione di dividendi a soggetti residenti in un diverso Stato membro .....</i>	<i>139</i>
3.	<i>L'attribuzione delle perdite fiscali pregresse a soggetti diversi all'interno dell'UE .....</i>	<i>153</i>
4.	<i>Le exit tax .....</i>	<i>168</i>
<b>Capitolo V.....</b>	<b>183</b>	
<b>Riflessioni conclusive in merito alla nozione di coerenza fiscale elaborata dalla Corte di giustizia dell'UE .....</b>	<b>183</b>	
1.	<i>Considerazioni circa l'effettività della nozione di coerenza fiscale fornita dalla Corte di giustizia .....</i>	<i>183</i>
2.	<i>Sul necessario bilanciamento tra la potestà impositiva degli Stati e l'esercizio delle libertà fondamentali.....</i>	<i>187</i>
<b>Bibliografia .....</b>	<b>192</b>	

## - CAPITOLO I -

### LE LIBERTÀ FONDAMENTALI

*Sommario: 1. 1. Il ruolo del mercato interno nell'evoluzione dell'Unione Europea – 2 Le disposizioni in materia di fiscalità contenute nel Trattato – 3. Dal principio di non discriminazione al principio di non restrizione – 4. Le cause di giustificazione alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE – 4.1. Le ragioni imperative di interesse generale – 4.2. La Rule of reason*

#### **1. Il ruolo del mercato interno nell'evoluzione dell'Unione Europea**

La realizzazione di un mercato unico, all'interno del quale possano liberamente circolare le merci ed i fattori della produzione (lavoro, servizi e capitali) è stato sin dalle origini, ed è tuttora, al centro del disegno europeo.

La Corte di Giustizia ha più volte ribadito che *“gli articoli del Trattato relativi alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali sono norme fondamentali per l'UE ed è vietato qualsiasi ostacolo, anche di minore importanza a detta liberta”*<sup>1</sup>.

Eppure, all'interno del Trattato costitutivo non era dato rinvenire alcuna specifica definizione dell'espressione “mercato comune”. Anche in

---

<sup>1</sup> Corsica Ferries France, C-49/89, sent. 13 dicembre 1989, p. 4441, punto 8; Commissione c. Francia, C-169/98, sent. 15 febbraio 2000, punto 46. E' interessante notare, a questo proposito, come l'espressione mercato interno sia correntemente utilizzata proprio come sinonimo di Unione Europea.

questo caso, è la Corte di Giustizia a fornirne una: *“la nozione di mercato comune... mira ad eliminare ogni intralcio per gli scambi intracomunitari al fine di fondere i mercati nazionali in un mercato unico il più possibile simile ad un vero e proprio mercato interno”*<sup>2</sup>. Definizione Tale nozione è stata, quindi recepita prima nel Trattato delle Comunità europee (cfr. art. 14) quindi dal Trattato sul Funzionamento dell’UE (cfr. art. 26 TFUE)<sup>3</sup>: *“spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali”*.

La realizzazione del mercato comune è prefigurata sine dal Trattato di Roma<sup>4</sup> come lo strumento, insieme al graduale ravvicinamento delle politiche economiche degli Stati membri, atto a promuovere lo sviluppo armonioso delle attività economiche nell’insieme della Comunità e perseguire, più in generale, i compiti della Comunità enunciati nell’art. 2 del Trattato. Il tenore di tale disposizione era già abbastanza indicativo non solo del ruolo centrale del mercato interno rispetto all’intero sistema giuridico-economico dell’Unione, ma anche della circostanza che le politiche economiche degli Stati membri devono sì svilupparsi *“armoniosamente”*, ma devono anche *“ravvicinarsi”* gradualmente, come è poi confermato dalle competenze che il Trattato conservava ed in parte conserva in capo agli Stati membri in ordine alle rispettive politiche economiche e monetarie.

---

<sup>2</sup> Ancora una volta si manifesta la funzione di supplenza svolta dalla Corte. La sentenza è la Schul, 15/81, sent. 5 maggio 1982, punto 33. Merita attenzione anche quanto affermato immediatamente di seguito: *“è importante che i vantaggi di tale mercato siano garantiti, oltre che ai commercianti di professione, anche ai privati che si trovino a intraprendere operazioni economiche oltre le frontiere nazionali”*. V. già Polydor, 270/80, sent. 9 febbraio 1982, punto 16, che pure contiene la formula ricordata nel testo.

<sup>3</sup> La disposizione è stata aggiunta dall’art. 13 dell’Atto Unico.

<sup>4</sup> Cfr. art. 2.

La libertà di circolazione delle merci, dei lavoratori, dei servizi e dei capitali, nonché la libertà di stabilimento ma anche, ovviamente, il regime di libera concorrenza sono, dunque, preordinate, direttamente o indirettamente, alla realizzazione ed al consolidamento del mercato interno<sup>5</sup>.

La gradualità del processo di integrazione ha fatto prevalere, nel corso della “prima generazione” del regime di liberalizzazione, soprattutto la dimensione c.d. “negativa” dell’integrazione fra i mercati e fra le attività economiche degli Stati membri. Si è, dunque, posto l’accento in particolare sull’eliminazione delle barriere poste dagli Stati agli scambi in merci, in persone, in servizi e in capitali, con una serie di divieti<sup>6</sup> imposti agli Stati membri e con un oculato dosaggio nella previsione e soprattutto nell’applicazione delle relative deroghe. Lo stesso dicasi per le regole di concorrenza, così strettamente collegate al regime di libertà degli scambi.

Ancora sul piano generale, è piuttosto da rilevare che l’equilibrio originario tra mercato comune, attribuito almeno sostanzialmente alla competenza dell’Unione, da un lato, e responsabilità degli Stati membri quanto alle rispettive politiche economiche, dall’altro, si è andato progressivamente modificando proprio attraverso la sapiente gestione

---

<sup>5</sup> Non devono essere dimenticate, tuttavia, le politiche orizzontali, come ad esempio quella dei trasporti e quella, di sempre maggiore rilievo, dell’ambiente, in relazione alla quale solo con l’Atto unico è stata prevista una specifica base giuridica per l’azione dell’Unione. La compatibilità di questo duplice livello di integrazione – più accentuato per il mercato comune, meno per le scelte di politica economica e monetaria nell’insieme dell’Unione – con l’ambizione di realizzare in maniera compiuta ed effettiva lo stesso mercato unico, da sempre oggetto di discussione, appare oggi essere definitivamente in crisi. Ma la decisione, frutto della visione ma anche del pragmatismo, dei padri fondatori fu proprio quella di procedere per gradi al fine di raggiungere, nel tempo e senza strappi che avrebbero potuto inibire o interrompere il cammino comune, la piena unità.

<sup>6</sup> Cfr. G. Tesaurò, *Diritto dell’Unione Europea*, Cedam, 2010, p. 394.

dell'integrazione negativa da parte della Commissione e la corrispondente attività interpretativa della Corte di giustizia. La chiave di lettura delle conferenti norme del Trattato è stata individuata sin da subito: le competenze relative alla politica economica e monetaria lasciate agli Stati membri dal Trattato ma nessuna indulgenza o eccezione quanto alla puntuale osservanza degli obblighi fondamentali in tema di mercato interno.

L'integrazione delle diverse legislazioni fiscali nazionali nota come "negativa" si fonda sull'applicazione dei divieti previsti dai trattati europei, tra i quali un ruolo particolarmente rilevante assume il principio di non discriminazione, sancito, con riferimento al parametro della nazionalità, dall'art. 18 TFUE e previsto, in termini ancor più generali, dall'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

La prospettiva ed il fine ultimo cui mira l'integrazione nell'applicazione delle libertà fondamentali è, come sopra rilevato, quella di permettere l'accesso ai mercati degli Stati membri abolendo ogni ostacolo ingiustificato<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> F.A. García Prats, *Incidencia del derecho comunitario en la configuracion juridica del derecho financiero (II): politicas comunitarias con incidencia sobre el derecho financiero*, in *Rev. Der. Fin. Hac. Pubbl.*, 2001, pp. 519 ss.; G. Bizzioli, *Il processo di integrazione dei principi tributari nel rapporto fra ordinamento costituzionale, comunitario e diritto internazionale*, Cedam, 2008, p. 135. Il salto "qualitativo" in avanti nel contenuto dei diritti di libera circolazione è stata descritta da E. Spaventa, *"From Gebhard to Carpenter: Towards a (non-)Economic European Constitution"*, in *Common Market Law Review*, 2004, p. 764 e ss.. Secondo l'autore, il test di accesso al mercato non può dar ragione della sentenza Gebhard (Corte di Giustizia, 30 novembre 1995, causa C-55/94, Reinhard Gebhard contro Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano) a causa della sua "lack of specificity of the intra-Community situation". Si potrebbe, quindi, dedurre che "lack of specificity of the intra-Community situation". *It could, therefore, be inferred that "the 'free movement' right is not construed anymore as a mere right to move, but rather as a right to pursue an economic activity in another country or even ... in one's own country"*. In questo senso, le libertà fondamentali possono esser paragonate a, e concorrere con, le libertà costituzionali nazionali. Si veda,

Sotto il profilo dei soggetti coinvolti in tale tipologia di integrazione, un ruolo assolutamente preminente va riconosciuto alla Corte di giustizia delle Comunità europee, cui, come vedremo, deve attribuirsi il merito di aver precisato la portata delle diverse disposizioni coinvolte e, conseguentemente, dei divieti da queste sanciti, assumendo, soprattutto negli ultimi decenni, un ruolo – che in dottrina è stato definito anche come “creativo”<sup>8</sup> – in particolare nell’area dell’imposizione diretta.

Non è un caso, pertanto, che rispetto ad un regime complessivo fondato sui divieti imposti agli Stati membri e sul principio di attribuzione quanto alle competenze delle istituzioni dell’Unione, il ruolo della giurisprudenza sia stato determinante per lo sviluppo ed il consolidamento del sistema di libertà degli scambi. Ciò è ancor più rilevante se si ha riguardo alla giurisprudenza formatasi in sede di rinvio pregiudiziale, che è almeno pari, se non più cospicua, a quella conseguente a procedure d’infrazione attivate dalla Commissione; e che certamente ha anche una maggiore capacità di incidere rapidamente sul modo di essere e di funzionare del sistema degli scambi. Il fatto stesso, poi, di sottolineare i divieti a carico degli Stati membri, opponendo la posizione del singolo come tributaria diretta di norme dell’Unione, nonché esaltando al contempo le attribuzioni delle istituzioni dell’Unione, ha certamente contribuito a far sì che l’integrazione giuridica avanzasse almeno di pari passo ed in funzione dell’integrazione *tout court*.

---

in proposito, G. Bizioli, *Balancing the Fundamental Freedoms and Tax Sovereignty: Some Thoughts on Recent ECJ Case Law on Direct Taxation*, in *European Taxation*, marzo 2008, pp. 133 ss..

<sup>8</sup> In questo senso vedi, per tutti, T. Georgopoulos, *Le rôle créatif du juge communautaire en matière de fiscalité directe*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2005, p. 61-80.

La Corte di giustizia, soprattutto in funzione di garanzia del contribuente cittadino europeo<sup>9</sup>, ha affermato e attribuito effettivo contenuto a principi, in parte già noti nel nostro ordinamento, quali quello di certezza del diritto e rispetto dei diritti della difesa, e in parte di derivazione comunitaria, quali i principi di eguaglianza e non discriminazione<sup>10</sup>, libertà<sup>11</sup>, solidarietà<sup>12</sup>, unità<sup>13</sup>, proporzionalità<sup>14</sup>, legittimo affidamento<sup>15</sup> ed effetto utile<sup>16</sup>.

Con riferimento ai citati principi, come si vedrà in seguito, la Corte comunitaria ha assunto un duplice approccio basato, dapprima, sul principio di non discriminazione e, successivamente, sul divieto di restrizione. L'evoluzione dal principio di non discriminazione al principio di non restrizione si svolge attraverso tappe intermedie, quale è, per esempio, l'elaborazione di una nozione di discriminazione indiretta<sup>17</sup>.

---

<sup>9</sup> Si veda, in proposito, T. Ballarino, *Lineamenti di Diritto Comunitario*, Padova, 1993.

<sup>10</sup> Cfr. art. 12 TCE (art. 18 TFUE).

<sup>11</sup> Si riferisce, in particolare, alle quattro libertà fondamentali del TCE, ossia alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali.

<sup>12</sup> Principio riferito agli Stati membri e finalizzato alla conformità dei loro comportamenti all'equilibrio tra vantaggi ed oneri derivanti dall'appartenenza all'Unione europea.

<sup>13</sup> Principio riferito al concetto di unitarietà del mercato comune che è stato applicato contro l'istituzione di nuovi dazi doganali.

<sup>14</sup> Principio secondo il quale gli oneri imposti agli operatori economici non possono essere più gravosi di quanto possa risultare necessario per assicurare il raggiungimento degli obiettivi del Trattato.

<sup>15</sup> Questo principio è stato applicato principalmente con riferimento alle disposizioni comunitarie in rapido cambiamento, al punto da ledere i diritti dei singoli in buona fede.

<sup>16</sup> Principio che rappresenta l'espressione concreta dell'interpretazione "teleologica" o "finalistica" utilizzata, per esempio, per l'interpretazione delle norme contenute nelle direttive comunitarie.

<sup>17</sup> L'elaborazione della nozione di discriminazione indiretta è il caso paradigmatico di tale evoluzione; già nel 1974, nel caso *Sotgiu v. Deutsche Bundespost* la Corte osservò che il divieto di discriminazione copre anche quelle forme di discriminazione indiretta in cui "l'impiego di altri criteri di distinzione, quali il luogo d'origine o di residenza di un lavoratore possono, a seconda delle circostanze, produrre effetti equivalenti alla

A tal fine, la Corte di giustizia ha progressivamente elaborato due significati paralleli delle libertà fondamentali. Da un lato, ai sensi dell'art. 28 e ss. TFUE, si vuole assicurare che le merci straniere e le persone vengono trattati, formalmente e sostanzialmente, al pari delle merci nazionali e dei cittadini dello Stato. In quest'ottica, le libertà fondamentali implicano la piena attuazione del principio di non discriminazione sancito dall'art. 18 TFUE e l'eliminazione di qualunque forma di protezionismo economico nel mercato interno (il c.d. *"market equality test"*). D'altro canto, le libertà fondamentali richiedono l'eliminazione di tutti gli ostacoli (di carattere anche non discriminatorio) che influenzano la capacità di operare all'interno del mercato unico (il c.d. *"market access test"*). La sintesi di questa evoluzione può essere racchiusa nelle seguenti parole della Corte di giustizia: *"è costante giurisprudenza che l'art 59 del Trattato non richiede solo l'eliminazione di qualsiasi discriminazione fondata sulla nazionalità nei confronti del prestatore di servizi stabilito in un altro Stato membro, ma anche la soppressione di qualsiasi restrizione, anche se si applica ai prestatori nazionali e a quelli degli altri Gli Stati membri allo stesso modo, che sia tale da vietare,*

---

discriminazione in base alla nazionalità". Così Corte Giust., 12 febbraio 1974, causa C-153/73, *Sotgiu v. Deutsche Bundespost*, in *Racc.*, 1974, p. 153 ss. La nozione di discriminazione indiretta è abbastanza ampia da ricomprendere una serie di regole che possono limitare la libertà di circolazione, quali i requisiti di residenza, i requisiti linguistici, i requisiti relativi ad esperienze professionali o qualificazioni. Tali requisiti infatti, a seconda di come sono formulati, possono operare a danno di cittadini di altri Stati membri. La sentenza è ricordata da Farmer, P., *The Court's Case Law on Taxation: a Castle Built on Shifting Sands?*, in *EC Tax Review*, 2003, p. 76, il quale sottolinea altresì come l'accertamento dell'equivalenza tra discriminazione basata sulla nazionalità e discriminazione basata sulla residenza ovvero altro criterio di collegamento territoriale non richieda una verifica in concreto che la norma discriminante effettivamente colpisca soprattutto gli stranieri ma una semplice "possibilità intrinseca" che la disposizione oggetto di censura incida in modo particolare sugli stranieri, i quali, per effetto di tale disposizione risultino in condizioni di svantaggio rispetto ai cittadini.

*ostacolare o rendere meno attraenti le attività del prestatore di servizi stabilito in un altro Stato membro, ove fornisce legittimamente simili servizi”*<sup>18</sup>.

Restrizioni alla libera circolazione possono derivare sia dalla sovrapposizione delle norme nazionali di due Stati membri<sup>19</sup> sia da regole nazionali che, singolarmente considerate, possono ostacolare l'accesso al mercato interno<sup>20</sup>. Un divieto generale nei confronti delle normative nazionali che si traducano in un ostacolo ingiustificato all'accesso al mercato interno costituisce, dunque, il significato che può essere attribuito alle libertà fondamentali<sup>21</sup>. Ciò presuppone un duplice ambito di applicazione, per le misure propriamente discriminatorie (che influiscono, in genere, solo in situazioni transfrontaliere), mentre le misure non

---

<sup>18</sup> Corte di Giustizia, 3 ottobre 2000, Causa C-58/98, *Josef Corsten*, punto 33. L'imperativo di interpretare uniformemente tutte le libertà fondamentali è stato affermato dall'Avvocato Generale Fenelly in Corte di Giustizia, 16 settembre 1999, nella propria *Opinion*, Causa C-190/98, *Volker Graf v. Filzmoser Maschinenbau GmbH*, punto 18.

<sup>19</sup> In particolare, la Corte di giustizia ha precisato che, in linea di principio, il doppio onere deve essere eliminato attraverso il riconoscimento reciproco della legislazione dell'altro Stato membro (applicazione del principio del mutuo riconoscimento). Cfr. Corte di Giustizia, 20 febbraio 1979, Caso 120/78, *Rewe-Zentral AG v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon)*, punto 14.

<sup>20</sup> P. Oliver e W. H. Roth, *The Internal Market and the Four Freedoms*, in *Common Market Law Review*, 2004, pp. 415-416.

<sup>21</sup> Nella sentenza *Keck and Mithouard* (Corte di Giustizia, 24 novembre 1993, *joined cases C-267/91 e C-268/91, Criminal Proceedings against Bernard Keck and Daniel Mithouard*, punto 16), la Corte ha ulteriormente approfondito la propria interpretazione distinguendo tra “product regulations”, che rientrano in questa definizione, e le norme in materia di “selling arrangements” che, contrariamente, sono assoggettate esclusivamente alla verifica di discriminazione. Questa distinzione, tuttavia, non sembra trovare applicazione in materia tributaria e, dunque, non ricade nella norma in esame. Si veda, in proposito, 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*, in F. Vanistendael (ed.), *EU Freedoms and Taxation: EATLP Congress, Paris 3-5 June 2004*, Amsterdam, IBFD, 2006, p. 70.

discriminatorie si riferiscono sia a fattispecie a rilevanza meramente interna che a fattispecie transfrontaliere<sup>22</sup>.

Il passaggio dall'integrazione negativa a quella positiva costituisce il risultato dell'importante iniziativa della Commissione dei secondi anni ottanta, che ha portato prima alla pubblicazione del Libro bianco sul mercato interno e poi alla stipulazione dell'Atto Unico, momenti che hanno aperto la strada alla "seconda generazione" del mercato comune, quella dell'integrazione positiva. Sia l'uno che l'altro si ponevano l'obiettivo di rilanciare e accelerare il processo di realizzazione del mercato unico, agendo soprattutto su due fronti: quello della completa e definitiva eliminazione delle frontiere tecniche, fisiche e fiscali tra i mercati degli Stati membri e quello della armonizzazione della fiscalità indiretta, considerata fondamentale ai fini dell'eliminazione delle distorsioni della concorrenza.

La nuova fase si manifesta anche attraverso mutamenti definitori anche sotto il profilo strettamente terminologico, laddove il mercato unico non è più definito "comune" – termine che allude evidentemente al concetto di comunione, di compartecipazione in qualcosa la cui titolarità resta condivisa tra più soggetti – ma, piuttosto, semplicemente come "interno"<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> Questa distinzione è stata individuata da P.J.G. Kapteyn e P. VerLoren van Themaat, *Introduction to the Law of the European Communities*, London-The Hague-Boston, Kluwer Law International, 1998, pp. 584-585. Si veda, in proposito, G. Bizioli, *Balancing the Fundamental Freedoms and Tax Sovereignty: Some Thoughts on Recent ECJ Case Law on Direct Taxation*, in *European Taxation*, marzo 2008, pp. 133 ss..

<sup>23</sup> La disposizione, come sopra rilevato, è stata aggiunta dall'art. 13 dell'Atto Unico, mutuandola dal Libro Bianco sul Mercato Interno diffuso dalla Commissione nel 1985. In proposito, è appena il caso di sottolineare che le espressioni mercato comune, mercato interno e mercato unico sono spesso utilizzate indifferentemente dalla stessa Corte di giustizia, come rilevano G. Tesauro, *Diritto comunitario*, Padova, 2003, p. 368 e A.J. Martín Jiménez, *Towards Corporate Tax Harmonization in the European Community. An Institutional*

Più in generale, il mercato interno è ormai, dopo l'Atto unico e il Trattato di Maastricht, una nozione che, in termini di strategia (anche giuridica), va anche al di là della realizzazione di uno spazio in cui sono garantite la piena mobilità di beni, servizi e fattori produttivi, nonché la sostanziale parità delle condizioni di concorrenza per le imprese, esso

---

*and Procedural Analysis*, London, The Hague, Boston, 1999, p. 6. Parte della dottrina ha, tuttavia, rilevato come al passaggio dalla definizione di mercato comune a quella di mercato interno sia sotteso un innalzamento del livello di integrazione europea che sottolinea la volontà di perseguire una più perfetta unione economica e politica (si vedano G. Melis, voce *Coordinamento fiscale nella UE*, in *Enciclopedia del diritto*, p. 398, nt. 20; Cordewener, *Europäische Grundfreiheiten und nationales Steuerrecht*, Colonia, 2002, pp. 50 ss.); P.J.G. Kapteyn, P. Verloren Van Themaat, *Introduction to the Law of the European Communities*, London, 1998, p. 575. L'evoluzione della norma è delineata da R. De la Feria, *The EU VAT System and the Internal Market*, IBFD, Doctoral Series, Vol. 16, 2009 e G. Bizioli, *Le imposte indirette nel diritto europeo*, in F. Preite e A. Gazzanti Pugliese di Cotrone (a cura di), *Trattato Notarile. Atti Notarili. Diritto Comunitario e Internazionale*, Vol. 4, *Diritto Comunitario*, Tomo II, Utet, Torino, 2011, pp. 1561 ss.. Invero, l'Atto unico rispetto alla realizzazione del mercato interno, ha portato delle modificazioni al Trattato soprattutto sul piano delle modalità decisionali, sostituendo in ipotesi significative il criterio della maggioranza a quello dell'unanimità e prefigurando per taluni temi lo strumento del regolamento in luogo della direttiva; ed ha altresì previsto che il Consiglio, quando non vi sia armonizzazione, possa far applicare il criterio del mutuo riconoscimento delle normative nazionali in determinati settori. Rispetto ai nuovi Stati che hanno aderito all'Unione europea, a far data dal 1° maggio 2004, l'art. 20 dell'Atto relativo alle condizioni di adesione, allegato ai Trattati di adesione, in GUUE L 236 del 23 settembre 2003, disciplina gli adeguamenti previsti nei riguardi di tali Stati agli atti dell'Unione rilevanti. Non mancano, peraltro, di rilievo le previsioni dell'Atto unico sulle c.d. politiche di accompagnamento, che dunque hanno incrementato le competenze dell'Unione, magari consacrando situazioni di fatto già consolidate e, comunque, estendendole a settori particolarmente significativi, come – lo si è già accennato – la ricerca e lo sviluppo tecnologico, l'ambiente, la coesione sociale.

Il Trattato di Maastricht ha poi innovato sensibilmente quanto alla configurazione stessa del mercato interno, collegandovi espressamente (artt. 2 e 3), come strumenti per raggiungere l'obiettivo dello sviluppo armonioso ed equilibrato delle attività economiche all'interno dell'Unione, una unione economica e monetaria e numerose politiche comuni orizzontali. Alcune erano già state in fatto coltivate e hanno solo ricevuto consacrazione espressa nel Trattato, sì che non si può parlare di vere e proprie innovazioni, neppure nei settori della protezione del consumatore, della cooperazione allo sviluppo, della politica culturale.

costituisce ormai il quadro giuridico all'interno – e alla luce del quale – si svolgono i rapporti (economici e, sempre più, anche non economici) dei soggetti di diritto. Come tale, esso dà corpo e tutela all'insieme degli interessi, delle esigenze e dei valori che a quei rapporti si collegano.

## **2. Le disposizioni in materia di fiscalità contenute nel Trattato**

Le poche disposizioni dedicate ai profili fiscali – il riferimento è, ovviamente, alle norme recate dall'attuale capo 2 del Titolo VII del TFUE espressamente intitolato “disposizioni fiscali” – certamente non delineano una disciplina esaustiva del fenomeno fiscale all'interno del processo di integrazione comunitario.

Ciò discende direttamente da quanto sopra illustrato in merito alle finalità perseguite dall'UE. L'imposizione – come noto – non rappresenta un elemento costitutivo della costruzione comunitaria diversamente da quanto avviene negli Stati nazionali. Questa assenza è coerente con l'attribuzione di competenze realizzata dal Trattato, in cui la fiscalità costituisce attributo intimo della sovranità e fornisce agli organi competenti, i singoli Stati membri che restano titolari della legittimazione democratica e, conseguentemente, delle politiche *lato sensu* sociali dirette a soddisfare le istanze del *welfare state* e delle risorse a ciò necessarie<sup>24</sup>.

Il principio delle competenze di attribuzione è un principio storicamente incontestato<sup>25</sup> e, da ultimo, sancito nell'art. 5, comma 1, del TFUE nel quale è stabilito che le competenze dell'UE devono essere esercitate nel rispetto dei limiti delle competenze che le sono state

---

<sup>24</sup> Vedi L. Carpentieri, R. Lupi, D. Stevanato, *Il diritto tributario nei rapporti internazionali*, Milano, 2003, p. 27-28.

<sup>25</sup> Cfr. G. Tesaurò, *Diritto dell'Unione Europea*, Cedam, 2010, p. 100.

attribuite dagli Stati nei trattati per il perseguimento degli scopi prefissati e nel rispetto dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità<sup>26</sup>, cosicché – per quanto attiene alla materia fiscale – essi “determinano la “misura” e l’“intensità” dell’armonizzazione fiscale comunitaria e, di riflesso, i vincoli alla potestà impositiva statale nella definizione del dovere tributario”<sup>27</sup>.

I poteri che derivano da tali competenze sono, dunque, limitati all’armonizzazione positiva per quanto riguarda l’imposizione indiretta mentre la mancata previsione di una competenza espressa ed il principio di sussidiarietà sanciscono la competenza prioritaria e privilegiata degli Stati membri nel settore delle imposte dirette<sup>28</sup>. In ogni caso, alla luce dei

---

<sup>26</sup> Sui principi di sussidiarietà e proporzionalità si vedano, tra gli altri, Berman, G.A., *Proportionality and Subsidiarity*, in Barnard, C e Scott, J. (a cura di), *The Law of the Single European Market. Unpacking the Premises*, Oxford-Portland, Oregon, 2002, p. 75 ss.; P. Gavazzoni, *Principi del divieto di eccesso” e di proporzionalità” nella giurisprudenza tributaria tedesca*, in *Rivista di Diritto tributario*, 1995, I, pp. 311 ss.; N. Emiliou, *The Principle of Proportionality in European Law - A Comparative Study*, London, 1996; C. David, *Le principe de proportionnalité (PP) en Droit fiscal communautaire (DFC) et Français (DFP)*, in *Die Steuerrechts-Ordnung in der Diskussion - Festschrift für Klaus Tipke zum 70. Geburtstag*, (a cura di) Lang J., Colonia, 1997; D.U. Galetta, *Dall’obbligo di trasposizione delle direttive all’obbligo di rispetto del principio di proporzionalità*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1997, pp. 89 ss.; Idem, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998; F.G. Jacobs, *Recent Developments in the Principle of Proportionality in European Community Law*, in Ellis E. (a cura di), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Oxford, 1999, pp. 1 ss.; W. Van Gerven, *The Effect of Proportionality on the Actions of Member States of the European Community: National Viewpoints from Continental Europe*, in Ellis E. (a cura di), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Oxford, 1999, pp. 37 ss.; P. Pistone, *Presunzioni assolute, discrezionalità dell’amministrazione finanziaria e principio di proporzionalità in materia tributaria secondo la Corte di Giustizia*, in *Rivista di Diritto tributario*, 1999, III, pp. 91 ss.; J. Schwarze, *The Principle of Proportionality and the Principle of Impartiality in European Administrative Law*, in *Rivista trimestrale di Diritto pubblico*, 2003, n. 1, pp. 53 ss.; D. Weber, *Tax Avoidance and the Ec Treaty Freedoms*, Aja, 2005, pp. 209 ss..

<sup>27</sup> Cfr. G. Bizioli, *il processo di integrazione dei principi tributari nel rapporto fra ordinamento costituzionale, comunitario e diritto internazionale*, Cedam, 2008, p. 141.

<sup>28</sup> Queste considerazioni non solo sottolineano la specialità, per materia e presupposti, dell’armonizzazione fiscale comunitaria e, per contro, la generalità della competenza

principi di sussidiarietà e proporzionalità, tali poteri restano soggetti all'accertamento della necessità e della maggior adeguatezza del livello comunitario rispetto a quello nazionale per cui l'azione normativa dell'UE deve essere ridotta al minimo della regolamentazione necessaria per il raggiungimento degli obiettivi<sup>29</sup>.

In particolare, il principio di sussidiarietà costituisce il vero criterio, flessibile, attraverso il quale la titolarità di determinate competenze viene spostato in capo all'EU o lasciato agli Stati membri sulla base di valutazioni di merito. L'intervento dell'Unione nelle materie di competenza non esclusiva è costruito in termini negativi e vincolato al verificarsi di una duplice condizione, ovvero che l'azione dell'UE per la portata o gli effetti, sia più adeguata di quella possibile e sufficientemente realizzabile a livello statale.

Per quanto riguarda il principio di proporzionalità, esso impone che l'esercizio di una determinata competenza risponda a tre requisiti essenziali. In primo luogo, esso deve essere utile e pertinente per la realizzazione dell'obiettivo per la quale la competenza è stata attribuita. In secondo luogo, deve essere necessario ed indispensabile; ovvero, qualora

---

tributaria degli stati membri, ma, soprattutto, la condizione di reciproca integrazione dei due sistemi in materia tributaria. Per un verso, l'armonizzazione fiscale comunitaria presuppone i sistemi fiscali nazionali, i loro principi e le loro finalità. Per altro verso, nella definizione dei propri sistemi tributari, gli stati membri non possono prescindere dai tributi e dagli istituti armonizzati a livello comunitario. L'espressione è utilizzata per descrivere, in termini generali, il rapporto fra ordinamento comunitario e costituzioni statali da M. Cartabia, *"Unità nella diversità": il rapporto tra la Costituzione europea e le costituzioni nazionali*, in *Dir. Un. Eur.*, 2005, p. 583.

<sup>29</sup> G. Bizoli, *il processo di integrazione dei principi tributari nel rapporto fra ordinamento costituzionale, comunitario e diritto internazionale*, Cedam, 2008, p. 140. Si vedano, in questo senso, F. Gallo, *Le ragioni del fisco. Etica e giustizia nella tassazione*, Bologna, 2007, p. 134 nota 2; C. Sacchetto, *Member States Tax Sovereignty Between the Principle of Subsidiarity and the Necessity of Supranational Coordination*, in L. Hinnekens e P. Hinnekens (Eds.), *A Vision of taxes within and outside European Borders*, Alphen aan den Rijn, 2008, pp. 799 ss..

per il raggiungimento dello scopo possano essere impiegati vari mezzi, la competenza sarà esercitata in modo da recare meno pregiudizio ad altri obiettivi o interessi degni di uguale protezione (criterio di sostituibilità). Infine, se queste condizioni sono soddisfatte, sarà poi necessario provare che esista un nesso tra l'azione e l'obiettivo (criterio di causalità).

Dunque, la disciplina fiscale elaborata in sede comunitaria si discosta nettamente dalle direttrici di sviluppo del diritto tributario moderno elaborato nell'ambito di ciascuno Stato membro: le regole fiscali europee si conformano, infatti, soprattutto alla logica dell'integrazione dei mercati, ignorando, talvolta, alcuni valori fondamentali della tradizione costituzionale europea quali, per esempio:

- la funzione fiscale, intesa come l'interesse della comunità all'acquisizione di risorse tributarie destinate a favorire lo sviluppo sociale, il progresso delle istituzioni e la crescita del Welfare State, e
- il concetto eguaglianza e/o di capacità contributiva, quale principio ineludibile di ripartizione dei carichi fiscali tra i cittadini degli Stati membri<sup>30</sup>.

---

<sup>30</sup> L'adozione della Carta dei diritti fondamentali di Nizza e la ratifica del Trattato di Lisbona non sembrano aver mutato significativamente quanto sopra illustrato. Nella prima, in particolare, sono contenute clausole esplicite che rafforzano la ripartizione delle competenze già individuata nei precedenti trattati e, dunque, consolidano il concetto di armonizzazione negativa. Si vedano, in proposito, F.A. García Prats, *Incidencia del derecho comunitario en la configuracion juridica del derecho financiero (II): politicas comunitarias con incidencia sobre el derecho financiero*, in *Rev. Der. Fin. Hac. Pubbl.*, 2001, pp. 519 ss.; J. Lang, *I presupposti costituzionali dell'armonizzazione del diritto tributario in Europa*, in A. Amatucci, (diretto da), *Trattato di diritto tributario. Annuario*, Padova, 2001, pp. 443 ss.; (106), F. Gallo, *Le ragioni del fisco. Etica e giustizia nella tassazione*, Bologna 2007, pp. 138 ss.; K. Vogel, *World-Wide versus Source Taxation of Income. A Review and Reevaluation of Arguments, in Influence of Tax Differentials on International Competitiveness: Proceedings of the VIII<sup>th</sup> Munich Symposium on International Taxation*, Deventer, 1990, pp. 59 ss.; G. Bizzioli, *Il processo di integrazione dei principi tributari nel rapporto fra ordinamento costituzionale, comunitario e diritto internazionale*, Cedam, 2008, pp. 135 ss.; P. Boria, *L'interesse fiscale*, Torino, 2002, pp.

In altre parole, il complesso di disposizioni fiscali di derivazione comunitaria ha una funzione notevolmente diversa da quella degli ordinamenti fiscali nazionali; si tratta, cioè, di una funzione negativa che tende a limitare e correggere gli effetti distorsivi della fiscalità, senza incidere positivamente sulla dimensione della ricchezza nazionale e sui processi di redistribuzione del reddito tra i membri di una comunità. A tale funzione si fa, come noto, riferimento con la definizione di “integrazione negativa”, in quanto incide indirettamente sugli ordinamenti fiscali nazionali attraverso la neutralizzazione di tutte quelle norme divergenti con il diritto comunitario, senza creare in alcun modo un nuovo ordinamento tributario che sostituisca quello degli Stati membri<sup>31</sup>.

Le stesse carte costituzionali degli Stati europei attualmente in vigore, rinviando allo strumento legislativo<sup>32</sup> per l’istituzione e la modifica degli istituti tributari, denotano una significativa convergenza nella regolazione della materia tributaria, soprattutto con riguardo al principio del consenso delle imposte<sup>33</sup>, comunemente noto come riserva di legge<sup>34</sup> e, anche se in misura minore, al principio di capacità contributiva<sup>35</sup>.

---

433 ss..

<sup>31</sup> Si veda, in materia: C. Sacchetto, *Il diritto comunitario e l’ordinamento tributario italiano*, in AA.VV., *Dalle costituzioni nazionali alla costituzione europea*, a cura di B. Pezzini e C. Sacchetto, Milano, 2001; G. Bizzioli, *il processo di integrazione dei principi tributari nel rapporto fra ordinamento costituzionale, comunitario e diritto internazionale*, Cedam, 2008, pp. 135 ss..

<sup>32</sup> P. Boria, *Diritto tributario europeo*, Milano, 2005 laddove l’autore sostiene che il ricorso allo strumento legislativo rappresenta il coinvolgimento degli organi rappresentativi del consenso popolare.

<sup>33</sup> S. Bartholini, *Il principio di legalità dei tributi in materia di imposte dirette*, Padova, 1957. Si vedano anche: S. Fois, *La riserva di legge. Lineamenti storici e problemi attuali*, Milano, 1963, 294 ss.; A. Fedele, *Art. 23*, in *Commentario della costituzione*, a cura di Branca, Bologna-Roma, 1978, e anche F. Amatucci (a cura di), *La riserva di legge*, in *Trattato di diritto tributario*, Padova, 1993, 158 ss.

<sup>34</sup> Si pensi alla *Magna Charta* del 1206 oppure al *Bill of Rights* del 1688 il quale vietava espressamente al potere esecutivo di imporre tributi senza la previa autorizzazione

Alla luce di ciò si è correttamente qualificata la fiscalità comunitaria come una fiscalità derivata, consistente non già *“nell’applicazione di criteri impositivi sulla generalità dei contribuenti, bensì in indici di contribuzione applicata ai singoli Stati sulla base dei tributi esistenti e di altri indici macro-economici”*<sup>36</sup>.

La mancanza di una fiscalità propria dell’UE rende evidente come la materia tributaria non possa rientrare tra quelle di competenza esclusiva della Comunità ma soltanto tra quelle di competenza concorrente, per le quali, cioè, la barra di comando resta saldamente nelle mani degli Stati membri e le istituzioni comunitarie svolgono un ruolo di coordinamento ed integrazione delle politiche fiscali nazionali, agendo in conformità ai principi di sussidiarietà e proporzionalità sanciti dall’art. 5, parr. 2 e 3, del Trattato CE. Come autorevolmente osservato, alla fiscalità comunitaria corrisponde *“un sistema di regole europee a portata fiscale che hanno un’incidenza sulla struttura e l’evoluzione delle fiscalità nazionali degli Stati membri per il completamento degli obiettivi della costruzione europea”*<sup>37</sup>.

In questo senso, e tenendo ben presenti quali sono gli obiettivi cc.dd. *“finali”* e gli obiettivi cc.dd. *“intermedi”* dell’azione comunitaria<sup>38</sup>,

---

parlamentare. Quest’ultimo documento viene considerato dalla dottrina come la prima enunciazione formale del principio del *no taxation without representation*.

<sup>35</sup> Principio che caratterizza particolarmente i Paesi latini come l’Italia (art. 53 Cost.), il Portogallo (art. 103 Cost.), la Spagna (art. 31 Cost.) e, in qualche misura, la Francia (art. 13 Dichiarazione dei Diritti).

<sup>36</sup> Così P. Boria, *L’anti-sovrano*, Torino, 2004, p. 47.

<sup>37</sup> Così E. Dibout, *Fiscalité et construction européenne: un paysage contrasté*, in *Revue des Affaires Européennes*, 1995, p. 5, come ripreso da F. Roccatagliata, *Diritto tributario comunitario*, in AA.VV., *Diritto tributario internazionale*, coordinato da V. Uckmar, Padova, 2005, p. 1205-1206.

<sup>38</sup> Gli obiettivi cc.dd. *“finali”* sono quelli originariamente indicati, fin dal primo trattato CEE, nell’art. 2 mentre gli obiettivi cc.dd. *“intermedi”* sono quelli contenuti nel successivo art. 3. Tra questi ultimi rientra, dunque, la realizzazione del mercato (prima definito comune ed ora) interno. Al riguardo si vedano W. Sauter, *The Economic Constitution of the*

si comprende il ruolo che la fiscalità ricopre nella costruzione europea: l'UE si interessa della materia tributaria soltanto in chiave strumentale, per evitare che le norme fiscali previste nei singoli ordinamenti nazionali possano costituire un ostacolo (prima) per l'instaurazione del mercato interno e dell'unione economica e monetaria e (attualmente) per il loro corretto funzionamento. A conferma di ciò si consideri che tra le azioni comunitarie elencate dall'art. 3, par. 1, del Trattato TFUE, soltanto quella enunciata dalla lett. a) – relativa all'unione doganale – riguarda espressamente la materia fiscale, la quale, per il resto, trova spazio – e, vale ribadire, in chiave meramente strumentale – nell'ambito della realizzazione del mercato interno, cui è dedicata la parte III del TFUE, e che comporta *“uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali secondo le disposizioni dei trattati”*.<sup>39</sup>.

Ciò è particolarmente vero con riguardo al settore dell'imposizione diretta laddove, invece, per quanto riguarda le imposte indirette, la diretta incidenza di queste ultime sull'obiettivo, perseguito col TFUE, della realizzazione del mercato comune, l'armonizzazione<sup>40</sup> trova attuazione

---

*European Union*, in *Columbia Journal of European Law*, 1998, p. 38 e ss. nonché G. L. Tosato – R. Basso, voce *Unione economica e monetaria*, in *Enciclopedia del diritto. Aggiornamento V*, 2001, p. 1092.

<sup>39</sup> Cfr. art. 26, par. 2 del TFUE. Sulla nozione di distorsione, da accertarsi caso per caso e avendo quale riferimento i fini della politica economica perseguita dallo Stato membro in questione, vedi G. Stamatii, *Presupposti e condizioni per l'armonizzazione dei sistemi fiscali nell'ambito della C.E.E.*, in AA.VV., *Problemi fiscali della Comunità economica europea*. Atti del II convegno di studi della Società per lo studio dei problemi fiscali – sezione italiana dell'*International Fiscal Association*, tenutosi a Roma il 30 maggio 1961, Milano, 1961, p. 184 e ss..

<sup>40</sup> In merito al concetto di armonizzazione si veda, in primo luogo, C. Cosciani, *Problemi fiscali del Mercato Comune*, Giuffrè, Milano, 1958, p. 63. Si veda, inoltre, ...

Si ricorda che, ai sensi dell'art. 113 TFUE, *“il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo e del Comitato economico e*

principalmente attraverso un'azione positiva dell'UE. Le imposte indirette – a differenza di quelle dirette – presentano, infatti, una correlazione immediata con la determinazione del prezzo del relativo prodotto e, pertanto, meglio si prestano ad essere sfruttate in chiave protezionistica dagli Stati nazionali o, comunque, possono più facilmente dare luogo a trattamenti discriminatori dei prodotti stessi, ostacolandone, in tal modo la libera circolazione nell'area comunitaria<sup>41</sup>.

Nel Trattato è, tuttavia, anche prevista la possibilità di un'azione diretta anche "in positivo", facendo ricorso al potere previsto dall'art. 115 TFUE del Trattato CE e conferito al Consiglio, il quale "*deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo e del Comitato economico e sociale, stabilisce direttive volte al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che abbiano un'incidenza diretta sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato interno*". In tal caso, il ruolo strumentale dell'azione comunitaria emerge in modo ancor più evidente di quanto

---

*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*" . Peraltro, come emerge dalla stessa lettera dell'art. 113 TFUE, l'azione di armonizzazione va portata avanti nei limiti in cui ciò sia necessario per la realizzazione dello specifico obiettivo della realizzazione del mercato interno. Con riguardo, poi, al carattere strumentale dell'armonizzazione prevista dall'art. 113 TFUE, vedi C. Sacchetto, voce *Armonizzazione fiscale nella Comunità europea*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1994, p. 2. .

<sup>41</sup> A ciò si aggiunga – come accennato in precedenza e come vedremo anche nel prosieguo – che il fulcro dell'originario Trattato CEE era costituito proprio dall'eliminazione degli ostacoli alla libera circolazione delle merci; eliminazione da realizzarsi mediante l'instaurazione dapprima dell'unione doganale e, successivamente, del mercato comune. In questo senso, risulta assolutamente coerente la via scelta dai padri fondatori della CEE, che – nell'attribuire alle istituzioni comunitarie un potere di armonizzazione delle normative fiscali nazionali – hanno rivolto la propria attenzione primariamente all'area dell'imposizione indiretta.

accade con riferimento all'art. 113 TFUE : l'art. 115 TFUE, infatti, nel richiedere che la diversità delle norme nazionali incida direttamente sul funzionamento del mercato comune, postula la necessità di uno stringente rapporto di causa-effetto tra diversità delle norme nazionali e distorsione del funzionamento del predetto mercato. La necessità di questo rapporto di "incidenza diretta" spiega da un lato le difficoltà incontrate dalla Commissione nell'individuare quegli ambiti specifici delle legislazioni nazionali in materia di imposizione diretta che effettivamente rappresentano un ostacolo al funzionamento del mercato e, dall'altro lato, il carattere parziale degli interventi comunitari, che, dovendo rispettare anche i principi generali di sussidiarietà e proporzionalità, sono intervenuti a disciplinare esclusivamente fattispecie connotate dal profilo transnazionale. D'altro canto, l'art. 115 TFUE, a differenza del precedente art. 113 TFUE, non lascia alle istituzioni comunitarie neanche uno spazio discrezionale in merito alla scelta dell'atto di diritto comunitario derivato ritenuto più idoneo a raggiungere l'obiettivo di volta in volta fissato: il Consiglio, infatti, è tenuto all'adozione di direttive, di fonti, cioè, che, in linea generale, vincolano gli Stati destinatari con riferimento al solo risultato da raggiungere e non anche ai relativi mezzi, necessitando, in tal senso, di appositi provvedimenti di recepimento nei diversi ordinamenti nazionali.

Si deve, tuttavia, rilevare come, a partire dalla metà degli anni '90, il riferimento di armonizzazione (utilizzato con particolare riguardo all'imposizione indiretta) muta, con riferimento, invece, alle disposizioni in materia di imposizione diretta, nel termine di "ravvicinamento" mentre emerge, contestualmente, il concetto di coordinamento, nozioni che

rispondono a forme di integrazione maggiormente rispondenti ai principi di necessità e sussidiarietà.

In quest'ottica, l'azione dell'UE non si sostanzia nell'individuazione di modelli impositivi comuni ma risulta finalizzata a coordinare aspetti dell'imposizione propri dei singoli sistemi tributari nazionali all'interno del quadro di riferimento delineato dalla normativa europea<sup>42</sup>.

Il nuovo approccio ispirato ai criteri di coordinamento e ravvicinamento delle legislazioni proprie dei singoli Stati nazionali determina, così, un sempre maggior ricorso a fonti di carattere non legislativo – la c.d. *soft law* – che meglio si prestano al mutato contesto dell'azione delle istituzioni europee<sup>43</sup>.

Resta, tuttavia, un importante profilo che accomuna gli artt. 113 e 115 TFUE e che attiene alla procedura di adozione dei relativi atti in base alla quale la deliberazione del Consiglio deve essere assunta all'unanimità; requisito, questo, che da sempre costituisce l'ostacolo più importante – e spesso insuperabile – di tutte le iniziative intraprese dalle istituzioni comunitarie, in particolare dalla Commissione europea. Si tratta, come è facilmente intuibile, della conferma, stavolta sul piano della procedura

---

<sup>42</sup> Cfr. G. Melis, voce *Coordinamento fiscale nella UE*, in *Enciclopedia del diritto*, pp. 399 ss.; Aujean, *Le fonti europee e la loro efficacia in materia tributaria, tra armonizzazione, coordinamento e concorrenza fiscale leale*, in *Per una costituzione fiscale europea*, Cedam, 2008, pp. 9 ss.; J. Englisch, *Tax Coordination between Member States in the EU – Role of the ECJ*, e P. Pistone, *The Requirements of the EU Internal Market: Steering the Development of Direct Taxes towards a Fair Mix of Positive and Negative Integration*, entrambi in *Horizontal Tax Coordination*, a cura di M. Lang, P. Pistone, J. Schuch, C. Staringer, IBFD, 2012, pp. 3 ss. e pp. 331 ss.; M. Gammie, *The Compatibility of National Tax Principles with the Single Market, in EU Freedoms and Taxation*, a cura di F. Vanistendael, IBFD, 2006, pp. 115 ss..

<sup>43</sup> Cfr. Aujean, *Le fonti europee e la loro efficacia in materia tributaria, tra armonizzazione, coordinamento e concorrenza fiscale leale*, in *Per una costituzione fiscale europea*, Cedam, 2008, pp. 9 ss..

decisionale, dell'appartenenza della materia tributaria alla sovranità nazionale.

### **3. Dal principio di non discriminazione al principio di non restrizione**

Ruolo centrale ai fini del perseguimento dell'integrazione delle diverse legislazioni fiscali nazionali, nella prospettiva dell'applicazione delle libertà fondamentali al fine di realizzare un effettivo "mercato interno", è – come sopra rilevato – svolto dal principio di non discriminazione, in relazione al quale la Corte di Giustizia ha svolto una considerevole attività interpretativa consentendo di mettere in luce un duplice approccio basato, dapprima, sul principio di non discriminazione e, successivamente, sul divieto di restrizione<sup>44</sup>.

A questo proposito, si deve rilevare come restrizioni alla libera circolazione possono derivare certamente da regole nazionali che costituiscano, di per sé, un ostacolo all'accesso al mercato interno<sup>45</sup> ma, altresì, dall'operare contestuale delle norme nazionali di due Stati membri in relazione ad una medesima fattispecie transfrontaliera<sup>46</sup>. Ciò presuppone

---

<sup>44</sup> Sul principio di non discriminazione si vedano F. Amatucci, *Il principio di non discriminazione fiscale*, Padova, 2003, pp. 185 ss.; G. Tesauro, *Diritto comunitario*, Padova, 2003, pp. 356 ss.; L. Daniele, *Diritto del mercato unico europeo*, 2005, pp. 75 ss.; C. Sacchetto, *Il divieto di discriminazione contenuto nell'art. 95 CEE, l'evoluzione e l'interpretazione della Corte di Giustizia CE e l'applicazione nell'ordinamento italiano*, in *Dir. prat. trib.*, I, 1984, pp. 499 ss.; A. Tizzano, *Sul divieto di discriminazione fiscale nella Cee*, in *Foro it.*, IV, 1996, pp. 318 ss.; P. Adonnino, *Non Discrimination Rules in International Taxation*, in *Cahiers de droit fiscal international*, IFA, vol. 78b, 1993, pp. 23 ss..

<sup>45</sup> P. Oliver e W. H. Roth, *The Internal Market and the Four Freedoms*, in *Common Market Law Review*, 2004, pp. 415-416.

<sup>46</sup> In particolare, la Corte di giustizia ha precisato che, in linea di principio, il doppio onere deve esser eliminato attraverso il riconoscimento reciproco della legislazione dell'altro Stato membro (applicazione del principio del mutuo riconoscimento). Cfr.

un duplice ambito di applicazione, per le misure propriamente discriminatorie (che influiscono, in genere, solo in situazioni transfrontaliere), mentre le misure non discriminatorie si riferiscono sia a fattispecie a rilevanza meramente interna che a fattispecie transfrontaliere<sup>47</sup>.

Si deve, inoltre, notare come il carattere restrittivo delle disposizioni normative operanti nel settore della libera circolazione delle merci<sup>48</sup> (come quelle su cui ci si soffermerà tra breve a proposito del caso *Dassonville*)<sup>49</sup> – di solito indistintamente applicabili sia ai prodotti interni che a quelli importati – non discendendo dalla misura in sé, ossia dalla regolamentazione da essa posta, quanto piuttosto delle divergenze esistenti tra le varie normative tecniche adottate dai singoli Stati membri, ha suggerito un'ulteriore elaborazione del carattere restrittivo delle disposizioni potenzialmente in contrasto con il diritto dell'UE.

L'applicabilità generalizzata della disciplina nazionale indifferentemente nei confronti di soggetti residenti e non costituisce, infatti, l'elemento comune della nozione di misure cc.dd. "indistintamente

---

Corte di Giustizia, 20 febbraio 1979, Caso 120/78, *Rewe-Zentral AG v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (Cassis de Dijon)*, punto 14.

<sup>47</sup> Questa distinzione è stata individuata da P.J.G. Kapteyn e P. VerLoren van Themaat, *Introduction to the Law of the European Communities*, London-The Hague-Boston, Kluwer Law International, 1998, pp. 584-585. Si veda, in proposito, G. Bizioli, *Balancing the Fundamental Freedoms and Tax Sovereignty: Some Thoughts on Recent ECJ Case Law on Direct Taxation*, in *European Taxation*, 2008, pp. 133 ss..

<sup>48</sup> La prescrizione di requisiti qualitativi, si noti, risponde ad evidenti esigenze ed interessi di rilievo generale, quali la tutela dei consumatori, dell'ambiente, della salute pubblica etc.. Essa, tuttavia, pur applicandosi indistintamente sia sui beni interni che su quelli importati, può risultare particolarmente onerosa per i prodotti provenienti da altri Stati, i quali hanno già dovuto conformarsi alle misure nazionali del paese di produzione.

<sup>49</sup> Sentenza 28 gennaio 1974, causa C-8/74, *Procureur du Roi c. Benoit e Gustave Dassonville*.

applicabili”<sup>50</sup>, cui corrisponde l’impossibilità di riferirne il fondamento teorico al principio di non discriminazione (o di eguaglianza)<sup>51</sup>. Cosicché, accanto alle misure discriminatorie ed a quelle restrittive<sup>52</sup> che – alla luce

---

<sup>50</sup> La dottrina ha cercato di classificare le tipologie di misure che potrebbero rientrare fra quelle non discriminatorie o indistintamente applicabili, incompatibili con le libertà fondamentali. Un primo gruppo comprende quelle norme (fiscali) che “*due to their mere existence and close link to a particular economic activity, cause an absolute burden to cross-border transactions*”. Nella seconda categoria rientrano, per converso, le norme (fiscali) che causano un doppio onere (*dual burden*) ad una specifica attività transfrontaliera. Si veda, in proposito, A. Cordewener, *The prohibitions of discrimination and restriction within the framework of the fully integrated internal market*, in *EU Freedoms and Taxation*, F. Vanistendael (ED.), Amsterdam, 2006, pp. 35 ss.. Cfr., anche, B.J.M. Terra -P.J.Wattel, *European Tax Law*, Kluwer Law International, 2008, pp. 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*, in *EU Freedoms and Taxation*, F. Vanistendael (ed.), Amsterdam, 2006, pp. 47 ss.. La illegittimità del doppio onere fiscale, nella forma della doppia imposizione generata da due distinte potestà impositive statali, è stata affrontata e risolta negativamente nella sentenza 12 maggio 1998, causa C-336/96, *Coniugi Gilly v. Directeur des services fiscaux du Bas-Rhin*.

<sup>51</sup> Norme indistintamente applicabili ritenute non compatibili con la libera prestazione dei servizi sono state individuate nell’obbligo dell’impresa prestatrice di avere la sede legale o altra dipendenza nel territorio dello Stato (sentenza 7 febbraio 2002, causa C-279/00, *Commissione delle Ce v. Repubblica italiana*); ovvero nell’iscrizione nel registro delle imprese di operatori stabiliti in altri paesi membri (sentenza 9 luglio 1997, cause riunite C-34/95, C-35/95 e C-36/95, *Konsumentombudsmannen (KO) v. De Agostini (Svenska) Förlag AB e TV-Shop i Sverige AB*); ovvero norme che vietino la prestazione di servizi di promozione telefonica di servizi finanziari sia a soggetti residenti sia a soggetti non residenti sul territorio (sentenza 10 maggio 1995, causa C-384/93, *Alpine Investments Bv v. Minister Van Financiën*).

<sup>52</sup> Accanto alle discriminazioni ed alle restrizioni discriminatorie, la dottrina ha evidenziato da tempo, alla luce anche della giurisprudenza della Corte di giustizia, le cc.dd. mere “disparità” le quali – diversamente dalle pime due ricordate tipologie di casi – non possono in alcun modo costituire violazioni delle libertà fondamentali. Secondo la Corte, infatti, l’art. 12 Trattato CE - nonché le specifiche disposizioni relative alle singole libertà - “*non contemplano le eventuali disparità di trattamento che possono derivare, da uno Stato membro all’altro, dalle divergenze esistenti tra le legislazioni dei vari Stati membri, purché ciascuna di tali legislazioni si applichi a chiunque sia ad esse soggetto, secondo criteri oggettivi e indipendentemente dalla nazionalità*”(cfr. Corte di Giustizia, sentenza del 28 giugno 1978,

della giurisprudenza della Corte di giustizia – si sotanziano, comunque, nel divieto di trattamenti discriminatori, sono state individuate misure che, qualificabili come restrittive, danno luogo a trattamenti che non possono essere considerati discriminatori.

Tale divieto scaturisce, in particolare, dal principio di mutuo riconoscimento contenuto nel Trattato<sup>53</sup> che impone allo Stato membro di destinazione di riconoscere i requisiti richiesti per lo svolgimento di una determinata attività economica dalla legislazione del Paese di origine quando essi offrano garanzie equivalenti<sup>54</sup>.

Il divieto di discriminazione espresso dalle libertà fondamentali comunitarie – che, secondo la giurisprudenza comunitaria, trova il proprio

---

causa 1/78, Kenny, punto 18; sentenza del 7 maggio 1992, cause riunite C-251/90 e C-252/90, Wood e Cowie, punto 19; sentenza del 3 luglio 1979, cause riunite 185/78-204/78, Van Dam en Zonen e a., punto 10, sentenza dell'1 febbraio 1996, C-177/94, Perfili, punto 71).

<sup>53</sup> Art. 28 Trattato CE e art. 34 TFUE. Si vedano, in particolare, le sentenze della Corte di giustizia 20 febbraio 1979, causa 120/78, Rewe-Zentral AG v. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein e 7 maggio 1991, causa C-340/89, I. Vlassopoulou v. Ministerium für Justiz, Bundes- und Europaangelegenheiten Baden-Württemberg.

<sup>54</sup> La dottrina non è concorde, invece – come noto – in merito all'applicabilità alla materia fiscale delle misure indistintamente applicabili. Sul punto si veda: J. Snell, *Nondiscriminatory Tax Obstacles in Community Law*, in *Int. Comp. Law Quart.*, 2007, pp. 349 ss.; A. Cordewener, *The prohibitions of discrimination and restriction within the framework of the fully integrated internal market*, in F. Vanistendael (Ed.), *EU Freedoms and Taxation*, Amsterdam, 2006, pp. 28 s.; R. Mason, *A Theory of Tax Discrimination*, Jean Monnet Working Paper n. 9/2006, pp. 34 ss.; B.J.M. Terra P.J. Wattel, *European Tax Law*, Kluwer Law International, 2012, pp. 53 ss.; 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*, in F. Vanistendael (Ed.), *EU Freedoms and Taxation*, Amsterdam, 2006, pp. 47 ss.. Per quanto concerne la compatibilità, affermata dalla Corte di giustizia, con il diritto dell'UE dell'onere derivante dalla doppia imposizione generata dall'esercizio della potestà impositiva contemporaneamente da parte di due Stati membri, si veda la sentenza 12 maggio 1998, causa C-336/96, Coniugi Gilly v. Directeur des services fiscaux du Bas-Rhin.

fondamento nel principio di eguaglianza<sup>55</sup> – non ha, dunque, un contenuto univoco ma ad esso sono riconducibili, in primo luogo, due distinte prescrizioni. Da una parte, l'esercizio delle libertà fondamentali presuppone una sostanziale omogeneità di trattamento degli stranieri rispetto ai cittadini nel paese ospitante (ovvero nel paese di esercizio della libertà comunitaria, c.d. *Host State Discrimination* o discriminazione in senso stretto). L'affermazione delle stesse libertà postula, tuttavia, altresì, l'impossibilità per lo Stato di origine di applicare normative che costituiscano "restrizioni" all'esercizio di una delle libertà fondamentali da parte dei propri cittadini (*Home State Restriction* o divieto di restrizione)<sup>56</sup>.

L'evoluzione – come già evidenziato – ha inizio nel campo delle disposizioni in materia di libera circolazione delle merci le quali, oltre ai divieti di dazi doganali e tasse di effetto equivalente, contengono ulteriori norme che, nel corso del processo integrazione comunitaria, hanno progressivamente assunto rilievo, anche per le loro importanti "ricadute" nella materia tributaria. Ci si riferisce alle previsioni contenute nella parte III del TFUE dedicato al divieto di restrizioni quantitative tra gli Stati membri e, in particolare, alla nozione di misura di effetto equivalente ad una restrizione quantitativa.

---

<sup>55</sup> Cfr. A. Cordewener, *The prohibitions of discrimination and restriction within the framework of the fully integrated internal market*, in F. Vanistendael (Ed.), *EU Freedoms and Taxation*, Amsterdam, 2006, p. 12. Si veda anche G. Bizioli, *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, pp. 179 ss., il quale evidenzia come anche i presupposti metodologici del sindacato della Corte di giustizia siano sovrapponibili a quelli tipicamente adottati dalla nostra Corte Costituzionale.

<sup>56</sup> Cfr. G. Bizioli, *Il processo di integrazione dei principi tributari nel rapporto fra ordinamento costituzionale, comunitario e diritto internazionale*, Padova, Cedam, 2008, pp. 145 ss..

Nel settore della libera circolazione delle merci, il caso tipico riguarda le norme tecniche che ciascuno Stato adotta per disciplinare le modalità di fabbricazione, composizione, imballaggio, confezionamento, etichettaggio, dei prodotti industriali in commercio sul proprio territorio (i cd. *standard* qualitativi)<sup>57</sup>.

Tale evoluzione giurisprudenziale in tema di libertà fondamentali risulta, tuttavia, ancor più marcata in particolare nel campo della libera prestazione di servizi, nel senso che la Corte è giunta al sostanziale superamento dell'equivalenza fra il principio di non discriminazione e libertà fondamentali<sup>58</sup>. In quest'ottica, la normativa UE richiede l'eliminazione di qualsiasi disposizione che costituisca un ostacolo, di fatto o di diritto, all'esercizio della libertà fondamentali da parte di un cittadino europeo in un ordinamento diverso da quello del proprio Paese d'origine<sup>59</sup>.

---

<sup>57</sup> Cfr. L. Daniele, *Diritto del mercato unico europeo*, Milano, 2005, p. 68 ss..

<sup>58</sup> Per un'approfondita ricostruzione del significato di tale disposizione nella "Costituzione economica europea", cfr., M. Poiates Maduro, *We The Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Oxford, 1998, pp. 61 ss.; per i profili fiscali, A. Cordewener, *Europäische Grundfreiheiten und nationales Steuerrecht*, Colonia, 2002, pp. 254 ss..

<sup>59</sup> La sintesi di questa evoluzione è descritta dalla sentenza 3 ottobre 2000, causa C-58/98, J. Corsten, punto 33 della motivazione: "risulta da giurisprudenza costante che l'art. 59 del Trattato prescrive non solo l'eliminazione di qualsiasi discriminazione nei confronti del prestatore di servizi stabilito in un altro Stato membro in base alla sua cittadinanza, ma anche la soppressione di qualsiasi restrizione, anche qualora essa si applichi indistintamente ai prestatori nazionali e a quelli degli altri Stati membri, allorché essa sia tale da vietare, da ostacolare o da rendere meno attraenti le attività del prestatore stabilito in un altro Stato membro ove fornisce legittimamente servizi analoghi". Una delle prime formulazioni del divieto di misure indistintamente applicabili si trova nella sentenza 25 luglio 1991, causa C-76/90, M. Säger v. *Dennemeyer & Co Ltd.*, in Racc., I-4221, punto 12 della motivazione. In dottrina, cfr., P. Oliver, W.H. Roth, *The Internal Market and the Four Freedoms*, *Comm. Mark. Law Rev.*, 2004, 407 ss.; F. Ghera, *Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana e nel diritto comunitario*, Cedam 2003, 101 ss. Il problema delle differenze di regime fiscale tra gli Stati membri è stato inquadrato da una certa dottrina italiana nell'ambito concettuale delle c.d.

L'elaborazione di tale nozione si deve al contributo fondamentale della Corte di giustizia che, nella nota sentenza *Dassonville*, ha ricompreso tra le misure di effetto equivalente a restrizioni quantitative "ogni normativa commerciale degli Stati membri che possa ostacolare direttamente o indirettamente, in atto o in potenza, gli scambi intracomunitari"<sup>60</sup>. Si tratta dell'affermazione di un principio – quello di non restrizione – che ha fortemente influenzato tutto il percorso giurisprudenziale comunitario, anche in materia fiscale, e che – dopo diversi decenni di ulteriore elaborazione e "raffinamento" del concetto<sup>61</sup> – costituisce il caposaldo di tutte le sentenze rese dalla Corte di giustizia in materia di libertà fondamentali. La pronuncia resa nel caso *Dassonville*, nel segnare il momento fondamentale dell'approdo della giurisprudenza comunitaria – seppur inizialmente nel limitato ambito della libera circolazione delle merci – al principio di non restrizione, si poneva, comunque, in stretta correlazione con le evoluzioni interpretative del principio di non discriminazione sancito, in linea generale, dall'art. 18 del TFUE e, con specifico riferimento alla materia fiscale, dall'art. 110 del TFUE: infatti, la Corte di giustizia, in una sentenza contemporanea a quella concernente il

---

"asimmetrie" (Cfr. R. Lupi, *Concorrenza tra ordinamenti, comunità europee e prelievo tributario*, in A. Zoppini (a cura di), *La concorrenza tra gli ordinamenti giuridici*, Bari, Laterza, 2003, p. 163 ss.).

<sup>60</sup> Si tratta della nota "formula *Dassonville*", contenuta nella citata sentenza del 28 gennaio 1974, relativa alla causa C-8/74, *Procureur du Roi c. Benoit e Gustave Dassonville*, par. 5.

<sup>61</sup> Un'importante precisazione del concetto di misura di effetto equivalente ad una restrizione quantitativa può trovarsi nella famosa sentenza del 24 novembre 1993, relativa alle cause C-267/91 e C-268/91, *Keck et Mithouard*, in cui la Corte escluse dalla anzidetta nozione le normative applicabili a tutti gli operatori che svolgono attività commerciale nello Stato considerato e che investono nella stessa maniera, in diritto e in fatto, la commercializzazione di prodotti nazionali e quella di prodotti importati. Vedi anche la (di poco) successiva sentenza del 15 dicembre 1993, relativa alla causa C-292/92, *Hünermund*.

caso Dassonville e relativa al principio di non discriminazione, elaborò la nozione di discriminazione indiretta, ricomprendendo nel divieto di cui all'art. 18 del TFUE anche quelle forme di discriminazione in cui *“l’impiego di altri criteri di distinzione, quali il luogo d’origine o di residenza di un lavoratore, possono a seconda delle circostanze, produrre effetti equivalenti alla discriminazione in base alla nazionalità”*<sup>62</sup>.

In questo senso, si trattava di un’evoluzione interpretativa che, per certi versi, accomunava il principio di non discriminazione e quello di non restrizione, atteso che l’accertamento dell’esistenza tanto di una discriminazione quanto di una restrizione veniva condizionato ad una concreta verifica degli effetti prodotti dalla norma nazionale oggetto di esame<sup>63</sup>. La diversità tra i due principi – di non discriminazione e di non

---

<sup>62</sup> Così la sentenza del 12 febbraio 1974, relativa alla causa C-152/73, *Sotgiu c. Deutsche Bundespost*, par. 11. 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 *Rassegna tributaria*, 2000, p. 1156-1157, secondo cui si ha discriminazione diretta (*“overt discrimination”*) *“quando la norma nazionale stabilisce un trattamento discriminatorio basato direttamente sull’elemento che la norma che vieta la discriminazione assume a proprio oggetto di tutela”*; si ha invece discriminazione indiretta (*“covert discrimination”*) *“quando le disposizioni interne disciplinano in modo discriminatorio due situazioni sulla base di un elemento diverso da quello oggetto di tutela diretta [...e] ciò nonostante, la discriminazione basata su tale diverso elemento si risolve indirettamente in una discriminazione basata sull’elemento direttamente tutelato”*. Sulla nozione di discriminazione indiretta, vedi anche P. Farmer, *The Court’s case law on taxation: a castle built on shifting sands?*, in *EC Tax Review*, 2003, p. 76, nonché K. Lenaerts – P. Van Nuffel, *Constitutional Law of the European Union*, Londra, 2005, p. 135-136.

<sup>63</sup>In questo senso, l’elaborazione della nozione di discriminazione indiretta segnava l’abbandono del criterio, per certi versi formale, su cui si fondava la discriminazione diretta, vale a dire, come detto, l’esistenza di una norma nazionale che operasse una differenza di trattamento assumendo quale indice di distinzione proprio quello previsto dalla norma positiva (e, quindi, giusta la previsione dell’art. 18 TFUE, il criterio della nazionalità). Sul punto vedi anche C. Monaco, *I principi di non discriminazione, non restrizione e ragionevolezza nel diritto comunitario e nel diritto del commercio internazionale: struttura, contenuto e incidenza sui sistemi fiscali nazionali*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 2006, pp. 451 ss..

restrizione – è peraltro evidente: mentre il divieto di non discriminazione trova applicazione soltanto allorché la norma nazionale operi una distinzione tra il prodotto nazionale e quello importato – nell’ambito della libera circolazione delle merci – ovvero tra operatori economici nazionali e stranieri<sup>64</sup>, in riferimento alle altre libertà fondamentali, il divieto di restrizione impone la soppressione di qualsiasi ostacolo all’esercizio di una libertà fondamentale.

Il diverso e più incisivo approccio fondato sul principio di non restrizione (di carattere discriminatorio) – originariamente elaborato, come sopra rilevato, nel contesto della libera circolazione delle merci – è stato poi progressivamente esteso anche alle altre libertà fondamentali<sup>65</sup>. Nel principio di non restrizione la valutazione della legittimità della misura è effettuata sulla base dei suoi effetti sul commercio intracomunitario nel

---

Al contempo, la sentenza *Dassonville* segnava anche una “rivoluzione” rispetto all’ottica tradizionale della giurisprudenza comunitaria, che, come accennato, teneva ben ferma la distinzione tra le norme relative al c.d. “*market access*” (ad esempio, i divieti di dazi doganali e di tasse di effetto equivalente) e quelle concernenti la c.d. “*market regulation*” (ad esempio, le norme dell’art. 110 TFUE in tema di imposizioni interne discriminatorie e protezionistiche). La sentenza *Dassonville*, infatti, unificava i due tipi di regolazione, trattandoli allo stesso modo e applicando ad entrambi il medesimo divieto, che impediva agli Stati membri di introdurre ostacoli ingiustificati al libero mercato, anche se privi di effetti discriminatori e/o protezionistici. Per un’analisi di questo tipo vedi J. H. H. Weiler, *La costituzione del mercato comune*, in M. Cartabia – J. H. H. Weiler, *L’Italia in Europa*, Bologna, 2000, p. 245 e ss..

<sup>64</sup> Sulla connotazione in senso non più solo economico delle libertà fondamentali e sul crescente ruolo della c.d. “quinta libertà” di circolazione e soggiorno prevista dall’artt. 20 e 21 del TFUE, vedi B. J. M. Terra – P. J. Wattel, *European Tax Law*, Kluwer Law International, 2012, pp. 29 e ss..

<sup>65</sup> Quanto alla libertà di stabilimento vedi, ad esempio, la sentenza del 16 luglio 1998, relativa alla causa C-264/96, *Imperial Chemical Industries (ICI)*; quanto alla libera circolazione dei lavoratori, vedi la sentenza del 12 dicembre 2000, relativa alla causa C-385/00, *De Groot*; quanto alla libera prestazione di servizi, vedi la sentenza del 25 luglio 1991, relativa alla causa C-76/90, *Saeger c. Dennemeyer*; quanto alla libera circolazione dei capitali, vedi la sentenza del 6 giugno 2000, relativa alla causa C-35/98, *Verkooijen*.

senso che la censura colpisce tutte quelle misure che rappresentano un ostacolo al commercio intracomunitario<sup>66</sup>. L'interpretazione giurisprudenziale conferma, dunque, che l'operare dei principi di non discriminazione, restrizione e mutuo riconoscimento risulta rigorosamente strumentale alla costituzione ed al funzionamento del mercato interno (secondo, dunque, il c.d. "*market access test*").

Sia il giudizio di discriminazione indiretta sia il giudizio fondato sul principio di restrizione si incentrano sulla verifica degli effetti, rispettivamente discriminanti o restrittivi, prodotti dalla norma nazionale oggetto di scrutinio. Se a ciò si aggiunge che l'esistenza di un effetto restrittivo viene desunta dall'accertamento di uno svantaggio che il soggetto straniero abbia a subire per effetto della normativa controversa, appare innegabile la contiguità tra il test di discriminazione ed il test di restrizione.

Il rapporto tra i due principi può essere descritto in termini di comprensione - il principio di non restrizione comprenderebbe anche il principio di non discriminazione - ed il passaggio al principio di non restrizione rappresenterebbe un superamento del più limitato canone di non discriminazione<sup>67</sup>.

---

<sup>66</sup> Come osserva Weiler, con la decisione *Dassonville* la Corte di Giustizia ha inteso ricordare agli Stati che la firma del Trattato ha comportato l'assunzione di un impegno giuridico che va oltre l'eliminazione delle discriminazioni e del protezionismo ed è teso all'eliminazione di qualsiasi ostacolo al commercio. Si tratta di un rilevante impegno giuridico dal contenuto indeterminato, giacché è difficile stabilire quando una misura nazionale costituisca un ostacolo al commercio intracomunitario, qualora si prescindano da qualunque profilo discriminatorio, diretto o indiretto, materiale o sostanziale che sia (J. Weiler, *La costituzione del mercato comune*, in Id., *La costituzione dell'Europa*, Bari, 2003, p. 320).

<sup>67</sup> C. Monaco, *I principi di non discriminazione, non restrizione e ragionevolezza nel diritto comunitario e nel diritto del commercio internazionale: struttura, contenuto e incidenza sui sistemi fiscali nazionali*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 2006, p. 453. Sui concetti di discriminazione e

Nell'ottica del metodo di giudizio, si deve, tuttavia, sottolineare come la differenza più evidente dell'operare dei due principi è costituita dalla non necessarietà – per quanto riguarda il principio di non restrizione – di qualunque analisi di comparabilità<sup>68</sup>.

In questo senso, autorevole dottrina, distinguendo fra “clausole di non discriminazione” e “divieto di restrizioni”, ha evidenziato come, se le prime discendono direttamente dal principio dell’*“equal treatment”* (il nostro principio di eguaglianza), il secondo, in presenza di determinate circostanze, richiede l’applicazione di un diverso principio, quello del *“treatment as if equal”*<sup>69</sup>, laddove la comparabilità delle situazioni è data, di fatto e di diritto, per presupposta. In altri termini, per eliminare determinate restrizioni alle libertà economiche comunitarie, è indispensabile considerare due fattispecie comparabili, indipendentemente dalla loro effettiva comparabilità, imporre dall’alto, in un certo senso, la loro eguaglianza; è indispensabile, in ultima analisi, l’apporto di un nuovo elemento, idoneo a rendere “coerente” ciò che non sarebbe tale, se considerato dal punto di vista del singolo ordinamento nazionale, il tutto in virtù di una precisa scelta, prettamente politica<sup>70</sup>.

---

restrizione si rinvia a Hinnekens, L., *The Search for the Framework Conditions of the EC Treaty Freedoms in Tax Matters*, in *EC Tax Review*, 2002, p. 112 ss..

<sup>68</sup> Cfr. A. Cordewener, *The Prohibitions of Discrimination and Restriction within the Framework of the Fully Integrated Internal Market*, in F. Vanistendael (ed.), *EU Freedoms and Taxation*, Amsterdam, IBFD, 2006, p. 26.

<sup>69</sup> Si veda, in particolare, M. Lehner, *Limitation of the national power of taxation by the fundamental freedoms and non-discrimination clauses of the EC Treaty*, in *EC Tax Review*, n. 1/2000, pp. 5 ss..

<sup>70</sup> Si vedrà come l’incidenza dell’interpretazione fondata sul principio di non restrizione sia mitigata dall’operare della c.d. rule of reason che consente di non estendere il riconoscimento della disciplina straniera qualora le misure statali siano necessarie a soddisfare “*esigenze imperative attinenti, in particolare, all’efficacia dei controlli fiscali, alla protezione della salute pubblica, alla lealtà dei negozi commerciali e alla difesa dei consumatori*” (cfr. Corte di giustizia, causa 120/78, *Rewe-Zentral Ag*, p. 8) In dottrina, si veda G. Bizzioli, *il*

Posta l'applicabilità delle norme in tema di libertà fondamentali anche alla materia tributaria e posto, altresì, che il Trattato CE – come noto – non prevede norme specificamente riferite al fenomeno tributario, anche la giurisprudenza comunitaria in materia fiscale ha seguito il medesimo percorso evolutivo sopra delineato in relazione alla libertà di circolazione delle merci. Al riguardo, occorre anzitutto rilevare che le forme di discriminazione diretta – le discriminazioni, cioè, fondate sull'elemento della nazionalità del soggetto assunto quale oggetto di tutela dall'art. 12 del Trattato CE – sono piuttosto infrequenti con riferimento al trattamento fiscale delle persone fisiche, atteso che i sistemi fiscali nazionali risultano imperniati sul concetto (non già di cittadinanza, bensì) di residenza fiscale. Diversa è, invece, la situazione riguardante le persone giuridiche, laddove talvolta la sede legale costituisce direttamente l'elemento fondante la norma nazionale discriminatoria e, in altri casi, la stessa sede viene assunta quale possibile elemento qualificante la residenza fiscale<sup>71</sup>. Le ipotesi di discriminazione indiretta, viceversa, sono state e continuano ad essere ben più frequenti: ci si riferisce alle numerose pronunce rese dai giudici comunitari in relazione a norme nazionali che, pur operando la distinzione in base ad un parametro diverso dalla cittadinanza (di norma, la residenza), comunque producevano effetti discriminatori analoghi a quelli che si sarebbero prodotti assumendo quale criterio distintivo quello della cittadinanza. In tutti questi casi, la Corte di giustizia ha fatto leva sulla circostanza che la condizione posta dalla norma (e basata, come

---

*processo di integrazione dei principi tributari nel rapporto fra ordinamento costituzionale, comunitario e diritto internazionale, Cedam, 2008, pp. 153 ss..*

<sup>71</sup> Ne consegue l'esistenza di alcuni casi di discriminazione diretta nei confronti delle persone giuridiche. Si pensi alla sentenza del 28 gennaio 1986, relativa alla causa C-270/83, *Commissione c. Francia (Avoir fiscal)* ovvero alla sentenza del 12 aprile 1994, relativa alla causa C-1/93, *Halliburton Services BV*.

detto, sulla residenza-non residenza dei soggetti) potesse, secondo l'*id quod plerumque accidit*, essere soddisfatta più facilmente dai cittadini rispetto agli stranieri<sup>72</sup>. In *subiecta materia* il *landmark* case è comunque costituito dalla sentenza resa nel caso Schumacker<sup>73</sup>, in cui la Corte ha precisato le condizioni al ricorrere delle quali la situazione fiscale della persona fisica non residente risulti assimilabile a quella della persona fisica residente e, conseguentemente, risulti possibile procedere ad una valutazione degli eventuali effetti discriminatori prodotti dalla norma nazionale oggetto di esame. Posta, in linea di principio, la non comparabilità della situazione dei due soggetti – a motivo del principio di personalità dell'imposizione che ispira i sistemi nazionali di tassazione dei redditi delle persone fisiche e che concede al solo residente di tenere conto delle cc.dd. "*personal related deductions*" – la Corte ha affermato che la comparabilità sussiste allorché "*il non residente non percepisce redditi significativi nello Stato in cui risiede e trae la parte essenziale delle sue risorse imponibili da un'attività svolta nello Stato dell'occupazione, per cui lo Stato di residenza non è in grado di concedergli le agevolazioni derivanti dalla presa in considerazione della sua situazione personale e familiare*"<sup>74</sup>.

---

<sup>72</sup> In tal senso, risultano illuminanti le affermazioni della Corte di giustizia nella sentenza del 16 maggio 2000, relativa alla causa C-87/99, *Zurstrassen*. La pronuncia aveva ad oggetto la compatibilità della normativa lussemburghese che condizionava l'imposizione congiunta dei coniugi alla circostanza che questi fossero entrambi fiscalmente residenti in Lussemburgo. La Corte, nel ritenere tale normativa in contrasto con la libera circolazione dei lavoratori prevista dall'art. 39 del Trattato CE, ha precisato che il predetto requisito può essere soddisfatto "*più facilmente dai connazionali, piuttosto che dai cittadini di altri Stati membri stabiliti nel Granducato per svolgervi un'attività economica e i cui familiari risiedono con maggiore frequenza fuori dal Lussemburgo*".

<sup>73</sup> Si tratta della sentenza del 14 febbraio 1995, relativa alla causa C-279/93, *Schumacker*.

<sup>74</sup> Così la sentenza del 14 febbraio 1995, relativa alla causa C-279/93, *Schumacker*, par. 36. Sulla portata di tale sentenza vedi P. Pistone, *La non discriminazione anche nel settore dell'imposizione diretta: intervento della Corte di giustizia*, in *Diritto e pratica tributaria*, 1995, p. 1471 e ss..

---

Non risulta possibile, in questa sede, dare conto di tutte le sentenze della Corte di giustizia relative alle norme nazionali discriminatorie in relazione al regime fiscale delle persone fisiche. Tra i filoni giurisprudenziali più rilevanti si segnala quello dell'incompatibilità delle norme nazionali che prevedano regole di determinazione della base imponibile ovvero modalità di riscossione dell'imposta diverse a seconda che il reddito sia percepito da un soggetto residente o non residente. Ci si riferisce, in particolare, alla sentenza del 12 giugno 2003, relativa alla causa C-234/01, *Gerritse* nonché alla successiva sentenza del 1 luglio 2004, relativa alla causa C-169/03, *Florian W. Wallentin c. Riksskatteverket*. Per una più dettagliata esposizione delle più importanti sentenze in tema di libertà fondamentali e situazione fiscale delle persone fisiche si rinvia a C. Sacchetto, relazione su "La Corte di giustizia" al convegno "Gli ottanta anni di Diritto e pratica tributaria" tenutosi a Genova il 9 e 10 febbraio 2007, p. 95-109 della raccolta degli interventi preparatori nonché, più ampiamente, a B. J. M. Terra – P. J. Wattel, *European Tax Law*, Kluwer Law International, 2012, p. 80 e ss.

Quanto al regime fiscale delle società, ci si limita a segnalare che la Corte di giustizia ha avuto modo di rilevare – e censurare – anche in tale ambito casi di discriminazione indiretta. Si pensi alla sentenza del 13 luglio 1993, relativa alla causa C-330/91, *Commerzbank A.G.* Per ulteriori riflessioni, legate soprattutto all'inesistenza di un principio di personalità dell'imposizione nel contesto societario, 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 *Rassegna tributaria*, 2000, p. 1159. Si segnala, con riferimento alle società, il filone giurisprudenziale relativo alle interrelazioni tra diritto comunitario e diritto internazionale tributario, in cui assumono particolare rilievo la sentenza del 21 settembre 1999, relativa alla causa C-307/97, *Saint Gobain*; la sentenza del 12 maggio 1998, relativa alla causa C-336/96, *Gilly*; la sentenza del 14 settembre 1998, relativa alla causa C-291/97, *Gschwind* nonché, più recentemente, la nota sentenza del 5 luglio 2005, relativa alla causa C-376/03, *D.*, relativa al tema dell'ammissibilità nel diritto comunitario della c.d. "clausola della nazione più favorita".

Un cenno merita il tema della discriminazione c.d. "a rovescio" ("*reverse discrimination*"), che si verifica allorché il soggetto agisca come cittadino che, risiedendo in un altro Stato membro, ricorre contro il proprio Stato di cittadinanza in qualità di non residente. Costano sul punto tre pronunce: la sentenza del 26 gennaio 1993, relativa alla causa C-112/91, *Werner*; la sentenza del 27 giugno 1996, relativa alla causa C-107/94, *Asscher* e la sentenza del 26 gennaio 1999, relativa alla causa C-18/95, *Terhoeve*. Negli ultimi due casi le richieste sono state accolte dai giudici comunitari, accordando in tal modo tutela, nel contesto dell'imposizione diretta, ad una forma di discriminazione – quella a rovescio, appunto – che nell'ambito dell'art. 110 del TFUE (applicato, come detto, unicamente alle imposte indirette) non aveva mai assunto rilevanza (vedi, *ex multis*, la sentenza del 13 marzo 1979, relativa alla causa C-86/78, *Grandes Distilleries Peureux c. Directeur des Services Fiscaux de La Haute-Saone et du territoire de Belfort*).

Come accennato, il percorso della giurisprudenza comunitaria ed il relativo “passaggio” dal principio di non discriminazione a quello di non restrizione è avvenuto anche in pronunce relative alla materia tributaria. A tal fine assume rilievo preminente la sentenza resa nel caso Imperial Chemical Industries (ICI)<sup>75</sup>, concernente il regime di tassazione di gruppo inglese (*group relief*), la cui fruizione era subordinata alla condizione che l’attività della società *holding* consistesse esclusivamente o principalmente nella detenzione di partecipazioni in società con sede nel Regno Unito. In tal caso si assiste per la prima volta a quel mutamento di ottica che tipicamente si realizza nel passaggio dall’approccio proprio della non discriminazione a quello proprio della non restrizione: l’esame di compatibilità della normativa inglese fu condotto, infatti, ponendosi nella posizione non già dello Stato “di destinazione “ (c.d. “*host State discrimination*”) bensì di quello di origine (c.d. “*home State restriction*”)<sup>76</sup> e

---

<sup>75</sup> Si tratta della sentenza del 16 luglio 1998, relativa alla causa C-264/96, *Imperial Chemical Industries (ICI)*, in cui la Corte, al par. 21, afferma che “*sebbene, così come formulate, le norme relative alla libertà di stabilimento mirino in special modo ad assicurare il beneficio della disciplina nazionale dello Stato membro ospitante, esse ostano parimenti a 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 e corrispondente alla definizione dell’art. 58 [ora, art. 48] del Trattato*”. Per un commento alla sentenza vedi E. Nuzzo, *Libertà di stabilimento e perdite fiscali: il caso Imperial Chemical Industries (ICI)*, in *Rassegna tributaria*, 1999, p. 1814-1833, il quale, a p. 1830, affermava come “*la sentenza [...] sembra precludere ad ulteriori interventi della ECJ [i.e. European Court of Justice] volte a rimuovere gli ostacoli presenti all’interno delle singole legislazioni nazionali e nei quali il cittadino comunitario si imbatte, o può imbattersi, operando all’interno del mercato unico*”, delineando, in questo senso, uno scenario puntualmente verificatosi. Un ulteriore commento alla predetta sentenza è anche quello di G. Bizioli, *Il rapporto tra libertà di stabilimento e principio di non discriminazione in materia fiscale: una applicazione nel recente caso Imperial Chemical Industries*, in *Diritto e pratica tributaria*, 1999, p. 313 e ss..

<sup>76</sup> Al riguardo vedi C. Sacchetto, relazione su “La Corte di giustizia” al convegno “Gli ottanta anni di Diritto e pratica tributaria” tenutosi a Genova il 9 e 10 febbraio 2007, p. 109 e ss..

facendo applicazione di quella nozione di restrizione in termini di ostacolo all'esercizio della libertà fondamentale che era stata elaborata nella precedente pronuncia *Dassonville*. A partire dalla predetta sentenza ICI la Corte di giustizia si è più volte pronunciata su norme nazionali che davano luogo a restrizioni delle libertà fondamentali, tenendo sostanzialmente fermo l'approccio sin qui descritto<sup>77</sup>.

Parte della dottrina ha, tuttavia, sottolineato come, a partire dal giudizio D<sup>78</sup>, la corte sembra aver abbandonato, in materia tributaria, il principio della non discriminazione per tornare a quello del divieto di discriminazioni, avente un campo di applicazione più limitato<sup>79</sup>.

Ciò in ragione dei rischi insiti al giudizio di verifica dell'esistenza di casi di restrizione, rischi connessi all'eccessiva estensione dell'area delle fattispecie potenzialmente censurabili dal momento che risulta estremamente arduo identificare con un sufficiente grado di certezza i parametri di giudizio all'uopo necessari. Si avverte, pertanto, l'esigenza di

---

<sup>77</sup> Tra numerose sentenze si segnalano: sentenza del 12 dicembre 2002, C-324/00, *Lankhorst-Hohorst* in tema di regimi di contrasto alla sottocapitalizzazione delle imprese; sentenza del 7 settembre 2004, causa C-319/02, *Petri Manninen* sul regime di credito d'imposta su dividendi rivenienti da partecipazioni in società estere; sentenza 11 marzo 2004, causa C-9/02, *Lasteyrie du Saillant*; sentenza 7 settembre 2006, causa C-470/04, *N.* relative al tema della "compatibilità" comunitaria delle *exit taxes*; sentenza 21 febbraio 2006, causa C-255/02, *Halifax*; sentenza del 12 settembre 2006, causa C-196/04, *Cadbury Schweppes* sul tema dell'abuso del diritto. Per una esauriente rassegna delle numerose pronunce emanate dalla Corte di giustizia in materia di imposte dirette, si rinvia a B. J. M. Terra – P. J. Wattel, *European Tax Law*, Kluwer Law International, 2012, p. 80 e ss..

<sup>78</sup> Sentenza 5 luglio 2005, causa C-376/03.

<sup>79</sup> Si veda, Kingston, *A Light in the Darkness: Recent Developments in the ECJ's Direct Tax Jurisprudence*, in *Common Mkt. L. Rev.*, 2007, p. 1335 e, dello stesso autore, *The Boundaries of Sovereignty: The ECJ's Controversial Role Applying Internal Market Law To Direct Tax Measures*, in 9 Cambridge Y.B. Eur. Legal Stud., 2007, p. 303 e, da ultimo, N. Bammens, *The Principle of Non-discrimination in International and European Tax Law*, IBFD Doctoral Series, 2013, pp. 539 ss..

una ricostruzione del principio che ne individui il contenuto, nonché presupposti e limiti di operatività<sup>80</sup>.

Ma ciò che, più di ogni altra questione, preoccupa la Corte e gli interpreti è il fatto che l'applicazione del principio di non restrizione alla materia tributaria rischia di compromettere le competenze riservate in questo campo ai singoli Stati membri.

#### **4. Le cause di giustificazione alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE**

##### **4.1. Le ragioni imperative di interesse generale**

L'esistenza di una discriminazione o di una restrizione costituisce elemento necessario, ma non sufficiente, per considerare la norma nazionale "incompatibile"<sup>81</sup> con l'ordinamento comunitario in generale e, in particolare, con le previsioni relative alla libertà fondamentale di volta in volta esaminata. A tal fine, infatti, risulta necessaria la verifica di un requisito ulteriore, stavolta di carattere negativo, relativo all'inesistenza di cause di giustificazione della discriminazione o della restrizione.

Il divieto di discriminazione in base alla nazionalità nell'ordinamento comunitario è, infatti, formulato in termini di divieto assoluto nell'art. 18 del TFUE e, dunque, tale rigidità è temperata, in prima

---

<sup>80</sup> Si veda, in questo senso, Hinneken, L., *The Search for the Framework Conditions of the EC Treaty Freedoms in Tax Matters*, in *EC Tax Review*, 2002, pp. 112 ss..

<sup>81</sup> Sulla natura delle sentenze interpretative della Corte di giustizia e sulla difficoltà di mantenere fermi i confini tra interpretazione e compatibilità vedi, per tutti, G. Melis, *Motivazione ed argomentazione nelle sentenze del giudice comunitario in materia tributaria: alcuni spunti di riflessione*, in *Rassegna Tributaria*, 2005, p. 401-433.

battuta a livello legislativo, con la previsione di un numero ristretto e tassativo di eccezioni.

Al riguardo, assumono rilievo i motivi di giustificazione espressamente previsti dalle norme del Trattato in tema di libera circolazione delle merci<sup>82</sup>, libera circolazione dei lavoratori<sup>83</sup>, libertà di stabilimento<sup>84</sup>, libera prestazione di servizi<sup>85</sup> e libera circolazione dei capitali<sup>86</sup>.

In specie, per quanto riguarda la libera circolazione delle persone (ossia la libera circolazione dei lavoratori e la libertà di stabilimento), è consentito agli Stati di adottare misure che prevedano un trattamento particolare per i cittadini stranieri per motivi di ordine pubblico, di sicurezza pubblica e di sanità pubblica. Analoga deroga è riconosciuta in tema di libera circolazione dei servizi in virtù dell'esplicito richiamo formulato nell'art. 62 del TFUE<sup>87</sup>.

Una casistica più ampia di giustificazioni è prevista in tema di libera circolazione delle merci, giacché l'art. 36 del TFUE consente espressamente che gli Stati adottino restrizioni o divieti all'importazione all'esportazione o al transito, quando tali divieti siano giustificati da motivi di moralità pubblica, di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di tutela della salute e della vita delle persone e degli animali, o di preservazione dei vegetali, di protezione del patrimonio artistico storico o archeologico nazionale, o di tutela della proprietà industriale e

---

<sup>82</sup> Art. 30 TCE e art. 36 TFUE.

<sup>83</sup> Art. 39 TCE e art. 45 TFUE.

<sup>84</sup> Art. 46 TCE e art. 52 TFUE.

<sup>85</sup> Art. 55 TCE e art. 62 TFUE.

<sup>86</sup> Art. 58 TCE e art. 65 TFUE.

<sup>87</sup> Tale disposizione infatti rinvia alla disciplina contenuta nell'art. 52 del Trattato che prevede le eccezioni al principio di non discriminazione in materia di libera circolazione dei lavoratori.

commerciale. A fronte di quest'ampia gamma di giustificazioni, tuttavia, il legislatore comunitario ha previsto una clausola di salvaguardia nell'ultima parte dello stesso articolo, in cui si precisa che tali divieti e restrizioni non devono costituire un mezzo di discriminazione arbitraria né una restrizione dissimulata al commercio tra gli Stati membri. Per restare sul piano letterale descrittivo occorre ricordare che la stessa cautela si rinviene nelle disposizioni relative alla libera circolazione dei capitali.

Il regime delle deroghe alla libera circolazione dei capitali è posto in modo articolato dall'art. 65 del TFUE, ove si fa salva, tra l'altro, la possibilità per gli Stati membri di applicare le disposizioni tributarie che operino una distinzione tra i contribuenti per quanto riguarda il luogo di residenza o di collocamento del capitale, nonché di adottare misure intese a salvaguardare le norme in tema di vigilanza prudenziale sulle istituzioni finanziarie e a tutelare l'ordine pubblico e la sicurezza pubblica. L'art. 65, comma 3, del TFUE, tuttavia, esclude che siffatte misure possano costituire un mezzo di discriminazione arbitraria o una restrizione dissimulata alla libera circolazione dei capitali.

Come la Corte di Giustizia ha avuto modo di chiarire, le deroghe espresse alla libera circolazione delle merci e dei fattori di produzione devono considerarsi tassative e di stretta interpretazione, in quanto rivestono carattere eccezionale. La rigorosa posizione della Corte in materia è rimasta inalterata con riferimento alle misure che violano il principio del trattamento nazionale nel campo della libera circolazione dei lavoratori e dei servizi oltretutto della libertà di stabilimento, e con riferimento alle misure che pongono restrizioni alle importazioni.

## 4.2. La *Rule of reason*

Il graduale superamento del principio di non discriminazione quale canone fondamentale per la realizzazione del mercato unico e l'accoglimento di un principio più ampio, definito di non restrizione o di ostacolo, in base al quale il criterio di verifica della compatibilità comunitaria di una misura nazionale non è più il suo carattere discriminante o protezionistico ma semplicemente il suo carattere restrittivo, ossia il fatto di costituire un ostacolo al libero commercio, da un lato, e, dall'altro l'emergere di esigenze di tutela non avvertite al momento della firma del Trattato di Roma, hanno reso eccessivamente ristretto il catalogo delle cause di giustificazione indicate nel Trattato.

Di qui l'elaborazione della cd. *Rule of reason* – o regola di ragionevolezza – in base alla quale la misura restrittiva può tuttavia risultare giustificata qualora la sua adozione risponda ad esigenze imperative meritevoli di tutela<sup>88</sup>.

Con la regola di ragionevolezza la Corte si apre ad accogliere qualunque tipo di esigenza, anche se non espressamente prevista; si passa così da un *numerus clausus* di eccezioni ad un catalogo aperto e modificabile in base all'evoluzione del contesto politico ed economico.

Si tratta, comunque, di una regola di ragionevolezza che viene declinata in una pluralità di condizioni e limiti che valgono a circoscriverne la portata applicativa. Così la misura nazionale restrittiva del commercio comunitario può essere ritenuta giustificata se mira a tutelare un interesse pubblico rilevante, che non sia specificamente tutelato mediante una normativa comunitaria, a condizione che la misura

---

<sup>88</sup> Quest'evoluzione della posizione della Corte di Giustizia, che comincia nel settore della libera circolazione delle merci, è descritta da Weiler, *La Costituzione del mercato comune*, in M. Cartabia – J. H. H. Weiler, *L'Italia in Europa*, Bologna, 2000, p. 323 ss..

sia necessaria, atta allo scopo e ad esso proporzionata, e non sia possibile raggiungere l'obiettivo con misure meno restrittive.

Essendo stata elaborata, la *Rule of reason*, quale criterio generale di giustificazione per quelle misure nazionali che, senza essere discriminanti o protezionistiche, tuttavia pongano delle restrizioni alla circolazione intracomunitaria, nell'applicazione della stessa viene, così, a delineare una sorta di doppio regime, che vede un numero tassativo di eccezioni idonee a giustificare una misura discriminante ed un numero indefinito di eccezioni potenzialmente invocabili per giustificare una misura restrittiva.

L'elaborazione della *rule of reason* avviene – come sopra già ricordato – ad opera dei giudici comunitari a partire dalla famosa pronuncia resa nel caso *Cassis de Dijon*, in cui la Corte affermò – con riferimento ad una normativa tedesca che subordinava la commercializzazione in Germania dei prodotti alcolici nazionali e stranieri, ad un livello minimo di contenuto alcolico – che “*gli ostacoli per la circolazione intracomunitaria derivanti da disparità delle legislazioni nazionali relative al commercio dei prodotti di cui trattasi vanno accettati qualora tali prescrizioni possano ammettersi come necessarie per rispondere ad esigenze imperative attinenti, in particolare, all'efficacia dei controlli fiscali, alla protezione della salute, alla lealtà dei negozi commerciali e alla difesa dei consumatori*”<sup>89</sup>.

---

<sup>89</sup> Così la sentenza del 20 febbraio 1979, relativa alla causa C-120/78, *Rewe Zentral* (più nota come *Cassis de Dijon*), par. 8. Sentenza particolarmente interessante proprio in quanto afferma espressamente la rilevanza dell'efficacia dei controlli fiscali e pare censurare la misura nazionale esclusivamente sotto il profilo della proporzionalità della stessa rispetto alla finalità perseguita. Si veda, in proposito, anche la sentenza del 15 maggio 1997, relativa alla causa C-250/95, *Futura Participations A.G. – Singer*. Per un commento alla sentenza vedi G. Melis, *Stabili organizzazioni, obblighi contabili e riporto delle perdite: un'occasione perduta*, in *Rivista di diritto tributario*, 1998, II, pp. 17 ss..

La *rule of reason* richiede, in particolare, la verifica di quattro condizioni, vale a dire che la misura oggetto di esame (i) sia applicata in modo non discriminatorio; (ii) sia giustificata da ragioni imperative di interesse generale; (iii) sia adeguata rispetto allo scopo perseguito, in quanto idonea a garantirne il conseguimento e (iv) sia proporzionata, non andando oltre quanto necessario per il raggiungimento dell'obiettivo stesso<sup>90</sup>.

E' stato così formulato dalla Corte di Giustizia un test di giudizio (la *rule of reason*, appunto), volto a valutare l'idoneità degli interessi nazionali a giustificare una deroga rispetto ai principi di non discriminazione e di non restrizione delle libertà fondamentali del Trattato, anche al di là delle cause di giustificazione espressamente previste dal Trattato<sup>91</sup>. In sostanza, sulla base di una valutazione obiettiva (e non anche delle mere finalità perseguite dal legislatore nazionale) il giudice comunitario opera un giudizio di bilanciamento effettuando una comparazione tra i rischi ed i potenziali svantaggi subiti dall'ordinamento fiscale interno con i benefici ritraibili in termini di protezione delle libertà comunitarie secondo una valutazione di ragionevolezza e di proporzionalità.

---

<sup>90</sup> Per tale "quadripartizione" della *rule of reason* vedi la sentenza del 30 novembre 1995, relativa alla causa C-55/94, *Reinhard Gebhard c. Consiglio dell'ordine degli avvocati e procuratori di Milano*, par. 37, nonché la precedente sentenza del 31 marzo 1993, relativa alla causa C-19/92, *Kraus*, par. 32. Un'articolazione più complessa – articolata in ben otto *steps* – è proposta da B. J. M. Terra – P. J. Wattel, *European Tax Law*, Kluwer Law International, 2012, p. 41 e ss..

<sup>91</sup> La *rule of reason* costituisce, dunque, la regola di bilanciamento tra gli interessi comunitari e gli interessi dei singoli Stati membri o, in altre parole, tra le libertà fondamentali strumentali al raggiungimento del mercato unico e la sovranità fiscale funzionale degli Stati membri (cfr. L. Hinneken, *European Court Goes for Robust Tax Principles, for Treaty Freedoms. What About Reasonable Exceptions and Balances?*, in *EC Tax Review*, 2004, pp. 67 ss.).

Rinviando ai capitoli seguenti per un'analisi – seppur limitata – della copiosa giurisprudenza comunitaria in materia di imposte dirette, ci si limita a segnalare che, fino ad alcune recenti pronunce, la Corte di giustizia ha raramente accolto le diverse cause di volta in volta addotte dagli Stati membri quale giustificazione delle misure nazionali restrittive (e, in alcuni casi, discriminatorie).

Per quanto riguarda, in particolare, la materia tributaria, la Corte di Giustizia ha identificato tre ordini di cause di giustificazione del singolo Stato membro che risultano suscettibili di confrontarsi dialetticamente – e quindi eventualmente legittimare una deroga – con i principi fondamentali espressi dal Trattato in materia di fiscalità e precisamente:

- la coerenza del sistema fiscale interno;
- l'esigenza di contenere l'evasione e l'elusione fiscale;
- la effettività dei controlli e degli accertamenti tributari.

Ciò è accaduto, ad esempio, nella sentenza resa nel caso *Bachmann*<sup>92</sup>, in cui la Corte ha affermato la possibilità di ritenere giustificata una misura nazionale discriminatoria motivando con la necessità di preservare la coerenza dell'ordinamento tributario dello Stato membro<sup>93</sup>.

Tuttavia, tale causa di giustificazione è stata oggetto, da parte della Corte, nelle successive sentenze, di approfondimento; per qualcuno, di rivisitazione<sup>94</sup>, per altri di un ridimensionamento se non già di un vero e proprio ripensamento<sup>95</sup>. La Corte, infatti – come si avrà modo di illustrare

---

<sup>92</sup> Vedi la sentenza del 28 gennaio 1992, relativa alla causa C-204/90, *Bachmann*.

<sup>93</sup> Sentenza che, come prevedibile, ha costituito lo spunto difensivo per gli Stati membri in una elevatissima quantità di procedimenti.

<sup>94</sup> Cfr., per tutti, F. Vanistendael, *Cohesion: the phoenix rises from his ashes*, in *EC Tax Review*, 2005, pp. 208 ss..

<sup>95</sup> Si veda, per tutti, Cordewener-Kofler-Van Thiel, *The clash between European freedoms and*

nei prossimi capitoli – nelle sentenze successive, preciserà meglio il proprio pensiero affermando che la giustificazione si verifica esclusivamente allorché sussista una specifica correlazione tra deduzione (di premi assicurativi) e tassazione (dei proventi percepiti dalla compagnia assicurativa) nel medesimo Stato (nella specie, il Belgio) e in riferimento al medesimo soggetto. Peraltro, evidenziando<sup>96</sup> come la coerenza del sistema impositivo debba essere verificata anche alla luce delle convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni eventualmente stipulate e rilevanti nel caso oggetto del giudizio<sup>97</sup>.

Fino ad alcune recenti pronunce, anche la giustificazione fondata sulla necessità di contrastare l'evasione fiscale era stata sempre rigettata dalla Corte di giustizia, la quale – pur ammettendo, in linea di principio, che tale esigenza costituisse una ragione imperativa di interesse generale – aveva di volta in volta censurato le diverse norme nazionali ora sotto il profilo della proporzionalità<sup>98</sup> ora sotto il profilo dell'idoneità al raggiungimento dello scopo<sup>99</sup>.

---

*national direct tax law: public interest defences available to the member States, in Common Market Law Review, n. 46/2009, pp. 1951 ss. e, in particolare, p. 1971.*

<sup>96</sup> Vedi la sentenza dell'11 agosto 1995, relativa alla causa C-80/94, *Wielockx*.

<sup>97</sup> In particolare, in base alla convenzione Belgio-Paesi Bassi, la potestà impositiva sui redditi erogati dai fondi di previdenza a soggetti non residenti era attribuita in via esclusiva allo Stato di residenza del percipiente.

<sup>98</sup> Vedi la sentenza del 17 luglio 1997, relativa alla causa C-28/95, *Leur-Bloem*, laddove si afferma, al par. 41, che *“le autorità nazionali competenti non possono limitarsi ad applicare criteri generali predeterminati, ma devono procedere, caso per caso, ad un esame globale dell'operazione”*.

<sup>99</sup> Al riguardo vedi la sentenza 16 luglio 1998, relativa alla causa C-264/96, *Imperial Chemical Industries (ICI)*, laddove si afferma, al par. 26, che *“la normativa controversa nella causa principale non ha l'obiettivo specifico di escludere da un vantaggio fiscale le costruzioni puramente artificiose il cui scopo sia quello di eludere la legge fiscale del Regno Unito, ma considera, in via generale, qualunque situazione in cui le società controllate da un gruppo si trovino in maggioranza stabilite, per qualsiasi motivo, fuori dal Regno Unito”*.

Alcune importanti aperture a favore di cause di giustificazione diverse da quelle espressamente indicate nel Trattato si possono cogliere nelle recenti pronunce relative ai casi Marks & Spencer<sup>100</sup>, Halifax<sup>101</sup>, Cadbury Schweppes<sup>102</sup>, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation<sup>103</sup> e Kofoed<sup>104</sup>, laddove sembra emergere, sotto un profilo più generale, una sempre maggiore attenzione dei giudici comunitari per le esigenze di contrasto delle prassi abusive<sup>105</sup> costantemente invocate dagli Stati membri e, più in generale, ciò che più interessa sotto un profilo sistematico, per l'interesse e le competenze proprie degli Stati membri, tra le quali rientra indiscutibilmente quella in materia fiscale.

---

<sup>100</sup> Sentenza del 13 dicembre 2005, relativa alla causa C-446/03, *Marks & Spencer*.

<sup>101</sup> Sentenza del 21 febbraio 2006, relativa alla causa C-255/02, *Halifax*.

<sup>102</sup> Vedi la sentenza del 12 settembre 2006, relativa alla causa C-196/04, *Cadbury Schweppes*.

<sup>103</sup> Cfr. sentenza del 13 marzo 2007, relativa alla causa C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*.

<sup>104</sup> Vedi la sentenza del 5 luglio 2007, relativa alla causa C-321/05, *Hans Markus Kofoed*.

<sup>105</sup> L'espressione è utilizzata nella sentenza relativa alla causa C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*. Peraltro, sull'utilizzo da parte dei giudici comunitari di locuzioni non sempre appropriate (quali, ad esempio, "abuso del diritto" o "evasione fiscale") sia consentito rinviare a G. Melis – A. Persiani, *Sulle controllate estere i giudici fissano la linea*, in *Il Sole 24 Ore*, 3 dicembre 2006, p. 19.

## - CAPITOLO II -

### L'EVOLUZIONE DEL GIUDIZIO DELLA CORTE DI GIUSTIZIA IN MATERIA TRIBUTARIA

**Sommario:** 1. *Discriminazione, restrizione e disparità, quali confini?*  
- 2. *La comparabilità delle situazioni nella giurisprudenza della Corte di Giustizia* - 3. *I criteri rilevanti ai fini della verifica della comparabilità delle situazioni esaminate* – 3.1. *(Segue) Comparabilità e differenti tecniche impositive* – 3.2. *(Segue) Comparabilità e alternatività tra regimi impositivi* – 4. *L'individuazione delle libertà fondamentali rilevanti nel giudizio della Corte di giustizia* – 5. *Il modello di analisi "per country" e quello "overall"* – 6. *Considerazioni di sintesi sull'evoluzione del giudizio della Corte di giustizia nell'applicazione delle libertà fondamentali al campo dell'imposizione diretta*

#### **1. Discriminazione, restrizione e disparità, quali confini?**

L'operatività del principio di non restrizione – a differenza del principio di non discriminazione, la cui operatività quale canone di verifica della compatibilità delle misure nazionali è *self sufficient* – richiede l'armonizzazione degli *standard* regolamentari tra gli Stati aderenti, o almeno una convergenza di valori, altrimenti si traduce in una spinta alla deregolamentazione che non in tutti i settori appare praticabile o

desiderabile. Il principio del *mutuo riconoscimento*, peraltro – è stato notato<sup>106</sup> – anche se apparentemente utilizzato dalla Corte in materia di imposte indirette non appare idoneo ad essere utilizzato ambito nel campo dell'imposizione diretta poiché non vi è alcuno Stato di origine o Stato di destinazione ma piuttosto uno Stato della fonte ed uno di residenza, rispetto ai quali il diritto comunitario non fornisce alcuna indicazione su quale giurisdizione abbia priorità nell'imposizione.

Il principio di non discriminazione presenta la caratteristica struttura tripartita che all'accertamento della differenza di trattamento fa seguire la valutazione di comparabilità delle due situazioni in gioco, per terminare con la verifica dell'eventuale giustificazione del trattamento discriminante, in base ad una delle cause specificamente previste come eccezioni al principio.

Il divieto di discriminazione pone una prescrizione di carattere formale: non si impone l'adozione di una disciplina specifica ma si richiede che ciascuno Stato applichi la propria disciplina senza discriminare tra cittadini e non cittadini, ovvero tra residenti e non residenti. Il principio di non discriminazione quindi non porta all'integrazione dei mercati ma lascia sussistere i singoli mercati nazionali. È stato osservato<sup>107</sup> che *“discriminazione e principio di territorialità sono strettamente legati. Si tratta infatti di stabilire se residenti e non residenti siano trattati in modo differente entro un medesimo ambito territoriale in relazione alla loro attività su quel territorio ... Il principio di non discriminazione, infatti, implica che residenti e non residenti debbano poter operare alle stesse condizioni*

---

<sup>106</sup> Ben J.M. Terra, Peter J. Wattel, *European tax law*, Kluwer Law International, 2012, pp. 354 ss..

<sup>107</sup> Cfr. J.M. Moessner, *The Role of the ECJ as a Tax Court. Internal Market and Territoriality*, relazione svolta alla Conferenza della Commissione europea su *“EU Corporate Tax Reform: Progress and New Challenges”* (Roma-Ostia 5 dicembre 2003).

*in un mercato territorialmente definito*”, o altrimenti detto “*il divieto di discriminazione ... implica libero accesso ai mercati nazionali*”<sup>108</sup>. Se il territorio dello Stato è l’ambito naturale di operatività del principio di non discriminazione, ne consegue che tale principio non opera con riferimento a soggetti, cittadini o residenti, che svolgano la loro attività su mercati differenti e siano soggetti alla giurisdizione fiscale di un altro Stato membro<sup>109</sup>.

Per contro il principio di non restrizione presenta una struttura bipartita e comunque più fluida, che all’accertamento dell’esistenza di un ostacolo fa seguire la valutazione sull’esistenza di una ragionevole causa di giustificazione, che legittimi l’adozione della misura nazionale in oggetto. Si parla di una struttura più fluida in quanto, in assenza di una chiara determinazione della fattispecie di “ostacolo” al commercio, l’elemento caratterizzante, intorno al quale ruota e nel quale si riduce il giudizio di non restrizione, diventa la valutazione della legittimità o

---

<sup>108</sup> In questa prospettiva il territorio nazionale appare l’ambito spaziale di operatività del divieto di discriminazione. La *ratio* di tale limite di operatività è probabilmente nel fatto che solo sul proprio territorio lo Stato esercita un pieno controllo, controllo che non può esercitare con riferimento a soggetti e situazioni che si trovino al di fuori del territorio dello Stato.

<sup>109</sup> Si rinvia, sul punto, a quanto già evidenziato nel capto 1. Qui ci si limita a ricordare quanto rilevato da J. M. Moessner, *The Role of the ECJ as a Tax Court. Internal Market and Territoriality*, relazione svolta alla Conferenza della Commissione europea su “*EU Corporate Tax Reform: Progress and New Challenges*” (Roma-Ostia 5 dicembre 2003). L’autore osserva che risulta estremamente difficile formulare un giudizio di comparabilità, ad esempio tra società residenti con controllate residenti e società residenti con controllate non residenti. Scrive, infatti, l’autore: “*Qui ci sono due società residenti che svolgono la loro attività su mercati differenti, cosicché una società è soggetta alle condizioni di un altro mercato ed alla giurisdizione fiscale di un altro Stato membro*”. Per un analogo ordine di considerazioni si veda altresì M. Gammie, *The Role of the European Court of Justice in the Development of Direct Taxation in the European Union*, in *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 2003, p. 90, il quale si interroga su quale possa essere la base per un giudizio di comparazione in un caso di restrizione.

illegittimità della misura nazionale in esame, sulla base di un canone di “ragionevolezza”.

Sulla base di tale regola una restrizione può risultare giustificata qualora la sua adozione risponda ad esigenze imperative meritevoli di tutela: si passa, così, da un *numerus clausus* di eccezioni ad un catalogo aperto.

La più ampia di configurazione del ragionamento che la Corte segue in applicazione della *rule of reason* consiste in otto fasi. In particolare, occorre verificare:

1. la titolarità soggettiva dell'operatore economico ad invocare la libertà stabilita nel trattato;
2. la sussistenza di un effetto (indirettamente) discriminatorie o restrittivo causato dalla misura nazionale;
3. l'assenza a livello comunitario di una forma di tutela dell'interesse pubblico coinvolto;
4. se il provvedimento restrittivo distingue tra posizioni nazionali e transfrontaliere;
5. se la legislazione dello Stato membro di origine, anche se si discosta dal provvedimento interno, è in grado di offrire una tutela equivalente dell'interesse pubblico tutelato (ciò vale in particolare per quanto riguarda la libertà di circolazione delle merci e attiene al principio del *mutuo riconoscimento*);
6. se l'interesse tutelato dal provvedimento restrittivo (che deve avere carattere non economico), costituisca un interesse pubblico, che in astratto possa prevalere sulle libertà fondamentali. La Corte ha accolto una serie di interessi pubblici, non specificamente elencati nel Trattato, come la tutela dei consumatori, la prevenzione della concorrenza sleale, la

protezione dell'ambiente, il miglioramento delle condizioni di lavoro, la sicurezza dei prodotti, la promozione della cultura, la tutela del patrimonio culturale nazionale, il pluralismo dei mezzi di comunicazione, ecc.. Per quanto concerne le misure fiscali restrittive, in particolare, fino ad ora tre motivazioni sembrano essere state accolte dalla Corte:

- a) La necessità di garantire un controllo efficace;
  - b) il principio di coerenza fiscale, o di una ripartizione equilibrata del potere di imposizione;
  - c) la necessità di prevenire fenomeni di abuso del diritto;
7. se la misura in questione è adeguata a tutelare il pubblico interesse in gioco;
8. se la misura è proporzionata nei suoi effetti restrittivi in relazione al legittimo obiettivo perseguito<sup>110</sup>.

Viene così a delinarsi una sorta di doppio regime che vede un numero tassativo di eccezioni idonee a giustificare una misura discriminante ed un numero indefinito di eccezioni potenzialmente invocabili per giustificare una misura restrittiva. In realtà la dicotomia non si presenta così netta perché l'evoluzione dal principio di non discriminazione al principio di non restrizione è graduale (discriminazione indiretta) e nel corso di questa evoluzione la posizione della Corte non è univoca. In particolare, non appare definito il regime delle cause di giustificazione invocabili dagli Stati per giustificare una misura che appaia indirettamente, o materialmente, discriminante.

L'applicazione del principio di non restrizione nel campo dell'imposizione diretta comporta essenzialmente due ordini di problemi

---

<sup>110</sup> Cfr. B. J.M. Terra - P. J. Wattel, *European Tax Law*, Kluwer Law International, 2012, p. 351.

che si ricollegano rispettivamente (a) all'indeterminatezza ed eccessiva estensione del concetto di "ostacolo" e (b) al carattere sostanziale e non formale che tale principio viene ad assumere.

Cominciando dal profilo *sub b)* si deve rilevare che se il principio di non discriminazione rappresenta un compromesso tra il potere regolamentare degli Stati e gli interessi comunitari alla liberalizzazione del commercio, il principio di non restrizione sposta il compromesso a favore degli interessi comunitari, limitando proprio il potere regolamentare degli Stati. Infatti è possibile, a rigore, censurare una norma nazionale non perché sia discriminante ma perché la disciplina da essa posta costituisce un ostacolo al libero commercio ed alla circolazione. In sostanza, non ci si limita a richiedere l'estensione del trattamento che un determinato Stato membro riserva ai propri residenti anche ai non residenti che operino sul territorio dello stesso Stato, ma si impone a quest'ultimo di non adottare una disciplina la quale, ancorché non discriminante e non protezionistica, tuttavia abbia l'effetto di ostacolare il commercio comunitario.

Venendo ora al punto *sub a)* si osserva che, nelle norme sulla libera circolazione, si fa generalmente riferimento ad un divieto di restrizioni alla libera circolazione intracomunitaria senza alcuna precisazione in ordine a ciò che costituisce ostacolo rilevante.

La Corte finora sembra rinvenire un ostacolo in ogni differenza di trattamento che determini uno svantaggio competitivo per la situazione soggettiva di carattere transnazionale, rispetto alla situazione puramente interna<sup>111</sup>.

---

<sup>111</sup> Partendo da questa constatazione Lyal, R., *Non Discrimination and Direct Tax in Community Law*, in *EC Tax Law*, 2003, p. 69 ss. nota che quasi tutte le cause decise dalla Corte con riferimento al principio di non restrizione avrebbero potuto essere più correttamente impostate in termini di non discriminazione.

L'accertamento di una disparità di trattamento costituisce una componente essenziale del giudizio di discriminazione; tuttavia non ogni disparità integra una discriminazione, in quanto la differenza di trattamento deve riguardare due situazioni per altro verso comparabili e non deve essere giustificata dalla tutela di un interesse pubblico rilevante<sup>112</sup>.

Si è già evidenziato come, nella valutazione delle restrizioni in uscita, il giudizio di comparazione risulti, con riguardo a taluni significativi aspetti, differente rispetto a quello tipico dei casi di discriminazione in senso stretto. Mentre nel test di discriminazione il giudizio di comparazione si svolge nella prospettiva di una singola giurisdizione fiscale, segnatamente nella prospettiva dello Stato di stabilimento, nel caso di un ostacolo all'uscita il giudizio di comparazione dovrebbe svolgersi nella prospettiva sia della giurisdizione d'origine che della giurisdizione di destinazione, con un incremento di variabili che potrebbe rendere impossibile il giudizio stesso.

Ed infatti la Corte non formula alcun giudizio di comparazione e si limita ad accertare la disparità di trattamento verificando poi la legittimità o meno di siffatta disparità in base al canone di ragionevolezza o *Rule of reason*, ossia in base alla ricerca di un'eventuale causa di giustificazione.

Il rischio insito in quest'approccio è l'eccessiva estensione dell'area del censurabile, che rappresenta il rischio legato ad una fattispecie connotata da caratteri di indeterminatezza qual è quella della "restrizione" al commercio comunitario e richiede dei correttivi.

---

<sup>112</sup> Si ricorda che le misure discriminatorie possono essere giustificate solo dalle cause di giustificazione espressamente previste nelle singole disposizioni sulle quattro libertà fondamentali. Tuttavia di recente la Corte sembra consentire almeno in astratto una giustificazione fondata sulla cd. *Rule of reason* anche per le misure di carattere discriminatorio (cfr. *supra* par. 3).

Si avverte cioè l'esigenza di una costruzione del principio<sup>113</sup>, che ne individui il contenuto, nonché presupposti e limiti di operatività.

Accanto alle discriminazioni ed alle restrizioni discriminatorie, la dottrina ha evidenziato da tempo, alla luce anche della giurisprudenza della Corte di giustizia, le cc.dd. mere "disparità" le quali – diversamente dalle pime due ricordate tipologie di casi – non possono in alcun modo costituire violazioni delle libertà fondamentali.

La definizione è stata utilizzata dalla Corte di giustizia nella soluzione di diversi casi posti alla sua attenzione<sup>114</sup>.

Nella sentenza *Schempp*, ad esempio, la Corte rileva che *"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"* e da ciò consegue che *"l'art. 12 CE 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*

---

<sup>113</sup> L'esigenza è illustrata da Hinnekens, L., *The Search for the Framework Conditions of the EC Treaty Freedoms in Tax Matters*, in *EC Tax Review*, 2002, p. 112 ss..

<sup>114</sup> Secondo la Corte, infatti, l'art. 12 Trattato CE - nonché le specifiche disposizioni relative alle singole libertà - *"non contemplano le eventuali disparità di trattamento che possono derivare, da uno Stato membro all'altro, dalle divergenze esistenti tra le legislazioni dei vari Stati membri, purché ciascuna di tali legislazioni si applichi a chiunque sia ad esse soggetto, secondo criteri oggettivi e indipendentemente dalla nazionalità"* (cfr. Corte di Giustizia, sentenza del 28 giugno 1978, causa 1/78, Kenny, punto 18; sentenza del 7 maggio 1992, cause riunite C-251/90 e C-252/90, Wood e Cowie, punto 19; sentenza del 3 luglio 1979, cause riunite 185/78-204/78, Van Dam en Zonen e a., punto 10, sentenza dell'1 febbraio 1996, C-177/94, Perfili, punto 71).

*nazionalità*<sup>115</sup>. Il caso si incentra sulla deducibilità ai fini dell'imposta sul reddito delle persone fisiche dell'assegno di mantenimento corrisposto al coniuge non residente. La legislazione fiscale tedesca ammette la deducibilità di tali somme alla loro effettiva imposizione nell'altro Stato membro di residenza. Tuttavia, nel caso di specie, l'Austria non assoggettava ad imposizione tali redditi, per cui le somme corrisposte a titolo di mantenimento non erano deducibili.

La Corte ha ritenuto non discriminatoria la legislazione tedesca per il fatto che essa subordinava la deducibilità dell'assegno alla sua imponibilità, poiché tale misura si applicava a prescindere dal fatto che il percipiente fosse o meno residente nello Stato. Sicché, la differenza di trattamento nel caso di specie discendeva, nell'interpretazione della Corte, dalla appartenenza dei soggetti a due diversi ordinamenti tributari statali e non dalla normativa interna che, per converso, risultava coerente rispetto al principio di uguaglianza<sup>116</sup>.

Anche nel caso *Gilly*<sup>117</sup>. E, invero, la Corte di Giustizia, chiamata a decidere in merito alla doppia imposizione a cui erano sottoposti i redditi realizzati dalla signora *Gilly*<sup>118</sup>, accertata la circostanza che tale situazione

---

<sup>115</sup> Corte di Giustizia europea, 12 luglio 2005, causa C-403/03, E. Schempp v. Finanzamt München V, punti 32 e 34.

<sup>116</sup> Va rilevato, peraltro, che in realtà la normativa tedesca creava effettivamente una discriminazione (*rectius*, una restrizione), in quanto, ai residenti era riconosciuta la deducibilità degli assegni alimentari anche quando tali somme non erano assoggettate ad imposizione in capo al percipiente, in virtù dell'esenzione del reddito minimo. Si veda R. Mason, *A Theory of Tax Discrimination*, in *Jean Monnet Working Paper*, 2006, p. 48.

<sup>117</sup> Sentenza 12 maggio 1998, causa C-336/96, Coniugi Gilly v. Directeur des services fiscaux du Bas-Rhin.

<sup>118</sup> La signora *Gilly*, cittadina tedesca, a seguito di matrimonio aveva acquistato anche la cittadinanza francese. Trasferitasi in Francia, continuava ad esercitare il ruolo di insegnante in una città tedesca posta al confine con la Francia. La signora, considerato l'eccessivo carico tributario a cui era sottoposto il proprio reddito, era ricorsa al tribunale amministrativo francese, il quale considerata la rilevanza comunitaria della problematica,

poteva ledere il principio della libera circolazione delle persone, sancito dall'art. 39 del Trattato, rilevava che in mancanza di misure di unificazione o di armonizzazione in ambito comunitario, il trattamento fiscale, sfavorevole ai coniugi, discendeva dalla competenza statale a stabilire i criteri di ripartizione del potere impositivo per l'eliminazione della doppia imposizione. La Corte, inoltre, osservava che il meccanismo del credito d'imposta limitato per eliminare o quantomeno ridurre la doppia imposizione non ostava all'esercizio della libera circolazione delle persone, oiché la doppia imposizione residuale, successivamente all'applicazione del credito d'imposta per le imposte pagate all'estero, derivava da una differenza delle aliquote adottate dai due Stati, il che, secondo la Corte, rappresentava una ipotesi di mera disparità e non di discriminazione.

Come è stato rilevato<sup>119</sup>, la Corte non ha, tuttavia, considerato che i coniugi Gilly, pur potendo detrarre le proprie spese personali in Francia per la parte corrispondente al reddito di fonte francese del reddito totale, non le hanno potute, invece, detrarre in Germania così come già consentito dalla Corte stessa nella sentenza Schumacker. La Corte sembra aver corretto questa impostazione nella successiva sentenza De Groot<sup>120</sup>, nella quale la Corte ha condannato i Paesi Bassi per l'applicazione di un metodo per evitare la doppia imposizione che limita la deducibilità di un

---

aveva proceduto al rinvio pregiudiziale dinnanzi alla Corte di Giustizia per la risoluzione della problematica. Si era lamentata del fatto che nonostante esistesse una convenzione internazionale tra Francia e Germania, i redditi percepiti subivano in ogni caso un carico fiscale maggiore rispetto a quello generato da un cittadino francese nello svolgimento del medesimo tipo di attività.

<sup>119</sup> Cfr. Cordewener-Kofler-Van Thiel, *The clash between European freedoms and national direct tax law: public interest defences available to the member States*, in *Common Market Law Review*, n. 46/2009, p. 1983.

<sup>120</sup> Cfr. sentenza 12 dicembre 2002, causa C-385/00, De Groot.

pagamento per alimenti in relazione alla quota di reddito realizzata nei Paesi Bassi rispetto al reddito complessivo<sup>121</sup>.

Le cc.dd. mere disparità costituiscono, dunque, situazioni soggettive che si verificano al ricorrere di fattispecie transfrontaliere nelle quali il contribuente subisce uno svantaggio derivante dal concorso di regole fiscali applicate da due diversi Stati membri. Non è, tuttavia, agevole distinguere questa categoria, in particolare, da quella delle disposizioni (fiscali) non discriminatorie o indistintamente applicabili<sup>122</sup>.

In dottrina è stato evidenziato come la differenza tra misure discriminatorie e mere disparità è costituita dalla circostanza che mentre le prime derivano dall'applicazione delle disposizioni proprie di un unico ordinamento nazionale le seconde derivano dalla (legittima) interazione fra due o più ordinamenti<sup>123</sup>.

## **2. La comparabilità delle situazioni nella giurisprudenza della Corte di Giustizia**

La Corte di giustizia ha costantemente ripetuto che, con riguardo all'applicazione del principio di non discriminazione – ed, in particolare, applicandolo nell'ottica del divieto di discriminazione indiretta – la

---

<sup>121</sup> Si veda Kofler, *Doppelbesteuerungsabkommen und Europäisches Gemeinschaftsrecht* (Linde, 2007), pp. 651 ss..

<sup>122</sup> Cfr. G. Bizioli, *il processo di integrazione dei principi tributari nel rapporto fra ordinamento costituzionale, comunitario e diritto internazionale*, Cedam, 2008, p. 154.

<sup>123</sup> Cfr. R. Mason, *A Theory of Tax Discrimination*, Jean Monnet Working Paper n. 9/2006, p. 15. *Contra* M. Graetz – A.C. Warren Jr., *Income Tax Discrimination: Still Stuck in the Labyrinth of impossibility*, in *The Yale Law Journal*, n. 1/2012, pp. 118 ss., i quali affermano: “Our own view is that any serious attempt to identify the tax advantages or disadvantages for cross-border income should take account of the tax consequences in both countries” (cfr. p. 1164).

situazione di un residente e quella di un non residente devono essere considerate, in linea di principio, non comparabili<sup>124</sup>.

La sentenza emblematica a questo proposito è certamente quella relativa al noto caso *Schumacker*<sup>125</sup> nella quale la Corte, ha ribadito il concetto appena ricordato sottolineando la diversità di posizione in cui il soggetto residente e quello non residente si trovano rispetto allo Stato che esercita la propria potestà impositiva, riaffermando con ciò esplicitamente la legittimità dei diversi criteri di tassazione tradizionalmente applicabili nei due casi: quello personale con riguardo al soggetto residente e quello reale per il non residente.

In particolare, i giudici evidenziano come debba essere lo Stato di residenza a farsi carico della situazione personale del contribuente in quanto solo tale Stato è in grado di determinare con accuratezza e completezza la sua situazione reddituale e personale (*i.e.* la capacità contributiva).

Da ciò consegue – prosegue la Corte – l'assoluta legittimità, in linea generale, del riconoscimento generalmente concesso dallo Stato di residenza esclusivamente ai soggetti passivi residenti, escludendo deduzioni e detrazioni relative a oneri personali sostenuti dai non residenti.

Dall'analisi della giurisprudenza della Corte di giustizia sembra, dunque, di poter riscontrare considerazioni tutt'altro che innovative,

---

<sup>124</sup> Per una panoramica della giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di imposta personale sul reddito cfr. Schwarz, J., *Personal Taxation Under the European Court of Justice Microscope*, in *Bull. for International Fiscal Documentation*, 2004, p. 546 ss..

<sup>125</sup> Corte Giust., 14 febbraio 1995, causa C-279/93, *Schumacker*, in *Dir. prat. trib.*, 1995, con nota di Muguruza Arese - Roccatagliata, F. E' bene sottolineare che, nonostante la ricorrenza di moltissime similitudini tra le due tipologie di casi, occorre distinguere tra fattispecie relative alle persone fisiche – come nel caso in esame – e quelle relative alle persone giuridiche cui si accennerà tra breve.

assolutamente rispettose delle prerogative degli Stati secondo quella che è la tradizionale concezione dei sistemi tributari nazionali.

In essa si trova, infatti, conferma delle caratteristiche proprie dei diversi regimi di tassazione, personale e reale, l'uno proprio dello Stato di residenza ed il secondo, invece, dello Stato della fonte nonché della legittimità che un ordinamento tributario preveda l'applicazione dell'uno e dell'altro regime in funzione della diversa situazione nella quale il soggetto passivo d'imposta si trova con riguardo allo Stato impositore (se residente o se, invece, non residente).

A ben vedere, in effetti, anche la straordinaria novità contenuta nella sentenza Schumacker può esser ricondotta agevolmente ai criteri sopra indicati, se solo si è disposti ad abbandonare una concezione meramente formale per sposarne una ispirata alla preminenza del dato sostanziale (peraltro, come noto, non così estranea all'orientamento della Corte di giustizia)<sup>126</sup>.

L'elemento innovativo è, infatti, costituito non tanto dal superamento dell'uno o dell'altro sistema di imposizione, personale o reale, che, tradizionalmente contrapposti, trovano applicazione nei confronti del soggetto passivo stabilito nel Paese che esercita la propria potestà impositiva ovvero nei confronti di soggetti stabiliti in altro Stato membro – la legittima coesistenza dei quali trova pieno riconoscimento da parte della Corte – quanto, piuttosto, dall'affermazione della necessità che ciascuno Stato membro individui correttamente la ripartizione effettiva degli elementi che, considerati in particolare sotto il profilo quantitativo, costituiscono il presupposto rilevante ai fini dell'imposizione reddituale<sup>127</sup>.

---

<sup>126</sup> Cfr. R. Lyal, *Non Discrimination and Direct Tax in Community Law*, in *EC Tax Law*, 2003, pp. 69 ss..

<sup>127</sup> G. Franson, *La territorialità nel diritto tributario*, Milano, 2004, pp. 365 ss. e R. Franzé,

In sostanza, un sistema che preveda forme di tassazione personale per i soggetti stabiliti nello Stato che esercita il diritto-dovere di imposizione e reali per quelli non ivi stabiliti deve ritenersi perfettamente legittimo e ragionevole sempreché il criterio della residenza – tipicamente applicato – non costituisca un elemento che precluda l'applicabilità della stessa forma di imposizione personale (e non già reale) anche nei confronti di soggetti che, pur non essendo residenti nello Stato, vi realizzino, tuttavia, secondo l'ordinamento ivi applicabile, la gran parte dei propri redditi<sup>128</sup>.

---

*Principio comunitario di non discriminazione fiscale e trattamento della nazione più favorita, in Diritto pubblico comparato ed europeo, 4/2005, 1929, rilevano come ciò incida direttamente sul giudizio di comparabilità, che – tradizionalmente intesa, quest'ultima, come uguaglianza di situazioni basata su elementi di tipo oggettivo – sarebbe spostato ad un livello più profondo, e cioè su quello dell'identità del grado di appartenenza dei soggetti alla collettività dello Stato rispetto alle cui spese entrambi sono chiamati a concorrere. Dunque, vero è che le situazioni di residenti e non residenti, in linea di principio, non sono analoghe, in quanto presentano differenze oggettive per quanto attiene sia la fonte dei redditi, sia la capacità contributiva personale e la situazione familiare prese in considerazione dallo Stato; tuttavia, il grado della rispettiva appartenenza all'ordinamento si rivelerebbe anche in circostanze inesprese dai tradizionali criteri (formali) di collegamento territoriale. Con questa consapevolezza, la Corte ha, ad esempio, riconosciuto l'inesistenza di oggettive differenze – tali, quindi, da rendere ammissibile una disparità di trattamento – tra soggetti residenti di uno Stato membro e i residenti di un altro Stato membro che nel primo producono una parte essenziale dei propri redditi (si vedano anche: sentenza 21 febbraio 2006, causa C-152/03, Ritter-Coulais; sentenza 18 luglio 2007, causa C-182/06, Lakebrink; sentenza 16 ottobre 2008, causa C-527/06, Renneberg).*

<sup>128</sup> Scrivono i giudici nelle sentenza *Schumacker*, (punti 33 e 36): *“La situazione del residente è diversa in quanto la parte principale dei suoi redditi normalmente è concentrata nello Stato di residenza. Peraltro questo Stato dispone in genere di tutte le informazioni necessarie per valutare la capacità contributiva globale del contribuente, tenendo altresì conto della sua situazione personale e familiare ... Le cose stanno però diversamente nelle situazioni quali la fattispecie in esame nella causa principale, ossia laddove il non residente non percepisca redditi significativi nello Stato in cui risiede e tragga invece la parte essenziale delle sue risorse imponibili da un'attività svolta nell'altro Stato, fino al punto che lo Stato di residenza non sia più nella condizione di accordargli le agevolazioni derivanti dalla presa in considerazione della sua situazione personale e familiare”*.

Laddove ciò non avvenisse, ci si troverebbe di fronte ad un sistema censurabile alla luce del principio di non discriminazione.

Si può agevolmente affermare che la Corte, nella propria giurisprudenza successiva al caso appena ricordato, non ha fatto altro che confermare le conclusioni appena illustrate<sup>129</sup>.

In particolare, essa ha avuto modo di evidenziare come l'estensione del trattamento del soggetto residente a quello non residente non si limita al riconoscimento delle condizioni di carattere personale del soggetto passivo (deduzioni e detrazioni per oneri personali o familiari) ma deve essere salvaguardata per ogni ulteriore fattispecie di carattere sia formale che sostanziale in cui il diverso trattamento potrebbe risultare discriminatorio. Il riferimento è, ad esempio, alle regole relative alla determinazione del reddito (riconoscimento della deducibilità delle spese relative alla produzione del reddito)<sup>130</sup> ovvero alle norme in materia di riscossione e di accertamento.

Per quanto riguarda, in particolare, le ritenute alla fonte applicate ai soggetti non residenti, esse possono considerarsi legittime fintantoché la loro concreta applicazione pregiudichi il riconoscimento di circostanze che possano incidere sulla corretta determinazione dell'imposta.

Il principio del trattamento nazionale comprende in specie le aliquote dell'imposta, con alcuni *caveat*.

Ove l'imposta personale su un residente sia un'imposta proporzionale, cioè con aliquota costante, non v'è dubbio che la stessa aliquota dovrà applicarsi ai non residenti. Ove invece l'imposta personale sia a carattere progressivo (con una pluralità di aliquote ovvero con

---

<sup>129</sup> Cfr. Corte Giust. UE, 12 maggio 1998, causa C-336/96, *Gilly*; Corte Giust., 12 dicembre 2002, causa C-385/00, *De Groot*, Corte Giust. 1° luglio 2004, causa C-169/03, *Wallentin*.

<sup>130</sup> In questo senso Corte Giust., 12 giugno 2003, causa C-234/01, *Arnoud Gerritse*.

aliquota unica e minimo esente) si pone il problema di quale delle varie aliquote previste sia lecito applicare (se la più bassa, la più alta ovvero una media tra le aliquote previste).

Si è visto come, nella sentenza Schumacker, la Corte abbia optato per una soluzione basata sul criterio di ragionevolezza, che pure non è estraneo al principio di non discriminazione. Se infatti si pone mente alla formulazione del principio, si osserva il rinvio, quasi come clausola di chiusura, ad un criterio di ragionevolezza, laddove si afferma che eventuali disparità di trattamento, ove consentite a tutela di interessi ritenuti degni di tutela non devono tuttavia assurgere al rango di discriminazioni arbitrarie e irragionevoli. Nella disposizione in parola il canone di ragionevolezza interviene come correttivo/limite del potere scriminante di interessi confliggenti con quello alla libera circolazione, e tuttavia meritevoli di tutela. Siamo, cioè, sul piano delle cause di giustificazione, la cui operatività implica sempre un bilanciamento di valori che non può non essere guidato dalla ragionevolezza.

Nel caso in esame il problema viene, invece, affrontato sul piano della esistenza o meno di una discriminazione poiché la Corte, in un approccio di tipo sostanzialistico, ha equiparato la verifica circa il carattere discriminante di una norma alla valutazione in ordine all'esistenza di una legittima causa di giustificazione (considerazioni che si pongono, invece, su piani nettamente distinti)<sup>131</sup>.

Si parte dal presupposto che le situazioni non siano comparabili ai fini dell'applicazione della scala delle aliquote, le considerazioni sono le stesse che giustificano il diniego delle agevolazioni personali al non residente, seppure sotto altro profilo.

Con riferimento a queste fasi intermedie la posizione della Corte non è univoca. In particolare non appare definito il regime delle cause di giustificazione invocabili dagli Stati per giustificare una misura che appaia indirettamente, o materialmente, discriminante. Semplificando i termini della questione si può dire che in un primo momento la Corte ha posto la questione in termini di comparabilità delle situazioni in esame. Così nel caso *Sotgiu*, citato, in cui per la prima volta viene delineato il concetto di discriminazione indiretta, la Corte affronta altresì il problema delle cause di giustificazione, osservando che la differenza di trattamento tra lavoratori residenti e lavoratori non residenti con riferimento all'ammontare dell'indennità di separazione, poteva *“essere giustificata dal fatto che i dipendenti residenti nel territorio nazionale godono dell'indennità di separazione per un periodo di tempo limitato e sono obbligati a trasferire la propria residenza nel luogo di servizio, mentre i lavoratori di qualunque nazionalità, con residenza all'estero, non sono tenuti al trasloco e godono dell'indennità di separazione a tempo indeterminato”*(punto 12 della motivazione). Su questa base i giudici concludono che: *“non si può parlare di discriminazione contraria al Trattato ed al regolamento n. 1612/68 se, confrontando i due sistemi di indennità nel loro complesso risulta che il lavoratore con residenza all'estero non è svantaggiato rispetto al lavoratore residente nel territorio nazionale”*.

L'argomentazione svolta dai giudici presenta alcuni profili contraddittori in quanto confonde due questioni che sono distinte, ossia la questione relativa al carattere discriminatorio o meno della misura

nazionale in esame e la questione relativa alla giustificazione della misura riconosciuta discriminatoria<sup>132</sup>.

Si imposta in termini di giustificazione l'accertamento della comparabilità delle situazioni, laddove la comparabilità delle situazioni fa parte del test di discriminazione. Non c'è discriminazione là dove il trattamento differenziato riguarda situazioni diverse. Per contro l'esistenza di una causa idonea a giustificare una misura discriminante o restrittiva rappresenta un passo successivo, inteso a vagliare la compatibilità comunitaria di una discriminazione accertata. Nel linguaggio della Corte tuttavia i due piani sono spesso sovrapposti e confusi. L'esigenza di un chiarimento sul punto è stata avvertita anche dall'Avv. Gen. Jacobs, nelle conclusioni rese nel caso *Preussen Elektra*. Osserva in specie l'Avv. Gen. Jacobs, che la questione se una misura sia discriminatoria o meno appare logicamente distinta dalla questione se la misura discriminatoria sia o meno giustificata; peraltro l'Avvocato generale notava come alcune esigenze imperative, quali la tutela dell'ambiente, dovrebbero essere ammesse come cause di giustificazione anche con riferimento a misure discriminanti. Pertanto suggeriva una *relaxation* nella rigida distinzione tra le eccezioni previste dall'art. 30 del Trattato e le eccezioni consentite secondo la *Rule of reason* di cui alla sentenza *Cassis de Dijon*. Nonostante i suggerimenti dell'Avv. Gen. Jacobs, neanche nel caso *Preussen Elektra* la Corte ha fornito i chiarimenti sperati; tuttavia, pur non accogliendo espressamente l'approccio proposto dall'Avv. Jacobs, di fatto nella sentenza ha accolto come causa di giustificazione di una misura

---

<sup>132</sup> C. Monaco, *I principi di non discriminazione, non restrizione e ragionevolezza nel diritto comunitario e nel diritto del commercio internazionale: struttura, contenuto e incidenza sui sistemi fiscali nazionali*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 2006, pp. 451 ss..

discriminante l'esigenza di tutela dell'ambiente che non rientra tra le eccezioni di cui all'art. 30 del Trattato<sup>133</sup>.

Nella sentenza De Lasteyrie, la Corte di Giustizia ha confrontato il trattamento di un residente francese che si avvale della propria libertà di movimento con quello riservato ad un residente francese che non ha intenzione di cambiare la sua residenza<sup>134</sup>.

L'assimilazione *tout court* di fattispecie trasfrontaliere a quelle meramente interne ha, tuttavia, sollevato alcune obiezioni in dottrina<sup>135</sup>. In particolare, è stato sottolineato come situazioni interne e transfrontaliere non sono necessariamente comparabili: la società assoggettata all'*exit tax* fuoriesce dalla giurisdizione fiscale che le è stata propria fino al momento dell'uscita, circostanza che ovviamente non si verifica per un soggetto che non modifica la propria residenza fiscale<sup>136</sup>. Questa posizione, del resto, sembrerebbe emergere dalla sentenza Cartesio, laddove il campo di applicazione della libertà di stabilimento sembra incontrare il proprio limite nelle caratteristiche intrinseche dell'ordinamento giuridico degli Stati membri.

La giurisprudenza che emerge dalle sentenze Marks & Spencer e Deutsche Shell sembrerebbe suggerire che la Corte, nell'assolvimento della propria funzione di integrazione negativa, piuttosto che escludere,

---

<sup>133</sup> Si vedano le conclusioni relative alla causa, sulla libera circolazione delle merci, C-379/98, punti 206 e ss.. Si tratta, ora, dell'art. 34 TFUE.

<sup>134</sup> Causa C-9/02 De Lasteyrie, punto 46. Sul punto si veda C. Monaco, *I principi di non discriminazione, non restrizione e ragionevolezza nel diritto comunitario e nel diritto del commercio internazionale: struttura, contenuto e incidenza sui sistemi fiscali nazionali*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 2006, pp. 451 ss..

<sup>135</sup> Cfr. B. J.M. Terra - P. J. Wattel, *European Tax Law*, Kluwer Law International, 2012, p. 351.

<sup>136</sup> Henk P.A.M. van Arendonk, *Exit Taxes: Separation of Powers?*, in *EC Tax Review*, n. 2/2010, p. 61.

sulla base del principio di territorialità, la comparabilità di situazioni meramente interne a quelle transfrontaliere preferisce tutelare l'esercizio della potestà impositiva degli Stati a livello di cause di giustificazione, una volta, però, aver rilevato la potenziale violazione del diritto dell'UE.

Cosicché, in dottrina è stato evidenziato come la circostanza che determinate eventi si verificano al di fuori della giurisdizione di un determinato Stato non esclude, di per sé, l'applicabilità del principio di uguaglianza<sup>137</sup>.

In *Bosal Holding BV*, la Corte, nel verificare l'eventuale presenza di una qualche discriminazione, sembra, in un certo senso, trascurare l'analisi di comparabilità concentrandosi direttamente sul diverso trattamento tra situazioni transfrontaliere ed interne<sup>138</sup>. Nella sentenza *De Groot*, inoltre, lo Stato di residenza è tenuto a concedere al contribuente detrazioni a carattere personale, nonostante una parte del suo reddito da lavoro dipendente non sia soggetto a tassazione in tale Stato<sup>139</sup>.

Le sentenze *Bosal* e *De Groot* sembrano dimostrare che, in presenza di determinate condizioni, l'obbligo di ripristinare la "simmetria fiscale" all'interno dell'Unione ricada sullo Stato che non estende i benefici previsti dalla propria legislazione nazionale ai soggetti che si avvalgono delle libertà fondamentali<sup>140</sup>.

---

<sup>137</sup> Cfr. S. Douma, *The Three Ds of Direct Tax Jurisdiction: Disparity, Discrimination and Double Taxation*, in *European Taxation* 46, n. 11/2006, p. 530.

<sup>138</sup> Sent. 18 settembre 2003, causa C-168/01 *Bosal Holding BV v. Staatssecretaris van Financiën*, punto 27.

<sup>139</sup> Sent. 12 dicembre 2002, causa C-385/00, *De Groot v. Staatssecretaris van Financiën*.

<sup>140</sup> Tale conclusione è stata oggetto di critica in dottrina, la quale ha affermato che la Corte, in tal modo, imponendo allo Stato membro di rimuovere la misura discriminatoria, determinata esclusivamente dall'esercizio congiunto, da parte di ciascuno Stato, della propria potestà tributaria, avrebbe agito come un vero e proprio legislatore (cfr. P. Wattel, nota a Corte di Giustizia 7 settembre 2004, causa C-319/02, *Petri Mikael Manninen*, BNB 401/2004, punto 11).

Nella sentenza Oy AA, la Corte ha affermato che un diverso trattamento dei trasferimenti effettuati alla propria consociata residente e quelli effettuati a favore di una consociata non residente costituisce una discriminazione. In questo caso, a tale conclusione la Corte è pervenuta sulla base, proprio, del giudizio di comparabilità, escludendo che la posizione delle due consociate (residente e non residente) fosse assimilabile. Rifiutando questo argomento, la Corte ha sottolineato come lo scopo della norma relativa alla deducibilità dei finanziamenti intragruppo ha per obiettivo quello di sopprimere gli svantaggi fiscali propri alla struttura di un gruppo di società, permettendo una perequazione in seno ad un gruppo comprendente società che realizzano utili e società che subiscono perdite. Secondo la normativa nazionale finlandese, infatti, il trasferimento infragruppo non viene *tout court* assimilato ad una spesa ma ne è prevista la deducibilità esclusivamente laddove costituisca reddito per il beneficiario<sup>141</sup>.

In una situazione transfrontaliera, invece, laddove il beneficiario non è soggetto all'imposta nello Stato membro dell'autore del trasferimento, quest'ultimo Stato non può garantire che il trasferimento sia considerato, per quanto concerne tale beneficiario, come reddito imponibile. Il fatto che lo Stato membro dell'autore del trasferimento permetta la deduzione del trasferimento dai redditi imponibili di quest'ultimo non garantisce, dunque, che l'obiettivo perseguito dalla disciplina applicabile ai trasferimenti venga raggiunto<sup>142</sup>.

---

<sup>141</sup> Cfr. sent. 18 luglio 2007, causa C-231/05, Oy AA, punto 35.

<sup>142</sup> Cfr. sent. 18 luglio 2007, causa C-231/05, Oy AA, punto 36.

Sulla base di tali considerazioni, la regola che distingue tra fattispecie nazionali e *cross-border* non può raggiungere lo scopo cui è destinata e, pertanto – secondo la Corte – non può che risultare restrittivo.

È interessante notare che le opinioni sui casi N., Manninen<sup>143</sup> e Oy AA sono state svolte tutte dall'avvocato generale Kokott. In tutti questi casi, l'avvocato generale, al fine di stabilire la corrispondenza delle situazioni nazionali e *cross-border*, si è posto sostanzialmente due domande.

La prima riguarda certamente lo scopo perseguito attraverso la norma di cui si discute. La seconda, se il diverso trattamento di fattispecie a rilevanza meramente interna e fattispecie transfrontaliere sia in grado di raggiungere tale scopo (c.d. *purpose of legislation test*).

Anche la considerazione per la quale lo Stato membro di provenienza debba tenere in considerazione ogni eventuale decremento nel valore delle attività della società che trasferisce la propria residenza in un diverso Stato membro sembrerebbe derivare dal medesimo criterio di giudizio sopra descritto che assimila le fattispecie transfrontaliere a quelle meramente interne. Un approccio teso a conseguire “simmetrie fiscali” all'interno dell'Unione ma che comporta il rischio del raggiungimento di tale obiettivo a danno di uno degli Stati interessati<sup>144</sup>.

Appare evidente, tuttavia, come, nelle fattispecie di trasferimento intraUE, non sia sufficiente stabilire la sussistenza di alcuna differenza di trattamento fiscale al fine di appurare l'esistenza di una restrizione all'esercizio delle libertà fondamentali.

---

<sup>143</sup> Cfr. sent. 7 settembre 2004, causa C-319/02, Manninen.

<sup>144</sup> Cfr. B. J.M. Terra - P. J. Wattel, *European Tax Law*, Kluwer Law International, 2008, p. 351.

La fattispecie sottoposta all'attenzione della Corte con la sentenza N. può dar luogo ad un salto d'imposta laddove lo Stato di destinazione riconosca il valore di mercato delle attività trasferite<sup>145</sup>. Una soluzione a tali problematiche potrebbe rinvenirsi nella posizione assunta dalla Corte nella sentenza Marks & Spencer, dove essa ha accettato come causa giustificazione il rischio che le perdite, realizzate in un determinato Stato membro, possano trovar riconoscimento in due diversi ordinamenti (Stato della casa madre e Stato dell'affiliata che ha realizzato le perdite). Allo stesso tempo, tuttavia, la Corte ha sottolineato che l'esclusione della possibilità di dedurre la perdita risulterebbe sproporzionata nel caso in cui il contribuente dimostri alle autorità fiscali di aver esaurito tutte le altre possibilità di recuperare tali perdite<sup>146</sup>.

Nella sentenza Manninen, la Corte ha stabilito che lo Stato membro sia tenuto a concedere il credito d'imposta sui dividendi al soggetto residente (assimilando così la posizione di quest'ultimo a quella tipica delle fattispecie a rilevanza meramente interna) per l'imposta sostenuta dalla società non residente. La soluzione proposta nasce dall'obbligo che grava su ciascuno Stato membro di riconoscere – secondo il principio di mutuo riconoscimento – le rispettive leggi nazionali, a nulla rilevando *“eventuali difficoltà circa la determinazione dell'imposta effettivamente pagata”* che *“non possono, ad ogni modo, giustificare un ostacolo alla libera circolazione dei capitali quale quello derivante dalla normativa di cui trattasi nella causa principale”*<sup>147</sup>. Questa soluzione, tuttavia, non esclude la possibilità che si

---

<sup>145</sup> Cfr. M. Lang, *Die gemeinschaftsrechtlichen Rahmenbedingungen für “Exit Taxes” im Lichte der Schlussanträge von GA Kokott in der Rechtssache N.*, in *Steuer und Wirtschaft International* 16, 5/2006, p. 220.

<sup>146</sup> Cfr. causa C-446/03 Marks & Spencer, punti 47–48 e 55–56.

<sup>147</sup> Cfr. causa C-319/02, Manninen. Si veda anche la sentenza 4 marzo 2004, causa C-334/02, Commissione/Francia, punto 29.

verifichino salti d'imposta almeno fintantoché l'onere della prova incomba sullo Stato membro<sup>148</sup>. Alla luce della scarsa efficacia della direttiva del Consiglio in materia di assistenza reciproca fra gli Stati membri nel settore delle imposte dirette<sup>149</sup>, infatti, la Corte di Giustizia, nell'attenersi al metodo sopra illustrato, rischia di falsare le "simmetrie impositive" all'interno dell'UE.

### **3. I criteri rilevanti ai fini della verifica della comparabilità delle situazioni esaminate**

E' noto che – come più volte sottolineato dalla stessa Corte di giustizia – la comparabilità tra una fattispecie a rilevanza comunitaria ed una fattispecie puramente interna deve essere valutata alla luce dell'obiettivo perseguito dalle disposizioni nazionali oggetto di valutazione<sup>150</sup>.

In quest'ottica, si deve osservare come, con riguardo ai diversi criteri di tassazione dei soggetti residenti e di quelli non residenti, nel primo caso la soluzione tipicamente (anche se non sempre) adottata dagli Stati sia quella improntata al *world wide principle* mentre, per i secondi, i

---

<sup>148</sup> Cfr. punto 54 della sentenza.

<sup>149</sup> Si tratta, come noto, della Direttiva del Consiglio, del 19 dicembre 1977, relativa alla reciproca assistenza fra le autorità competenti degli Stati membri nel settore delle imposte dirette e di quelle sui premi assicurativi (77/799/CEE). La Corte, in proposito, ha sottolineato come tale direttiva si limiti a prevedere la cooperazione da parte degli Stati membri senza, tuttavia, precisarne metodi e strumenti e non costituisce certamente una misura di armonizzazione (cfr. sent. 21 luglio 2005, causa C-349/03, *Commission v. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, punti 41–50).

<sup>150</sup> In questo senso, sentenze 8 marzo 2001, cause riunite C-397/98 e C-410/98, *Metallgesellschaft*; 18 luglio 2007, causa C-231/05, *Oy AA*; 27 novembre 2008, causa C-418/07, *Papillon*.

regimi di tassazione solitamente applicati sono ispirati al principio di territorialità. Ciò deriva da diversi fattori. In primo luogo perché ciò risponde ai principi di solidarietà e di capacità contributiva (per quanto riguarda gli ordinamenti dei Paesi che, come l'Italia, a tali principi sono ispirati) ed, inoltre, perché la stessa capacità contributiva può essere compiutamente determinata dal solo Stato di residenza. La tassazione del soggetto residente è, piuttosto, ispirata al principio del beneficio, secondo cui l'ammontare d'imposta richiesta a quest'ultimo costituisce una forma di partecipazione agli oneri pubblici proporzionata al beneficio derivante da un legame considerato in qualche modo comunque parziale con lo Stato della fonte<sup>151</sup>.

La Corte di giustizia tende, tuttavia, a superare, ai fini del giudizio di comparazione, questa divergenza di prospettive e, seppur ribadendo – come già ricordato – l'esistenza di oggettivi elementi di distinzione tra posizione del non residente con quella del soggetto residente, sottolinea come tali divergenze non consentano, di per sé, di escludere ogni possibilità di confronto tra le diverse fattispecie considerate.

Ciò spiega, del resto, il più ampio spettro applicativo del principio comunitario di non discriminazione rispetto all'omologo principio di matrice convenzionale.

Difatti, a differenza che nella prassi applicativa della clausola "non discriminatoria" di matrice convenzionale (e, segnatamente, quella recata

---

<sup>151</sup> Si vedano Boidi, *Commento alla legge sull'imposta complementare progressiva sul reddito*, Torino, 1937, pp. 59 ss.; R. Baggio, *Il principio di territorialità ed i limiti alla potestà tributaria*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 226 ss.; Sacchetto, *L'evoluzione del principio di territorialità e la crisi della tassazione del reddito mondiale nel Paese di residenza*, in *Riv. dir. trib. int.*, n. 2/2001, pp. 52 ss.; Uckmar, *La tassazione degli stranieri in Italia*, Padova, Cedam, 1955, pp. 211 ss.; A. Fedele, *Imposte reali e imposte personali nel sistema tributario italiano*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 2007, pp. 467 ss..

dall'art. 24 del Modello di Convenzione OCSE) – la quale, come noto, esclude ogni possibilità di paragonare soggetti privi di comune “residenza”<sup>152</sup> – nella giurisprudenza della Corte di giustizia risulta notevolmente ampliato l’ambito dello scrutinio di discriminazione delle norme tributarie, aprendo il confronto a fattispecie che si presentano, tra loro, del tutto eterogenee per quanto attiene i rispettivi indici di collegamento territoriale (fonte e residenza).

A tal fine, la Corte ricorre ad una affermazione di principio sulla scorta della quale ritiene di poter subordinare le differenti finalità sottese

---

<sup>152</sup> L'articolo 24 del Modello di Convenzione OCSE, al paragrafo 1, nella sua versione inglese recita: “*Nationals of a Contracting State shall not be subjected in the other Contracting State to any taxation or any requirement connected therewith, which is other or more burdensome than the taxation and connected requirements to which nationals of that other State in the same circumstances, in particular with respect to residence, are or may be subjected. This provision shall, notwithstanding the provisions of Article 1, also apply to persons who are not residents of one or both of the Contracting States*”. Il Commentario all’art. 24 del Modello interpreta nel senso, radicale, di escludere qualsiasi comparabilità tra residenti e non residenti. Difatti, mentre il paragrafo 1 del Commentario all’art. 24 – nella sua forma più recente (luglio 2010) – evidenzia che “*the Article should not be unduly extended to cover so called undirect discrimination*”, il paragrafo 7 chiarisce esplicitamente che l’espressione “*in the same circumstances would be sufficient by itself to establish that a taxpayer who is resident of a Contracting State and one who is not a resident of that State are not in the same circumstances*”. Sul principio di non discriminazione di fonte convenzionale si cfr., tra gli altri, K. Van Raad, *Issue in the Application of Tax Treaty Non-Discrimination Clauses*, in *Bulletin for International fiscal Documentation*, 1988, p. 347; K. Vogel, *On Double Taxation Conventions*, Londra, 1997, p. 1286; P. Adonnino, *General Report – Non Discrimination Rules in International Taxation*, in *IFA Cahiers de Droit Fiscal International*, Deventer, 1993; C. Sacchetto, *Italy – Non Discrimination Rules in International Taxation*, in *IFA Cahiers de Droit Fiscal International*, 1993; L. Hinnekens, P. Hinnekens, *General Report – Non-discrimination at the Crossroads of International Taxation*, in *IFA Cahiers*, 2008, Rotterdam; L. Dell’Anese, *Il principio di non-discriminazione nel diritto internazionale tributario*, in *Dir. prat. trib. int.*, 1/2001, p. 70; F. Amatucci, *Il principio di non discriminazione fiscale*, Padova, 2003, *passim*; Id., *La discriminazione di trattamento nel Modello OCSE*, in V. Uckmar (coordinato da), *Diritto Tributario Internazionale*, Padova, 2005, p. 771. Cfr. inoltre, sulle diverse configurazioni del principio di non discriminazione, B. Santiago, *Non-Discrimination Provisions at the Intersection of EC and International Tax Law*, in *European Taxation*, 2009, p. 249.

ai regimi rispettivamente applicabili al residente ed al non residente e che trova il proprio fondamento nella comune condizione di soggetto passivo assunta da entrambi rispetto all'ordinamento di uno Stato membro.

La Corte di Giustizia ha, infatti, in più occasioni sottolineato come, nonostante la previsione di un diverso trattamento (fiscale) a fattispecie reddituali domestiche rispetto a quelle transfrontaliere non possa, di per sé, esser considerata discriminatoria – non essendo le stesse fattispecie necessariamente paragonabili l'una all'altra – esse risultano, tuttavia, paragonabili laddove uno Stato membro decida di assoggettare entrambi i soggetti – quello residente nel primo caso e quello non residente nel secondo caso – al proprio potere impositivo<sup>153</sup>.

In sostanza, quale che sia il titolo – fonte o residenza – in funzione del quale uno Stato membro decida di assoggettare alla propria potestà tributaria due fattispecie reddituali – una domestica e l'altra transfrontaliera – il regime di tassazione applicato deve risultare sostanzialmente conforme per entrambe.

E' singolare, in questo ambito, riscontrare la sostanziale intercambiabilità e specularità del modello di comparazione impiegato dalla Corte negli uni e negli altri casi.

---

<sup>153</sup> Sono molteplici le pronunce della Corte di Giustizia che riguardano l'esercizio "in uscita" delle libertà fondamentali e che predicano, in questo senso, la comparabilità tra i residenti di uno Stato membro che si avvalgono del diritto comunitario, investendo o esercitando attività oltreconfine, e residenti di quello stesso Stato che invece esercitano la loro attività o investono i propri capitali esclusivamente o prevalentemente in ambito domestico. Tra le ultime, si cfr. in particolare Corte di Giustizia, sentenza 22 gennaio 2009, causa C-377/07, Steko Industriemontage e sentenza 18 dicembre 2007, causa C-436/06, Grønfeldt, entrambe riguardanti normative che sancivano una differenza nel trattamento fiscale di investimenti azionari in base alla fonte del reddito. In questo senso, si v., tra le altre, sentenza 26 giugno 2008, causa C-284/06, Burda.

Laddove, infatti, appare discriminato l'esercizio "in uscita" di una delle libertà fondamentali, la Corte ripropone specularmente metodi impiegati nel quadro di vertenze relative alla tassazione dei non residenti, in specie quelle concernenti la compatibilità comunitaria dei regimi di imposizione alla fonte (nelle quali, quindi, è l'esercizio "in entrata" delle libertà fondamentali ad essere oggetto di discussione): in entrambe le ipotesi, la Corte assume, come presupposto di partenza per la verifica di comparabilità tra fattispecie transfrontaliere e domestiche, la circostanza che lo Stato assoggetti le une e le altre – non importa se in qualità di Stato di residenza oppure della fonte – alla propria sovranità fiscale<sup>154 155 156</sup>.

---

<sup>154</sup> L'approccio è reso evidente dalle numerose pronunce in tema di dividendi ("in entrata" e "in uscita"), contesto nel quale la struttura del ragionamento proposto dalla Corte di Giustizia si atteggia nei seguenti termini: (i) rispetto allo stato membro di residenza, un azionista residente che riceve dividendi di una società estera (comunitaria) non versa in circostanze diverse da quelle proprie di un socio residente che percepisce dividendi da fonte domestica, se il predetto stato assoggetta entrambi (e, per entrambi, in qualità di stato della residenza) al suo potere impositivo; (ii) parimenti, rispetto allo stato della fonte dei dividendi – i.e. lo Stato di residenza della società distributrice – l'azionista non residente non si trova in una posizione diversa da quella dell'azionista residente, se lo Stato decide di assoggettare entrambi (rispettivamente, in qualità di Stato della fonte ed in qualità di Stato della residenza) al proprio potere impositivo.

<sup>155</sup> Si cfr., *inter alia*, Corte di Giustizia, sentenza 6 marzo 2007, causa C-292/04, Meilike, in cui è giudicato contrario alla libera circolazione dei capitali il regime tedesco di imposizione dei dividendi di fonte estera che, all'epoca dei fatti controversi, stabiliva una ingiustificata disparità di trattamento tra gli azionisti di società residenti in Germania – beneficiari di un credito d'imposta integrale rapportato all'imposta effettivamente già assolta dalla società – e gli azionisti di società non residenti – nei cui confronti il credito d'imposta così strutturato non era applicabile; sugli stessi argomenti, Corte di Giustizia, sentenza 7 settembre 2004, causa C-319/02, *Manninen*. Cfr., inoltre, Corte di Giustizia, sentenza 6 giugno 2000, causa C-35/98, *Verkoijen*, riguardante la (mancata) applicazione del sistema dell'esenzione per i dividendi di fonte estera.

<sup>156</sup> Cfr., tra le più recenti, Corte di Giustizia, sentenza 3 giugno 2010, causa C-487/08, Commissione v. Spagna; sentenza 19 novembre 2010, causa C-540/07, Commissione v. Italia, in *Rass. trib.*, n. 2/2010, con commento di C. Bottazzi, *Tra affermazione delle libertà comunitarie e difesa della sovranità statale: la Corte di Giustizia condanna l'Italia per il previgente sistema di ritenuta sui dividendi versati a non residenti*; sentenze 1 ottobre 2009, causa C-

Invero, nell'ottica della Corte di Giustizia appare poco rilevante la circostanza che lo stato membro, la cui normativa si discute, eserciti il potere impositivo in veste di ordinamento della residenza oppure della fonte reddituale. Nell'impostazione fatta propria dalla Corte, infatti, fonte e residenza<sup>157</sup> appaiono categorie strumentali, il cui apporto tende a

---

247/08, *Gaz de France* e 18 giugno 2009, causa C-303/07, *Aberdeen*, in *Riv. Dir. trib.*, 4/2010, pag. 210, con nota di commento di G. Costa, *Ancora sul regime fiscale dei dividendi "in uscita" in contesto comunitario*; 22 dicembre 2008, causa C-48/07, *Les Verges des Vieux*; 26 giugno 2008, causa C-284/06, *Burda*; 12 dicembre 2006, causa C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*. In dottrina, si cfr. M. Lang, *ECJ case law on crossborder dividend taxation - recent developments*, in *EC Tax Review*, 2008, pag. 67; P. Pistone, *Taxation of Cross-border Dividends in Europe: Building up Worldwide Tax Consistency*, in *Tax Law Review*, Fall-Winter, 2008, 67; M. Helminen, *The future of Source State Dividend Withholding Taxes in Finland and the European Union*, in *European Taxation*, 2008, pag. 354; Cadosch, Fontana, Russo, Szudoczky, *The 2006 Leiden Alumni Forum on Taxation of Cross-Border Dividends in Europe and the Relation with Third Countries: the Cases Pending Before the European Court of Justice*, in *Intertax*, 2006, pag. 622. Per la dottrina italiana si segnalano F. Bulgarelli, *Imposizione nazionale di utili intracomunitari e compatibilità dei regimi convenzionali e comunitari*, in *Rass. trib.* n. 2/2007, pag. 629; G. D'Angelo, *La Corte di Giustizia conferma: le ritenute sui dividendi in uscita sono incompatibili con la libera circolazione dei capitali*, in *Rass. trib.* n. 6/2007, pag. 1898; F. Menti, *Gli utili distribuiti dalla società controllata alla società controllante e la questione dell'applicazione della ritenuta alla fonte*, in *Riv. dir. trib.*, 4/2008, pag. 306; M. Tenore, *Tassazione dei dividendi in uscita, approccio pan-europeo e potestà impositiva dello Stato della fonte*, in *Riv. dir. trib.*, 4/2007, pag. 119.

<sup>157</sup> Come noto, fonte e residenza rappresentano concetti-chiave del diritto tributario internazionale, dove sono intese ora come indici di collegamento territoriale del presupposto d'imposta (sul tema cfr., senza pretese di esaustività, C. Sacchetto, *Territorialità (diritto tributario)*, in *Enc. Dir.*, XLIV, Milano, 1992; R. Lupi, *Territorialità del tributo*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXXI, Roma, 1994; A. Manganelli, *Territorialità dell'imposta*, in *Dig. Disc. Priv.*, sez. comm., XV, Torino, 1998, p. 366; G.C. Croxatto, *La imposizione delle imprese con attività internazionale*, Padova, 1965, p. 21; G.A. Micheli, *Problemi attuali di diritto tributario nei rapporti internazionali*, in *Dir. prat. trib.*, 1965, I, 217; le monografie di G. Fransonì, *La territorialità nel diritto tributario*, Milano, 2004, e R. Baggio, *Il principio di territorialità ed i limiti alla potestà tributaria*, Milano, 2009), ora come sinonimi dei diversi approcci degli Stati alla determinazione del reddito imponibile (tassazione territoriale *vis à vis* tassazione mondiale) (in argomento, cfr. tra gli altri K. Vogel, *World-wide vs. Source Taxation of Income – A Review and Re-evaluation of Arguments*, in *Intertax*, 1988, p. 318; G. Marino, *L'unificazione del diritto tributario internazionale: tassazione mondiale verso tassazione territoriale*, in *Aa.Vv.*, *Studi in onore di Victor Uckmar*, Padova, 1997).

esaurirsi nell'enunciazione dello stato (appunto, della residenza o della fonte) la cui norma tributaria provoca effetti discriminatori sulle libertà comunitarie e che, di conseguenza, è tenuto ad attenuare o rimuovere tali effetti<sup>158</sup>.

Alla luce di quanto sopra, appare evidente come dall'orientamento giurisprudenziale consolidato – al di là dell'argomentazione offerta dalla Corte che non appare pienamente convincente – emerge che la diversa *ratio* delle normative nazionali applicabili ai soggetti residenti e a quelli non residenti non costituisca un ostacolo all'effettuazione del giudizio di comparabilità ma, piuttosto, uno degli elementi utili al fine di un corretto elaborazione dello stesso.

Da ciò consegue che, laddove, poi, sia dato riscontrare la comparabilità delle fattispecie esaminate nonché la discriminatorietà della misura adottata nei confronti del soggetto non residente, il legislatore

---

<sup>158</sup> La Corte di Giustizia compie un passo ulteriore nel senso inteso da autorevole dottrina: secondo G. Frasoni, *La territorialità nel diritto tributario*, Milano, 2004, pp. 365 ss. e, adesivamente, R. Franzé, *Principio comunitario di non discriminazione fiscale e trattamento della nazione più favorita*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 4/2005, 1929, il baricentro del giudizio di comparabilità – tradizionalmente intesa, quest'ultima, come uguaglianza di situazioni basata su elementi di tipo oggettivo – sarebbe spostato ad un livello più profondo, e cioè su quello dell'identità del grado di appartenenza dei soggetti alla collettività dello Stato rispetto alle cui spese entrambi sono chiamati a concorrere. Dunque, vero è che le situazioni di residenti e non residenti, in linea di principio, non sono analoghe, in quanto presentano differenze oggettive per quanto attiene sia la fonte dei redditi, sia la capacità contributiva personale e la situazione familiare prese in considerazione dallo Stato; tuttavia, il grado della rispettiva appartenenza all'ordinamento si rivelerebbe anche in circostanze inesprese dai tradizionali criteri (formali) di collegamento territoriale. Con questa consapevolezza, la Corte ha, ad esempio, riconosciuto l'inesistenza di oggettive differenze – tali, quindi, da rendere ammissibile una disparità di trattamento – tra soggetti residenti di uno Stato membro e i residenti di un altro Stato membro che nel primo producono una parte essenziale dei propri redditi (Corte di Giustizia, sentenza 14 febbraio 1995, causa C-279/93, *Schumacker*; sentenza 21 febbraio 2006, causa C-152/03, *Ritter-Coulais*; sentenza 18 luglio 2007, causa C-182/06, *Lakebrink*; sentenza 16 ottobre 2008, causa C-527/06, *Renneberg*).

nazionale è tenuto a riservare a quest'ultimo lo stesso trattamento riservato al soggetto residente<sup>159</sup>. Non sarà, dunque, legittimo prevedere a carico del soggetto non residente obblighi o oneri non previsti per vicende a rilevanza meramente interna, obblighi o oneri che possono assumere diverse forme: aliquote d'imposta più elevate<sup>160</sup>, ampliamenti della base imponibile<sup>161</sup>, oneri strumentali di natura procedimentale od amministrativa<sup>162</sup>.

### **3.1. (Segue) La comparabilità in relazione ai differenti regimi impositivi tipicamente applicabili ai soggetti residenti e non residenti**

Sancita, dunque, la necessità di un raffronto tra la posizione del soggetto residente e di quello non residente qualora entrambi siano assoggettati a tassazione da un determinato Stato membro, la Corte ha avuto modo di indagare più in dettaglio, in talune sentenze, alcune tra le differenze che tradizionalmente riguardano i regimi fiscali applicabili rispettivamente a soggetti residenti e non residenti.

---

<sup>159</sup> Non si deve, tuttavia, dimenticare un'importante evoluzione del giudizio della Corte nel senso di considerare ragionevole anche la comparazione tra due fattispecie entrambe transfrontaliere sottolineata in dottrina da Lang, *Recent Case Law of the ECJ in Direct Taxation: Trends, Tensions and Contradictions*, in *EC Tax Review*, 2009, 98 ss..

<sup>160</sup> Si cfr., sul punto, causa C-311/97, *Royal Bank of Scotland*.

<sup>161</sup> Si cfr. causa C-234/01, *Gerritse*. Il caso riguardava un lavoratore autonomo non residente tassato, nello stato della fonte del reddito, su una base imponibile superiore a quella prevista per i residenti.

<sup>162</sup> Si cfr. causa C-175/88, *Biehl*. Il caso riguardava soggetti che, privi di residenza in uno stato membro per lunga parte dell'anno, dovevano innescare una particolare procedura amministrativa per poter ottenere il rimborso dei propri crediti tributari, mentre invece i soggetti stabilmente residenti in tale stato potevano avvalersi di una procedura semplificata.

In primo luogo, si può ricordare, in proposito che la Corte di giustizia ha sottolineato come non osti all'analisi comparativa (tra la posizione del soggetto residente e quella del soggetto non residente) la circostanza che il tributo applicato sia riscosso con tecniche impositive differenti ed, in particolare, secondo la modalità tipica del soggetto residente (dichiarazione e versamento diretto) ovvero del non residente, ritenuta alla fonte.

Le ragioni stesse – di effettività è semplificazione dell'attività di riscossione, considerata l'indisponibilità al di fuori della propria giurisdizione<sup>163</sup>, da parte dello Stato impositore, di idonei strumenti di recupero dell'imposta nei confronti di soggetti (i debitori dei redditi mobiliari) residenti all'estero – che sono alla base della scelta per l'una o l'altra modalità di applicazione dell'imposta appaiono, anzi, sottolineare gli specifici aspetti di differenziazione tra le due fattispecie delle quali occorre tener conto al fine di poter ragionevolmente valutare la discriminatorietà del regime applicato al soggetto non residente.

Per un verso, dunque, la situazione del soggetto non residente non può ritenersi discriminatoria semplicemente in virtù dell'applicazione di modalità di prelievo differenti rispetto a quelli applicati al soggetto residente, d'altro canto, ciò non esclude che proprio una disciplina di questo tipo possa dar luogo ad uno squilibrio impositivo illegittimo a scapito del contribuente che effettua investimenti o attività oltreconfine, ingiustificatamente penalizzato rispetto ai contribuenti con attività puramente domestica.

---

<sup>163</sup> Ci si riferisce qui, in particolare, alla *jurisdiction to enforce*, intesa come potere dello Stato di far applicare – anche coercitivamente – le leggi tributarie all'interno dei propri confini territoriali (detta anche territorialità in senso formale). Sulla distinzione tra territorialità in senso formale e territorialità materiale, cfr. nt. 291 e, in particolare, C. Sacchetto, *Territorialità (diritto tributario)*, in *Enc. Dir.*, XLIV, Milano, 1992.

Nella causa *Truck Center*<sup>164</sup>, infatti, – in cui la Corte è stata chiamata a verificare se l’esercizio delle libertà fondamentali (in specie, libertà di stabilimento e libera circolazione dei capitali) ostasse ad un regime di ritenuta alla fonte che trovava applicazione esclusivamente con riguardo ai soli interessi destinati a società estere e che viceversa non colpiva gli interessi corrisposti a beneficio di società residenti – i giudici europei, pur riscontrando la presenza di un’asimmetria impositiva tra società residenti (che includevano gli interessi nella base imponibile dell’imposta societaria) e società non residenti (tassate con ritenuta sull’ammontare lordo degli interessi loro corrisposti) rilevavano che le due situazioni non fossero paragonabili, giacché le “*diverse modalità di applicazione dell’imposta costituiscono il corollario del fatto che società beneficiarie residenti e non residenti sono soggette ad imposizioni diverse*” (punto 46) e le “*diverse tecniche impositive rispecchiano la differenza delle situazioni nelle quali si trovano dette società per quanto riguarda la riscossione dell’imposta*” (punto 47).

Seguendo l’ordine scandito nella sentenza *Truck Center*, pertanto, tecniche impositive differenti in funzione della residenza del contribuente potrebbero addirittura escludere la comparabilità tra fattispecie interne e transfrontaliere.

Senonché, il carattere peculiare di tale impostazione è rivelato dalle numerose pronunce in tema di dividendi (in uscita), nelle quali emerge che l’applicazione di diverse modalità di prelievo non può ostare alla comparabilità tra azionisti residenti e non residenti<sup>165</sup>.

---

<sup>164</sup> Corte di Giustizia, sentenza 22 dicembre 2008, causa C-282/07, *Truck Center*, con commento critico di L. De Broe, *Are we heading towards an Internal Market without dividend withholding tax but with interest and royalty withholding tax? Some observations on Advocate General’s Kokott opinion in Truck Center*, in *EC Tax Review*, 2009, 2.

<sup>165</sup> Tra le tante, cfr., da ultimo, Corte di Giustizia, sentenze 3 giugno 2010, causa C-487/08, *Commissione v. Spagna* e 19 novembre 2010, causa C-540/07, *Commissione v. Italia*.

Una recente sentenza in tema di redditi di capitale transfrontalieri<sup>166</sup>, arricchisce questo secondo filone interpretativo, promovendo metodi e provocando soluzioni opposte a quelli enunciati nella sentenza *Truck Center*.

In tale differente prospettiva, occorre riconoscere che se, in principio, calibrare le tecniche impositive in funzione di esigenze di effettività del prelievo, nonché in ragione della natura dei soggetti passivi e delle tipologie reddituali considerate<sup>167</sup> rappresenta una legittima prerogativa di politica tributaria<sup>168</sup>, ciò non può tuttavia condurre a un maggior gravame fiscale a scapito di (contribuenti impegnati in) attività transfrontaliere rispetto a (contribuenti impegnati in) attività domestiche (tra le altre, sentenza *Gerritse*, nel dispositivo<sup>169</sup>).

Deriva, da questa più rigorosa visione, la legittimità di ritenute alla fonte applicate esclusivamente sui redditi corrisposti a soggetti non

---

<sup>166</sup> Si tratta della sentenza 1° luglio 2010, *Dijkman*, causa C-233/09.

<sup>167</sup> È inevitabile volgere lo sguardo all'ordinamento italiano, dove è ormai metabolizzata la diversità di approccio alla tassazione delle persone fisiche – per le quali la tendenza è ad assoggettarne i redditi a forme di prelievo alla fonte e ad imposte sostitutive, introducendo caratteri di spiccata realtà a fronte di un'imposta originariamente congegnata come personale e progressiva (sul punto, cfr., tra gli altri, A. Di Pietro, *Imposta sul reddito delle persone fisiche: principi generali*, in G. Gaffuri, M. Scuffi (coordinato da), *Lezioni di diritto tributario sostanziale e processuale*, Milano, 2009, 79) – e delle società ed enti ad esse assimilati – che, invece, proprio con la Riforma Ires del 2003, si affermano come autonomi soggetti passivi sui quali la tassazione personale è “accentrata”, con la conseguente rinuncia del legislatore a prevedere, nei loro riguardi, forme di prelievo diverse da quella che transita dalla dichiarazione e autoliquidazione dell'imposta (tra gli altri, in particolare, R. Lupi, *L'impianto generale dell'Ires*, in *Quaderni del ministero delle finanze*, 1/2004).

<sup>168</sup> E, in quanto tale, di regola immune al sindacato comunitario, che si disinteressa, tendenzialmente, delle modalità di esercizio del potere impositivo (in particolare, nei settori non armonizzati, qual è la fiscalità diretta).

<sup>169</sup> Corte di Giustizia, sentenza 12 giugno 2003, causa C-234/01, *Gerritse*. Dello stesso tenore le considerazioni della Corte nel caso *Bouanich* (sentenza 19 gennaio 2006, causa C-265/04).

residenti (tra le altre, sentenza *Scorpio*, punto 36<sup>170</sup>), così come di metodi di prelievo differenziati a seconda della localizzazione geografica delle sorgenti di reddito (sentenza *Dijkman*, punto 56), purché, in entrambi i casi, gli stessi non conducano a una tassazione superiore a svantaggio del contribuente con attività *cross-border* rispetto ad omologhi soggetti con attività puramente interna.

Nella sentenza *Dijkman* è dato, tuttavia, rinvenire ulteriori spunti di interesse. Il sistema, infatti, prevedeva, per gli interessi e i dividendi di fonte estera percepiti da persone fisiche residenti, l'ordinario regime dichiarativo (con la conseguente imposizione progressiva sul reddito complessivo realizzato) e l'applicazione dell'imposta comunale addizionale, a meno che il contribuente non si avvalesse, per la loro riscossione, di intermediari finanziari residenti in Belgio. In tal caso, avrebbe trovato applicazione un'imposta sostitutiva secondo il regime fiscale applicabile alla stessa tipologia di redditi qualora derivanti da fonte interna.

Detto sistema consentiva, dunque, al contribuente residente, titolare di redditi di capitale di fonte estera, di sottrarsi all'imposta comunale supplementare esclusivamente nell'ipotesi in cui avesse fatto ricorso, per la riscossione di tali redditi, ad un intermediario residente (caso in cui avrebbe subito la ritenuta liberatoria ad opera dell'intermediario stesso), generando una sorta di "alternativa obbligata" tra le due modalità impositive. Il contribuente belga aveva, cioè, facoltà di scelta tra un regime, quello dichiarativo, che determinava a suo carico una tassazione aggiuntiva (l'addizionale comunale), e un diverso regime, quello della

---

<sup>170</sup> Corte di Giustizia, sentenza 3 ottobre 2006, causa C-290/04, FKP Scorpio Konzertproduktionen GmbH.

ritenuta liberatoria, che pur consentendogli di sfuggire all'applicazione dell'addizionale comunale, lo obbligava ad avvalersi di un intermediario residente per il cui tramite riscuotere i proventi esteri.

Ed invero, in *Dijkman* le conseguenze del modello impositivo prescelto dal legislatore belga, seppur scomposte e analizzate nelle sue singole varianti (in specie: regime dichiarativo, regime della ritenuta liberatoria), sono, tuttavia, considerate nel loro insieme alla luce delle soluzioni a disposizione del contribuente (dichiarazione con applicazione di addizionale comunale/affidamento dell'incarico di riscossione ad un intermediario residente).

Che questa sia la cifra essenziale alla base del ragionamento della Corte, lo si evince dal dispositivo della sentenza, secondo cui *“l'articolo 56 CE osta ad una normativa di uno Stato membro in base alla quale contribuenti residenti in tale Stato membro, i quali percepiscano interessi o dividendi provenienti da collocamenti o da investimenti effettuati in un altro Stato membro, sono assoggettati ad un'imposta comunale addizionale qualora non abbiano scelto che tali redditi mobiliari siano loro versati da un intermediario stabilito nel loro Stato membro di residenza, mentre i redditi aventi stessa natura provenienti da collocamenti o da investimenti effettuati nel loro Stato membro di residenza, essendo assoggettati ad una ritenuta alla fonte, possono non essere dichiarati e, in tal caso, non sono soggetti a siffatta imposta”*.

L'incompatibilità consegue, in sostanza, alla peculiare interazione tra il regime dichiarativo (che genera l'assoggettamento all'imposta comunale) ed il meccanismo della ritenuta liberatoria (che genera l'onere per il contribuente di ricorrere ad un intermediario residente). Costituisce, dunque, frutto di una verifica complessiva dei possibili effetti delle discipline sottoposte all'analisi della Corte.

Non solo. In simili ipotesi, appare anche particolarmente difficoltoso – in assenza di una posizione netta della giurisprudenza comunitaria sul punto<sup>171</sup> – comprendere le contromisure che uno Stato, resosi responsabile di un inadempimento comunitario, dovrebbe intraprendere per porvi rimedio; in particolare non è chiaro quale dei

---

<sup>171</sup> La Corte di Giustizia, come di consueto, si limita ad affermare l'illegittimità della misura controversa senza individuarne i possibili strumenti correttivi. Gli effetti perversi di un'impostazione siffatta sono particolarmente evidenti nei casi in cui la Corte dichiara la contestuale incompatibilità della normativa interna considerata alla luce di due regimi comunitari, ad esempio il regime delle libertà e quello degli aiuti di Stato: ipotesi nella quale il legislatore potrebbe essere chiamato a intraprendere azioni diametralmente opposte per porre rimedio alle diverse situazioni di illegittimità – *videlicet*, rimborso dell'imposta restrittiva nei confronti dei soggetti discriminati e recupero degli aiuti illegittimi nei riguardi delle imprese avvantaggiate). Un esempio lo si ha nella sentenza 17 novembre 2009, causa C-169/08, Regione Sardegna (in *Rass. trib.* n. 1/2010, con commento di A. Carinci, *L'imposta sugli scali della Regione Sardegna: ulteriori indicazioni dalla Corte di Giustizia sui limiti comunitari all'autonomia tributaria regionale*). In quel caso, la Corte di Giustizia – interpellata dalla Corte Costituzionale italiana con ordinanza n. 103 del 15 aprile 2008 – sanciva l'incompatibilità dell'imposta sarda sullo scalo turistico degli aeromobili adibiti al trasporto privato di persone e delle unità da diporto (introdotta con la legge regionale n. 4/2006), sia con il principio di libera prestazione dei servizi – dacché essa si prestava ad incidere sulle attività economiche esercitate dai prestatori di servizi comunitari servendosi dei punti di approdo situati nel territorio regionale – sia con il divieto di aiuti di Stato – rilevando, in particolare, la selettività dell'imposta sarda nella misura in cui gravava esclusivamente sulle imprese non residenti nel territorio regionale, favorendo così le imprese sarde. Sennonché, posta nei predetti termini, la questione del rapporto tra i due profili di illegittimità comunitaria della norma sarda – che ripropone il più ampio tema del rapporto tra aiuti di Stato (che rappresentano misure di vantaggio concesse agli operatori nazionali, incompatibili con le regole della concorrenza) e disposizioni nazionali discriminatorie (che, di converso, introducono misure sfavorevoli per gli operatori esteri, incompatibili con il mercato comune sotto il distinto profilo dell'esercizio delle libertà fondamentali) – resta irrisolta: ed invero, se a prevalere fosse l'aspetto correlato alla libera prestazione di servizi, ne dovrebbe, coerentemente, discendere il rimborso, a favore delle imprese navali e aeree comunitarie, dell'imposta (incompatibile con il diritto comunitario perché discriminatoria) da loro in precedenza corrisposta alla Regione Sardegna; se, viceversa, dovesse prevalere la linea riguardante la concessione di un aiuto di Stato a favore delle imprese sarde, ne deriverebbe, a rigore, l'opposta conseguenza che tale aiuto – concesso sotto forma di esenzione dall'imposta alle imprese sarde – dovrebbe essere integralmente recuperato.

regimi colpiti dalla censura di incompatibilità debba essere investito da modifiche normative tali da rendere il sistema, nel suo complesso, virtuoso.

In ogni caso, la Corte sottolinea come “*in un simile contesto, la circostanza che detti redditi siano assoggettati a tecniche differenti di tassazione è proprio all’origine della differenza di trattamento che comporta che solo i redditi relativi ad investimenti o a collocamenti effettuati in un altro Stato membro sono necessariamente assoggettati all’imposta comunale addizionale, ma non riflette una situazione diversa per i contribuenti interessati relativamente a detta imposta*”<sup>172</sup>.

Con riguardo alla possibilità di scegliere offerta al contribuente, come fattore in grado di inibire o (potenzialmente) amplificare l’incompatibilità comunitaria del sistema tributario domestico, occorre, altresì, ricordare le cause *Papillon*<sup>173</sup> e *Gielen*<sup>174</sup>.

Nel primo caso, era in dubbio la legittimità – sotto il profilo della libera circolazione delle persone – del regime, opzionale, di consolidato fiscale francese (*integration fiscale*)<sup>175</sup>: di esso, la Corte operava una valutazione “atomistica”, prescindendo, cioè, da ogni considerazione in ordine ai possibili effetti compensativi, a beneficio del contribuente,

---

<sup>172</sup> Cfr. punto 46 della motivazione.

<sup>173</sup> Corte di Giustizia, sentenza 27 novembre 2008, causa C-418/07, *Papillon*, in *Riv. dir. trib.*, 4/2009, 123, con nota di F. Dami, *Un nuovo (ed interessante) intervento della Corte di Giustizia su libertà di stabilimento e regimi di consolidamento fiscale*.

<sup>174</sup> Corte di Giustizia, sentenza 18 marzo 2010, causa C-440/08, *Gielen*.

<sup>175</sup> Nel caso *Papillon* la Corte di Giustizia ha sancito l’incompatibilità con il diritto comunitario di stabilimento del regime di consolidato nazionale francese (*integration fiscale*), il quale impediva di includere nel perimetro di consolidamento società francesi controllate per il tramite di società intermedie ubicate in Stati membri diversi dell’Unione Europea.

derivanti dal coordinamento tra l'applicazione di detto regime e la disciplina tributaria ordinaria.

Nella sentenza *Gielen* la Corte, invece, guardava alle conseguenze del coordinamento tra disciplina tributaria opzionale e regime ordinario, sfiorando temi simili a quelli poi affrontati in *Dijkman* (ma sotto il diverso aspetto della libertà di stabilimento) e sollevando, in specie, l'interrogativo se la possibilità di fruire di una disciplina fiscale opzionale sia idonea a neutralizzare gli effetti discriminatori derivanti dall'applicazione di misure tributarie ordinarie<sup>176</sup>.

Nel caso esaminato dalla Corte, un contribuente non residente aveva difatti l'alternativa tra un regime, quello ordinario, dagli appurati effetti discriminatori (giacché graduava la deduzione delle spese in funzione della residenza del contribuente, circostanza, questa, che una consolidata giurisprudenza ritiene contraria al diritto comunitario, cfr. *inter alia* sentenza *Bouanich*<sup>177</sup>), ed uno, di tipo opzionale, che consentiva ai non residenti di essere trattati nello stesso modo di quelli residenti (c.d. opzione di equiparazione).

Sennonché, constatato che *“una tale scelta non può, nella fattispecie, escludere gli effetti discriminatori del primo di questi due regimi fiscali”* (punto 52 della sentenza), la Corte precisava che *“nel caso in cui fosse riconosciuto un siffatto effetto a tale scelta, questo avrebbe come conseguenza, come ha rilevato in sostanza l'avvocato generale al paragrafo 52 delle sue conclusioni, di convalidare un regime fiscale che rimane, di per sé, una violazione dell'art. 49 TFUE a causa del suo carattere discriminatorio”* (punto 53).

---

<sup>176</sup> Cfr. anche conclusioni dell'avvocato generale Dámaso Ruis-Jarabo Colomer, presentate il 27 ottobre 2009, alla causa C-440/08, *Gielen*, primo punto.

<sup>177</sup> Corte di Giustizia, sentenza 19 gennaio 2006, causa C-265/04, *Bouanich*.

Detto altrimenti, la presenza di un'opzione non può costituire un alibi per trattamenti fiscali discriminatori.

In proposito, si deve, tuttavia, considerare la circostanza che tali ultime sentenze – a differenza della sentenza *Dijkman* – non hanno avuto ad oggetto la tassazione dei redditi finanziari nei quali il legislatore fa strutturalmente ricorso a modalità di prelievo diversificate (i.e. opzionali) che tengono conto della variegata gamma di situazioni offerte dalla prassi commerciale<sup>178</sup>. In simili contesti, appare più cauto procedere ad una valutazione complessiva degli effetti del sistema sull'esercizio delle libertà fondamentali: ciò che è, esattamente, quanto emerge nel metodo interpretativo suggerito dalla Corte nella causa *Dijkman*.

#### **4. L'individuazione delle libertà fondamentali rilevanti nel giudizio della Corte di Giustizia**

Nell'indagare i criteri che ispirano il giudizio della Corte di giustizia, merita soffermarsi brevemente anche sul ruolo che in esso svolgono le libertà fondamentali. L'incisività dello scrutinio sulle norme tributarie domestiche non è, infatti, immune dall'ambito di applicazione proprio della libertà alla luce della quale la Corte è chiamata a valutare la legittimità della misura nazionale.

Infatti, ancorché le libertà comunitarie per molti versi si "somiglino" – talché analizzare una normativa nazionale alla luce dell'una piuttosto che di un'altra libertà non conduce a conclusioni divergenti in punto di compatibilità (o incompatibilità) della normativa stessa con il

---

<sup>178</sup> Basta porre mente, in proposito, ai diversi sistemi impositivi dei dividendi a seconda che derivino da partecipazioni qualificate (dove il contribuente ha un interesse *lato sensu* imprenditoriale) o non (dove il ruolo degrada piuttosto a quello di risparmiatore).

diritto dell'UE<sup>179</sup> – vi possono esser, tuttavia, casi in cui l'esito della pronuncia risente sensibilmente del parametro di scrutinio adottato<sup>180 181</sup>.

A questo proposito, quella, tra le altre, che ha sempre meritato una particolare attenzione da parte dei contribuenti è, certamente, la libertà circolazione dei capitali<sup>182</sup>.

L'unica, tra le quattro presidiate dal Trattato, a poter essere limitata dall'applicazione di norme tributarie nazionali *“in cui si opera una distinzione tra i contribuenti che non si trovano nella medesima situazione per quanto riguarda il loro luogo di residenza o il luogo di collocamento del capitale”*<sup>183</sup>; con la conseguenza che restrizioni fiscali, in linea di principio

---

<sup>179</sup> A riguardo, la dottrina internazionale (cfr. E. Kemmeren, *Renneberg endangers the Double Tax Convention System or Can a Second Round Bring recovery?*, in *EC Tax Review*, 1/2009, 9), rileva una progressiva convergenza delle soluzioni fornite nelle sentenze in tema di libertà fondamentali, e richiama, a riguardo, la sentenza della Corte di Giustizia, 12 dicembre 2006, causa C-446/04, *FII Group Litigation*. Ciononostante, è stato altresì messo in evidenza come l'ambiguità in ordine all'applicabilità, nel caso concreto, dell'una o altra libertà, possa condurre a esiti distorti, e male si concilia con le esigenze di certezza e di affidamento dei contribuenti. Cfr. S. den Boer, *Freedom of Establishment versus free Movement of Capital: Ongoing Confusion at the ECJ and in the National Courts?*, in *European Taxation*, 2010, 250.

<sup>180</sup> In tema di libera circolazione dei lavoratori, l'attuale articolo 45 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea *“implica l'abolizione di qualsiasi discriminazione, fondata sulla nazionalità, tra i lavoratori degli Stati membri, per quanto riguarda l'impiego, la retribuzione e le altre condizioni di lavoro”* (paragrafo 2). Tuttavia, sono *“Fatte salve le limitazioni giustificate da motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza e sanità pubblica”* (paragrafo 3) e, inoltre, *“Le disposizioni del presente articolo non sono applicabili agli impieghi nella pubblica amministrazione”* (paragrafo 4).

<sup>181</sup> A riguardo, cfr. Corte di Giustizia, sentenza 3 ottobre 2006, causa C-452/04, *Fidium Finanz*.

<sup>182</sup> In particolare, si prescinde – in questa sede – dalla libertà di circolazione delle merci in relazione alla quale operano con particolare incisività il principio del mutuo riconoscimento e la competenza tributaria dell'UE in materia di imposizione indiretta e ci si riferisce, invece, al profilo relativo ai rapporti tra le altre libertà, diverse da quella appena citata e, segnatamente, la libertà di circolazione delle persone, dei servizi e dei capitali.

<sup>183</sup> Art. 65, lett. a, TFUE.

vietate quando si abbattono su altre libertà protette dal Trattato, potrebbero non risultare tali quando limitano la libera circolazione dei capitali<sup>184</sup>.

L'unica, inoltre, il cui ambito applicativo *territoriale* non è circoscritto ai rapporti con i Paesi dell'Unione, con l'ulteriore conseguenza che gli effetti di una pronuncia, resa in materia di libera circolazione dei capitali con riferimento a situazioni intracomunitarie, tendono a irradiarsi su fattispecie in cui sono coinvolti movimenti di capitali da o verso Paesi terzi<sup>185</sup>.

Non stupisce, così, che – per converso – in molte controversie innanzi alla Corte di Giustizia, i governi (degli stati membri la cui normativa è oggetto di censura), nel proporre le proprie osservazioni in corso di causa, tentino di limitare l'ambito d'indagine a libertà distinte dalla libera circolazione dei capitali<sup>186</sup>: impostato in questi termini l'esame della controversia, una eventuale declaratoria di incompatibilità comunitaria si abbatterebbe esclusivamente sul regime impositivo delle operazioni intracomunitarie, lasciando viceversa inalterati (almeno) i rapporti con gli Stati extracomunitari, ai quali le altre libertà non si estendono<sup>187</sup>.

---

<sup>184</sup> A condizione, beninteso, che le norme tributarie in questione non costituiscano “*un mezzo di discriminazione arbitraria, né una restrizione dissimulata al libero movimento dei capitali e dei pagamenti*” (così l'art. 65, comma 3, del TFUE).

<sup>185</sup> Sul tema, si cfr., tra gli altri, Stahl, *Free movement of capital between member States and third countries*, in *EC Tax Review*, 2004, 48; Sedlazcek, *Capital and payments: the prohibition of discrimination and restrictions*, in *European Taxation*, 2000, 17.

<sup>186</sup> Si cfr., ad esempio, in questo senso, Corte di Giustizia, sentenza 1 luglio 2010, causa C-233/09, *Dijkman e Dijkman-Lavaleije*.

<sup>187</sup> In questo senso, cfr. Corte di Giustizia, sentenze 24 marzo 1994, causa C-275/92, *Schindler*; 22 gennaio 2002, causa C-390/99, *Canal Satélite Digital*; 25 marzo 2004, causa C-71/02, *Karner*; 14 ottobre 2004, causa C-36/02, *Omega*; 3 ottobre 2006, causa C-452/04, *Fidium Finanz*; 17 settembre 2009, causa C-182/08, *Glaxo Wellcome*.

D'altra parte, le libertà potenzialmente implicate da una normativa tributaria domestica possono essere più di una, talché si rende necessario stabilire quale, tra le due (o più) si deve intendere violata.

Sul punto conviene, anzitutto, osservare che la Corte di Giustizia, al pari di qualsiasi altro organo giurisdizionale, conosce del diritto e giudica in base ad esso; non è quindi discutibile la facoltà della Corte, quand'anche interpellata circa la conformità del diritto domestico a – o l'interpretazione di – una specifica libertà comunitaria, di estendere l'esame della legislazione controversa a profili (*rectius*, principi) non enunciati nella domanda. È, dunque, assolutamente ragionevole – ad esempio – che la Corte, pur essendo chiamata a giudicare la compatibilità della norma domestica rispetto alla libertà di stabilimento, “derubrichi” l'assunta violazione in una lesione della libera circolazione dei capitali, e viceversa; oppure modifichi il parametro di scrutinio dalla libera circolazione dei capitali alla libera prestazione dei servizi, e via discorrendo.

Neppure si può dubitare della possibilità per la Corte di rintracciare un rapporto di principalità/subordinazione tra le libertà (potenzialmente) coinvolte nella trattazione della controversia: rapporto che viene ricostruito non solo in funzione della *ratio* sottesa alla normativa considerata, ma altresì in base alle circostanze del caso concreto posto all'attenzione del Giudice comunitario<sup>188</sup>. Del resto, identificare un simile rapporto non ha una valenza meramente metodologica ed esplicativa; non esaurisce, cioè, la sua funzione nello scandire un ordine di trattazione ai

---

<sup>188</sup> In questo senso, cfr. Corte di Giustizia, sentenze 24 marzo 1994, causa C-275/92, *Schindler*; 22 gennaio 2002, causa C-390/99, *Canal Satélite Digital*; 25 marzo 2004, causa C-71/02, *Karner*; 14 ottobre 2004, causa C-36/02, *Omega*; 3 ottobre 2006, causa C-452/04, *Fidium Finanz*; 17 settembre 2009, causa C-182/08, *Glaxo Wellcome*.

diversi profili di compatibilità comunitaria ma tende a propagarsi sull'esito stesso della pronuncia.

Come noto, con riguardo ai rapporti tra libertà di stabilimento e libertà di circolazione dei capitali, secondo costante giurisprudenza, rientrano nel campo di applicazione, *ratione materiae*, delle disposizioni del Trattato relative alla libertà di stabilimento le disposizioni nazionali che si applicano alla detenzione da parte di un cittadino o di una società dello Stato membro interessato, nel capitale di una società stabilita in un altro Stato membro, di una partecipazione tale da conferirgli una sicura influenza sulle decisioni di tale società e da consentirgli di indirizzarne le attività<sup>189</sup>.

Con riguardo, invece, ai rapporti tra libertà di prestazione di servizi e libertà di circolazione dei capitali, nella sentenza *Fidium Finanz* (sentenza 3 ottobre 2006, causa C-452/04), la Corte ha, invece, affermato che *“quando un provvedimento nazionale si riferisce contemporaneamente alla libera prestazione dei servizi e alla libera circolazione dei capitali, occorre esaminare in quale misura il detto provvedimento pregiudichi l'esercizio di tali libertà fondamentali e se, nelle circostanze della causa principale, una di esse prevalga sull'altra”*<sup>190</sup>. La Corte, infatti, *“esamina il provvedimento di cui trattasi, in linea di principio, con riferimento ad una sola delle due libertà fondamentali qualora risulti che, nel caso di specie, una delle due è affatto secondaria rispetto all'altra e può esserle ricollegata”*<sup>191</sup>.

---

<sup>189</sup> Cfr. sentenze 3 aprile 2008, causa C-306/06, *Telecom GmbH contro Deutsche Telekom AG*; 29 marzo 2007, causa C-347/04, *Rewe Zentralfinanz*; 18 luglio 2007, causa C-231/05, *Oy AA*.

<sup>190</sup> V., per analogia, sentenze 25 marzo 2004, causa C-71/02, *Karner*, punto 47, e 14 ottobre 2004, causa C-36/02, *Omega*, punto 27, nonché sentenza della Corte EFTA 14 luglio 2000, causa E-1/00, *State Management Debt Agency/Islandsbanki-FBA*, punto 32).

<sup>191</sup> Cfr. sentenze 24 marzo 1994, causa C-275/92, *Schindler*, punto 22; 22 gennaio 2002, causa C-390/99, *Canal Satélite Digital*, punto 31; 25 marzo 2004, causa C-71/02, *Karner*,

Si tratta, dunque, di un criterio di prevalenza, alla luce del quale si deve tener conto della finalità e degli effetti perseguiti dalla normativa nazionale oggetto di censura al fine di stabilire se, dalle circostanze della causa principale, l'aspetto di una libertà prevalga *"in modo preponderante"* su quello di un'altra e gli effetti restrittivi del regime di una determinata libertà costituiscano soltanto una conseguenza ineluttabile della restrizione imposta nei riguardi della libertà *"prevalente"*<sup>192</sup>.

Se così è, la Corte, nella stessa sentenza ha sottolineato come *"non occorre esaminare la compatibilità di tale regime con gli artt. 56 CE e seguenti"*<sup>193</sup>: in sostanza, impostando l'esame di una causa sulla base di una libertà ritenuta principale, viene sterilizzata la possibilità stessa di procedere ad un suo esame alla luce di una diversa libertà, collaterale o subordinata alla prima<sup>194</sup>.

Siffatto postulato, che si potrebbe definire di *"priorità escludente"* e che pare possa trovare un'applicazione generalizzata con riguardo al rapporto intercorrente tra tutte le libertà fondamentali, non sfugge, peraltro, ad alcune considerazioni critiche di carattere più generale.

---

punto 46; 14 ottobre 2004, causa C-36/02, Omega, punto 26, e 26 maggio 2005, causa C-20/03, Burmanjer e a., punto 35.

<sup>192</sup> Cfr. punto 49 della sentenza.

<sup>193</sup> Cfr. ancora il punto 49 della sentenza.

<sup>194</sup> E ciò a prescindere dalla possibilità che le conclusioni cui si giungerebbe in applicazione della seconda libertà divergano rispetto a quelle adottate in base alla prima. Nel caso *Fidium Finanz*, d'altronde, si profilava proprio una situazione di questo genere: laddove, infatti, i giudici comunitari avessero valutato le circostanze della controversia alla luce del principio di libera circolazione dei capitali, piuttosto che in funzione della libera prestazione dei servizi, ne sarebbe verosimilmente conseguita una censura di illegittimità comunitaria della normativa in questione, che poneva obblighi di autorizzazione differenziati alle imprese domestiche e alle imprese estere operanti nella concessione di crediti a titolo professionale.

È appena il caso di notare che, nel metodo suggerito dalla Corte in *Fidium Finanz*, l'ordine di priorità stabilito tra due (o più) libertà potenzialmente coinvolte nella trattazione della controversia appare idoneo ad invertirne l'esito: può ad esempio accadere che la normativa domestica, una volta superato positivamente il vaglio fondato sulla libertà principale, sfugga per l'effetto anche alla censura fondata sulla libertà secondaria, pure nelle ipotesi in cui, ad un esame più approfondito svolto sulla base di questo secondo parametro, la normativa risulti in nitido contrasto con il diritto comunitario.

Il che potrebbe verificarsi proprio nei casi in cui ne sia in questione la compatibilità con la libera circolazione dei capitali (in qualità di libertà principale) e di una delle altre libertà protette dal Trattato (in qualità di libertà secondaria), attesa la diversa ampiezza degli obblighi incombenti sugli Stati membri per effetto dell'una e delle altre<sup>195</sup>.

Esigenze di effettività del diritto comunitario suggerirebbero un atteggiamento duttile: riaprire l'esame fondato sulla libertà secondaria, momentaneamente "quiescente", anche una volta che ne siano scartati gli effetti lesivi sulla libertà principale, sarebbe la soluzione più coerente con prerogative di effettività del diritto comunitario; esattamente al contrario, dunque, di quanto adombrato dalla Corte di Giustizia nella causa *Fidium Finanz*. D'altra parte, nessuna disposizione del Trattato, né del Regolamento di funzionamento della Corte di Giustizia<sup>196</sup>, suggerisce una

---

<sup>195</sup> Si è difatti sopra visto che la libera circolazione dei capitali tollera limitazioni – quali quelle imposte dalla normativa tributaria in funzione della residenza del contribuente e della fonte del reddito – sconosciute alle altre libertà, sicché una normativa tributaria domestica, insensibile all'applicazione del principio di circolazione dei capitali, potrebbe viceversa arretrare al sindacato fondato su una delle altre libertà protette dal Trattato.

<sup>196</sup> In particolare per quanto attiene il Regolamento di procedura della Corte di Giustizia, l'art. 27, § 6, della sua versione consolidata (2010/C, 177/01, in G.U. dell'Unione del 2 luglio 2010) stabilisce che "In caso di divergenza sull'oggetto, sul tenore e sull'ordine delle

priorità escludente tra libertà fondamentali nella trattazione di una causa, sicché un suo esame alla luce di due (o più) di esse, anche qualora siano in rapporto di principale a subordinata, non dovrebbe in principio essere precluso.

## 5. Il modello di analisi “*per country*” e quello “*overall*”

Appare, in conclusione, utile rilevare un ultimo elemento di particolare interesse nell’attività di giudizio della Corte di Giustizia. Si tratta, in particolare, dei due diversi orientamenti che emergono dall’analisi della giurisprudenza della Corte, quello c.d. “*per country*” e quello “*overall*”.

Quella tra approccio “*per country*” (o di tipo discriminatorio) e approccio “*overall*” (o di tipo “*restrittivo*”) è una distinzione latente nella giurisprudenza comunitaria, che è stata espressamente individuata solo nelle elaborazioni della dottrina. In particolare, il problema che si pone è se, nei casi di misure restrittive avente carattere discriminatorio, debba applicarsi l’uno o l’altro metodo di giudizio.

Il secondo è un modello di ragionamento che può definirsi globale dal momento che, nel decidere se una misura nazionale configuri una restrizione alle libertà di circolazione, viene preso in considerazione il trattamento fiscale complessivo riservato alla fattispecie, alla luce dell’interazione tra norme di sistemi diversi e dell’eventuale esistenza di convenzioni internazionali. Esso è stato teorizzato dall’Avvocato Generale Geelhoed nelle conclusioni presentate per la causa *Test Claimants in ACT*

---

*questioni o sull’interpretazione del voto, decide la Corte*”: disposizione che tuttavia non sembra ammettere l’estromissione d’ufficio, da parte della Corte, di una o più delle questioni di legittimità comunitaria.

*Class IV*<sup>197</sup>, laddove si è sostenuto che la tassazione negli altri Stati membri è un fattore da tenere presente nel valutare l'esistenza di una restrizione vietata dal diritto comunitario.

In base a tale orientamento, dunque, da un lato, sono considerate restrittive persino le situazioni (si badi, non le fattispecie) in cui il contribuente è penalizzato dall'effetto combinato di disposizioni tributarie di diversi Paesi membri; dall'altro, non sono considerate restrittive norme il cui impatto possa essere neutralizzato dall'operare delle regole fiscali vigenti in un diverso ordinamento.

A tale metodo si oppone l'approccio *per country*, i cui sostenitori contestano l'idea che nell'analisi delle fattispecie transnazionali siano da prendere in considerazione le normative tributarie di tutti gli Stati coinvolti, affermando che la compatibilità comunitaria deve essere assicurata compiutamente da ogni ordinamento nazionale singolarmente considerato<sup>198</sup>. L'approccio "*per-country*", implicito nella prevalente giurisprudenza<sup>199</sup>, suggerisce di verificare la presenza o meno di una

---

<sup>197</sup> E successivamente ripreso nelle conclusioni per le cause Kerckhaert-Morres e Denkavit Internationaal.

<sup>198</sup> L'approccio "*per country*" è sostenuto in dottrina, tra gli altri, da Weber, *In search of a (New) Equilibrium between Tax Sovereignty and the Freedom of Movement within the EC*, in *Intertax*, 2006, p. 585, e Banks, *The application of the fundamental freedoms to Member State tax measures: Guarding against protectionism or second-guessing national policy choices?*, in *European Law Review*, 33/2008, p. 482, ed è avversato, tra gli altri, da Wattel (implicitamente in *Corporate tax jurisdiction in the EU with respect to branches and subsidiaries; dislocation distinguished from discrimination and disparity; a plea for territoriality*, in *EC Tax Review*, 2003, p. 194, e, più esaurientemente, in *Eenjurisdictionele of overall-toepassing van EG-verboden op bronheffingen*, in *WFR*, 2006, p. 647), e Vanistendael, *Does the ECJ have the power of interpretation to build a tax system compatible with fundamental freedoms*, in *EC Tax Review*, 2008, p. 61.

<sup>199</sup> Tra le tante, cfr. Corte di Giustizia, sentenze 22 dicembre 2008, causa C-282/07, *Truck Center*; 14 dicembre 2006, causa C-170/05, *Denkavit Internationaal*; 12 dicembre 2006, causa C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*; 12 dicembre 2006, causa C-

restrizione alle libertà fondamentali in una prospettiva squisitamente domestica, interrogandosi, quindi, se una misura fiscale nazionale possa ritenersi restrittiva o discriminatoria prescindendo da circostanze estranee all'ordinamento tributario considerato. In questa dimensione, fenomeni di doppia (o plurima) imposizione (giuridica) internazionale provocati dal contestuale esercizio della sovranità fiscale da parte di diversi Stati membri, comunemente additati come una delle principali cause di restrizione alle libertà fondamentali<sup>200</sup>, sarebbero tollerati, in quanto non costituiscono l'effetto di un (solo) regime nazionale discriminatorio, dipendendo, piuttosto, dalla coesistenza di distinti sistemi tributari e dalla mancanza di armonizzazione nel settore della fiscalità diretta.

## **6. Considerazioni di sintesi sull'evoluzione del giudizio della Corte di giustizia nell'applicazione delle libertà fondamentali al campo dell'imposizione diretta**

Come evidenziato nei paragrafi che precedono, l'approccio seguito dalla Corte di giustizia nell'analisi dei casi che le sono stati sottoposti è sostanzialmente variato nel corso del tempo.

In particolare, l'impostazione tradizionale propria del principio di non discriminazione – caratterizzata da una struttura tripartita nella quale l'accertamento della differenza di trattamento, la valutazione di comparabilità delle situazioni in esame e la verifica dell'eventuale sussistenza di una causa di giustificazione – è stata affiancata dalla

---

374/04, Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation; si cfr., inoltre, Corte EFTA, sentenza 23 novembre 2004, E-1/04, Fokus Bank.

<sup>200</sup> V., in proposito, lo stesso Avv. Generale, conclusioni 26 ottobre 2004 nella causa C-376/03, D., par. 85.

valutazione – e, dunque, dallo schema applicativo proprio di quest’ultima – della sussistenza non già di una vera e propria discriminazione quanto, piuttosto, di un ostacolo restrittivo all’esercizio delle libertà fondamentali<sup>201</sup>.

Al di là della indeterminatezza dei riferimenti terminologici utilizzati dalla stessa Corte, infatti, appare evidente come essa sia giunta, nel corso dell’evoluzione dell’opera di armonizzazione e di integrazione, al sostanziale superamento dell’equivalenza fra il principio di non discriminazione e libertà fondamentali, attribuendo a queste ultime diretta applicazione nel perseguimento del fine ultimo costituito dalla realizzazione del mercato interno<sup>202</sup>. Ciò è avvenuto attraverso l’affermazione del divieto di restrizioni che di tali libertà costituisce un corollario fondamentale e che – come sopra rilevato – prescinde da un’effettiva analisi di comparabilità.

In quest’ottica, il criterio della comparabilità costituisce una cartina al tornasole dell’evoluzione della struttura del giudizio della Corte laddove essa si manifesta, talvolta, come una condizione preliminare del giudizio stesso, altre volte sembra essere utilizzata dalla Corte quasi in funzione di causa di giustificazione ovvero, addirittura, semplicemente presupposta<sup>203</sup>.

---

<sup>201</sup> Cfr. J.M. Moessner, *The Role of the ECJ as a Tax Court. Internal Market and Territoriality*, relazione svolta alla Conferenza della Commissione europea su “*EU Corporate Tax Reform: Progress and New Challenges*” (Roma-Ostia 5 dicembre 2003).

<sup>202</sup> Cfr. F.A. García Prats, *Incidencia del derecho comunitario en la configuracion juridica del derecho financiero (II): politicas comunitarias con incidencia sobre el derecho financiero*, in *Rev. Der. Fin. Hac. Pubbl.*, 2001, pp. 519 ss.; G. Bizoli, *il processo di integrazione dei principi tributari nel rapporto fra ordinamento costituzionale, comunitario e diritto internazionale*, Cedam, 2008, p. 135.

<sup>203</sup> Cfr. R. Mason, *Flunking the ECJ’s Tax Discrimination Test*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, n. 46/2007, pp. 72 ss..

## - CAPITOLO III -

### LA COERENZA DEL SISTEMA FISCALE NAZIONALE

**Sommario:** 1. Il caso *Bachmann* - 2. La giurisprudenza successiva della Corte di Giustizia dell'UE - 3. Il legame diretto: la compensazione tra vantaggi e svantaggi fiscali – 3.1. L'unicità dell'imposta – 3.2. L'unicità del soggetto passivo - 4. La coerenza fiscale ed il divieto di doppia imposizione - 5. La rilevanza degli accordi contro le doppie imposizioni - 6. La rilevanza della ratio delle disposizioni nazionali - 7. Il fondamento normativo della coerenza fiscale

#### 1. Il caso *Bachmann*

La sentenza 28 gennaio 1992, C-204/90, *Bachmann* rappresenta, sino ad oggi, l'unico caso in cui la Corte ha riconosciuto in concreto (e non solo astrattamente) giustificabile un ostacolo alla libera circolazione dei lavoratori ed una restrizione alla libertà di prestazione di servizi alla luce dell'esigenza di garantire la "coerenza del sistema fiscale" nazionale. In tutte le pronunce successive in cui tale esigenza è stata invocata davanti ai Giudici del Lussemburgo, essi ne hanno sistematicamente negato l'effettiva sussistenza nel caso concreto, specificando progressivamente condizioni, elementi, requisiti che devono caratterizzare un sistema fiscale, affinché se ne possa affermare una coerenza la cui salvaguardia possa giustificare, come motivo imperativo di interesse generale, deroghe al diritto comunitario primario.

Nel caso di specie, la *Cour de Cassation* del Belgio aveva sottoposto alla Corte di Giustizia una questione pregiudiziale vertente

sull'interpretazione degli artt. 48 (libera circolazione dei lavoratori)<sup>204</sup>, 59 (libera prestazione di servizi)<sup>205</sup>, 67 (libera circolazione dei capitali)<sup>206</sup> e 106 (relativo alla liberalizzazione dei pagamenti) del Trattato CEE.

Tale questione era stata sollevata nell'ambito di una controversia fra il sig. Bachmann, di nazionalità tedesca, che è stato occupato in Belgio, e lo Stato belga, a proposito del rifiuto, da parte del direttore delle imposte dirette di Bruxelles-I, di ammettere che i contributi versati in Germania dall'interessato per dei contratti d'assicurazione contro la malattia e l'invalidità e per un contratto d'assicurazione sulla vita, conclusi prima della sua venuta in Belgio, potessero essere dedotti dal totale dei suoi redditi professionali.

Questo rifiuto traeva origine dall'art. 54 del codice delle imposte sul reddito (in prosieguo: il "CIR"), applicabile alla fattispecie principale, a norma del quale la deduzione d'imposta è ammessa unicamente per i contributi di assicurazione non obbligatoria contro la malattia e l'invalidità, versati ad un ente mutualistico riconosciuto dal Belgio, e per i contributi d'assicurazione contro la vecchiaia e la morte prematura versati in Belgio.

Per quanto concerne l'art. 48 del Trattato CEE (libera circolazione dei lavoratori), a fronte della contestazione sollevata dal governo belga che ricordava come le disposizioni in esame trovassero applicazione senza distinzione di nazionalità ai lavoratori belgi ed a quelli aventi la nazionalità degli altri Stati membri, la Corte sostiene che tali disposizioni potrebbero costituire una forma di discriminazione indiretta evidenziando come i lavoratori che hanno esercitato un'attività professionale in uno

---

<sup>204</sup> Corrispondente, seppur con un testo parzialmente diverso, all'attuale art. 45 TFUE.

<sup>205</sup> Corrispondente, seppur con un testo parzialmente diverso, all'attuale art. 62 TFUE.

<sup>206</sup> Corrispondente, seppur con un testo parzialmente diverso, all'attuale art. 65 TFUE.

Stato membro e che successivamente s'impiegano in un altro Stato membro o sono quivi alla ricerca di un impiego hanno, di regola, concluso i loro contratti d'assicurazione contro la vecchiaia e la morte o contro la malattia e l'invalidità con assicuratori stabiliti nel primo Stato

Lo Stato belga osservava, inoltre, che, se i cittadini degli altri Stati membri, che abbiano concluso precedentemente tali contratti in un altro Stato membro, non possono dedurre i relativi contributi dal totale dei redditi imponibili in Belgio, occorre tener presente che, in compenso, le pensioni, rendite, capitali o crediti da riscatto, che siano loro versati dagli assicuratori in esecuzione di detti contratti, non costituivano, ai sensi dell'art. 32-*bis*, inserito nel CIR dalla legge 5 gennaio 1976 (Moniteur belge 6 febbraio 1976, pag. 81), redditi imponibili. Il fatto che essi debbano, allorché ritornano nel loro paese d'origine, pagare un'imposta su queste somme, non comporterebbe un ostacolo alla libera circolazione dei lavoratori dovuto alla legge belga, ma sarebbe una conseguenza della mancanza d'armonizzazione delle legislazioni fiscali degli Stati membri.

La Corte, tuttavia, sottolinea come non si debba dimenticare che, in genere, sono i cittadini degli altri Stati membri quelli che, dopo aver occupato un impiego in Belgio, fanno ritorno nel loro Stato d'origine, in cui le somme dovute dagli assicuratori sono soggette ad imposta, e che non possono quindi compensare l'impossibilità di detrarre contributi, sul piano fiscale, con l'assenza di imposte sulle somme dovute dagli assicuratori. E' innegabile che quest'inconveniente è dovuto alla mancanza d'armonizzazione delle legislazioni fiscali degli Stati membri, ma l'armonizzazione stessa non può essere eretta a presupposto per l'applicazione dell'art. 48 del Trattato CEE.

Anche l'argomento per il quale il contribuente che si trasferisce in un nuovo Stato membro possa mettere fine al suo contratto senza inconvenienti e possa stipulare un nuovo contratto con una mutua assicuratrice riconosciuta in Belgio deve essere, secondo la Corte, disatteso. Il fatto di dover rescindere il contratto stipulato con un assicuratore stabilito in uno Stato membro, per poter fruire della detrazione d'imposta accordata in un altro Stato membro, nel caso stesso in cui l'interessato ritenga conforme ai propri interessi la continuazione del precedente contratto, costituisce, viste le complicazioni e gli oneri che ne derivano, un ostacolo alla libertà di circolazione.

I governi belga, olandese e danese sottolineano, poi, che disposizioni come quelle dell'art. 54 del CIR siano indispensabili, vista la difficoltà, se non l'impossibilità, di controllare gli attestati dei versamenti di contributi effettuati in altri Stati membri, e data la necessità di preservare la coerenza del regime fiscale nel settore delle assicurazioni contro la vecchiaia e la morte.

Su questo punto, la Corte, da una parte esclude la rilevanza del motivo costituito dall'efficacia dei controlli fiscali. A proposito della direttiva del Consiglio 19 dicembre 1977, 77/799/CEE, relativa alla reciproca assistenza fra le autorità competenti degli Stati membri nel settore delle imposte dirette, la Corte – nonostante la precisazione per cui la direttiva non impone la collaborazione tra gli Stati membri quando la loro legislazione o la loro pratica amministrativa non autorizzano l'autorità competente né ad effettuare ricerche né a raccogliere o utilizzare informazioni per le necessità di questi Stati – evidenzia come l'impossibilità di richiedere tale collaborazione non può giustificare la non deducibilità dei contributi versati. Niente impedirebbe, infatti, alle autorità

fiscali competenti d'esigere dall'interessato le prove che esse ritengano necessarie, e, se del caso, di negare il beneficio della detrazione dei contributi, ove le prove richieste non fossero fornite.

Per quanto riguarda, invece, la necessità di preservare la coerenza del regime fiscale in questione, la Corte ha rilevato<sup>207</sup> come esista, nella regolamentazione belga, un legame fra la deducibilità dei contributi e l'imponibilità delle somme dovute dagli assicuratori in esecuzione dei contratti d'assicurazione contro la vecchiaia e la morte. Secondo l'art. 32 bis del CIR, già menzionato, le pensioni, rendite, capitali o crediti da riscatto derivanti da contratti d'assicurazione sulla vita sono, infatti, esonerati dall'imposta, se la detrazione dei contributi, contemplata dall'art. 54, non è stata ottenuta.

Ne consegue che, nel regime fiscale belga in questione, la perdita di gettito fiscale, dovuta alla deduzione dei contributi d'assicurazione sulla vita, comprensiva dell'assicurazione contro la vecchiaia e la morte, dal reddito totale imponibile è compensata dall'imposta applicata sulle pensioni, rendite e capitali dovuti dagli assicuratori. Nel caso in cui la deducibilità dei contributi non sia stata ottenuta, le somme soprammenzionate sono esenti da imposta.

La coerenza di siffatto regime fiscale, la cui configurazione spetta a ciascuno Stato membro, presuppone, pertanto, che, nell'ipotesi in cui sia obbligato ad ammettere la detrazione dei contributi d'assicurazione sulla vita versati in un altro Stato membro, lo Stato in questione possa percepire l'imposta sulle somme dovute dagli assicuratori<sup>208</sup>.

---

<sup>207</sup> Ricordando la sentenza gemella di quella in esame sentenza Commissione/Belgio (causa C-300/90), pronunciata nello stesso giorno.

<sup>208</sup> La Corte precisa, al riguardo, che un impegno dell'assicuratore di pagare tale imposta non sarebbe una garanzia sufficiente. Nel caso, infatti, in cui quest'impegno non fosse rispettato, non resterebbe che chiederne l'esecuzione nello Stato membro in cui è stabilito

La Corte sottolinea, inoltre, come solo l'eventuale presenza di convenzioni bilaterali che ammettono la detrazione fiscale dei contributi versati in uno Stato contraente diverso da quello che accorda questa facilitazione e che riconoscono ad uno solo Stato il potere di sottoporre ad imposta le somme dovute dagli assicuratori in esecuzione dei loro contratti permetterebbe una soluzione del tipo di quella sopra indicata<sup>209</sup>.

La Corte conclude, pertanto, che, allo stato attuale del diritto comunitario, la coerenza del regime fiscale in questione non può dunque essere preservata da disposizioni meno restrittive di quelle di cui si tratta nella causa principale; ogni altra misura che permetta di garantire il recupero, da parte dello Stato interessato, dell'imposta che, secondo la sua legislazione, deve essere percepita sulle somme dovute dagli assicuratori in esecuzione dei contratti da essi conclusi, condurrebbe a conseguenze analoghe a quelle risultanti dalla non deducibilità dei contributi.

Disposizioni come quelle della legge belga in questione costituiscono, dunque, sì una restrizione ma giustificate dalla necessità di garantire la coerenza del regime fiscale di cui esse fanno parte, e che non sono quindi contrarie all'art. 48 del Trattato CEE.

---

l'assicuratore: indipendentemente dalla difficoltà per uno Stato di conoscere l'esistenza e l'ammontare dei versamenti effettuati da assicuratori stabiliti in un altro Stato, non è escluso, in un caso del genere, che ragioni d'ordine pubblico vengano fatte valere per impedire il recupero dell'imposta. Un simile impegno potrebbe certamente, in linea di principio, essere accompagnato dal deposito di una cauzione da parte dell'assicuratore, ma ciò darebbe luogo ad un onere finanziario supplementare per quest'ultimo: onere che dovrebbe essere ripercosso sul premio d'assicurazione, con la conseguenza che gli assicurati, oltre al fatto che potrebbero essere soggetti a doppia imposizione sulle somme ad essi dovute in esecuzione dei contratti, non avrebbero più alcun interesse a mantenere questi ultimi.

<sup>209</sup> Ovvero grazie all'adozione, da parte del Consiglio, delle necessarie misure di coordinamento o d'armonizzazione.

La Corte dichiara, invece, le disposizione dello Stato belga compatibili con la libertà di circolazione dei capitali<sup>210</sup>.

Nella sentenza citata, la Corte afferma, dunque, che una deroga al Trattato CEE è ammissibile se risulta necessaria per salvaguardare il nesso diretto tra la deducibilità dei contributi versati e l'assoggettamento ad imposta delle somme dovute a titolo di prestazione previdenziale dalle imprese assicurative. Le autorità fiscali del Belgio avrebbero potuto ammettere la deducibilità dei contributi solo se avessero avuto la certezza di potere tassare le successive prestazioni assicurative<sup>211</sup>. Quindi, la coerenza fiscale implica che lo Stato, nell'ipotesi in cui sia obbligato ad ammettere la deducibilità dei contributi assicurativi versati in un altro Stato membro, possa percepire l'imposta sulle somme dovute dagli assicuratori. Non solo - secondo la Corte - nel caso Bachmann non risultava possibile, alla luce del principio di proporzionalità, garantire questo risultato se non adottando misure ancora più restrittive o dagli effetti discriminatori. Ma la norma interna era formulata in termini di secca alternatività tra deduzione a monte dei contributi e imposizione a valle della pensione.

Il sistema fiscale belga era coerente perché la perdita di gettito tributario che risultava dalla deduzione dei contributi assicurativi veniva compensata dall'assoggettamento ad imposta delle pensioni, delle rendite

---

<sup>210</sup> Per quanto riguarda la libertà di prestazione di servizi, La Corte rileva l'esistenza di una restrizione ma ricorda la giurisprudenza (sentenza 4 dicembre 1986, già citata, punto 52 della motivazione) che ha ritenuto l'esigenza di uno stabilimento compatibile con l'art. 59 del Trattato se esso costituisce una condizione indispensabile per il raggiungimento dell'obiettivo d'interesse generale perseguito. Tale è il caso per quanto riguarda le assicurazioni contro la vecchiaia e la morte, per l'epoca successiva al 1975. Cfr. punti 31 e 35 della sentenza.

<sup>211</sup> In questo senso, cfr. Corte di Giustizia, sent. 7 settembre 2004, C-319/02, Manninen, in Racc., 2004, I, p. 7477 ss., in particolare punto 47.

o dei capitali dovuti dagli assicuratori<sup>212</sup>. Per contro, nel caso in cui la deduzione di tali contributi non fosse stata ottenuta, tali somme erano esentate dall'imposta<sup>213</sup>.

La Corte si era trovata, in sostanza, di fronte ad un sistema realmente coerente con regole opposte ma simmetriche per operatori residenti e non residenti. Infatti, mentre in caso di schema pensionistico stipulato con un'impresa residente il contribuente aveva diritto alla deduzione dei premi ed era tassato successivamente sulla pensione ricevuta (sistema EET), nel caso di un'impresa assicuratrice non residente e priva di stabile organizzazione in Belgio non vi era deduzione delle somme versate ma la pensione era esente (TEE)<sup>214</sup>.

---

<sup>212</sup> Sui problemi tributari legati all'erogazione transfrontaliera delle pensioni private e all'incentivazione fiscale della previdenza privata cfr. Vanistendael F., *Tax Revolution in Europe: the Impact of Non-Discrimination*, in *European Taxation*, 2000, n. 1/2, p. 5 ss.; García Prats F.A., *The Tax Treatment of Cross-Border Pensions from an EC Law Perspective*, in *European Taxation*, 2001, n. 12, p. 12 ss. Per una trattazione più ampia e ulteriore bibliografia, si veda Mondini A., *I limiti alla deducibilità dei contributi previdenziali versati all'estero tra coerenza fiscale e divieto di discriminazione*, in *Giurisprudenza delle Imposte*, 2003, n. 1, pp. 313 ss.. Cfr. anche Pennings F. - Weerepas M., *Towards a Convergence of Coordination in Social Security and Tax Law?*, in *EC Tax Review*, 2006, p. 215 ss.

<sup>213</sup> La letteratura sulla sentenza Bachmann è assai ampia: si vedano, tra i più significativi, Hinnekens L. - Schelpe D., *Note on Case 204/90 Bachmann*, in *Ec Tax Review*, n. 1/1992, pp. 58 ss.; TE Boekhorst P.J., *Tax Discrimination Permitted for Reasons of Coherence of Tax System*, in *European Taxation*, 1992, p. 284 ss.; Fosselard D., *L'obstacle fiscal a la réalisation du marche interior*, in *Cahiers de droit européens*, 1993, p. 472 ss.; Wouters J., *The Case - law of the European Court of Justice, Variations upon a Theme*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1994, p. 186 ss.; Dassesse M., *Tax Deducibility of Insurance Premiums: a Case of State aid for Insurance Companies?*, in *EC Tax Journal*, 1995/96, p. 15 ss.; Quaghebeur M., *A Bridge over Muddled Waters - Coherence in the Case Law of the Court of Justice of the European Communities Relating to Discrimination Against Non-Resident Taxpayers*, in *EC Tax Journal*, 1995/96, p. 111 ss..

<sup>214</sup> "EET" significa esenzione per il versamento dei contributi, esenzione per il reddito da investimenti e dei guadagni in conto capitale degli enti pensionistici e tassazione delle prestazioni pensionistiche. Un sistema "TET" comporta, invece, la mancata deduzione dei contributi e la tassazione della pensione. Si veda in proposito la Comunicazione della

Lo Stato belga applicava due diversi sistemi (EET e TEE) a seconda che l'impresa assicuratrice fosse o meno residente in Belgio, ma entrambi i sistemi determinavano un solo livello di tassazione delle somme versate.

Quindi, secondo quanto affermato dal governo di questo Stato, l'unico danno effettivo che il signor Bachmann riceveva da questa disparità di trattamento consisteva nel fatto di non poter dedurre subito i versamenti allo schema pensionistico, ma di dover attendere l'erogazione della pensione per ottenere la compensazione dell'iniziale sacrificio fiscale, laddove in caso di fondo pensione belga avrebbe potuto dedurre subito i versamenti per essere tassato dopo sulla pensione<sup>215</sup>.

## **2. La giurisprudenza successiva della Corte di Giustizia dell'UE**

La configurazione che la coerenza fiscale aveva ricevuto nella sentenza Bachmann ha pertanto rappresentato per anni la matrice, pur con alcuni aggiustamenti successivi, su cui gli Stati hanno modellato la pretesa di giustificare discriminazioni e restrizioni nell'esercizio delle libertà fondamentali. Da questo punto di vista, le successive sentenze – ed in particolare quelle nelle quali la struttura del sistema nazionale censurato

---

Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo e al Comitato economico e sociale. L'eliminazione degli ostacoli fiscali all'erogazione transfrontaliera di pensioni aziendali e professionali (2001/C 165/03) in Guce 2001 n. C 165, 4 ss. Si vedano inoltre J.F. Avery Jones, *A tax treaty solution to the EU pension tax problem e A framework for evaluating the Commission's tax proposal for occupational pensions in the EU*, rapporti presentati alla Conferenza della European Association of Tax Law Professors, Lisbona 1-2 giugno 2001.

<sup>215</sup>In realtà, il signor Bachmann poteva essere danneggiato anche sotto un diverso profilo. Qualora egli avesse voluto trasferire la propria residenza in un altro Stato membro che prevedesse un sistema EET, sarebbe stato assoggettato ad imposizione sulla pensione senza avere mai beneficiato della deduzione dei contributi (cfr. Pizzoni B., *Indeducibilità dei contributi a schemi di previdenza complementare estera e principio di coerenza fiscale*, in *Riv. dir. trib.*, 11/2002, pp. 215 ss.).

appare *prima facie* conforme a quei caratteri che la stessa Corte, dalla sentenza Bachmann in avanti, ha individuato come essenziali per affermare che sussiste l'esigenza imperativa di preservarne la coerenza – risultano particolarmente significative, proprio perché la Corte torna a negare la giustificazione basata sulla tutela della coerenza del sistema fiscale applicando – come sempre più spesso avviene nella giurisprudenza comunitaria in tema di imposizione diretta – il principio di proporzionalità.

Con sentenza depositata il 3 ottobre 2002<sup>216</sup>, la Corte di Giustizia delle Comunità Europee si è pronunciata nuovamente in tema di deducibilità di contributi a schemi pensionistici volontari.

Il caso riguarda il dottor Danner, un medico con doppia nazionalità finlandese e tedesca, il quale, dopo aver vissuto e lavorato in Germania, nel 1977 si trasferiva in Finlandia dove proseguiva la sua attività lavorativa, continuando a versare i contributi a due schemi pensionistici complementari tedeschi cui aveva aderito prima di trasferire la propria residenza.

La legislazione fiscale finlandese prevede che i versamenti a schemi pensionistici obbligatori, sia finlandesi che stranieri, sono integralmente deducibili, mentre i versamenti a schemi pensionistici complementari presentano un regime diverso a seconda che avvengano a favore di un soggetto finlandese o straniero.

In particolare, mentre i contributi versati ad un operatore finlandese sono sempre, in tutto o in parte, deducibili<sup>217</sup>, quelli ad un'entità non residente sono deducibili solo qualora questa abbia una stabile

---

<sup>216</sup> Sent. Danner 3 ottobre 2002, C-136/00.

<sup>217</sup> Par. 96(6) del Tuloverolaki (TVL, Legge sull'imposta sul reddito).

organizzazione in Finlandia o qualora la deduzione sia richiesta da un soggetto che si sia trasferito in Finlandia, ma in tal caso limitatamente all'anno del trasferimento ed ai tre anni successivi<sup>218</sup>.

Dai lavori preparatori della normativa sopra menzionata si deduce che la *ratio* della disparità di trattamento risiede nel timore della Finlandia di non riuscire a tassare le pensioni erogate da schemi esteri a causa del trasferimento all'estero del beneficiario ovvero a causa della mancata dichiarazione del reddito estero da parte del beneficiario. In sostanza, la Finlandia prevede il regime di tassazione delle pensioni cosiddetto "EET" per i fondi finlandesi e il cosiddetto "TET" per i fondi esteri.

La maggior parte degli Stati membri della Comunità applica, in linea di principio, il sistema "EET"<sup>219</sup> nel senso che concede la deduzione dei contributi versati allo schema pensionistico in ragione di una aspettativa di imposizione della pensione al momento della sua erogazione.

Tale sistema, tuttavia, presenta una anomalia funzionale tutte le volte in cui un soggetto, dopo aver dedotto i versamenti in uno Stato, abbia trasferito la sua residenza in un'altra giurisdizione fiscale al momento del ricevimento della pensione. In tal caso, infatti, lo Stato che ha concesso la deduzione è privato della possibilità di riprendere a tassazione la pensione.

In linea teorica, tale Stato potrebbe aspirare ad una tassazione alla fonte qualora il fondo pensione sia ivi residente o vi abbia una stabile organizzazione. Tuttavia, tale imposizione è di fatto preclusa dal

---

<sup>218</sup> Par. 96(9) TVL introdotto nel 1996.

<sup>219</sup> Fanno eccezione Germania e Lussemburgo con un sistema "TEE" e Danimarca, Italia e Svezia con un sistema "ETT". Si rimanda, in proposito, alla Comunicazione citata in nota 3, pag. 6.

meccanismo dell'art. 18 per le pensioni obbligatorie e dell'art. 21 per quelle complementari del Modello Ocse al quale si uniformano i diversi trattati conclusi dagli stati membri dell'Ue che assegnano l'esclusiva tassazione delle pensioni allo Stato di residenza del percettore. Per questi motivi, numerosi stati membri hanno adottato dei correttivi al sistema "EET" per le situazioni transfrontaliere.

La Corte di giustizia ha affermato che negare la deducibilità dei contributi versati a schemi pensionistici non residenti e al tempo stesso tassare la pensione costituisce violazione dell'art. 49 del Trattato CE<sup>220</sup> in tema di libera prestazione dei servizi.

In una prima configurazione, l'indeducibilità può essere diretta a colpire principalmente il contraente cittadino di uno Stato membro che si sia trasferito temporaneamente in un altro Stato e voglia proseguire a versare i contributi al fondo pensione situato nello Stato di origine.

In tal caso il rifiuto si fonda sulla considerazione che la deduzione non potrà essere, con ogni probabilità, compensata in futuro dalla tassazione della pensione. È questo il caso delle discipline normative esaminate in *Bachmann e Wielockx*<sup>221</sup>.

La libertà colpita in questo caso è, dunque, principalmente la libertà di circolazione dei lavoratori (art. 39 del Trattato CE)<sup>222</sup> o quella di stabilimento (art. 43 del Trattato CE)<sup>223</sup>, a seconda che il contraente del fondo pensione sia un lavoratore subordinato ovvero un professionista o imprenditore.

---

<sup>220</sup> Art. 56 TFUE.

<sup>221</sup> Sentenza 11 agosto 1995, causa C-80/94.

<sup>222</sup> Art. 45 TFUE.

<sup>223</sup> Art. 49 TFUE.

In una seconda configurazione, l'indeducibilità può essere costruita in modo tale da disincentivare il ricorso a fondi pensioni esteri. Le ragioni del rifiuto risiedono nel timore del rischio di evasione fiscale connesso alla mancata dichiarazione delle pensioni di fonte estera e di erosione della base imponibile in conseguenza della scelta di fondi collocati in ordinamenti a fiscalità più leggera rispetto allo Stato membro del contraente. È questo il caso della imposta svedese sui premi delle assicurazioni sulla vita esaminata in *Safir*<sup>224</sup> e della normativa belga in *Bachmann*<sup>225</sup>.

In tal caso, l'indeducibilità è misura che offende principalmente la libera prestazione dei servizi da parte di operatori residenti in un altro Stato membro in violazione dell'art. 49<sup>226</sup> del Trattato CE.

Nonostante il caso del dottor Danner presenti numerose analogie con la situazione del signor Bachmann, come evidenziato sia dalla Corte sia dall'avvocato Generale Jacobs, ne differisce sotto alcuni rilevanti profili.

In primo luogo, la legislazione sotto esame è assai diversa da quella belga. Il sistema vigente nel regno del Belgio trattava in modo diverso fondi pensione esteri e residenti, ma manteneva una rigorosa simmetria tra deduzione del contributo e tassazione della pensione.

---

<sup>224</sup> *Safir*, C-118/96 (28 aprile 1998), in *Raccolta*, I-1897.

<sup>225</sup> La legislazione belga esaminata in *Bachmann* e *Commissione c. Belgio* era principalmente destinata a penalizzare contraenti non residenti che si trasferivano in Belgio mantenendo la pensione complementare già instaurata nello Stato d'origine, ma al tempo stesso costituiva una violazione della libera prestazione dei servizi in quanto disincentivava la stipulazione di contratti con operatori esteri da parte di residenti in Belgio.

<sup>226</sup> Art. 56 TFUE.

Il sistema finnico, invece, non presenta tale simmetria. La Finlandia rifiuta la deduzione dei contributi versati ad operatori stranieri, ma tassa la pensione in capo al percettore qualora egli sia residente in Finlandia.

In altre parole, il dottor Danner non solo non può dedurre ma, a differenza del signor Bachmann, non potrà nemmeno essere esente da imposta sulla pensione qualora mantenga la residenza in Finlandia.

Non c'è dubbio che un regime che applichi un sistema EET per gli schemi pensionistici residenti ed un sistema TET per quelli esteri sia particolarmente iniquo<sup>227</sup>.

In secondo luogo, a differenza che nei casi Bachmann e Wielockx, nel caso in esame non abbiamo alcun riferimento ad una supposta lesione della libertà di circolazione del dottor Danner.

Nella sue Conclusioni, l'Avvocato Generale osserva che questa mancanza, criticamente rilevata anche dalla Commissione, deriva, con tutta probabilità, da una scelta consapevole del giudice remittente e che, pertanto, non ha senso verificare *ultra petita* la compatibilità con le libertà di cui agli artt. 39 e 43<sup>228</sup> del Trattato CE<sup>229</sup>.

La ragione della scelta del giudice finlandese non viene ulteriormente approfondita dall'Avvocato Generale. Una possibilità è che la corte finnica abbia ritenuto che il paragrafo 96(9) del TVL non determinasse né una discriminazione né una restrizione della libertà di circolazione o stabilimento del dottor Danner.

Infatti, non si può dire che il divieto di deduzione discrimini, neanche indirettamente, il dottor Danner rispetto ad un cittadino

---

<sup>227</sup> Cfr. B. Pizzoni, *Indeducibilità dei contributi a schemi di previdenza complementare estera e principio di coerenza fiscale*, in *Riv. dir. trib.* n. 11/2002, pp. 215 ss...

<sup>228</sup> Rispettivamente artt. 45 e 49 TFUE.

<sup>229</sup> Non è chiaro se il dottor Danner fosse un lavoratore subordinato o un professionista..

finlandese. A parte la ovvia considerazione che, nel caso di specie, il dottor Danner è anche cittadino della Finlandia, è evidente che la norma è diretta a stabilire una disparità di trattamento tributario dei fondi pensioni esteri rispetto a quelli locali, a prescindere dalla nazionalità o dalla residenza del futuro pensionato.

Anzi, al soggetto che si trasferisca in Finlandia da un altro Stato membro è concessa una temporanea deduzione per quattro anni. È solo nel momento in cui egli decida di trattenersi in Finlandia e di conservare la sua residenza per più di quattro anni che egli va incontro al divieto di deduzione.

In sostanza la norma non è discriminatoria nei confronti del futuro pensionato e nemmeno costituisce una restrizione all'ingresso in Finlandia.

Il caso Danner riguarda, dunque, una misura di carattere discriminatorio volta a disincentivare l'adesione a schemi pensionistici esteri rispetto a quelli nazionali.

Nella sentenza *Commissione v. Regno di Danimarca*<sup>230</sup>, la giustificazione avanzata dallo Stato membro valorizza la presunta simmetria del sistema. Ogniqualvolta i contributi diretti al finanziamento della previdenza privata vengono dedotti dall'imposta sul reddito della persona fisica che li versa, allora il reddito rappresentato dalla pensione successivamente erogata alla medesima persona è soggetto ad imposizione. Viceversa, laddove i contributi non vengano dedotti, come accade per quelli versati a forme di previdenza complementare estera, la pensione non viene tassata in capo al percettore.

---

<sup>230</sup> Cfr., ad esempio, la sentenza 30 gennaio 2007, causa C-150/04, *Commissione v. Regno di Danimarca*.

Lo Stato membro, dunque, adotta per la tassazione delle pensioni un sistema di tipo c.d. ET, tranne che nel caso delle pensioni che siano erogate a soggetti passivi dell'imposta sul reddito da parte di enti stranieri, privi di un collegamento territoriale (e quindi impositivo) con lo Stato in cui esse vengono percepite (c.d. sistema TE). Questa correlazione tra meccanismi ET e TE preserva sostanzialmente la possibilità, per lo Stato membro, di tassare almeno una volta il reddito accantonato per fini previdenziali dal contribuente: o nella fase di accumulo del risparmio, o in quella successiva di erogazione della rendita<sup>231</sup>.

Da un lato, la Commissione europea si è manifestamente pronunciata contro i sistemi di tipo TE, sin dalla Comunicazione del 2001 sulla Eliminazione degli ostacoli fiscali all'erogazione transfrontaliera di pensioni aziendali e professionali<sup>232</sup>. Dall'altro, tuttavia, proprio questa simmetria, così formulata (nonostante l'alternativa tra i regimi dipenda dalla residenza dell'impresa che eroga la prestazione previdenziale) sembra *prima facie* idonea a rispettare la nozione di coerenza fiscale che la Corte di Giustizia ha elaborato nel corso del tempo.

Questa regola di coerenza (basata - si sottolinea - su una precisa relazione strutturale tra deducibilità e imponibilità, di natura giuridica e non meramente economica<sup>233</sup>) non è stata invece riconosciuta

---

<sup>231</sup> La tassazione delle rendite pensionistiche private può seguire i tre modelli EET, ETT, TEE, combinando variamente tassazione (T) ed esenzione (E) rispetto ai tre stadi che portano alla formazione del reddito pensionistico (versamento dei contributi al fondo pensione - eventuale maturazione delle rendite finanziarie - erogazione della pensione). Semplificando (ovvero tenendo conto esclusivamente delle fasi di capitalizzazione dei contributi e di erogazione della pensione, che qui primariamente interessano) si può parlare di sistemi ET o TE.

<sup>232</sup> Commissione Europea, Comunicazione al Consiglio, al Parlamento europeo e al Comitato economico e sociale del 19 aprile 2001, (2001)214def.

<sup>233</sup> Gli altri requisiti che la Corte ha specificato nel corso del tempo sono il carattere diretto del legame, nonché l'identità del tributo e del soggetto passivo (in questo senso cfr.

nell'ordinamento finlandese, oggetto della causa Danner, proprio perché esso è stato ritenuto *asimmetrico*. La Corte rilevava infatti che in quel sistema le pensioni erogate dagli enti previdenziali esteri alle persone residenti in Finlandia sono assoggettate ad imposta indipendentemente dal fatto che i contributi assicurativi versati per la costituzione di tali pensioni siano stati dedotti o meno dai redditi imponibili dei beneficiari di queste ultime. In altre parole, mancava in quell'ordinamento una norma che impedisse la doppia imposizione interna. Ciò, nel giudizio della Corte, rappresenta un'asimmetria nel perseguire il preteso obiettivo della coerenza, tale da impedire la stessa possibilità di individuare una struttura coerente nel sistema<sup>234</sup>.

Nel caso Danimarca, invece, il regime di diritto interno applicabile prevede proprio, come nel caso Bachmann, una perfetta simmetria e alternatività tra deduzione dei contributi e imposizione del reddito da pensione. Dove la prima non sia possibile, non lo è neppure la seconda. La Corte, tuttavia, anche in questo caso ha negato che le restrizioni e le discriminazioni potessero trovare una giustificazione nella coerenza del sistema fiscale.

Il secondo elemento significativo nell'argomentazione della Corte è il principio di proporzionalità del mezzo al fine. A differenza di quanto

---

sentenze 14 novembre 1995, C-484/93, Svensson, in Racc., 1995, I, p. 3955 ss.; 28 ottobre 1999, C-55/98, Vestergaard, in Racc., 1999, I, p. 7641 ss.; 13 aprile 2000, C-251/98, Baars, in Racc., 2000, I, p. 2787 ss.), anche se, secondo l'avv. generale Kokott nelle conclusioni nella causa Manninen, l'identità del soggetto passivo non sarebbe necessaria.

<sup>234</sup> Sulla sentenza Danner cfr. Pizzoni B., *Indeducibilità dei contributi a schemi di previdenza complementare estera e principio di coerenza fiscale*, in *Riv. dir. trib.*, 2002, III, p. 215 ss.; Helminen M., *The Danner Case and the Tax Treatment of Foreign Pension Insurance Schemes*, in *EC Tax Journal*, 2004, p. 75 ss.; Gianoncelli S., *La coerenza fiscale e il principio di non discriminazione*, in *Giurispr. it.*, 11/2003; Mondini A., *I limiti alla deducibilità dei contributi previdenziali versati all'estero tra coerenza fiscale e divieto di discriminazione*, in *Giurisprudenza delle Imposte*, 1/2003, pp. 313 ss..

era avvenuto nella sentenza Bachmann, la Corte lascia qui intendere che la soluzione adottata eccede lo scopo, e cioè che potrebbero essere individuate altre misure meno restrittive per salvaguardare la coerenza del sistema tributario. Tuttavia, il ragionamento della Corte appare sorprendentemente laconico, lasciando l'applicazione del giudizio di proporzionalità a metà, o per meglio dire in sospeso. Stabilito, infatti, che la misura in discussione non è la meno restrittiva possibile, non effettua alcuna comparazione con altre misure alternative, e neppure le individua.

### **2.1. Il legame diretto: la compensazione tra vantaggi e svantaggi fiscali – L'unicità dell'imposta e del soggetto passivo**

Un nuovo significativo elemento utile alla definizione del concetto di coerenza fiscale si trae dalla sentenza Verkooijen<sup>235</sup>. In quest'occasione, infatti, per la prima volta, l'argomento della coerenza è speso in giudizio con riguardo ad una fattispecie diversa da quelle finora analizzate e di particolare interesse: la distribuzione transfrontaliera dei dividendi.

Le questioni erano state sollevate nell'ambito di una controversia tra lo Staatssecretaris van Financiën (segretario di Stato alle finanze olandese) ed il signor Verkooijen, cittadino olandese, in ordine al rifiuto di accordare a quest'ultimo il beneficio di un'esenzione dall'imposta sul reddito per i dividendi azionari da lui riscossi da una società stabilita in uno Stato membro diverso dal Regno dei Paesi Bassi.

La coerenza fiscale dedotta nella causa Verkooijen veniva basata su un ragionamento articolato in più profili. Innanzitutto, veniva argomentato che il sistema dell'esenzione era un sistema diretto ad

---

<sup>235</sup> Sentenza 6 giugno 2000, causa C-35/98.

alleviare la doppia imposizione dei dividendi limitatamente alle relazioni interne (doppia imposizione economica interna)<sup>236</sup>. Infatti, l'esenzione veniva concessa a vantaggio dei percettori per eliminare il duplice onere che grava sui dividendi distribuiti dalle società, colpiti una prima volta dall'imposta a cui è soggetta la società che li eroga e poi, a livello dei beneficiari, dall'imposta sul reddito delle persone fisiche o dall'imposta sulle società se a percepirli siano persone giuridiche.

Di conseguenza, la concessione di tale beneficio risultava circoscritta agli utili assoggettati ad imposizione nei Paesi Bassi in quanto se gli utili sono realizzati da una società stabilita in un altro Stato membro, sarà quest'ultimo ad assoggettarli ad imposta, con la conseguenza che non si sarebbe verificata, all'interno dei Paesi Bassi, una doppia imposizione.

D'altra parte, l'estensione dell'esenzione sui dividendi agli azionisti di società stabilite in altri Stati membri, cioè l'allargamento della *ratio legis*

---

<sup>236</sup> La doppia imposizione economica si realizza quando lo stesso reddito o lo stesso patrimonio viene assoggettato ad imposta due volte in capo a soggetti diversi, mentre si verifica una doppia imposizione giuridica quando lo stesso reddito o capitale è tassato due volte in capo allo stesso soggetto per lo stesso periodo. Quando la stessa situazione si riproduce a livello internazionale, laddove due Stati congiuntamente esercitano la propria potestà impositiva, si parla di doppia imposizione economica internazionale, mentre quella giuridica riguarda il medesimo contribuente che, in relazione allo stesso reddito e per lo stesso periodo d'imposta viene colpito da due Stati con imposte eguali o analoghe. Per approfondimenti, cfr., *ex multis*, Udina, *Il diritto internazionale tributario*, 1949, pp. 25 e ss.; Adonnino, *Doppia imposizione (diritto tributario)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1964, pp. 1016 e ss.; Vitale, *Doppia imposizione (diritto internazionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1968, pp. 1007 e ss.; Fantozzi, Vogel, *Doppia imposizione internazionale*, in *Digesto priv. comm.*, vol. V, Torino, 1989, pp. 181 e ss.; Garbarino, *La tassazione del reddito transnazionale*, Padova, 1990, pp. 391 e ss.; Miraulo, *Doppia imposizione internazionale*, Milano, 1990, pp. 3 e ss.; Tundo, *Ipotesi di riordino delle tipologie di dividendi transnazionali*, in AA. VV. (a cura di V. Uckmar e C. Garbarino), *Aspetti fiscali delle operazioni internazionali*, Isdaci - Egea, 1995, pp. 156 e ss.; P. Valente, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, Milano, 1999, pp. 12 e ss.. Per quanto concerne l'aspetto specifico dei dividendi, cfr. A. Pistone, *La tassazione degli utili distribuiti e la thin capitalization: profili internazionali e comparati*, Padova, 1994, pp. 89 e ss..

anche alla doppia imposizione giuridica ed economica internazionale, avrebbe decretato una perdita di introiti per le autorità fiscali olandesi, che non avrebbero potuto rivalersi sugli utili prodotti da tali società.

Infine, veniva sottolineato che i contribuenti avrebbero potuto fruire di un duplice vantaggio, stante che si sarebbero avvalsi sia delle riduzioni concesse dallo Stato membro in cui il dividendo era distribuito, tanto in quello in cui era stato riscosso (Paesi Bassi)<sup>237</sup>.

La Corte ha respinto tutte queste deduzioni. La pretesa coerenza del sistema tributario consiste, qui, non già in un regime dove una sola e medesima persona vede la propria imposizione differita e dove la restrizione è necessaria per evitare che siano sottratti fondi all'imposizione dello Stato membro considerato.

Più concretamente, manca un nesso diretto fra la concessione agli azionisti residenti nei Paesi Bassi di un'esenzione relativa all'imposta sul reddito per i dividendi riscossi e l'assoggettamento ad imposta degli utili delle società aventi sede in altri Stati membri, trattandosi, infatti, di un'imposta differente e, soprattutto, di due contribuenti distinti. Inoltre, ricorda la Corte, la mera riduzione del gettito fiscale, non accompagnata da un tale nesso, non può essere ritenuta un motivo imperativo di interesse generale tale da giustificare una deroga ad un principio fondamentale sancito dal Trattato. Il requisito del nesso diretto si conferma perciò come un elemento costitutivo della coerenza fiscale, in mancanza del quale, quest'ultima perde rilevanza<sup>238</sup>.

---

<sup>237</sup> Cfr. punti da 49 a 54 della sentenza.

<sup>238</sup> L'orientamento della Corte di giustizia in questo senso è, ormai, costante. Si vedano, in proposito, tra le tante: sentenza 12 luglio 2012, causa C-269/09, Commissione europea/Regno di Spagna; sentenza 1° dicembre 2011, Commissione/Ungheria, causa C-253/09; sentenza 20 ottobre 2011, causa C-284/09, Commissione/Germania; sentenza 1° luglio 2010, causa C-233/09, Dijkman; sentenza 17 settembre 2009, causa C-182/08, Glaxo

### **3. La rilevanza degli accordi contro le doppie imposizioni**

Nel caso *Wielockx*, invece, si discuteva della legittimità del rifiuto opposto dall'amministrazione finanziaria olandese alla deduzione da parte di un cittadino belga residente in Belgio, ma svolgente attività di lavoro autonomo in Olanda, di somme accantonate ai fini della costituzione di una riserva di vecchiaia.

In *Bachmann e Commissione c. Belgio* la Corte riconosceva al Belgio il diritto a vietare la deduzione dei versamenti operati a favore di soggetti non residenti allo scopo di salvaguardare un rapporto diretto tra concessione della deduzione e tassazione della pensione.

La ragione del rifiuto della deduzione al signor *Wielockx* – nonostante dopo il caso *Schumacker* si fosse ben consapevoli dell'illegittimità del diniego di deduzioni a quei soggetti che pur non acquisendo lo status di residenti di un certo stato vi producano tutto o quasi il loro reddito – risiedeva nella supposta correlazione tra deduzione dei versamenti allo schema pensionistico e tassazione della pensione.

---

*Wellcome*; sentenza 15 aprile 2010, causa C-96/08, *CIBA*; sentenza 06 ottobre 2009, causa C-562/07, *Commissione/Spagna*; sentenza 02 ottobre 2008, causa C-360/06, *Heinrich Bauer Verlag*; sentenza 28 febbraio 2008, causa C-293/06, *Deutsche Shell*; sentenza 18 dicembre 2007, causa C-281/06, *Jundt*; sentenza 26 ottobre 2006, causa C-345/05, *Commissione/Portogallo*; ordinanza 23 aprile 2008, causa C-201/05, *Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation*; sentenza 13 marzo 2007, causa C-524/04, *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*; sentenza 23 febbraio 2006, causa C-471/04, *Keller Holding*; sentenza 12 dicembre 2006, causa C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*; sentenza 14 settembre 2006, causa C-386/04, *Centro di Musicologia Walter Stauffer*; sentenza 29 marzo 2007, causa C-347/04, *Rewe Zentralfinanz*; 7 settembre 2004, *Manninen*, causa C-319/02; sentenza 15 luglio 2004, causa C-242/03, *Weidert e Paulus*; sentenza 26 giugno 2003, causa C-422/01, *Skandia e Ramstedt*; sentenza 12 giugno 2003, causa C-234/01, *Gerritse*.

Poiché il signor Wielockx non era residente, l'Olanda non avrebbe avuto la possibilità di tassare la pensione.

A differenza del signor Bachmann, dunque, il signor Wielockx non poteva dedurre i versamenti in quanto non residente<sup>239</sup>. In tal caso è chiaro che la disposizione non restringeva la libera prestazione dei servizi da parte di operatori stranieri, ma costituiva, viceversa, una discriminazione indiretta alla libertà di stabilimento del signor Wielockx. In linea con la sentenza Schumacker<sup>240</sup>, la Corte dichiarava che un soggetto non residente, ma che tuttavia produce in un determinato ordinamento tutto o quasi il suo reddito, non può essere trattato diversamente da un soggetto residente. Il signor Wielockx pertanto aveva diritto alla deduzione allo stesso modo di un residente.

La Corte, tuttavia, rigettava il ricorso alla coerenza fiscale dal momento che la giurisdizione fiscale olandese era salvaguardata dalla possibilità di effettuare una ritenuta alla fonte sulla pensione erogata al beneficiario non residente. Uno Stato può, pertanto, ritenere lesa la propria giurisdizione solo qualora, una volta concessa la deduzione, non possa tassare la pensione né alla fonte né in capo al percipiente.

L'impossibilità per l'Olanda di applicare una tassazione alla fonte non discendeva (come in Bachmann) dal fatto che il fondo pensione non era residente nel suo territorio, ma dal fatto che la convenzione per evitare

---

<sup>239</sup> Corte di Giustizia, sentenza 11 agosto 1995, Wielockx, punto 24. Cfr. Muguruza Arrese J. - 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, p. 683 ss.; Binon J.M., *Avantages fiscaux en assurance de personnes et droit européen*, in *Revue du marché unique européen*, 1996, n. 2, p. 129 ss.; Dassesse M., *The Wielockx and the Svensson Judgments: Fiscal Cohesion" with a Different Flavour?*, in *EC Tax Journal*, 1995/96, p. 181 ss.; Kamphuis H.J. - Pötgens F.P.G., *Goodbye Mr Bachmann, Welcome Mr Wielockx*, in *Ibfd Bulletin*, 1996, n. 1, p. 2 ss.

<sup>240</sup> Schumacker, C-279/93 (14 febbraio 1995).

le doppie imposizioni conclusa con il Belgio escludeva la tassazione alla fonte. Conclude, dunque, la Corte che *“per effetto delle convenzioni contro le doppie imposizioni che, ... 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 deducibili 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 deducibilità 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”*.

In sostanza, poiché la coerenza fiscale è garantita sulla base di una convenzione bilaterale conclusa con un altro Stato membro, tale principio non può essere invocato al fine di giustificare il diniego di una deduzione del tipo in oggetto. In effetti, il contribuente, non essendo soggetto d’imposta nello Stato di residenza per effetto della convenzione contro le doppie imposizioni applicabile, non avrebbe potuto vedersi riconosciuta la deduzione in nessuno Stato membro.

Si comprende, dunque, che in quel caso fu applicata una regola di giustizia tributaria: l’intero reddito del soggetto comunitario veniva tassato nello Stato della fonte, e questo pertanto era il solo a potere prendere in considerazione la capacità contributiva del soggetto, la sua situazione globale ai fini dell’imposizione personale sul reddito. Dal momento che il riparto convenzionale del potere impositivo concorreva indirettamente a produrre l’effetto pregiudizievole, come avrebbe potuto lo Stato della fonte giustificarlo, sostenendo che il diniego della deduzione

si rendeva inevitabile appunto perché non poteva tassare la pensione in virtù del regime convenzionale applicabile?

Il ragionamento della Corte sembra improntato dall'idea di fondo che la disciplina convenzionale assume rilevanza al fine di verificare la coerenza interna del sistema tributario di uno Stato membro (che condiziona la non tassazione di quel reddito, nel momento del suo accantonamento a risparmio previdenziale, alla possibilità di tassarlo successivamente nel momento della sua erogazione in forma di pensione) accettando così l'eventualità - rispettivamente - di una doppia imposizione interna o di una doppia non-imposizione interna. Insomma, ratificare una convenzione OCSE e accettare questa astratta possibilità giuridica significa per la Corte rendere internamente asimmetrico il sistema. Questo recupera una certa coerenza soltanto se si prende in considerazione la reciprocità di queste asimmetrie interne degli ordinamenti fiscali degli Stati contraenti.

Come avvenuto anche nel successivo caso Danner, la Corte ricostruisce la nozione di coerenza fiscale valorizzando i criteri di riparto della potestà impositiva tra gli Stati, così come previsti nelle convenzioni contro le doppie imposizioni. In altre parole, uno Stato membro, quando ha concluso trattati bilaterali che hanno l'effetto di ancorare l'imponibilità del reddito da pensione sempre e comunque nello Stato di residenza del percettore (secondo l'art. 18 del Modello di convenzione OCSE), indipendentemente da dove siano stati pagati e/o dedotti i relativi contributi, rinuncia alla coerenza fiscale di (solo) diritto interno (non c'è più simmetria né rispetto al singolo contribuente, né rispetto al complesso dei rapporti d'imposta, poiché la tassazione non segue più la medesima

regola di coerenza in tutti i casi analoghi), e al contempo istituisce una nuova regola di coerenza fiscale<sup>241</sup>.

Questa non è più affermata e garantita a livello di uno stesso soggetto, sulla base di una correlazione rigorosa tra detraibilità dei contributi e imponibilità delle pensioni, ma si sposta su un altro livello, vale a dire quello della reciprocità delle norme applicabili agli Stati contraenti. Le regole convenzionali di equità tra gli Stati nel riparto della tassazione prevalgono dunque sulle regole di coerenza del diritto interno<sup>242</sup>.

La questione lasciata insoluta dalla Corte, anche nella causa C-150/04, è se valutazioni di tal genere debbano essere compiute distintamente per le singole convenzioni (e quindi, di volta in volta, rispetto ad una ben determinata fattispecie transfrontaliera che coinvolge un altro specifico Stato membro) oppure complessivamente, prendendo in considerazione l'intera rete di rapporti bilaterali che uno Stato membro intrattiene con gli altri Stati comunitari<sup>243</sup>

---

<sup>241</sup> Sul rapporto tra convenzioni contro le doppie imposizioni e diritto comunitario si rinvia a Bizioli G., *Libertà di stabilimento ed imposizione fiscale dei gruppi di società: il caso X AB, Y AB*, in *Riv. dir. trib.*, n. 3/2000, pp. 29 ss. e, dello stesso autore, *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, pp. 179 ss..

<sup>242</sup> "Detto altrimenti, sarebbe sufficiente che uno Stato accettasse la possibilità che un proprio cittadino residente, dedotti regolarmente dal proprio reddito imponibile i contributi versati a fondi pensione nazionali, al momento di percepire la pensione trasferisca la residenza in un altro Stato membro con cui è in vigore una convenzione basata sul modello OCSE, per poter affermare che la relazione tra deducibilità e imposizione non è più improntata a criteri di simmetria e coerenza interna". (cfr. Mondini A., *Coerenza fiscale e principio di proporzionalità: crisi del sistema o dell'armonizzazione?*, in *Riv. dir. fin.* 3/2007, pp. 41 e ss.).

<sup>243</sup> In questo senso, cfr. le conclusioni presentate il 21 marzo 2002 dall'Avvocato generale Jacobs nella causa C-136/00, Danner. La dottrina sottolinea come possa "risultare troppo semplicistico l'approccio seguito dalla Corte, secondo cui l'aver concluso convenzioni secondo il modello OCSE dimostra che lo Stato ha accettato regole di coerenza fiscale basate sulla *international equity*, diverse da quelle di diritto puramente nazionale che gli permettevano di correlare in

#### 4. La rilevanza della *ratio* delle disposizioni nazionali

Si è sopra sottolineata l'importanza che assume, al fine di stabilire la corrispondenza delle situazioni nazionali e *cross-border*, lo scopo perseguito attraverso la norma oggetto del giudizio dinanzi alla Corte di Giustizia e la circostanza che il diverso trattamento di fattispecie a rilevanza meramente interna e fattispecie transfrontaliere sia in grado di raggiungere tale scopo (c.d. *purpose of legislation test*).

Per quanto riguarda, in particolare, la deduzione dei contributi pensionistici, essa viene costantemente qualificata dalla Corte come un "vantaggio fiscale", secondo una terminologia non tecnica che valorizza

---

*modo simmetrico, in capo a ciascun contribuente, la deducibilità dei contributi con l'imponibilità della pensione. Infatti, o si ammette che ad ogni convenzione possa corrispondere una reciprocità di asimmetrie" diversa dalle altre, e quindi si ha una pluralità di regole equitative di coerenza fiscale, tante quante sono le convenzioni in vigore - ma allora si priva la nozione di coerenza fiscale di significatività, perché si cade nella contraddizione di un sistema" di imposta dato dalla coesistenza di un numero potenzialmente infinito di sotto-sistemi bilaterali, coerenti soltanto al loro interno, ma non l'uno rispetto all'altro (e allora il sistema non è coerente, o, altrimenti detto, non esiste come sistema). Oppure, si prende atto che la disomogeneità all'interno del network delle convenzioni bilaterali non permette di individuare alcuna coerenza riferita all'intero ordinamento tributario e affermata al livello della reciprocità delle norme applicabili" tra gli Stati contraenti, non essendo queste ultime sempre uguali e concordi. D'altra parte, ciò potrebbe sollevare in ambito comunitario ulteriori questioni, come ad esempio la possibilità di estendere il trattamento convenzionale riservato alla nazione più favorita anche ai cittadini di altri Stati membri con cui sono state sottoscritte convenzioni con regole di coerenza fiscale meno favorevoli" (Mondini A., Coerenza fiscale e principio di proporzionalità: crisi del sistema o dell'armonizzazione?, in Riv. dir. fin. 3/2007, pp. 41 e ss.). Su questo profilo si rinvia a Clark B., The Limitation on Benefits Clause under an Open Sky, in European Taxation, 2003, n. 1, p. 22 ss.; Wolvers S., Tax Treaties and Most-Favoured-Nation Treatment in the European Community, in European Taxation, 2005, p. 255 ss.; Cordewener A. - Reimer E., The Future of Most-Favoured-Nation Treatment in EC Tax Law - Did the ECJ Pull the Emergency Brake without Real Need?, Part I & II, in European Taxation, 2006, pp. 239 ss. e 291 ss..*

soprattutto la percezione immediata che ne trae, sotto il profilo economico, il contribuente-consumatore dei servizi.

E' stato, tuttavia, osservato come, in realtà, la deduzione dei contributi previdenziali non obbligatori risponda, invero, all'esigenza di un'imposizione conforme ai principi di personalità e di capacità contributiva in quanto la destinazione previdenziale del risparmio viene valutata dal legislatore, se non come condizione di spossessamento del reddito, almeno come elemento negativo della capacità contributiva in un dato periodo d'imposta<sup>244</sup>. In questo senso, non v'è alcuna contrapposizione con la natura personale dell'imposta: lo schema di imposizione prescelto (ET anziché TE) risponde proprio alla logica della personalità e permette di determinare la capacità contributiva in una prospettiva intertemporale<sup>245</sup>.

Ciò non esclude che questo modello impositivo possa risultare, allo stesso tempo, strumentale alla realizzazione di interessi di natura extrafiscale ed, in particolare, quello di incentivare la destinazione del risparmio a finalità previdenziali. Tale duplice valenza non permette, di

---

<sup>244</sup> Cfr. Mondini A., *Coerenza fiscale e principio di proporzionalità: crisi del sistema o dell'armonizzazione?*, in *Riv. dir. fin.* 3/2007, pp. 41 e ss.. Per la ricostruzione e l'inquadramento in dottrina della deduzione dei contributi previdenziali, anche in rapporto alla tassazione differita, cfr. da ultimo PURI P., *Destinazione previdenziale e prelievo tributario*, Milano, 2005.

<sup>245</sup> Osserva Fedele A., *Imposte reali e imposte personali nel sistema tributario italiano*, in *Riv. dir. fin.*, n.3/2002, p. 451 ss., che "nell'imposizione personale possibilità di duplicazioni, sul piano della previsione normativa, sussistono [...] con riguardo alle singole componenti reddituali o patrimoniali della fattispecie imponibile. Tuttavia - con riguardo al medesimo soggetto passivo - è più agevole individuare i casi in cui la medesima componente reddituale è, ad es., inclusa più volte nella base imponibile per il medesimo periodo d'imposta ovvero in periodi diversi [...]".

per sé, infatti, che ad esso possa esser disconosciuta una valenza strutturale e sistematica e non, invece, propriamente agevolativa<sup>246</sup>.

La ratio della misura nazionale oggetto di censura appare, inoltre, determinante sotto un diverso profilo che attiene propriamente alla struttura del giudizio della Corte, in particolare, sotto il profilo della possibilità di confrontare le fattispecie domestiche con quelle intraeuropee.

La sostanziale comparabilità della posizione del soggetto che si ritiene discriminato con quella di un altro soggetto il quale si troverebbe, invece, in una posizione di vantaggio rispetto al primo non può che esser condotto con riguardo ad un parametro che sia unico e valevole per entrambi i soggetti e che ha certamente a che fare con le finalità cui la misura stessa risulta strumentale.

---

<sup>246</sup> Cfr. Mondini A., *Coerenza fiscale e principio di proporzionalità: crisi del sistema o dell'armonizzazione?*, in *Riv. dir. fin.* 3/2007, pp. 41 e ss.. Non sussistono, contemporaneamente, nel caso di specie, i tre requisiti tipici dei regimi fiscali propriamente agevolativi individuati dalla dottrina ed, in particolare, la natura derogatoria, l'effetto di una tassazione in misura più vantaggiosa, il fondamento giustificativo in un principio non fiscale in funzione promozionale. Cfr. Fichera F., *Le agevolazioni fiscali*, Padova, 1992. Un effetto agevolativo, in senso lato, può essere soltanto eventuale e non prevedibile, anche se probabile. Infatti, proprio tenendo conto della personalità dell'imposta, e quindi della valorizzazione di tutti gli indici di capacità contributiva riconducibili alla stessa tipologia di presupposto, si verifica soltanto se quell'elemento reddituale, in seguito al differimento d'imposizione, al momento in cui viene infine percepito concorre a formare un imponibile complessivo che risulta inferiore rispetto a quello che il soggetto passivo possedeva in età lavorativa (c.d. tax averaging) In questo senso cfr. Puri P., *Destinazione previdenziale e prelievo tributario*, Milano, 2005, pp. 204 ss. e 206, in particolare nota 58.

## - CAPITOLO IV -

### LA COERENZA DEL SISTEMA FISCALE NAZIONALE ALLA LUCE DI TALUNE ULTERIORI FATTISPECIE ESAMINATE DALLA CORTE DI GIUSTIZIA

**Sommario:** 1. *Il fenomeno della doppia imposizione* - 2. *La distribuzione di dividendi a soggetti residenti in un diverso Stato membro* - 3. *L'attribuzione delle perdite fiscali pregresse a soggetti diversi all'interno dell'UE* - 4. *Le exit tax*

#### **1. Il fenomeno della doppia imposizione**

La nozione di “coerenza fiscale” è stata, dunque, oggetto di una progressiva elaborazione da parte della Corte di Giustizia che – a partire dalla sentenza Bachmann fino ad arrivare alla sentenza Verkooijen – ne ha delineato i tratti essenziali, precisando come essa trovi applicazione con riguardo ad un singolo tributo ed ad un singolo contribuente nei limiti in cui sia previsto in capo ad esso un beneficio di carattere fiscale cui corrisponda, per contro, un prelievo compensativo.

Si è rilevato, peraltro, come la valutazione della coerenza di un determinato sistema (o sottosistema) normativo debba esser valutata con riguardo a tutte le disposizioni applicabili ad una determinata fattispecie, ivi incluse le convenzioni contro le doppie imposizioni eventualmente applicabili.

In tale accezione, dunque, la coerenza del regime fiscale nazionale appare riconducibile al divieto di doppia imposizione giuridica di una determinata fattispecie impositiva<sup>247</sup>.

Tuttavia, la progressiva evoluzione giurisprudenziale, favorita in ciò dalle considerazioni via via proposte dagli Avvocati generali nelle proprie conclusioni, sembra aver, in qualche modo suggerito la possibilità di un'estensione del campo di applicazione della coerenza fiscale, come da sempre rivendicato da parte degli Stati membri di fronte alla Corte di Giustizia.

Non appare, tuttavia, chiaro se tale fenomeno – laddove possa considerarsi effettivamente riscontrabile – consenta di ritenere ampliato il concetto di coerenza fiscale a casi che vanno al di là della doppia imposizione giuridica e, segnatamente, a fenomeni di doppia imposizione economica<sup>248</sup>; induca, cioè, a ricondurre in un più ampio contesto il concetto di coerenza fiscale ben oltre l'accezione (più ristretta) delineata fin d'ora dalla Corte di giustizia. Ma su questo punto si tornerà in seguito.

Prima di sviluppare il tema accennato non si può fare a meno di evidenziare che, allo stadio attuale, la doppia imposizione economica

---

<sup>247</sup> Cfr. Bizioli G., *Deducibilità dei costi transfrontalieri, libertà di stabilimento e coerenza fiscale: il caso Bosal (nota a Corte di giustizia delle Comunità europee, Sezione V, 18 settembre 2003, causa C-168/01)*, in *Tributimpresa*, n. 3/2005; Gianoncelli, *La coerenza fiscale e il principio di non discriminazione nella giurisprudenza comunitaria*, in *Giur. It.*, 10/2003, pp. 1963 ss.. Sul rapporto tra la nozione di coerenza fiscale e quella di divieto di doppia imposizione, si veda Marelli, *Il divieto di doppia imposizione come principio generale del sistema tributario*, in *Giur. Cost.*, 1997, pp. 4131 ss..

<sup>248</sup> La doppia imposizione economica si differenzia da quella giuridica – che si manifesta ogniqualvolta, in dipendenza dello stesso presupposto, vengono applicate o più di una volta la medesima imposta oppure imposte tra loro alternative, in capo ad un medesimo soggetto – per il suo concretizzarsi nella plurima imposizione di una stessa ricchezza, in capo a soggetti passivi e sulla base di titoli impositivi distinti. Per tutti, autorevolmente, Vogel, *On double taxation convention*, III ed., Deventer, 1997, pag. 1.

(interna e internazionale) degli utili societari rappresenta solo un fenomeno economico, e non una fattispecie<sup>249</sup>.

In questo quadro deve collocarsi il concetto, necessariamente mobile e onnicomprensivo, enucleato dalla dottrina, la quale ha definito la doppia imposizione economica (interna) come duplice tassazione di una stessa ricchezza (l'utile societario), in capo a soggetti passivi (società e socio) e sulla base di titoli impositivi (il possesso dell'utile in capo alla società, il possesso del dividendo in capo al socio) distinti<sup>250</sup>.

Il concetto, in contesti ultraterritoriali, si arricchisce almeno di un'ulteriore specificazione: perché possa aversi doppia imposizione economica internazionale (sì da distinguerla dalla doppia imposizione economica puramente domestica), occorre che i presupposti (i.e. i titoli impositivi), in funzione dei quali socio e società sono tassati, siano determinati dalla (e disciplinati in conformità della) legge di Stati diversi<sup>251</sup>.

---

<sup>249</sup> Si cfr., *inter alia*, Cataudella, *Fattispecie* (voce), in *Enc. dir.* XVI, Milano, 1967; Scognamiglio, *Fattispecie* (voce), in *Enc. giur. Treccani XIV*, Roma, 1989; Moschella, *Fatto giuridico* (voce), in *Enc. giur. Treccani XIV*, Roma, 1989.

<sup>250</sup> È opinione comunemente accettata che, nonostante la doppia imposizione degli utili societari sia compatibile con i principi costituzionali e non urti, in particolare, con il principio di capacità contributiva, e nonostante essa non necessariamente strida con la struttura giuridica complessiva del sistema delle imposte, una sua eliminazione si rende opportuna, se non altro, per attenuare l'incidenza negativa sulla propensione agli investimenti in capitale di rischio ed il conseguente incentivo all'indebitamento dell'impresa. Sul tema, cfr., diffusamente, Padovani, *Investimenti in società di capitali e imposizione sul reddito*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 199.

<sup>251</sup> Si potrebbe invece immaginare che, diversamente, non occorra che socio e società siano fiscalmente residenti in Stati diversi. Potrebbe ad esempio aversi doppia imposizione economica internazionale nell'ipotesi in cui socio e società siano fiscalmente residenti nel medesimo Stato, l'utile della società sia immune da imposizione in detto Stato (il che potrebbe accadere, tra l'altro, nel caso in cui la società realizzi il proprio reddito interamente all'estero e lo Stato di residenza applichi un principio di tassazione territoriale; oppure nell'ipotesi in cui lo Stato di residenza applichi un regime di

Tanto chiarito, occorre prendere atto che l'eliminazione e/o l'attenuazione della doppia imposizione economica degli utili societari non costituiscono un aspetto necessario del sistema, tanto sul piano del diritto tributario interno<sup>252</sup>, quanto per il diritto tributario internazionale<sup>253</sup>.

Un duplice livello impositivo, nei rapporti tra socio e società, è fisiologico e consapevolmente accettato in molti sistemi tributari<sup>254</sup>.

Specie laddove il primo è un investitore privato, disinteressato agli assetti più propriamente gestionali e "associativi" dell'ente<sup>255</sup>, al prelievo societario è, in genere, abbinata l'applicazione di un'imposta sui dividendi

---

esenzione soggettiva nei riguardi della società), ma sia assoggettato a tassazione nello Stato in cui l'attività è svolta (Stato della fonte); nel qual caso, l'eventuale doppia imposizione economica che pesasse sui dividendi, al momento della loro distribuzione, sarebbe senz'altro internazionale - poiché riconducibile a titoli impositivi determinati da ordinamenti diversi (quello della residenza dell'azionista e quello della fonte dell'utile societario) - senza che, tuttavia, socio e società siano residenti in Stati diversi. In termini che sembrano differenti, Baggio, *Il principio di territorialità ed i limiti alla potestà tributaria*, Milano, 69, nota 67.

<sup>252</sup> In materia, cfr. tra gli altri Porcaro, *Il divieto di doppia imposizione nel diritto interno*, Padova, 2001, 415 ss..

<sup>253</sup> Per una panoramica generale del tema, si rinvia a Vann R., *General Report*, in *Ifa Cahiers* 2003 - Volume 88a, *Trends in company/shareholder taxation: single or double taxation?*. Si vedano anche Fantozzi, Vogel, *Doppia imposizione internazionale*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, V, 1990, Torino, 186; Miraulo, *Doppia imposizione internazionale*, Milano, 1990, 12.

<sup>254</sup> Come si vedrà meglio più avanti, un divieto generale di doppia imposizione economica degli utili societari non è rinvenibile neppure nel diritto comunitario. Contesto al cui interno, tuttavia, è possibile individuare almeno due livelli di approccio al tema: difatti, mentre la disciplina positiva (in specie, la direttiva n. 90/435/Ce, cd. direttiva "madre-figlia") tende a contrastare radicalmente il fenomeno, limitatamente alle distribuzioni di dividendi "intragruppo" (quelle, cioè, contraddistinte da sottesi rapporti partecipativi "rilevanti"), la giurisprudenza - pur non avendo mai professato l'esistenza un divieto di doppia imposizione economica di matrice comunitaria (si veda ad esempio la sentenza 12 maggio 1998, causa C-336/96, *Coniugi Gilly v. Directeur des services fiscaux du Bas-Rhin*) - ha escluso che fenomeni di doppia imposizione possano esser ritenuti compatibili con il diritto dell'UE qualora derivino da misure *lato sensu* discriminatorie.

<sup>255</sup> (15) Sul tema, cfr. Fedele, *La nuova disciplina Ires: i rapporti tra soci e società*, in *Riv. dir. trib.*, 2004, I, 465.

lordi distribuiti<sup>256</sup> e, negli stessi casi in cui il socio possiede partecipazioni qualificate - con un interesse rivolto, dunque, alla gestione oltretutto ai flussi reddituali che l'investimento produce - i dividendi che ne riceve sono, normalmente, assoggettati ad una tassazione ulteriore rispetto a quella che ha gravato sull'utile societario al momento della sua produzione<sup>257</sup>, discendendone un grado, più o meno accentuato, di doppia imposizione economica<sup>258</sup>.

Beninteso, la doppia imposizione economica degli utili societari - quand'anche gravi solo sull'ultimo flusso di dividendi, quello in capo al socio persona fisica, su cui la ricchezza si "patrimonializza"<sup>259</sup> - è fenomeno non desiderabile, poiché distorsivo delle scelte di allocazione del capitale - rendendo preferibile l'investimento in capitale di prestito rispetto a quello in capitale di rischio - e quindi contrastato dagli ordinamenti nazionali con diversi strumenti; i più comuni sono l'esenzione e il credito d'imposta<sup>260</sup>.

Com'è noto, nel sistema del credito, l'imposizione è incentrata sulla persona fisica, assegnando all'imposta societaria la funzione di acconto

---

<sup>256</sup> In genere, si tratta di imposte cedolari, con aliquota ridotta, che presentano una funzione incentivante all'investimento finanziario.

<sup>257</sup> Si pensi, ad esempio, alla disciplina italiana che prevede, per i soci persone fisiche di società di capitali, l'inclusione nella base imponibile del 49,72 per cento dei dividendi distribuiti da società ed enti (art. 47, DPR n. 917/1986; la percentuale del 40 per cento, ancora presente nel testo della norma, è stata elevata al 49,72 per cento dal DM 2 aprile 2008).

<sup>258</sup> Si cfr., ancora, Fedele, *La nuova disciplina dell'Ires: i rapporti tra soci e società*, in *Riv.dir.trib.*, 2004, I, p. 473.

<sup>259</sup> L'introduzione del termine nel diritto tributario è debitrice dell'elaborazione di Lupi. Si veda, tra i suoi svariati scritti sul tema, *Linee strutturali della riforma nel contesto della tassazione delle imprese*, in *La tassazione delle società nella riforma fiscale*, Milano, 2004, 3 ss..

<sup>260</sup> Si rinvia, al riguardo, per una più esaustiva e dettagliata ricostruzione dei molteplici meccanismi di neutralizzazione della doppia imposizione economica, a Padovani, *Investimenti in società di capitali e imposizione sul reddito*, Giuffrè, Milano, 2009, pp. 200 ss..

dell'imposta personale e preservando la progressività dell'imposizione gravante sul socio<sup>261</sup>.

Nei regimi di esenzione - totale o parziale - dei dividendi l'imposta viceversa incombe, tendenzialmente, sul solo utile societario e non tocca il soggetto partecipante, quali che siano il livello di tassazione applicato a carico della società e l'importo dei dividendi percepiti dal socio (con conseguente attenuazione della progressività, ed orientando il coordinamento "socio-società" verso un modello di tipo "reale")<sup>262</sup>.

Queste genetiche divergenze tra credito ed esenzione rendono evidente che la scelta del metodo non è immune da valutazioni circa gli assetti, personali (credito d'imposta) o reali (esenzione), da privilegiare nell'attuazione del tributo, ed esprime opzioni di politica economica che vanno oltre la mera volontà di neutralizzare i fenomeni di doppia imposizione economica degli utili societari, riflettendosi, direttamente, sui livelli di (dis)eguaglianza e perequatività del sistema tributario<sup>263</sup>.

Per quanto concerne la giurisprudenza comunitaria ed, in particolare, il contributo di quest'ultima all'enucleazione di un significato comune per il sintagma "doppia imposizione economica", un esame

---

<sup>261</sup> Garantendo, cioè, che il dividendo percepito sia integralmente inserito nella base imponibile del socio e, conseguentemente, assoggettato a imposizione con la sua aliquota personale; cfr. diffusamente, su tali aspetti, Di Tanno, *La Dual Income Tax*, Milano, 1998, 141 ss.. In materia, si vedano, G. Brosio, *Economia e finanza pubblica*, Roma, 1998, pp. 556 ss; P. Bosi e M.C. Guerra, *I tributi nell'economia italiana*, Bologna, 1998, pp. 108 ss.; C. Sacchetto, *L'imposta sul reddito delle persone giuridiche*, in Trattato di diritto tributario, IV, diretto da A. Amatucci, Padova, 1994, pp. 67 ss.; A. Giovannini, *Soggettività tributaria e fattispecie impositiva*, Padova, 1996, pp. 187 s..

<sup>262</sup> In tal caso, l'effetto è una forzatura, più o meno accentuata, della progressività - sono messi sullo stesso piano l'azionista che riceve dividendi per 100 euro e l'azionista che riceve dividendi per 100.000 euro - a vantaggio di esigenze di semplicità e speditezza del prelievo.

<sup>263</sup> Sul punto, cfr. ancora Fedele, *Imposte reali ed imposte personali nel sistema tributario italiano*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 2002, I, p. 451.

preliminare rivela come, benché in numerose occasioni chiamata a pronunciarsi sul tema della doppia imposizione economica degli utili societari<sup>264</sup>, la Corte di Giustizia si sia astenuta dal delineare, con precisione, il significato del sintagma; omissione dalla quale, come presto si osserverà, è derivato un certo (dis)orientamento nell'individuazione degli strumenti con cui gli Stati membri - i cui regimi di imposizione dei dividendi erano, di volta in volta, oggetto di scrutinio comunitario - avrebbero dovuto rimediare, adeguando i propri sistemi fiscali al diritto europeo.

È infatti agevole osservare che l'enunciazione di un significato puntuale del sintagma rappresenta un profilo nodale nel contesto del mercato unico, poichè è proprio su esso (significato) che si fonda la comparabilità tra situazioni interne e situazioni transfrontaliere, su cui si regge il giudizio di restrizione o discriminazione della Corte di Giustizia<sup>265</sup>.

In sostanza, se, come la Corte di Giustizia più volte sostiene, dividendi domestici e dividendi transfrontalieri sono considerati paragonabili in ragione della prerogativa, comune a entrambe le categorie

---

<sup>264</sup> Tra le sentenze più recenti, si cfr. Corte di Giustizia, sentenza 10 febbraio 2011, cause riunite C-436/08 e C-437/08, Haribo Lakritzen e Österreichische Salinen.

<sup>265</sup> A questo proposito, è evidente come il giudizio di restrizione o discriminazione delle norme fiscali si debba necessariamente fondare sulla comparabilità della situazione interna alla situazione transfrontaliera. In altre parole, si può avere restrizione o discriminazione solo se e nella misura in cui la norma nazionale oggetto di scrutinio comunitario tratti diversamente situazioni - l'una interna e l'altra comunitaria - che siano tra loro "oggettivamente comparabili". Al riguardo, cfr., tra le più recenti, Corte di Giustizia, sentenza 15 settembre 2011, causa C-310/09, Accor SA, punto 44 (ove numerosi richiami ad altri precedenti della Corte), secondo cui "le libertà di circolazione garantite dal Trattato ostano a che uno Stato membro riservi ai dividendi di origine estera un trattamento meno favorevole rispetto a quello riservato ai dividendi di origine nazionale, a meno che questa differenza di trattamento riguardi situazioni non oggettivamente comparabili o sia giustificata da motivi imperativi di interesse generale".

di proventi, di attenuare o eliminare la doppia imposizione economica dell'utile societario, allora definire cosa debba intendersi per doppia imposizione economica è fattore coesenziale al giudizio stesso di comparabilità, e, dunque, presupposto ineliminabile della verifica circa l'eventuale restrizione o discriminazione provocate dalla disciplina domestica in esame.

Fermo quanto precede, ad uno sguardo più attento si è, tuttavia, portati a ritenere che il contributo della Corte di Giustizia alla enucleazione di un significato comune di doppia imposizione economica, o, perlomeno, dei tratti essenziali del fenomeno - poiché di fenomeno, anche in contesto comunitario, si deve parlare, e non di fattispecie, siccome i suoi presupposti così come i suoi effetti non sono disciplinati da una norma giuridica<sup>266</sup> - non sia del tutto assente.

Anche la doppia imposizione economica - così come altre categorie del diritto tributario interno e internazionale<sup>267</sup> - viene dotata, dalla Corte di Giustizia, di un senso "comunitario", correlato alla specifica funzione

---

<sup>266</sup> Sul punto, una embrionale "codificazione" del concetto di doppia imposizione sembra ravvisabile nel contesto della direttiva n. 90/435/Ce, cd. "madre-figlia", laddove si legge, all'art. 7, che "la presente direttiva lascia impregiudicata l'applicazione di disposizioni nazionali o convenzionali intese a sopprimere o ad attenuare la doppia imposizione economica dei dividendi, in particolare delle disposizioni relative al pagamento di crediti di imposta ai beneficiari dei dividendi". Tuttavia, l'obiettivo si pone senz'altro come strumentale rispetto al conseguimento del fine principale della disciplina, espresso nel preambolo della direttiva, riconducibile all'esigenza di favorire i raggruppamenti tra società madri e figlie su scala europea, garantendo la neutralità fiscale dei flussi di dividendi infragruppo. Su questi profili, cfr. Corte di Giustizia, sentenza 3 aprile 2008, causa C-27/07, Banque Fédérative du Crédit Mutuel, punti 24 e 27. Cfr. anche Menti, *La direttiva madre-figlia n. 90/435 e l'obbligo per gli Stati membri di astenersi dal sottoporre a imposizione i dividendi*, in *Riv. dir. trib.*, 2009, IV, 269.

<sup>267</sup> Sul punto, Marzano, *Nuovi profili di (in)compatibilità comunitaria dei regimi di tassazione dei redditi di capitale di fonte estera*, in *Rass. trib.*, 2011, per una disamina delle categorie della fonte e della residenza in chiave comunitaria, con più ampi riferimenti a dottrina e giurisprudenza.

che essa assolve nel quadro del sindacato di restrizione e/o discriminazione (del quale, come si è visto, la qualificazione della doppia imposizione economica sarebbe cifra caratterizzante).

Rispetto ai fenomeni di doppia imposizione economica, difatti, la Corte considera in principio irrilevante la circostanza che essi siano cagionati dall'esercizio di sovranità impositiva da parte di un unico Stato membro, nel qual caso si assiste ad una doppia imposizione economica interna<sup>268</sup>; oppure che detti fenomeni siano provocati dall'esercizio della

---

<sup>268</sup> Ciò tipicamente si verifica nelle ipotesi di applicazione di una ritenuta alla fonte sui dividendi cd. "in uscita" da parte dello Stato membro di residenza della società distributrice. In questi casi, la doppia imposizione economica cagionata dallo Stato pagatore dei dividendi (in qualità di Stato della fonte) è puramente interna, poiché dipende dall'esercizio della potestà impositiva da parte del solo Stato della fonte: il quale tassa, una prima volta, l'utile societario, e, in un secondo momento, i dividendi distribuiti attingendo a tale utile. In simili situazioni, appare più agevole eliminare gli effetti distorsivi della doppia imposizione, se non altro per via di una maggiore immediatezza nell'individuare il rapporto tra l'onere impositivo gravante sulla società ed il corrispondente gravame imposto al socio; poi, per l'ulteriore circostanza che l'imposizione si coagula in capo ad un unico soggetto, la società distributrice, la quale, dapprima, determina in autoliquidazione le imposte dovute sull'utile e, poi, agisce come sostituto d'imposta nei riguardi dell'azionista beneficiario dei dividendi. Sul tema, cfr., tra le molte pronunce, tra le più recenti, Corte di Giustizia, sentenza 3 giugno 2010, causa C-487/08, Commissione v. Spagna; sentenza 19 novembre 2010, causa C-540/07, Commissione v. Italia, in *Rass. trib.*, n. 2/2010, con commento di Bottazzi, *Tra affermazione delle libertà comunitarie e difesa della sovranità statale: la Corte di Giustizia condanna l'Italia per il previgente sistema di ritenuta sui dividendi versati a non residenti*; sentenze 1° ottobre 2009, causa C-247/08, *Gaz de France* e 18 giugno 2009, causa C-303/07, *Aberdeen*, in *Riv. dir. trib.*, 2010, IV, 210, con nota di commento di Costa, *Ancora sul regime fiscale dei dividendi "in uscita" in contesto comunitario*; 22 dicembre 2008, causa C-48/07, *Les Verges des Vieux*; 26 giugno 2008, causa C-284/06, *Burda*; 12 dicembre 2006, causa C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*. In dottrina, si cfr. Lang, *ECJ case law on crossborder dividend taxation - recent developments*, in *EC Tax Review*, 2008, 67; Pistone, *Taxation of Cross-border Dividends in Europe: Building up Worldwide Tax Consistency*, in *Tax Law Review*, Fall-Winter, 2008, 67; Helminen, *The future of Source State Dividend Withholding Taxes in Finland and the European Union*, in *European Taxation*, 2008, 354; Cadosch, Fontana, Russo, Szudoczky, *The 2006 Leiden Alumni Forum on Taxation of Cross-Border Dividends in Europe and the Relation with Third Countries: the Cases Pending Before the European Court of Justice*, in *Intertax*, 2006,

sovranità impositiva da parte di due o più Stati membri<sup>269</sup>, nel qual caso la doppia imposizione economica avrebbe rilievo internazionale e non puramente interno.

In sintesi, la Corte di Giustizia non pare discernere tra doppia imposizione economica domestica e internazionale: in questa prospettiva prospettiva, la doppia imposizione economica degli utili societari sussiste, quale che sia l'ordinamento che ha assoggettato a tassazione detti utili in capo alla società distributrice (corrisponda questo, o meno, all'ordinamento di residenza del socio), ogni volta che i dividendi che ne scaturiscono siano assoggettati nuovamente a tassazione in capo all'azionista.

Questa impostazione se, da un lato, si giustifica in ragione dell'esigenza di individuare un fattore comune al quale ricondurre il

---

622. Per la dottrina italiana si segnalano Bulgarelli, *Imposizione nazionale di utili intracomunitari e compatibilità dei regimi convenzionali e comunitari*, in *Rass. trib.*, 2007, 629; D'Angelo, *La Corte di Giustizia conferma: le ritenute sui dividendi in uscita sono incompatibili con la libera circolazione dei capitali*, in *Rass. trib.*, 2007, 1898; Menti, *Gli utili distribuiti dalla società controllata alla società controllante e la questione dell'applicazione della ritenuta alla fonte*, in questa *Riv. dir. trib.*, 2008, IV, 306; Tenore, *Tassazione dei dividendi in uscita, approccio pan-europeo e potestà impositiva dello Stato della fonte*, *Riv. dir. trib.*, 2007, IV, 119.

<sup>269</sup> Ciò tipicamente si verifica nell'ipotesi - oggetto del giudizio anche nella sentenza commentata - in cui lo Stato di residenza del socio assoggetti a imposizione dividendi formati con utili societari già assoggettati a imposizione in un diverso Stato membro. La doppia imposizione economica deriva, in questo caso, dal contestuale esercizio di sovranità impositive da parte di due (o più) Stati membri, l'uno - lo Stato della fonte del dividendo (cioè di residenza della società distributrice) - concentrato sulla tassazione dell'utile societario, l'altro - lo Stato di residenza dell'azionista - concentrato sull'imposizione del dividendo in entrata. La risposta a questi fenomeni di doppia imposizione è più complessa poiché esige il coordinamento tra due distinti sistemi impositivi, rendendo necessario addossare all'uno o all'altro (quello di residenza dell'azionista o quello della fonte del dividendo) o, infine, al socio (e, di riflesso, alla società), l'asimmetria tra aliquote presente nei singoli ordinamenti. Tra le pronunce comunitarie su questo secondo tema, si segnalano Corte di Giustizia, sentenza 2 dicembre 2006, causa C-446/04, *Test Claimants in the FII Group Litigation*.

giudizio di comparabilità<sup>270</sup>, dall'altro rischia di provocare cortocircuiti nell'individuazione delle soluzioni che gli Stati membri sono chiamati ad adottare per porvi rimedio<sup>271</sup>, poiché considera pienamente equipollenti situazioni che - come nel caso delle doppie imposizioni che ridondano sui dividendi domestici (interna) e su quelli "in entrata" (internazionale) - potrebbero, in realtà, non esserlo fino in fondo.

Dalla predetta impostazione è in particolare derivata una forzatura dei metodi prescelti dagli Stati membri per l'eliminazione della doppia imposizione economica, con una surrettizia convergenza dei sistemi nazionali su modelli di tipo reale ed un conseguente abbandono del sistema del credito d'imposta a beneficio di quello dell'esenzione<sup>272</sup>.

La Corte di Giustizia non si è, infatti, mai pronunciata sulla preferibilità del metodo di esenzione rispetto a quello del credito d'imposta.

Ai suoi occhi, i due meccanismi appaiono perfettamente equivalenti, tanto che anche nei casi in cui uno stesso Stato segua, per le fattispecie domestiche, il metodo dell'esenzione, ed applichi invece quello

---

<sup>270</sup> È di immediata evidenza che, se si negasse la comparabilità della doppia imposizione economica internazionale a quella interna, ne dovrebbe coerentemente derivare l'impossibilità di porre su uno stesso piano il socio titolare di dividendi esteri ed il socio titolare di dividendi interni, con la conseguente erosione dell'effettività dei principi comunitari di non restrizione e non discriminazione.

<sup>271</sup> Si deve rammentare che l'eliminazione della doppia imposizione economica, nel contesto comunitario, rappresenta un obiettivo solo, per dir così, intermedio, posto che l'aver appurato come esistente una doppia imposizione economica sugli utili transfrontalieri non determina, di per sé, una responsabilità dello Stato membro per inadempimento al diritto comunitario; l'eliminazione della doppia imposizione economica dei dividendi transfrontalieri si rende necessaria nella misura in cui è eliminata nei riguardi dei dividendi domestici.

<sup>272</sup> Così già rilevava, a ridosso della sentenza della Corte di Giustizia 7 settembre 2004, causa C-319/02, Manninen, Lupi, *Corte di Giustizia e dividendi esteri: un'imposizione surrettizia del sistema dell'esenzione?*, in *Dialoghi dir. trib.*, 2004, 1181.

del credito d'imposta per le distribuzioni di dividendi transfrontaliere, la circostanza non è giudicata, come tale, di ostacolo all'esercizio delle libertà fondamentali<sup>273</sup>.

Nondimeno, è immediato osservare come il metodo del credito d'imposta ponga maggiori problemi di aderenza al diritto comunitario, se non altro perché, a differenza dell'esenzione, implica l'esigenza di un più stretto coordinamento tra fiscalità della società e del socio<sup>274</sup>, e la conseguente necessità, per lo Stato di residenza dell'azionista, di

---

<sup>273</sup> Tra le altre, nella sentenza 10 febbraio 2011, cause riunite C-436/08 e C-437/08, Haribo Lakritzen e Österreichische Salinen, la Corte di Giustizia ha affermato che "l'art. 63 TFUE deve essere interpretato nel senso che esso non osta ad una normativa di uno Stato membro, la quale esenti dall'imposta sulle società i dividendi di portafoglio che una società residente percepisce da un'altra società residente, assoggettando invece a tale imposta i dividendi di portafoglio che una società residente percepisce da una società stabilita in un altro Stato membro o in uno Stato terzo aderente all'Accordo sullo Spazio economico europeo, del 2 maggio 1992, a condizione però che l'imposta pagata nello Stato di residenza di quest'ultima società venga imputata all'imposta dovuta nello Stato membro della società beneficiaria e che gli oneri amministrativi imposti a quest'ultima per poter beneficiare di tale imputazione non siano eccessivi" (punto 104); sarebbe invece in contrasto con le libertà fondamentali "una normativa nazionale, la quale, al fine di prevenire una doppia imposizione economica, esenti dall'imposta sulle società i dividendi di portafoglio percepiti da una società residente e distribuiti da un'altra società residente, e che, per i dividendi distribuiti da una società stabilita in uno Stato terzo diverso da quelli aderenti all'Accordo sullo Spazio economico europeo, del 2 maggio 1992, non preveda né l'esenzione dei dividendi, né un sistema di imputazione dell'imposta pagata dalla società distributrice nel suo Stato di residenza" (punto 138).

<sup>274</sup> Com'è stato notato da più parti in dottrina (per tutti, cfr. Boria, *Le categorie di reddito*, in Russo, *Manuale di diritto tributario*, Parte speciale, Milano, 2009, 126 s.), la logica della scelta di un metodo di esenzione si fonda sulla peculiare impostazione ricostruttiva assunta dal legislatore in tema di trattamento del reddito societario: con l'abolizione del credito d'imposta si interrompe difatti il collegamento funzionale tra il reddito societario e l'utile distribuito ai soci, caratterizzandosi ciascun evento reddituale come un indice di capacità contributiva autonomo e indipendente; pertanto, l'imposizione societaria si svincola rispetto all'imposizione dell'utile distribuito ai soci. In argomento, cfr. anche Escalar, *Il nuovo regime di tassazione degli utili da partecipazione e dei proventi equiparati nel decreto legislativo di "riforma dell'imposizione sul reddito delle società"*, in *Rass. trib.*, 2003, p. 1992.

considerare circostanze – quale è la tassazione subita dalla società, nel suo Stato di residenza – estranee alla propria giurisdizione<sup>275</sup>.

## **2. La distribuzione di dividendi a soggetti residenti in un diverso Stato membro**

La Corte di Giustizia, nel corso degli anni, e sempre più di frequente, ha dovuto confrontarsi con diverse questioni inerenti alla tassazione dei dividendi transfrontalieri, e quindi della doppia imposizione che si genera a causa dell'esercizio della potestà impositiva da parte di due Stati (che nella dottrina internazionale vengono chiamati Stato della fonte e Stato della residenza) su di uno stesso reddito e, talvolta, in capo allo stesso soggetto. In via preliminare, è forse il caso di ricordare che il problema della doppia imposizione economica era già stato portato all'attenzione del giudice comunitario fin dalla sentenza *Gilly*<sup>276</sup>, nella quale la Corte, in maniera piuttosto netta ebbe modo di affermare che *“anche se l'eliminazione della doppia imposizione all'interno della Comunità figura ... tra gli obiettivi del Trattato,”* ed in particolare era desumibile dalla lettera dell'art. 293<sup>277</sup>, ciò non può di per sé conferire a

---

<sup>275</sup> Ci si riferisce qui, in particolare, alla *jurisdiction to prescribe*, così come contrapposta alla *jurisdiction to enforce*, intesa quest'ultima come potere dello Stato di far applicare - anche coercitivamente - le leggi tributarie all'interno dei propri confini territoriali (detta anche territorialità in senso formale). Sulla distinzione tra territorialità in senso formale e territorialità materiale, si vedano C. Sacchetto, *Territorialità (diritto tributario)*, in *Enc. Dir.*, XLIV, Milano, 1992, e Franson, *La territorialità nel diritto tributario*, Milano, 2004, *passim*. Per quanto riguarda la dottrina internazionale - da cui è stata elaborata la distinzione - si rinvia a Mann, *The Doctrine of Jurisdiction in International Law*, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1964, I, 9 ss..

<sup>276</sup> Sentenza 12 maggio 1998, causa C-336/96.

<sup>277</sup> Ora abrogato.

singoli diritti che possano essere fatti valere dinanzi ai giudici nazionali. Tale articolo, infatti, “*si limita a tracciare il quadro di trattative che gli Stati membri intavoleranno fra loro ‘per quanto occorra’*” senza assegnare diritti che i singoli possono far valere a seguito dell’inadempimento degli Stati membri in tal senso. In altri termini, ed utilizzando una terminologia propria al giudice comunitario, l’art. 293, che prevedeva l’obiettivo della rimozione della doppia imposizione fiscale all’interno del Trattato, è privo di effetto diretto e non coinvolge direttamente l’implementazione del mercato unico.

Da tale affermazione, ribadita nelle sentenze che si sono succedute<sup>278</sup>, sembrerebbe potersi trarre l’insegnamento che l’eliminazione, o l’attenuazione, della doppia imposizione economica sia un’opzione “*eventuale*”, ancorché auspicabile, dal punto di vista di mercato interno, senza che incomba sugli Stati membri - in forza del diritto comunitario – un *generale dovere giuridico* di eliminazione della doppia imposizione economica in forza del diritto comunitario<sup>279</sup>.

---

<sup>278</sup> Tra le tante, si vedano C-307/97, Saint-Gobain (punto 57), C-470/04, N, C-379/05, Amurta, dalle quali si desume che ovviamente l’obbligo di eliminazione della doppia imposizione non grava sugli Stati membri soprattutto nel caso classico della tassazione società e socio.

<sup>279</sup> Si confronti poi la recente sentenza C-513/04, Kerkhaert e Morres, in cui la Corte ha ritenuto compatibile con il diritto comunitario la normativa belga che tassa con aliquota fissa del 25 per cento i dividendi percepiti da soggetti residenti sia di fonte nazionale, sia di fonte estera. Ciò implica che la ritenuta operata all’estero non viene presa in considerazione ai fini della tassazione in capo al residente belga, producendosi un’ipotesi di doppia imposizione. In maniera critica su tale sentenza Isenbaert, *The ECJ condones Belgian personal income taxation of dividends. A temporary state of affairs ?* in *EC Tax Review* 5-2007, pagg. 236 e ss.. L’Autore in particolare evidenzia (pag. 239) come vi sia stata probabilmente una non piena comprensione della normativa nazionale belga, in quanto il trattamento riservato ai dividendi nazionali e ai dividendi esteri non è perfettamente equiparabile.

In realtà, l'analisi della giurisprudenza comunitaria recente mostra come, soprattutto in materia di doppia imposizione economica internazionale, la Corte di giustizia, allargando il significato delle libertà economiche fondamentali, tende sempre di più ad avvicinarsi ad un'affermazione di tale divieto da parte delle normative nazionali qualora queste ultime prevedano meccanismi interni intesi ad attenuare, o eliminare, la doppia imposizione nei confronti dei propri residenti. Tali misure debbono esser considerate come vantaggi, che lo Stato intende garantire ai propri residenti, ed alla luce delle libertà economiche garantite dal Trattato, tali vantaggi non possono essere limitati ai soli residenti, ma necessariamente devono essere estesi ai non residenti che si trovano in situazioni analoghe.

Segnatamente, sono state analizzate le questioni di compatibilità comunitaria sia nell'ottica del trattamento fiscale da parte dello Stato della fonte (nel caso dei dividendi in uscita, c.d. *outbound*), sia in quella dello Stato di residenza del beneficiario della distribuzione (nel caso dei dividendi in entrata, c.d. *inbound*)<sup>280</sup>.

Proprio con riferimento alla doppia imposizione che si genera nella tassazione società-soci, si può concludere che lo stesso meccanismo funzionale ad eliminare, o ad attenuare, la doppia imposizione economica

---

<sup>280</sup> Per citare solo alcune delle sentenze rese sul tema negli ultimi anni, si vedano, in materia di tassazione dei dividendi *outbound*, le sentenze del 14 dicembre 2006, causa C-170/05, *Denkavit* e dell'8 novembre 2007, causa C-379/05, *Amurta*; invece, per la tassazione dei dividendi *inbound*, la recente sent. del 16 luglio 2009, causa C-128/08, *Damseaux*. La dottrina europea sembra dare ormai come acquisito il dato giurisprudenziale dell'incompatibilità della tassazione dei dividendi alla fonte con il raggiungimento degli obiettivi del mercato unico. Tra molti, v. De Broe, *Are we heading towards an internal market without dividend withholding tax but with interest and royalty withholding tax? Some observation on the Advocate General's Kokott Opinion in Truck Center*, in *EC Tax Review*, n. 1/2009, pag. 2.

riservato agli azionisti residenti, che ricevono dividendi da società residenti (cosiddetti dividendi interni), deve essere riservato agli azionisti non residenti che ricevono dividendi da società residenti (dividendi in uscita, o con dizione inglese *outbound dividends*). Secondo la Corte, infatti, la posizione del residente e del non residente con riferimento alla tassazione dei dividendi distribuiti è analoga<sup>281</sup> e pertanto un diverso trattamento appare come discriminatorio per il non residente e, quindi, restrittivo delle libertà fondamentali.

A ben guardare nel caso di ritenute sui dividendi in uscita, si potrebbero scomporre due fattispecie di doppia imposizione, ed evidenziare quindi due diversi tipi di doppia imposizione. Da una parte c'è quella di tipo *economico* che si determina in ragione dell'esercizio della potestà impositiva dello Stato della fonte sia sull'utile societario (in capo alla società residente), sia sul dividendo distribuito (in capo al non residente). D'altra parte, c'è quella di tipo *giuridico* che si viene, potenzialmente, a creare in capo all'azionista per le imposte dovute sui dividendi sia nello Stato della fonte, sia in quello della residenza.

Invero, la natura stessa della ritenuta alla fonte solleva profili di criticità comunitaria, in quanto tale forma di tassazione implica di per sé una doppia imposizione giuridica del medesimo reddito, fenomeno che, per usare le parole dell'AG Kokott, si realizza quando *"i dividendi sui quali è già stata operata la ritenuta alla fonte confluiscono, presso il beneficiario, nella base imponibile dell'imposta sul reddito delle società e vengono ivi nuovamente tassati senza l'integrale detrazione della ritenuta alla fonte"*<sup>282</sup>. Com'è noto,

---

<sup>281</sup> Tale affermazione è ripresa da due recenti sentenze della Corte, ed in particolare dalle sent. del 12 dicembre 2006, causa C-374/04, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, e della già citata C-170/05, *Denkavit Internationaal e Denkavit France*.

<sup>282</sup> Conclusioni dell'AG Kokott del 16 luglio 2009, nella causa C-540/07, *Commissione c. Italia*, par. 45.

tuttavia, la doppia imposizione diventa un fenomeno di rilevanza comunitaria solo nel momento in cui essa incide sull'esercizio delle libertà previste dal Trattato, quando cioè ostacola il buon funzionamento del mercato unico.

Ed è proprio su questo punto che la Corte di Giustizia è stata ripetutamente chiamata ad intervenire, per dare voce, da un lato, alle esigenze imprescindibili del mercato unico, e contemperarle, dall'altro lato, con gli interessi e le competenze (come quella in materia di imposizione diretta) proprie degli Stati membri riconosciuti altrettanto degni di tutela.

I profili che si intrecciano sono molteplici. Il fenomeno della doppia imposizione giuridica generata dall'applicazione di una ritenuta, infatti, non può essere letto disgiuntamente da quello legato all'imposizione a catena (imposizione multipla di carattere economico) che si viene a creare all'interno dei gruppi di società, in cui vengono distribuiti dividendi a società che a loro volta distribuiscono dividendi ai propri soci.

Costruire un sistema fiscale neutrale ed efficiente dei rapporti tra socio e società è un obiettivo che presenta evidenti risvolti economici e strategici, e che pertanto ogni legislatore nazionale cerca di raggiungere prevedendo forme di integrazione dei vari livelli di imposizione, all'interno di un disegno equilibrato, coerente.

Per quanto concerne le fattispecie di dividendi *inbound*, le problematiche sottoposte all'attenzione della Corte riguardano sostanzialmente il mancato riconoscimento del credito d'imposta da parte dello Stato membro di residenza del percettore qualora i dividendi siano di fonte estera.

In tali casi, la Corte ha costantemente dichiarato (in particolare, nelle cause Meilicke<sup>283</sup>, Manninen<sup>284</sup>, Lenz<sup>285</sup> e Verkooijen<sup>286</sup>) l'incompatibilità con il diritto comunitario di misure tributarie domestiche volte all'eliminazione della doppia imposizione degli utili societari, applicate dallo Stato di residenza dell'azionista per i soli dividendi di fonte interna e non, invece, per quelli di fonte estera<sup>287</sup>.

In effetti, la disciplina oggetto di censura trattava i flussi transfrontalieri distintamente rispetto a quelli domestici, poiché, in occasione di una distribuzione di dividendi da parte di una società di capitali, un azionista soggetto passivo fiscalmente residente nello Stato interessato beneficia di un credito d'imposta (calcolato in funzione dell'aliquota gravante sugli utili distribuiti a titolo dell'imposta sulle società) o dell'esenzione quando la società distributrice ha sede nello stesso Stato membro ma non quando la detta società ha sede in un altro Stato membro.

---

<sup>283</sup> Corte di Giustizia, sentenza 7 settembre 2004, causa C-319/02, Manninen, in tema di credito d'imposta sui dividendi in entrata distribuiti a beneficio di persone fisiche.

<sup>284</sup> Sentenza 6 marzo 2007, causa C-292/04, Meilicke I, in tema di credito d'imposta sui dividendi in entrata distribuiti a beneficio di persone fisiche.

<sup>285</sup> Corte di Giustizia, sentenza 15 luglio 2004, causa C-315/02, Lenz, in tema di esenzione sui dividendi di fonte estera.

<sup>286</sup> Corte di Giustizia, sentenza 6 giugno 2000, causa C-35/98, Verkooijen, in tema di esenzione sui dividendi di fonte estera.

<sup>287</sup> Questo esito era consequenziale al ritenere "comparabili" il contribuente detentore di investimenti in società residenti nel proprio Stato, ed il contribuente detentore di investimenti in società residenti in un diverso Stato membro (v., in proposito, sentenza *Manninen*, punto 37). Sul tema della comparabilità, nel quadro di situazioni potenzialmente restrittive o discriminatorie, si v., tra gli altri, Lang, *Recent Case Law of the ECJ in Direct Taxation: Trends, Tensions and Contradictions*, in *EC Tax Review*, 2009, 98 ss., ove numerosi richiami alla giurisprudenza comunitaria sul tema; Mason, *A Theory of Tax Discrimination*, Jean Monnet Working Paper No. 09/06.

Nella sentenza Meilicke II<sup>288</sup>, la Corte ha avuto modo di fornire alcune interessanti precisazioni. Dichiarata, ancora una volta, la comparabilità tra flussi transnazionali (intracomunitari) e domestici di dividendi, in funzione dell'esigenza - comune a entrambe le tipologie di pagamenti - di neutralizzare la doppia imposizione dell'utile societario (parr. 30 e 31 della sentenza), ed ammessa, conseguentemente, la necessità di omogeneizzare il trattamento impositivo degli uni e gli altri flussi reddituali, i Giudici comunitari statuiscano che, *"ai fini del calcolo dell'importo del credito d'imposta ... gli artt. 56 e 58 Ce ostano, in mancanza della produzione degli elementi di prova prescritti dalla normativa del primo Stato membro, all'applicazione di una disposizione ... in forza della quale l'imposta sulle società gravante sui dividendi di origine estera è deducibile dall'imposta sui redditi dell'azionista nella misura della frazione dell'imposta sulle società gravante sui dividendi lordi distribuiti dalle società del primo Stato. Il calcolo del credito d'imposta"* - e qui viene la parte più rilevante - *"deve essere effettuato in funzione dell'aliquota d'imposta degli utili distribuiti a titolo dell'imposta sulle società applicabile alla società distributrice secondo il diritto del suo Stato membro di stabilimento, senza tuttavia che l'importo deducibile possa eccedere l'importo dell'imposta sui redditi dovuto sui dividendi percepiti dall'azionista beneficiario nello Stato membro in cui questi sia fiscalmente residente"* (par. 34 della sentenza).

In sostanza, afferma la Corte, lo Stato membro di residenza dell'azionista è obbligato ad accreditare la frazione dell'imposta societaria estera *"in funzione dell'aliquota d'imposta degli utili applicabile secondo il diritto"* dello Stato di stabilimento della società distributrice, e dunque per

---

<sup>288</sup> Corte di Giustizia, sentenza Meilicke II 30 giugno 2011, causa C-262/09, in tema di credito d'imposta sui dividendi in entrata distribuiti a beneficio di persone fisiche.

un ammontare che, potenzialmente, eccede quello della corrispondente imposta interna (*i.e.* la quota dell'imposta societaria che sarebbe accreditata all'azionista ove la società distributrice dei dividendi fosse fiscalmente residente nel medesimo Stato del socio)<sup>289</sup>; tuttavia, il credito non può superare l'importo dell'imposta che il socio è tenuto a versare in relazione al dividendo estero percepito<sup>290</sup>.

Alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di distribuzioni transfrontaliere di dividendi – almeno allo stato attuale della sua evoluzione – appare possibile tracciare talune linee direttrici.

In primo luogo, appare possibile sostenere che le limitazioni alla potestà impositiva nazionale che trovano fondamento nel diritto comunitario si concretizzano nel dovere di ripartire la potestà impositiva tra gli Stati in maniera tale da non restringere le libertà economiche

---

<sup>289</sup> La c.d. Meilicke I aveva instillato, infatti, il dubbio che il diritto al credito dovesse riconosciuto all'azionista per un ammontare equivalente alla misura dell'imposta societaria estera, senza alcun limite "superiore" connesso all'imposta sui dividendi applicata nello Stato di residenza del socio; derivandone l'obbligo, per tale Stato, di accreditare anche quella parte d'imposta estera incapiente nell'imposta personale domestica, con una traslazione del carico impositivo estero sul bilancio dello Stato di residenza dell'azionista, che rendeva quest'ultimo, di fatto, "contribuente" dell'ordinamento della fonte dei dividendi. In merito, cfr., diffusamente, Allena, *Gli effetti giuridici della traslazione delle imposte*, Milano, 2005. A questo riguardo, merita osservare che il diritto internazionale generale non osta, perlomeno in linea di principio, alla possibilità che uno Stato sovrano si renda "contribuente" di un diverso Stato, come accade, ad esempio, nei casi di crediti di imposta figurativi che gli Stati più abbienti – generalmente esportatori di capitale – concedono a beneficio dei contribuenti che investono in Stati economicamente più arretrati.

<sup>290</sup> In particolare, la Corte di Giustizia si adegua al contenuto delle sue pronunce in tema dei dividendi a beneficio di società ed enti (tra le altre, sentenze *Test Claimants in the FII Group Litigation*; *Haribo Lakritzen e Österreichische Salinen*), nelle quali era già metabolizzata l'idea che l'imposta societaria estera fosse accreditabile nel limite di quella domestica applicata al socio.

fondamentali, ed assicurare quindi ai non residenti, che si trovano in posizione analoga ai residenti, un trattamento non discriminatorio.

Inoltre, anche la giurisprudenza in materia di distribuzioni transfrontaliere di dividendi sembra confermare quanto già sopra evidenziato con riguardo al rapporto tra il divieto di discriminazione e quello di restrizione. Sebbene la Corte continui ad utilizzare in maniera alternata le espressioni di non discriminazione e di restrizione, a tal punto che alcuni avvocati generali hanno posto in evidenza la mancanza di differenze sostanziali tra i due concetti<sup>291</sup>, sembrerebbe, invece, di poter affermare che al giudizio di restrizione risulti sostanzialmente estranea.

In definitiva, una restrizione vietata dal Trattato si verifica quando la legislazione di uno Stato membro prevede un trattamento fiscale che costuisce un ostacolo, per il contribuente, all'esercizio delle libertà fondamentali garantite dal Trattato e, dunque, un ostacolo alla piena realizzazione del mercato interno, *“caratterizzato dall'eliminazione, fra gli Stati membri, degli ostacoli alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali”*<sup>292</sup>.

---

<sup>291</sup> Cfr. Conclusioni dell'Avv. Geelhoed in causa C-374/04, *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation* punto 36, per il quale nel settore dell'imposizione diretta non vi sarebbe differenza tra i concetti di restrizione e non discriminazione, piuttosto bisognerebbe indagare i due diversi significati del termine restrizione, e tenere distinte le restrizioni che derivano unicamente dalla coesistenza di più sistemi fiscali all'interno del mercato unico, che egli definisce *“quasi-restrizioni”*, da quelle che invece non derivano necessariamente dalla coesistenza di più sistemi fiscali.

<sup>292</sup> Cfr. Fantozzi, *Dalla non discriminazione all'uguaglianza in materia tributaria*, in *“Per una costituzione fiscale europea”*, Cedam, Padova, 2007, pp. 173 e ss.. Di recente in termini adesivi anche Poggioli, *La riscossione transnazionale dei tributi nella prospettiva del diritto comunitario*, ed. provv., Bologna, 2005, pag. 31; G. D'Angelo, *La Corte di Giustizia conferma: le ritenute sui dividendi in uscita sono incompatibili con la libera circolazione dei capitali*, in *Rass. trib.*, n. 6/2007, pp. 1912 ss.. Ancora sui rapporti tra non discriminazione e non restrizione cfr. Gianoncelli, *Condizioni e limiti dell'appartenenza comunitaria in materia fiscale*, tesi

Per quanto concerne, poi, più direttamente l'argomento della coerenza fiscale, sebbene esso non abbia mai trovato accoglimento da parte della Corte, è stato, tuttavia, più volte proposto non solo dagli Stati ma suggerito altresì da parte degli Avvocati generali.

La coerenza interna del sistema fiscale – come già rilevato – è, nella prospettiva della Corte di Giustizia, una causa di giustificazione dalla portata molto ristretta.

Ad un primo iniziale riconoscimento del criterio della coerenza da parte della giurisprudenza comunitaria<sup>293</sup>, è seguito un atteggiamento molto più rigoroso, che ha posto limiti ben precisi all'operatività di questa causa di giustificazione. La piena realizzazione delle libertà di circolazione può cedere il passo alle esigenze di salvaguardia della coerenza interna di un sistema nazionale soltanto nella misura in cui venga accertata l'esistenza di un nesso diretto tra la concessione di un vantaggio fiscale ad un contribuente residente in una prima fase di applicazione di una determinata imposta, da un lato, e, dall'altro lato, l'onere fiscale imposto allo stesso contribuente in una fase successiva nel quadro dell'applicazione della medesima imposta. La stretta interconnessione tra queste misure fiscali di segno opposto deve essere così immanente alla logica del sistema da giustificare un trattamento differenziato dei non residenti.

All'argomento della coerenza fiscale è stato, tuttavia, accomunato quello relativo alla "equilibrata ripartizione del potere impositivo"<sup>294</sup>.

---

dottorale in Diritto tributario europeo, Bologna, 2006, pagg. 36 e seguenti, in cui con formula sintetica dei due concetti, si parla di "*restrizioni discriminatorie*".

<sup>293</sup> Corte di Giustizia del 28 gennaio 1992, C-204/90, Bachmann.

<sup>294</sup> Si noti che nel caso *Commissione v. Italia* (sentenza 19 novembre 2010, causa C-540/07), lo Stato italiano ha invitato la Corte a considerare il trattamento fiscale dei dividendi in uscita con riferimento al sistema complessivo di tassazione integrata tra

Quest'ultimo argomento si è affacciato in epoca più recente nel repertorio delle cause di giustificazione tipizzate dalla giurisprudenza in materia di imposizione diretta<sup>295</sup>. Anzi, per essere più precisi, si può osservare come a questa argomentazione si sia fatto ricorso proprio a partire dal momento in cui l'argomento della coerenza del sistema fiscale è stato ridotto ad un'ipotesi tanto ristretta da dover necessariamente essere intesa come eccezionale. Inoltre, la ripartizione del potere impositivo fra Stati sembra dimostrare un'efficacia che trascende talvolta quella di una semplice causa di giustificazione, operando ad un livello ancora precedente come elemento ostativo all'effettuazione di una valutazione comunitaria.

---

socio e società (v. par. 24 della sentenza). A tal fine, ha fatto leva sul fatto che, nel caso di distribuzioni domestiche, lo Stato italiano esercita la propria giurisdizione fino all'ultimo anello della catena distributiva, fino cioè all'azionista persona fisica che rappresenta il beneficiario finale dei dividendi. Nel caso di distribuzione di dividendi *outbound*, invece, la competenza dello Stato italiano si ferma alla tassazione della società non residente: si porrebbe dunque a questo livello l'obbligo dello Stato italiano di assicurare una parità di trattamento, i cui termini di paragone devono essere – ad avviso della difesa – il livello di imposizione sulla persona fisica residente e quello gravante sui profitti della società non residente. La Corte non ha accolto questa ricostruzione, peraltro suggerita anche in dottrina (v. G. D'Angelo, *La Corte di Giustizia conferma: le ritenute sui dividendi in uscita sono incompatibili con la libera circolazione dei capitali*, in *Rass. trib.*, n. 6/2007, p. 1912, per cui l'imposizione di una ritenuta alla fonte sui dividendi in uscita costituisce “quella parte di tassazione, parziale o forfetaria, sul dividendo cui sono soggetti anche i dividendi interni qualora fuoriescano dal circuito infrasocietario, tassazione che andrebbe perduta qualora il dividendo fosse pagato al soggetto estero”).

<sup>295</sup> Al principio di territorialità la Corte fa per la prima volta riferimento nella citata sentenza *Futura Participations SA e Singer* (causa C-250/95) laddove si è ritenuto che non comporti una discriminazione vietata dal Trattato il regime lussemburghese in base al quale il riporto delle perdite chiesto da un contribuente (residente in un altro Stato membro), che dispone di una branch in Lussemburgo, è subordinato all'esistenza di un nesso economico tra le perdite riportate e gli utili realizzati dal medesimo contribuente in Lussemburgo.

Invero, dunque, pare ragionevole sostenere che il rispetto dell'interesse degli Stati sotteso alla ripartizione del potere impositivo su scala internazionale si rinvenga *in nuce* nella giurisprudenza della Corte anche nella sua prima fase "espansiva", quella che ha visto ampliarsi fino alle estreme conseguenze l'incisività delle libertà del Trattato nel settore fiscale<sup>296</sup>. Peraltro, la *ratio* sottesa a questa causa di giustificazione ha assunto una diversa connotazione ed un diverso peso nella seconda fase<sup>297</sup> della giurisprudenza comunitaria, quella in cui la Corte ha cominciato a porre alcuni freni all'espansione indistinta delle libertà economiche.

L'equilibrata ripartizione dei poteri impositivi è diventata così il baluardo difensivo della sovranità statale e delle regole comunemente riconosciute a livello internazionale per la ripartizione della base imponibile tra Stato della fonte e Stato della residenza<sup>298</sup>: tale forma di giustificazione viene dunque intesa come una proiezione della coerenza interna del sistema su un piano sovranazionale.

---

<sup>296</sup> Si pensi a sentenze estremamente "forti" come Corte di Giustizia del 7 settembre 2004, causa C-319/02, Manninen.

<sup>297</sup> Cordewener-Kofler-Van Thiel, *The clash between European freedoms and national direct tax law: public interest defences available to the member States*, in *Common Market Law Review*, n. 46/2009, pp. 1969 ss. individuano le diverse tendenze che hanno caratterizzato l'evoluzione della giurisprudenza comunitaria rispetto al rapporto tra libertà e ragioni degli Stati.

<sup>298</sup> In questo senso si deve leggere anche il principio stabilito dalla Corte di Giustizia nella sentenza del 18 luglio 2007, C-231/05, Oy AA, par. 54, dove, con riferimento all'esigenza di salvaguardare una ripartizione equilibrata del potere impositivo tra gli Stati membri si afferma che "può ammettersi tale elemento di giustificazione qualora la disciplina di cui trattasi sia intesa a prevenire comportamenti tali da violare il diritto degli Stati membri di esercitare la propria competenza fiscale in relazione alle attività svolte sul loro territorio".

Alla luce di ciò, sembrerebbe di intravedere, nel pensiero della Corte, un tentativo di assimilazione (o di riconduzione) tra l'argomento della coerenza e quello della ripartizione del potere impositivo tra Stati<sup>299</sup>.

In particolare, la sentenza Manninen ha destato in dottrina un certo interesse proprio perché offre taluni significativi spunti nel senso di un possibile superamento delle limitazioni contenute con riguardo all'applicabilità della coerenza fiscale in relazione a soggetti passivi ed imposte diverse. Si ricorderà che nella sentenza *Verkooijen* la Corte aveva escluso che ragioni connesse alla salvaguardia della coerenza del sistema fiscale potessero applicarsi ai casi di distribuzione di dividendi transfrontalieri, considerato che in questi casi si tratterebbe di dover

---

<sup>299</sup> In proposito, particolarmente interessanti risultano le conclusioni dell'Avv. gen. Maduro in relazione alla citata sentenza 13 dicembre 2005, relativa alla causa C-446/03, Marks & Spencer. Si veda anche, F. Vanistendael, *Cohesion: the phoenix rises from his ashes*, in *EC Tax Review*, 2005, pp. 208 ss.. Non vi è unanimità in dottrina sulla qualificazione del rapporto tra coerenza fiscale e equilibrata ripartizione dei poteri impositivi. Vi è chi (Cordewener, Kofler, Van Thiel, *The clash between European freedoms and national direct tax law: public interest defences available to the member States*, in *Common Market Law Review* n. 46/2009, p. 1976), pur sottolineando la matrice comune delle due cause di giustificazione considerate, ne sostiene la diversità, affermando che la prima è "*an autonomous revenue protection argument that comes with discrimination, but is acceptable only in the case of a systemic coherence in the tax system of one Member State. The second is an 'agreed allocation of tax jurisdiction' argument that involves the tax systems of two Member States and that ensures that the initial discriminatory effect of the tax measure of one Member State is neutralized by the agreed action undertaken by the other Member State*". Altri autori, al contrario, ritengono che si tratti di una differenza soltanto terminologica, per cui la Corte nel corso del tempo avrebbe semplicemente mutato il nome attribuito ad uno stesso argomento giustificativo. In questa seconda direzione, ad esempio, v. Zalasinski, *The limits of the EC concept of 'direct tax restriction on free movement rights', the principles of equality and ability to pay, and the interstate fiscal equity*, in *Intertax* n. 5/2009, pp. 282 ss.: per l'autore, i concetti di coesione fiscale, territorialità, salvaguardia dell'equilibrata ripartizione di poteri impositivi "*relate to the scope and limits of Member States' tax jurisdictions, the Court having simply renamed them after previously dismissing them one by one*".

assicurare la coerenza di un sistema con riguardo, appunto, a soggetti ed imposte distinte.

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<sup>300</sup>.

Infatti, alla luce dello scopo perseguito dalla normativa tributaria finlandese, la coerenza del detto regime tributario resta garantita fintantoché perdura la correlazione tra il beneficio fiscale concesso all'azionista e l'imposta dovuta a titolo d'imposta sulle società. Pertanto, in un caso quale quello di cui alla causa principale, la concessione ad un azionista fiscalmente residente in Finlandia e che detenga azioni di una società avente sede in Svezia di un credito d'imposta calcolato in base all'imposta da questa dovuta a titolo d'imposta sulle società in tale ultimo Stato membro non comprometterebbe la coerenza del regime tributario finlandese e costituirebbe una misura meno restrittiva per la libera circolazione dei capitali di quella prevista dalla normativa fiscale finlandese<sup>301</sup>.

Orbene, nella causa principale il contesto fattuale è diverso. Infatti, nel momento in cui l'azionista fiscalmente residente in Finlandia percepisce dividendi, gli utili così distribuiti sono già stati tassati a titolo d'imposta sulle società, indipendentemente dal fatto che questi dividendi provengano da società finlandesi o svedesi. Lo scopo perseguito dalla legislazione tributaria finlandese, che è di eliminare la doppia imposizione degli utili distribuiti sotto forma di dividendi, può essere raggiunto

---

<sup>300</sup> Cfr. sent. 7 settembre 2004, Manninen, causa C-319/02, par. 43. Si veda anche la sentenza 11 marzo 2004, causa C-9/02, De Lasteyrie du Saillant, punto 67.

<sup>301</sup> Cfr. sent. 7 settembre 2004, Manninen, causa C-319/02, par. 46.

concedendo il credito d'imposta anche a favore degli utili così distribuiti dalle società svedesi a coloro che siano fiscalmente residenti in Finlandia<sup>302</sup>.

Secondo autorevole dottrina, tali passaggi rappresenterebbero la dimostrazione di una sostanziale rovesciamento di prospettiva nell'applicazione del principio della coerenza fiscale con riguardo alle libertà fondamentali. La Corte avrebbe, cioè – per la prima volta nella sentenza *Manninen* – riconosciuto l'applicabilità del principio della coerenza fiscale non limitatamente ad un singolo ordinamento giuridico ma all'interno del mercato unico nel suo complesso, dispiegando, in tal modo, i propri effetti simultaneamente su una pluralità di ordinamenti giuridici (tributari)<sup>303</sup>.

### **3. L'attribuzione delle perdite fiscali pregresse a soggetti diversi all'interno dell'UE**

Le disposizioni del Trattato – ed, in particolare, quelle contenute nell'art. 54 del TFUE – richiedono, ai fini della tutela del diritto di stabilimento a favore delle persone giuridiche, il riconoscimento della personalità giuridica di tali enti da parte dell'ordinamento di uno tra gli Stati membri<sup>304</sup>. In dottrina è stato, inoltre, sottolineato come il riferimento, contenuto nella norma citata, alla sede sociale della società esige la verifica

---

<sup>302</sup> Cfr. sent. 7 settembre 2004, *Manninen*, causa C-319/02, par. 48.

<sup>303</sup> Cfr. F. Vanistendael, *Cohesion: the phoenix rises from his ashes*, in *EC Tax Review*, 2005, pp. 208 ss..

<sup>304</sup> Il paragrafo 1 dell'articolo citato identifica, infatti, quali soggetti beneficiari del diritto di stabilimento le “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” Bizioli G., *Impact of the freedom of establishment on tax law*, in *EC Tax Review*, 1998, pp. 239 ss..

della sussistenza di un legame effettivo e durevole tra la società stessa ed il tessuto economico di un determinato Stato membro<sup>305</sup>, elemento che assume un particolare significato nel diritto tributario, come affermato dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Avoir fiscal*<sup>306</sup> e confermato nelle successive sentenze sul punto<sup>307</sup>.

---

<sup>305</sup> In questo senso Tesauro G., *Diritto comunitario*, Padova, 2003, pp. 341 ss..

<sup>306</sup> Cfr. sentenza 28 gennaio 1986, causa C-270/83, Commissione v. Francia (*avoir fiscal*), punto 18 della motivazione. Nello stesso senso, successivamente, la sentenza 15 maggio 1997, causa C-250/95, Futura Participations, punto 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 54) 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 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, fruibano 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 54, 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

Infatti, una volta accertata la ricorrenza di questo elemento, non è più consentito agli Stati membri applicare un trattamento meno favorevole ad un determinato soggetto giuridico esclusivamente in ragione del fatto che la sede di quest'ultimo si trovi in un diverso Stato membro.

Peraltro, la Corte evidenzia<sup>308</sup>, preliminarmente, come non sia dato escludere in assoluto che la distinzione a seconda della sede di una società (oppure la distinzione a seconda della residenza di una persona fisica) sia, in determinate circostanze, lecita in un campo come quello del diritto tributario. Tuttavia, essa evidenzia come le disposizioni fiscali francesi, per quanto riguarda la determinazione dell'imponibile ai fini dell'imposta sulle società, non distinguono affatto le società aventi la sede sociale in Francia dalle succursali e agenzie ivi situate di società che abbiano sede all'estero sicché entrambe le categorie sono soggette ad imposta per i profitti realizzati (ad esclusione di quelli realizzati all'estero o attribuiti alla Francia da un trattato sulla doppia imposizione).

La disciplina contestata, dunque, poneva sullo stesso piano, ai fini della tassazione dei profitti, le società aventi la sede sociale in Francia e le società aventi sede all'estero, limitatamente ai profitti realizzati dalle succursali ed agenzie situate in Francia. Conseguentemente, ogni trattamento differenziato non poteva che costituire una discriminazione:

---

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.

<sup>307</sup> Cfr. sentenza 28 gennaio 1986, causa C-270/83, Commissione v. Francia, *Avoir fiscal*, punto 18. Nello stesso senso, successivamente, sentenza 10 luglio 1986, causa 79/85, Segers, punto 13; sentenza 13 luglio 1993, causa C-330/91, Commerzbank, punto 13; sentenza 16 luglio 1998, causa C-264/96, ICI, punto 20; sentenza 9 marzo 1999, causa C-212/97, Centros, punto 20.

<sup>308</sup> Cfr. sentenza 28 gennaio 1986, causa C-270/83, Commissione v. Francia (*avoir fiscal*), punto 19 della motivazione.

trattando in modo identico le due forme di stabilimento sotto il profilo della tassazione dei profitti realizzati, il legislatore francese, infatti, riconosce che non sussiste, fra le due categorie, con riguardo alle modalità ed ai presupposti del tributo, alcuna obiettiva differenza che possa giustificare distinzioni sotto il profilo del regime fiscale applicabile.

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. 49, di riservare il trattamento nazionale per quanto riguarda il credito fiscale<sup>309</sup>. 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. 49, primo comma, del Trattato CE, 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 discriminatorie<sup>310</sup>.

Nelle sentenze successive la Corte, riprendendo anche conclusioni già raggiunte nella sua giurisprudenza sulle persone fisiche, ha esteso le

---

<sup>309</sup> Cfr. punto 20 della motivazione.

<sup>310</sup> Cfr. punto 21 della motivazione. 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 membro. 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 membro. 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.

osservazioni sopra illustrate anche a situazioni di discriminazione fondate sulla residenza e, più in generale, a forme di discriminazione indiretta<sup>311</sup>.

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*<sup>312</sup>. Nel caso *Commerzbank AG*<sup>313</sup>, inoltre, essa – pur osservando

---

<sup>311</sup> In particolare, per quanto riguarda la residenza delle persone giuridiche si rinvia a G. Marino, *La residenza nel diritto tributario*, Padova, 1999.

<sup>312</sup> Cfr. sentenza 29 aprile 1999, causa C-311/97, *Royal Bank of Scotland*. Il caso riguardava 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.

<sup>313</sup> 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 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

che il beneficio fiscale (nel caso di specie, il diritto all'eventuale 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, infatti, sostenuto che tale criterio rischiava di danneggiare le società aventi sede in altri Stati membri, in quanto, nella generalità dei casi, erano queste

---

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 abrogato) 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, 5, 7 e 49-54) 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..

ultime ad avere il domicilio fiscale fuori dal territorio dello Stato membro in questione<sup>314</sup>.

Le vicende in relazioni alle quali sono state contestate violazioni delle disposizioni comunitarie in materia di libertà di stabilimento hanno costituito, per la Corte di giustizia, l'occasione per sottolineare la duplice portata delle disposizioni in materia di libertà fondamentali contenute nel Trattato. Cosicché essa ha avuto modo di affermare che la libertà di stabilimento non si limita ad assicurare che la disciplina nazionale si applichi allo stesso modo ai soggetti residenti e non residenti (che si trovino sostanzialmente nella stessa condizione) ma impedisce, altresì, che lo Stato di provenienza ostacoli lo stabilimento in un diverso Stato membro di un proprio cittadino o di una società costituita secondo il proprio ordinamento<sup>315</sup>.

---

<sup>314</sup> 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.

<sup>315</sup> Si tratta dei casi di *home State restrictions*. 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*).

In quest'ottica la Corte ha stabilito l'illegittimità di una disciplina nazionale che, nell'ambito di un regime di tassazione di gruppo, neghi la deducibilità delle perdite per il solo fatto che le società del gruppo abbiano la propria sede in un diverso Stato membro<sup>316</sup>. In particolare, 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"<sup>317</sup>.

---

*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..

<sup>316</sup> Cfr. sentenza della Corte di Giustizia del 16 luglio 1998, causa C-264/96, *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. Bizzioli, *Libertà di stabilimento e riporto delle perdite tra società affiliate: il caso Imperial Chemical Industries*, in *Dir. prat. trib.*, 1999, p. 323.

<sup>317</sup> Si può, peraltro, osservare come la fattispecie in esame – al pari di tutte le altre aventi ad oggetto la stessa problematica – potrebbe esser verificata anche alla luce delle disposizioni in materia di libertà di circolazione dei capitali.

E' interessante notare, inoltre, come le particolari modalità di tassazione del reddito d'impresa – in cui rilievo preminente assume non già la condizione personale del soggetto passivo (come nel caso delle persone fisiche, cui sono riconosciuti sgravi in relazione a talune situazioni di carattere personale) quanto, piuttosto, la determinazione della base imponibile attraverso il concorso degli elementi positivi e negativi del reddito – inducono la Corte a riconoscere – e tutelare – il legittimo esercizio della potestà impositiva, riservato, dal diritto dell'UE, a ciascuno Stato nazionale. In sostanza, la Corte sembra operare un bilanciamento tra l'esercizio delle libertà fondamentali, riconosciuto al cittadino europeo ai sensi del Trattato, e quello della legittima potestà impositiva, riconosciuto, invece, dallo stesso Trattato, agli Stati membri<sup>318</sup>.

Nella sentenza *Futura Participations Sa*<sup>319</sup>, infatti, ha ritenuto essere compatibile con le disposizioni comunitarie la normativa interna di uno

---

<sup>318</sup> Cfr. Stizza P., *La rilevanza delle perdite nel diritto tributario. Contributo allo studio*, Padova, 2011, p. 221.

<sup>319</sup> 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. 49 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

Stato membro (nel caso di specie, 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”*<sup>320</sup>. 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 servizi<sup>321</sup>, viene affermato lo stesso principio: *“nell'esercizio*

---

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 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. 49 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..

<sup>320</sup> Cfr. sentenza Futura, punto 22 della motivazione. Sulla nozione di territorialità si rinvia a C. Sacchetto, voce *Territorialità (diritto tributario)*, in *Enc. Dir.*, XLIV, Milano, 1992; R. Lupi, voce *Territorialità del tributo*, in *Enc. Giur.* Treccani, XXXI, Roma, 1994; A. Manganelli, voce *Territorialità dell'imposta*, in *Dig. disc. priv. – sez. comm.*, pp. 369 ss..

<sup>321</sup> La teorica distinzione elaborata dalla Corte, discriminazione/restrizione, (*host state discrimination versus home state restriction*), è applicabile negli stessi termini sinora

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)". 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)"

Ovviamente, 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

---

descritti, alla libera prestazione di servizi tutelata dall'art. 56 TFUE, 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, punto 25; 26 febbraio 1991, causa C-180/89, Commissione/Italia, punto 15, nonché 3 ottobre 2006, causa C-290/04, FKP Scorpio Konzertproduktionen, punto 31)".

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. 56 del TFUE, 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 (...)”.

Il *leading case* in materia di tutela della ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri è, certamente, costituito dalla sentenza *Marks&Spencer*<sup>322</sup>. Nel caso di specie veniva negata la possibilità ad una

---

<sup>322</sup> In dottrina, si vedano: P. M. Smit, *Marks & Spencer: The Paradoxes*, in *European taxation*, 2006, 9, 411; F. Vanistendael, *The ECJ at the Corssroads: 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 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:*

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 potrebbe costituire una limitazione dell'esercizio della libertà di stabilimento delle società residenti nel Regno Unito.

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 una simile norma restrittiva può essere giustificata<sup>323</sup>.

In particolare, la Corte ha confermato, in primo luogo, che in materia tributaria, i profitti e le perdite sarebbero due facce della stessa medaglia, che dovrebbero essere trattate simmetricamente nell'ambito dello stesso sistema fiscale, per salvaguardare un'equilibrata ripartizione del potere impositivo tra i diversi Stati membri interessati. In secondo luogo, se le perdite fossero prese in considerazione nello Stato membro della controllante, sussisterebbe un rischio che esse formino oggetto di un duplice uso. Infine, in terzo luogo, se le perdite non fossero prese in

---

*il caso Marks & Spencer*, in *Rass. trib.*, n. 3/2006, 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. Bizoli, *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.

<sup>323</sup> E' interessante notare come, nella sentenza in esame, non sia presente alcun riferimento esplicito alla coerenza fiscale mentre – come sopra rilevato – elemento centrale nel giudizio della Corte è stato, invece, quello della corretta ripartizione del potere impositivo fra gli Stati membri.

considerazione nello Stato membro di stabilimento della controllata, sussisterebbe un rischio di evasione fiscale<sup>324</sup>.

Quanto al primo elemento di giustificazione, si deve ricordare che la riduzione delle entrate tributarie non può essere considerata un motivo imperativo di interesse generale che possa essere fatto valere per giustificare un provvedimento che sia, in linea di principio, in contrasto con una libertà fondamentale<sup>325</sup>.

Tuttavia, come giustamente sottolineato dal Regno Unito, la tutela della ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri potrebbe rendere necessaria l'applicazione, alle attività economiche delle società residenti in uno di tali Stati, delle sole norme tributarie di quest'ultimo, per quanto riguarda tanto i profitti quanto le perdite<sup>326</sup>.

Infatti, concedere alle società la possibilità di optare per la presa in considerazione delle loro perdite nello Stato membro in cui sono registrate o in un altro Stato membro comprometterebbe sensibilmente un'equilibrata ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri, dato che la base imponibile si troverebbe aumentata per il primo Stato e ridotta nel secondo, considerate le perdite trasferite<sup>327</sup>.

Nel caso di specie, tuttavia, trattandosi, in particolare, di una società in liquidazione che non aveva alcuna possibilità di dedurre la perdita nello Stato della fonte, la Corte ha affermato che lo Stato di residenza – ricorrendo tali circostanze – avrebbe dovuto riconoscere la deducibilità delle perdite, seppur maturate in un diverso Paese membro.

---

<sup>324</sup> Cfr. punto 43 della sentenza.

<sup>325</sup> Cfr. punto 44 della sentenza, così come già nella sentenza Manninen, come ricorda la stessa Corte.

<sup>326</sup> Cfr. punto 45.

<sup>327</sup> Cfr. punto 46.

In tal modo la Corte, da una parte conferma il proprio costante orientamento, sancendo la contrarietà al diritto dell'Unione di qualunque limitazione assoluta di compensazione *cross-border* delle perdite di gruppo. Dall'altra, tuttavia, accetta la corretta ripartizione del potere impositivo fra gli Stati membri quale valida causa di giustificazione, sottolineando, inoltre, il riconosciuto potere di ciascuno Stato membro di tutelarsi di fronte ad eventuali comportamenti del contribuente che si sostanzino in un abuso delle libertà fondamentali<sup>328</sup>.

#### 4. Le *exit tax*

L'autonoma rilevanza impositiva del trasferimento della residenza fiscale all'estero può esser considerata un'espressione del principio di

---

<sup>328</sup> Cfr. F. Vanistendael, *The ECJ at the Crossroads: Balancing Tax Sovereignty against the Imperatives of the Single Market*, in *European Taxation*, 9/2006, pp 413 ss.. Nelle successive sentenze la Corte confermerà questo indirizzo. Si vedano in proposito: il caso OY AA C-231/05 (per un commento cfr: M. Lang, *Recent Case Law of the ECJ in Direct Taxation: Trends, Tensions, and Contradictions*, in *EC Tax Review*, 2009, pp. 98 ss.); il caso Papillon, C-418/07 (per un commento cfr. A. Maitrot de la Motte, *The Societe Papillon case*, in *ECJ Recente Developments in Direct Taxation 2008*, Lang e al., Vienna, 2008, p. 91); il caso Lidl Belgium, par.49-51, C-414/06 (per un commento si rinvia all'approfondita analisi de la C.F.E., *Opinion Statement on ECJ case "LIDL Belgium GmbH & Co KG vs. Finanzamt Heilbronn"* (Case C-414/06) e a Meussen G., *Cross-Border Loss Compensation and Permanent Establishment: Lidl Belgium and Deutsche Shell*, in *European Taxation*, 2008, p. 233); 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); il 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). Si segnala, altresì, il caso KR Wannsee, causa C-157/07, (commentato in dottrina da M. Lang, *Recent Case Law of the ECJ in Direct Taxation: Trends, Tensions, and Contradictions*, in *EC Tax Review*, 2009, pp. 98 ss.) particolarmente interessante in ragione del peso attribuito dalla Corte all'interazione tra i due ordinamenti degli Stati interessati.

territorialità<sup>329</sup>. In base a tale principio, infatti, lo Stato può assumere a presupposto d'imposta le fattispecie dotate di un ragionevole collegamento con il territorio dello stesso (*reasonable or genuine link*), sia di tipo oggettivo, e cioè con la fonte del reddito, sia di tipo soggettivo, e cioè con il soggetto che il reddito produce<sup>330</sup>.

Il venir meno del collegamento soggettivo, costituito dalla residenza fiscale, implica un forte ridimensionamento dell'ambito dei fatti che possono essere assunti a presupposto d'imposta. Risultano, infatti, estromessi dalla potestà d'imposizione dello Stato tutti quei redditi per i quali non perduri un collegamento di tipo oggettivo con il territorio dello Stato, da apprezzare sulla base della normativa interna di quest'ultimo come sulla base degli accordi internazionali dallo stesso conclusi.

In questa prospettiva, l'assunzione del trasferimento della residenza fiscale all'estero quale autonoma fattispecie impositiva è dettata

---

<sup>329</sup> Si prescinde, naturalmente, in questa analisi dalle fattispecie di *exit tax* antielusive. Nel caso de Lasteyrie du Saillant il Governo olandese ha fondato le proprie argomentazioni a sostegno della legittimità della disciplina francese proprio sulla necessità di garantire la coerenza del relativo sistema fiscale. La Corte di Giustizia ha, tuttavia, rigettato tali argomentazioni, ritenendo che l'art. 167-bis del *Code général des impôts* non potesse affatto ritenersi funzionale alla coerenza del sistema. Non solo il Governo francese aveva espressamente affermato che l'adozione della disciplina era stata determinata dalla necessità di evitare trasferimenti temporanei esclusivamente finalizzati ad eludere l'imposta, ma la normativa in commento ammetteva lo sgravio di qualsiasi imposizione applicata nello Stato di destinazione, a seguito del realizzo delle plusvalenze. Ciò che a parere della Corte vale senz'altro ad escludere l'obiettivo di tassare in via generale le plusvalenze maturate durante il periodo di residenza in Francia e, quindi, di garantire la coerenza del sistema fiscale (cfr. Corte Giust., Sent. 11 marzo 2004, de Lasteyrie du Saillant, citata, punti 65 e 66). La disciplina olandese contempla, invece, una previsione sostanzialmente analoga, eppure la Corte non paventa alcun contrasto con il principio di coerenza (cfr. Corte Giust., Sent. 7 settembre 2006, causa C-470/04, N. contro Inspecteur van de Belastingdienst Oost/Kantoor Almelo, punto 12).

<sup>330</sup> Cfr. C. Sacchetto, voce *Territorialità (diritto tributario)*, in *Enc. Dir.*, XLIV, Milano, 1992; R. Lupi, voce *Territorialità del tributo*, in *Enc. Giur.* Treccani, XXXI, Roma, 1994; A. Manganeli, voce *Territorialità dell'imposta*, in *Dig. disc. priv. – sez. comm.*, pp. 369 ss..

dalla volontà dello Stato di preservare il proprio diritto a tassare gli incrementi di valore maturati nel periodo di permanenza del legame tra territorio e cespiti plusvalenze.

Per quanto riguarda le persone giuridiche, occorre – come noto – distinguere sulla base di due diverse soluzioni giudiche potenzialmente applicabili. Da una parte, secondo quella che è comunemente nota come la teoria del luogo di costituzione (*place of incorporation theory* o *Gründungstheorie*) – che si contrappone a quella della c.d. *Sitztheorie* – alla società che trasferisce la sede amministrativa all'estero è consentito mantenere la propria qualità di società di diritto dello Stato di partenza. In sostanza, il trasferimento all'estero della sede amministrativa effettiva/sede di direzione di una società non comporta lo scioglimento della medesima.

La Corte ha più volte affrontato la questione relativa alla possibilità che una società che trasferisce la propria sede amministrativa effettiva in un altro Stato membro, mantenendo la sede sociale nello Stato di partenza, possa invocare la libertà di stabilimento anche nei confronti dello Stato di partenza.

La Corte, nella sentenza *National Grid Indus* ha confermato quanto statuito nella sentenza *Daily Mail*<sup>331</sup> e, cioè, che in mancanza di un'armonizzazione dei diritti societari nazionali a livello dell'Unione europea, uno Stato membro conserva la facoltà – se così previsto dal proprio ordinamento giuridico nazionale – di riconoscere e far decadere la personalità giuridica di un determinato soggetto. Ciascuno Stato membro ha, dunque, competenza esclusiva a dettare, plasmando il proprio diritto

---

<sup>331</sup> Nella sentenza *National Grid Indus* secondo parte della dottrina, la Corte avrebbe addirittura irrigidito la propria posizione. Così L. Richter, *Anmerkung*, in *ISTR*, 2009, p. 65.

societario nazionale, le condizioni che devono essere soddisfatte affinché una società venga ad esistenza nell'ambito del proprio ordinamento e affinché una società possa ivi continuare ad esistere.

Questo potere discrezionale riconosciuto anche dalla Corte di Giustizia al singolo Stato membro riguarda anche i criteri di collegamento territoriale che non sono soggetti a vincoli del diritto europeo. Se, pertanto, l'ordinamento di uno Stato non contempla il trasferimento all'estero della sede di un determinato ente dotato di personalità giuridica secondo le leggi dello Stato poiché, per effetto del trasferimento stesso, verrebbe meno un elemento indispensabile – costituito dal collegamento con il territorio dello Stato – che tale soggetto deve avere per poter essere riconosciuto da quell'ordinamento, quest'ultimo non può invocare la libertà di stabilimento per opporsi a tali limitazioni e il trasferimento della sede all'estero, in questo caso, determina la perdita dello *status* di soggetto giuridico nell'ordinamento dello Stato di partenza e, conseguentemente, il suo scioglimento.

Ricorrendo tali circostanze, lo Stato si trova, dunque – laddove il proprio ordinamento tributario lo preveda – nella condizione di poter esercitare il proprio diritto(-dovere) di assoggettare a tassazione immediata le plusvalenze latenti emerse nell'ambito della procedura di liquidazione della società. Ciò, in quanto, il presupposto impositivo (lo scioglimento) si è realizzato per effetto di una norma di diritto societario sottratta all'influenza del diritto europeo.

In questo caso l'*exit taxation*, cioè la tassazione delle plusvalenze latenti, non è soggetta a limitazioni da parte del diritto europeo, cioè la società non può invocare la libertà di stabilimento per sottrarsi alla *exit taxation*.

Per contro, la Corte ha statuito che ci sono altre forme di uscita (tra le quali la trasformazione in una forma giuridica dello Stato di arrivo) che ricadono sotto il regime della libertà di stabilimento e non possono incondizionatamente essere ostacolate. Come sottolineato dall'Avvocato Generale nelle proprie conclusioni per la causa *National Grid Indus*<sup>332</sup>, il trasferimento di sede transfrontaliero non ricade, di per sé, al di fuori dell'ambito di applicazione della libertà di stabilimento e, quindi lo Stato di origine è, in linea di principio, obbligato a consentire l'emigrazione delle società costituite secondo il proprio ordinamento.

Il potere di scelta riguarda unicamente il mantenimento della qualità di società di diritto dello Stato di origine, mentre l'uscita con mantenimento della mera continuità giuridica ricade nell'ambito di applicazione della libertà di stabilimento e, quindi, non può essere ostacolata. In questi casi, il regime della libertà di stabilimento si applica anche agli aspetti fiscali dell'uscita. Secondo quanto affermato nella *Cartesio*<sup>333</sup>, infatti, lo Stato di costituzione non può impedire la trasformazione della società in una società di diritto nazionale dello Stato di destinazione nei limiti in cui detto diritto lo consenta<sup>334</sup>.

---

<sup>332</sup> Cfr. punto 35.

<sup>333</sup> Cfr. punto 112 della sentenza. Si veda, in proposito, A. P. Dourado/P. Pistone, *Looking beyond Cartesio: Reconciliatory Interpretation as a tool to remove tax obstacles on the exercise of the primary right of establishment by companies and other legal entities*, in *Intertax*, vol. 37, Issue 6/7, pp. 342 ss..

<sup>334</sup> Sulla base dei principi di cui alla sentenza *Sevic* (Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza 13 dicembre 2005, causa C-411/03, *Sevic*) lo Stato di arrivo non dovrebbe avere il potere di impedire arbitrariamente la trasformazione in entrata di una società estera (vedi anche il punto 19 della sentenza). Così L. Richter, *Die Bedeutung des EUGH-Urteils in der Rs. Cartesio für die deutsche Wegzugsbesteuerung unter besonderer Beachtung des grenzüberschreitenden Rechtsformwechsels*, in *StuW*, 2010, 367.

Le sentenze *Überseering*<sup>335</sup> e *Inspire Art*<sup>336</sup> riguardano, invece, lo Stato di destinazione. Le conclusioni risultano considerevolmente diverse e certamente più nette rispetto a quelle di cui alle sopra citate sentenze *Daily Mail* e *Cartesio*. Se lo Stato di origine ha acconsentito a tale trasferimento e continua a riconoscere la società come soggetto del proprio ordinamento, lo Stato di arrivo deve, infatti, in ogni caso, riconoscere i valori delle attività proprie della società che ha trasferito la propria sede effettiva nel suo territorio.

Per quanto riguarda lo Stato di destinazione, dunque, se la legislazione di un altro Stato membro consente la conservazione dello *status* di società del suo diritto anche successivamente al trasferimento della sede amministrativa all'estero, tale trasferimento non è sottratto al regime della libertà di stabilimento anche riguardo agli aspetti fiscali.

In questa sede, si può solo brevemente accennare al quesito sottolineato dall'Avvocato Generale Kokott nelle proprie conclusioni sulla sentenza *National Grid Indus*, se le normative di diritto europeo secondario che forniscono la base di diritto societario per determinate operazioni transfrontaliere (come la direttiva sulle fusioni oppure la normativa sulla società europea) debbano anche essere passate al vaglio della libertà di stabilimento laddove prevedono che la *exit tax* non trovi applicazione esclusivamente con riguardo alle plusvalenze latenti relative a elementi patrimoniali che rimangono collegati con una stabile organizzazione nello Stato di origine<sup>337</sup>.

---

<sup>335</sup> Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza 5 novembre 2002, causa C-208/00, *Überseering*.

<sup>336</sup> Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza 30 settembre 2003, causa C-167/01, *Inspire Art*.

<sup>337</sup> Cfr. punto 50. La risposta dovrebbe essere positiva. Infatti, tutte le operazioni di ristrutturazione transfrontaliere o internazionali (trasferimenti di sede, fusioni,

Ciò che emerge con assoluta certezza dalla giurisprudenza della Corte è che le *exit taxation* costituiscono una restrizione alla libertà di stabilimento. Un'ulteriore considerazione che merita, in questa sede, rilevare è la circostanza che l'esistenza della restrizione alla libertà di stabilimento è stabilita dalla Corte alla luce del fatto che il trasferimento della sede all'interno del territorio dello Stato non è soggetto a tassazione<sup>338</sup>: ciò, secondo quello che costituisce il tradizionale schema di giudizio della Corte, costituisce l'affermazione di una diretta comparabilità della fattispecie nazionale con quella intraUE.

Per contro, tuttavia, la Corte ha avuto modo di affermare che il mantenimento della ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri costituisce un obiettivo legittimo, in quanto gli Stati membri, in mancanza di un'armonizzazione a livello dell'Unione europea, rimangono competenti a definire, in via convenzionale o unilaterale, i criteri di ripartizione del loro potere impositivo<sup>339</sup>.

---

conferimenti) dovrebbero ricadere nel regime della libertà di stabilimento nella misura in cui esse hanno una base di diritto societario nazionale (vedi ad esempio la *Gründungstheorie*) o europeo (ad esempio la direttiva sulle fusioni). Inoltre, appare problematico che il diritto europeo secondario possa derogare dal diritto europeo primario. In proposito, si veda W. Schön, *Besteuerung im Binnenmarkt - die Rechtssprechung des EUGH zu den direkten Steuern*, in *ISTR*, 2004, 289. Vedi anche la sentenza Bosal (Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza 18 settembre 2003, causa C-168/01, Bosal). Nel 2011 il tribunale tributario del Rheinland Pfalz si era pronunciato (*Aussetzungsbeschluss* del 7 gennaio 2011, I V 1217/10) sulla *exit taxation* di una società europea (SE) che si era trasferita dalla Germania in Austria e aveva statuito, che la normativa sulla SE, che prevede la neutralità fiscale solo per i beni confluiti nella stabile organizzazione, dovesse essere assoggettata al regime delle libertà fondamentali. Di conseguenza il Tribunale aveva concesso la sospensione del pagamento.

<sup>338</sup> Punto 37 della sentenza.

<sup>339</sup> Cfr. Crazzolara A., *National Grid Indus: divieto di tassazione immediata nel caso del trasferimento della sede all'estero*, in *Riv. dir. trib.* n. 12/2011, pp. 349 ss.

Particolarmente interessante a questo proposito risulta la sopra citata sentenza National Grid Indus<sup>340</sup>. Già nelle conclusioni dell'Avvocato generale è sottolineato che *“non è irragionevole per gli Stati membri ispirarsi alla prassi internazionale e in particolare ai modelli di convenzione elaborati dall'Ocse”*<sup>341</sup>.

Si ritrovano, dunque, nella sentenza in esame echi di quanto già affermato nella sentenza Marks & Spencer<sup>342</sup>. Nella sentenza in oggetto vi è, tuttavia, in più, la seguente importante aggiunta: *“conformemente al principio di territorialità legato ad una componente temporale”*.

Secondo la Corte, dunque, il principio di territorialità nel caso della *exit taxation* ha bisogno di una delimitazione temporale, nel senso che il potere impositivo dello Stato di partenza si deve fermare temporalmente al momento dell'uscita dal territorio dello Stato, cioè alle plusvalenze formatesi sulla base dell'attività svolta fino al momento del trasferimento della sede all'estero. Le variazioni di valore intervenute nel patrimonio della società trasferita dopo l'uscita sono di competenza esclusiva dello Stato di arrivo.

---

<sup>340</sup> Anche la sentenza “N” ha già stabilito l'idoneità della *exit taxation* a conseguire lo scopo di una ripartizione del potere impositivo tra gli Stati (cfr. punto 51 delle conclusioni National Grid Indus).

<sup>341</sup> Cfr. punto 46 delle conclusioni. Nel caso citato, infatti, la ripartizione del potere impositivo è stata operata tramite il meccanismo convenzionale. Parte della dottrina ritiene che la *exit taxation* sia in contrasto con le norme convenzionali di ripartizione della potestà impositiva e quindi costituisca un *treaty override*, in quanto l'art. 13 del Modello Ocse ha per oggetto gli utili effettivi realizzati comprensivi anche delle plusvalenze latenti soggette alla *exit tax* a meno che la Convenzione non contenga specifiche clausole riguardanti la *exit tax*. Vedi, tra l'altro, H. Schaumburg, *Internationales Steuerrecht*, 2011, par. 5, p. 361. Riguardo alla Convenzione Italia Germania vedi la Ris. min. n. 67 del 30 marzo 2007 che tratta appunto della clausola convenzionale che prevede lo *step up*.

<sup>342</sup> Corte di Giustizia, sentenza 13 dicembre 2005, causa C-446/03, Marks & Spencer.

A queste condizioni, la Corte sostiene l'idoneità dell'*exit taxation* a garantire un'equilibrata ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri. Da ciò si deve necessariamente dedurre che sia la Corte sia l'Avvocato Generale presuppongono che lo Stato di arrivo assuma i valori del patrimonio della società trasferita al valore di mercato in modo tale da non tassare le plusvalenze maturate fino alla data del trasferimento della sede. Se lo *step up* non venisse concesso dallo Stato di arrivo si avrebbe una doppia imposizione nel momento di realizzo delle plusvalenze. Quel che più conta, lo Stato di arrivo non potrebbe invocare lo scopo dell'equilibrata ripartizione della potestà impositiva tra gli Stati membri per giustificare una tale restrizione della libertà di stabilimento.

Ciononostante la Corte non subordina la *exit taxation* alla previsione di uno *step up* da parte dello Stato di arrivo.

Specularmente, si deve rilevare come, nell'apprezzamento fiscale degli *assets* della società trasferita entro i confini nazionali, dalle conclusioni cui giunge la Corte nella richiamata sentenza discende l'assunzione del criterio di valore normale non già in virtù della simultanea e speculare imposizione delle plusvalenze nell'ordinamento di provenienza dell'impresa bensì in forza del principio di territorialità declinato in chiave temporale.

Non può, dunque, dubitarsi dell'irrilevanza delle vicende giuridico-tributarie anteriori al trasferimento di residenza (prima che, cioè, il legislatore apprezzi l'esistenza, siccome territorialmente rilevante, in quanto riconducibile a fonti o soggetti presenti nel territorio): onde, ai fini dell'apprezzamento dei beni immessi nel territorio per effetto del

trasferimento di residenza dell'impresa, si prescinderebbe dalla scelta operata dall'ordinamento di partenza, di tassare o meno i plusvalori latenti<sup>343</sup>.

A sostegno della tesi dell'idoneità della *exit taxation* a conseguire lo scopo di una ripartizione del potere impositivo tra gli Stati, l'Avvocato generale richiama la direttiva sulle fusioni che prevede che le plusvalenze latenti createsi nello Stato di provenienza possono essere ivi tassate<sup>344</sup>.

Prescindendo, tuttavia, dal tentativo della Corte di creare un filo logico tra le sentenze Lasteyrie e "N" da un lato e National Grid Indus dall'altro e quindi di giustificare il diverso trattamento delle due fattispecie, bisogna prendere atto del cambiamento dell'orientamento della Corte sempre più indirizzata verso le giustificazioni delle restrizioni alle libertà fondamentali, in particolare verso lo scopo dell'equilibrata ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri e quindi della tutela degli interessi erariali degli Stati membri.

Vi è chi ha sollevato la questione se la Corte, investita in questo momento di una causa simile a quella di cui alla sentenza Lasteyrie, non giungerebbe a conclusioni opposte a quelle della sentenza in oggetto<sup>345</sup>. Infatti, nella sentenza Lasteyrie, la Corte aveva preso in considerazione il

---

<sup>343</sup> Cfr., in particolare, M. Miccinesi, *Le plusvalenze d'impresa*, Milano, 1993, 151. Nello stesso senso A. Fiorelli, A. Santi, *L'individuazione del valore fiscalmente riconosciuto per il patrimonio estero dell'impresa trasferito in Italia*, in *Rass. trib.*, 1997, 668; G. Zizzo, *L'imposta sul reddito delle società*, in G. Falsitta, *Manuale di diritto tributario, Parte speciale*, Milano, 2005, 541; R. Lupi, *Una soluzione che va al di là delle ipotesi in cui esiste una "exit tax"*, in F. Gallio, S. Furlan, D. Stevanato, R. Lupi, *Trasferimento della residenza, exit tax e valorizzazione dei beni nell'ordinamento di arrivo*, in *Dial. dir. trib.*, 2007, 575; P. De' Capitani di Vimercate, *Brevi note in tema di trasferimento di residenza ed entrata di beni nella sfera impositiva italiana*, in *Dir. prat. trib.*, 2008, II, 36.

<sup>344</sup> Punto 50 delle conclusioni.

<sup>345</sup> Lo stesso ragionamento è stato fatto da Schön con riferimento alla fattispecie di cui a Langhorst Hohorst (sentenza della Corte di Giustizia Unione Europea del 12 dicembre 2002, causa C-324/00). W. Schön, *Zurück in die Zukunft? Gesellschafter-Fremdfinanzierung im Lichte der EUGH-Rechtssprechung*, in *ISTR*, 2009, 882.

rischio di evasione fiscale come giustificazione della restrizione alla libertà di stabilimento e aveva rigettato l'argomento del governo tedesco della ripartizione del potere fiscale tra lo Stato di partenza e lo Stato di accoglienza, che richiama la sentenza Gilly<sup>346</sup>, in quanto *“la controversia non si riferisce alla ripartizione del potere d'imposizione tra gli Stati membri, ..., bensì al problema se le misure adottate a tal fine siano conformi alle esigenze della libertà di stabilimento”*<sup>347</sup>.

Per la Corte di Giustizia, dunque, la riscossione immediata della *exit tax* non è proporzionata<sup>348</sup> in quanto eccede quanto necessario per raggiungere lo scopo della ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri. Le plusvalenze latenti possono essere infatti tassate solamente al momento del realizzo. La Corte distingue ai fini dell'analisi della proporzionalità la determinazione delle imposte dovute dalla loro riscossione: la determinazione dell'importo del prelievo al momento del trasferimento della sede amministrativa effettiva di una società rispetta il principio di proporzionalità. È infatti proporzionato che lo Stato membro di provenienza, allo scopo di tutelare l'esercizio del proprio potere impositivo, determini l'imposta dovuta sulle plusvalenze latenti originate sul proprio territorio nel momento in cui il suo potere impositivo nei confronti della società interessata cessa di esistere, cioè nel momento del trasferimento in un altro Stato membro della sede amministrativa effettiva<sup>349</sup>.

Questo vale tuttavia, secondo la Corte, solo per la determinazione dell'imposta. La riscossione immediata, invece, per la Corte non è

---

<sup>346</sup> Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza 12 maggio 1998, causa C-336/96, Gilly.

<sup>347</sup> Punto 68 della sentenza Lasteyrie.

<sup>348</sup> Punto 85 della sentenza.

<sup>349</sup> Punto 52 della sentenza.

proporzionata allo scopo dello Stato di partenza di garantire un'equilibrata ripartizione della potestà impositiva tra Stati.

Nella sentenza N., la Corte aveva statuito – come osservato dall'Avvocato Generale Kokott nelle sue conclusioni – che una tassazione in uscita di persone fisiche è proporzionata solo nel caso in cui il pagamento dell'imposta dovuta venga dilazionato fino all'effettivo realizzo delle plusvalenze latenti senza alcun obbligo di costituire garanzie a tal fine e vengano, altresì, prese in considerazione perdite di valore successive che non siano già state considerate nello Stato di destinazione<sup>350</sup>.

La Corte segue l'Avvocato Generale nel riconoscere che situazioni patrimoniali complesse vanno tenute distinte da situazioni patrimoniali semplici e che effettivamente certe situazioni possono comportare oneri amministrativi eccessivi, tuttavia fornisce un'altra soluzione rispetto alla proposta avanzata dall'Avvocato Generale. In effetti, la proposta dell'Avvocato Generale avrebbe creato gli stessi problemi definitivi emersi con riferimento al concetto di definitività delle perdite di cui alle sentenze *Lidl Belgium* e *Krankenheim Wannsee*. L'Avvocato Generale ha sollevato il problema ma non ha fornito criteri precisi con cui individuare le situazioni patrimoniali complesse che giustificherebbero una tassazione immediata. L'approccio dell'Avvocato Generale avrebbe inoltre penalizzato le società operative nei confronti di società veicolo che hanno un ambito di attività limitato e che generalmente hanno pochi beni plusvalenti.

Invece di tutelare i governi da oneri amministrativi eccessivi, la Corte innanzitutto fa sua la proposta della Commissione di imporre alla

---

<sup>350</sup> Punto 58 delle conclusioni.

società trasferita la presentazione di una dichiarazione annuale riguardante le vicende dei beni plusvalenti<sup>351</sup> e propone poi una sorta di soluzione di compromesso tenendo conto sia degli interessi degli Stati membri che degli interessi delle società.

Alla società in uscita è attribuito il diritto di scelta tra una tassazione immediata oppure una tassazione posticipata che implica tuttavia l'onere amministrativo di dover dare conto regolarmente delle vicende collegate ai beni patrimoniali. È, quindi, la società che – secondo la Corte – deve valutare se per la particolarità del suo caso concreto (ad esempio presenza di una molteplicità di beni) la presentazione della documentazione necessaria per il monitoraggio dei beni plusvalenti sia più o meno onerosa della tassazione immediata delle plusvalenze latenti<sup>352</sup>. Una volta che la società ha optato per la tassazione dilazionata, l'amministrazione finanziaria deve prenderne atto e risolvere i propri problemi amministrativi mediante la collaborazione con le autorità fiscali degli altri Stati.

Costituisce giurisprudenza costante della Corte che difficoltà nella riscossione e nella determinazione dell'imposta non giustificano restrizioni alle libertà europee<sup>353</sup>. In questa sentenza, la Corte ha, inoltre, operato la distinzione tra riscossione e determinazione dell'imposta dovuta. Infatti, una volta determinata l'imposta dovuta, il monitoraggio dei beni rispetto ai quali sono state rilevate plusvalenze latenti, serve solamente a verificare se i beni sono ancora nel patrimonio dell'impresa oppure se sono stati ceduti. Non è più necessaria una rideterminazione

---

<sup>351</sup> Punto 66 della sentenza.

<sup>352</sup> Punto 73 della sentenza.

<sup>353</sup> Corte di Giustizia dell'Unione Europea, sentenza 15 maggio 1997, causa C-250/95, Futura Participation und Singer.

della plusvalenza, in quanto questa è già stata determinata all'atto di trasferimento. L'ammontare dell'imposta dovuta è già fissato.

Secondo la Corte, tuttavia, non si tratta solo di questo. Secondo la Corte è il contribuente che valuta se l'onere amministrativo connesso al monitoraggio è eccessivo o meno. La valutazione del contribuente e quindi la scelta tra riscossione immediata e versamento posticipato vincola l'amministrazione finanziaria. Questo ragionamento corrisponde alla giurisprudenza consolidata per cui gli oneri amministrativi a carico dell'amministrazione finanziaria non giustificano una restrizione alla libertà di stabilimento. La direttiva del Consiglio 26 maggio 2008, 2008/55/Ce, sull'assistenza reciproca in materia di recupero dei crediti, dovrebbe offrire, secondo la Corte, all'amministrazione finanziaria la possibilità di una vigilanza fiscale efficace delle plusvalenze latenti rilevate nel momento dell'uscita della società.

La Corte non si pronuncia sulla questione se la scelta possa riguardare singoli beni e quindi singole plusvalenze latenti oppure debba necessariamente comprendere l'intero patrimonio della società trasferita secondo un criterio di *all-in all-out*. Poiché nella prassi può anche essere nell'interesse dell'Amministrazione finanziaria limitare l'esercizio dell'opzione solo ad alcuni beni significativi, si può ragionevolmente ritenere che l'obbligo di estendere la sospensione del pagamento all'intero patrimonio dell'azienda non sarebbe giustificato.

In conclusione, suscita un significativo interesse la circostanza che, nelle proprie conclusioni, l'Avvocato Generale Kokott afferma che il principio di territorialità non ha valenza di autonoma causa di giustificazione: la sua applicazione è finalizzata a garantire la coerenza del sistema. Si è sopra rilevato come, già nelle Conclusioni relative al caso

Manninen<sup>354</sup>, lo stesso Avvocato Generale Kokott aveva sottolineato l'interrelazione tra coerenza e territorialità, affermando che garantire la coerenza fiscale significa sostanzialmente evitare la doppia imposizione, in ossequio al principio dell'imposizione unica.

È evidente come in quest'ottica la coerenza fiscale non abbia più una valenza meramente interna, assumendo una connotazione internazionale<sup>355</sup>. La Corte di Giustizia, nella sentenza citata, sembrerebbe, invece, considerare la ripartizione del potere impositivo in ossequio al principio di territorialità, una causa di giustificazione a sé, distinta dalla coerenza così come già aveva fatto nella sentenza de Lasteyrie du Saillant.

---

<sup>354</sup> Cfr. punto 51.

<sup>355</sup> Cfr. E. Della Valle, *L'utilizzazione cross-border delle perdite fiscali: il caso Marks & Spencer*, in *Rass. trib.*, n. 3/2006, p. 1002. Si veda anche B.J.M. Terra - P.J. Wattel, *European Tax Law*, Kluwer Law International, 2012, pag. 131. Secondo gli autori, la coincidenza tra principio di territorialità e coerenza del sistema fiscale sarebbe, in particolare, evidente con riferimento alla disciplina olandese, oggetto di disamina da parte della Corte di Giustizia nel caso Bosal Holding BV (C-168/01). Detta disciplina assicurerebbe il nesso tra la deducibilità dei costi e l'imposizione degli utili nei Paesi Bassi.

## - CAPITOLO V -

### **RIFLESSIONI CONCLUSIVE IN MERITO ALLA NOZIONE DI COERENZA FISCALE ELABORATA DALLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UE**

*Sommario: 1. Considerazioni circa l'effettività della nozione di coerenza fiscale fornita dalla Corte di giustizia – 2 Sul necessario bilanciamento tra la potestà impositiva degli Stati e l'esercizio delle libertà fondamentali*

#### **1. Considerazioni circa l'effettività della nozione di coerenza fiscale fornita dalla Corte di giustizia**

L'importanza della nozione di coerenza fiscale – apparsa per la prima volta nella sentenza 28 gennaio 1992, C-204/90, Bachmann, ed accolta come una possibile rivoluzione dell'orientamento che si stava affermando nelle sentenze della Corte di giustizia – ha subito, dunque, via via, un drastico ridimensionamento.

Con le successive sentenze<sup>356</sup>, la Corte ha, infatti, significativamente ridotto il campo di applicazione della regole individuata nella sentenza Bachmann affermando, in particolare alcune condizioni:

---

<sup>356</sup> Cfr., in particolare, le sentenze: 6 giugno 2000, causa C-35/98, Verkooijen; 3 ottobre 2002, C-136/00, Danner; 30 gennaio 2007, causa C-150/04, Commissione v. Regno di Danimarca.

- la coerenza del regime fiscale richiede un “nesso diretto” tra una condizione fiscalmente sfavorevole ed una correlativa condizione, invece, sfavorevole;
- lo svantaggio ed il corrispondente vantaggio devono verificarsi con riguardo ad un medesimo contribuente ed in relazione alla medesima imposta;
- la coerenza del regime fiscale deve esser valutata tenendo in considerazione le convenzioni contro le doppie imposizioni eventualmente applicabili al caso in esame;
- la soluzione costituita dalla indeducibilità del componente negativo eccede lo scopo perseguito: è, dunque, necessario individuare altre misure meno restrittive per salvaguardare la coerenza del sistema tributario.

Appare di tutta evidenza come queste condizioni inducono a ritenere che la soluzione adottata dalla Corte nella sentenza Bachmann costituisca il frutto di un’interpretazione ormai (quantomeno) superata dalla Corte stessa<sup>357</sup>.

Nel caso Danimarca, in particolare, la perfetta simmetria tra deduzione dei contributi e imposizione del reddito da pensione che sussisteva anche nella legislazione fiscale belga sottoposta all’attenzione della Corte nel caso Bachmann non è stata ritenuta sufficiente dalla Corte stessa per giustificare le potenziali discriminazioni derivanti da un sistema fiscale così delineato. Più precisamente, la stessa soluzione adottata nel

---

<sup>357</sup> Si veda, per tutti, Cordewener-Kofler-Van Thiel, *The clash between European freedoms and national direct tax law: public interest defences available to the member States*, in *Common Market Law Review*, n. 46/2009, pp. 1951 ss. e, in particolare, p. 1971.

caso Bachmann è stata giudicata dalla Corte di giustizia come non proporzionata rispetto al fine conseguito<sup>358</sup>.

Già prima, inoltre, con la sentenza Verkooijen, la Corte, limitando l'applicabilità dell'argomento giustificativo della coerenza fiscale esclusivamente ad un unico soggetto in relazione ad una medesima imposta, ha escluso che la coerenza fiscale possa assumere un significato di più ampio respiro.

Il ragionamento sulla necessità di tutela della coerenza del regime fiscale nazionale si estendeva, infatti, nella causa Verkooijen, ad elementi di riflessione relativi alla tematica della doppia imposizione (di carattere e giuridico e economico) internazionale che prescindono dal singolo soggetto passivo e che concernono, piuttosto, il rapporto tra i diversi Stati membri nell'esercizio della propria (riconosciuta) sovranità statale in materia d'imposizione.

Nei casi come quello in discussione nella causa Verkooijen, si può constatare, infatti, che i presupposti impositivi, individuati da ciascun singolo ordinamento (anche in sovrapposizione l'un con l'altro), che si verificano in capo ai diversi soggetti passivi coinvolti attengono evidentemente ad un unico elemento di ricchezza realizzato nello Stato della fonte dal primo soggetto della catena partecipativa.

Condizionando la sussistenza stessa di una coerenza all'esistenza di un nesso diretto fra lo svantaggio ed il vantaggio fiscale ricevuto e limitando la fattispecie ad un unico contribuente, la Corte riduce, dunque, sensibilmente il campo di applicazione della causa di giustificazione

---

<sup>358</sup> Cfr. B. Pizzoni, *Indeducibilità dei contributi a schemi di previdenza complementare estera e principio di coerenza fiscale*, in *Riv. dir. trib.* n. 11/2002, pp. 215 ss. e Mondini A., *Coerenza fiscale e principio di proporzionalità: crisi del sistema o dell'armonizzazione?*, in *Riv. dir. fin.* 3/2007, pp. 41 e ss..

costituita dalla salvaguardia della coerenza del regime fiscale di un determinato Stato membro.

Cosicché la nozione di coerenza del sistema fiscale nazionale risulta sensibilmente circoscritta e, verosimilmente, privata di un più ampio significato di rilievo sistematico: parrebbe, pertanto, di poter escludere che la coerenza fiscale possa costituire un vero e proprio principio di diritto<sup>359</sup>.

Piuttosto eloquente, in questo senso, è l'assenza di qualunque altra pronuncia della Corte di giustizia in cui una regola oggetto di contestazione sia stata ritenuta legittima alla luce dell'argomento dell'opportunità di salvaguardare la coerenza del sistema fiscale nazionale.

E' per questi motivi, dunque – parrebbe di poter affermare – che la questione non ha mancato di imporsi nuovamente all'attenzione della Corte (e degli esperti), seppur sotto diversa forma, in occasione di censure di discriminazioni o restrizioni relative alle fattispecie esaminate nel presente lavoro quali, tra le tante, quella (oltre alla già considerata fattispecie di distribuzione transfrontaliera di dividendi) dell'attribuzione di perdite fiscali nell'ambito di regimi di tassazione di gruppo transfrontalieri o quella delle *exit tax*<sup>360</sup> ma, ancor una volta, anche nelle fattispecie di distribuzione transfrontaliera di dividendi: in casi nei quali

---

<sup>359</sup> Con il termine "principio giuridico" s'intende qualsiasi fonte del diritto espressione di valori fondamentali che si concretizza nella doppia funzione di ispirare altre norme giuridiche (funzione informatrice) e di essere applicabile in maniera suppletiva per l'integrazione delle lacune normative dell'ordinamento giuridico (funzione integrativa). La definizione di principio giuridico comunitario si trova in G. Tesauro, *Diritto comunitario*, Padova, 2003, Padova, 2003, p. 78; M.P. Chiti, *The role of the European Court of Justice in the development of general principles and their possible codification*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1995, p. 661; per l'influenza dei principi giuridici nel settore tributario, C. Sacchetto e G. Casertano, *Tributi*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, diretto da M.P. Chiti e G. Greco, Parte Speciale, Tomo II, Milano, 1998, pp. 1283 ss..

<sup>360</sup> Cfr. capitolo IV.

talvolta – come si è ricordato nel capitolo precedente – la Corte ha, piuttosto, giustificato le misure nazionali controverse alla luce – appunto – dell’equilibrata ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri<sup>361</sup>.

## **2. Sul necessario bilanciamento tra la potestà impositiva degli Stati e l’esercizio delle libertà fondamentali**

Il ragionamento appena svolto – come sopra accennato – può essere, tuttavia, condotto su un diverso livello.

Invero, si potrebbe sostenere<sup>362</sup> che, nei casi in cui al soggetto non residente sia riservato un trattamento più sfavorevole (e non consentito alla luce dei principi di capacità contributiva e di uguaglianza) rispetto a quello previsto per i soggetti residenti, ciò possa, in realtà, esser considerato perfettamente coerente con la riserva di competenza degli Stati membri in materia di imposizione diretta ed, in particolare, con la rinuncia alla possibilità di esercitare la propria potestà tributaria in relazione a quella determinata grandezza economica. Se così non fosse, il potere degli Stati ne risulterebbe minato.

Tuttavia, una simile ricostruzione equivarrebbe ad affermare che – alternativamente – o il pieno esercizio della competenza statale in materia tributaria (di imposizione diretta) debba ritenersi sovraordinato rispetto al

---

<sup>361</sup> Si vedano, in proposito, le interessanti conclusioni dell’Avv. gen. Maduro in relazione alla citata sentenza 13 dicembre 2005, relativa alla causa C-446/03, Marks & Spencer. Si vedano anche, F. Vanistendael, *Cohesion: the phoenix rises from his ashes*, in *EC Tax Review*, 2005, pp. 208 ss.; Cordewener, Kofler, Van Thiel, *The clash between European freedoms and national direct tax law: public interest defences available to the member States*, in *Common Market Law Review* n. 46/2009, pp. 1976 ss.; Zalasinski, *The limits of the EC concept of ‘direct tax restriction on free movement rights’, the principles of equality and ability to pay, and the interstate fiscal equity*, in *Intertax* n. 5/2009, pp. 282 ss..

<sup>362</sup> Cfr. D’Angelo, *La Corte di Giustizia conferma: le ritenute sui dividendi in uscita sono incompatibili con la libera circolazione dei capitali*, in *Rass. trib.*, n. 6/2007, pp. 1912 ss..

diritto del cittadino europeo all'esercizio delle proprie libertà fondamentali; oppure, che l'analisi non è più condotta attraverso il modello di giudizio proprio del divieto di discriminazione (che può essere svolto esclusivamente nell'ottica del singolo ordinamento giuridico che contiene la disposizione oggetto di censura ed alla luce del rapporto diretto ed esclusivo soggetto attivo – soggetto passivo del tributo) ma si sta spostando il ragionamento al livello equilibrata ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri: il tema della doppia imposizione è svolto non più di sotto il profilo del rapporto soggetto attivo – soggetto passivo d'imposta quanto, piuttosto, sotto il profilo della coesistenza, all'interno dell'ordinamento dell'UE, della potestà impositiva propria di ciascun singolo Stato membro<sup>363</sup>.

La prima – pare si possa affermare ormai senza tema di smentite – costituisce un'ipotesi, non solo non accolta dalla Corte di giustizia, ma inaccettabile per chiunque si confronti con la lettera e le finalità del Trattato.

Con riguardo al secondo caso, si deve ricordare che l'argomento dell'equilibrata ripartizione del potere impositivo tra gli Stati membri è risultato determinante per la Corte in talune sentenze e, in particolare, nella sentenza *Marks & Spencer*<sup>364</sup>. Tuttavia, non pare che il caso in questione possa costituire un'ipotesi in cui sia dato riscontrare una misura nazionale effettivamente discriminatoria<sup>365</sup>.

In ogni caso, la seconda affermazione di principio contenuta nella sentenza in base alla quale sarebbe contrario agli artt. 43 CE e 48 CE

---

<sup>363</sup> Ovvero, la c.d. equilibrata ripartizione del potere impositivo tra gli Stati.

<sup>364</sup> In particolare, nella sentenza del 13 dicembre 2005, relativa alla causa C-446/03, *Marks & Spencer*.

<sup>365</sup> Cfr. R. Mason, *Made in America for European Tax: The Internal Consistency Test*, in *Boston College Law Review*, Vol. 49, No. 4, 2008, p. 1320.

escludere la possibilità per la controllante residente di dedurre dal proprio reddito imponibile perdite subite in un altro Stato membro da una controllata registrata sul territorio di quest'ultimo "in una situazione in cui, da un lato, la controllata non residente abbia esaurito le possibilità di presa in considerazione delle perdite esistenti nel suo Stato di residenza per l'esercizio fiscale considerato nella domanda di sgravio, nonché degli esercizi fiscali precedenti ed in cui, dall'altro, tali perdite non possano essere prese in considerazione nel suo Stato di residenza per gli esercizi fiscali futuri né da essa stessa, né da un terzo, in particolare in caso di cessione della controllata a quest'ultimo" induce a ritenere che anche in assenza di misure *stricto sensu* discriminatorie sia necessario ricorrere a soluzioni che consentano di bilanciare ragionevolmente i diritti del soggetto non residente con quelli dello Stato impositore<sup>366</sup>.

Considerazioni che, sostanzialmente, è possibile riscontrare anche nella giurisprudenza in materia di *exit tax*.

In relazione a queste fattispecie la Corte di giustizia ha affermato il diritto dello Stato di provenienza ad applicare l'imposta, seppur subordinatamente al verificarsi di determinate condizioni. In tal caso, non pare, in effetti, sussistere alcuna discriminazione alla luce del fatto che la fattispecie transfrontaliera non può esser ritenuta comparabile rispetto a quella meramente interna in ragione dell'irrilevanza della fattispecie interna rispetto al legittimo esercizio della potestà impositiva da parte dello Stato membro.

---

<sup>366</sup> Secondo, cioè, la *rule of reason* quale bilanciamento tra gli interessi comunitari e gli interessi dei singoli Stati membri o, in altre parole, tra le libertà fondamentali strumentali al raggiungimento del mercato unico e la sovranità fiscale funzionale degli Stati membri (cfr. L. Hinneken, *European Court Goes for Robust Tax Principles, for Treaty Freedoms. What About Reasonable Exceptions and Balances?*, in *EC Tax Review*, 2004, pp. 67 ss.).

Tuttavia, anche in questo caso, il diritto dell'UE richiede – come affermato dalla Corte di giustizia – che lo Stato di provenienza limiti il proprio legittimo interesse, tutelato dal Trattato, perché ne risulti un equilibrato bilanciamento tra la potestà impositiva dello Stato di provenienza ed i diritti riconosciuti dalle libertà fondamentali.

Peraltro, l'obbligo – sancito dalla Corte a carico dello Stato di destinazione – di riconoscere i valori delle attività trasferite come determinati al momento del trasferimento sembra ispirata proprio allo scopo di raggiungere un'equilibrata ripartizione del potere impositivo tra gli Stati. Sebbene la soluzione adottata dalla Corte può dar luogo a salti d'imposta e conflitti in ordine all'individuazione dello Stato cui spetta il diritto di esercitare la potestà impositiva, essa, appare, tuttavia, in linea di principio, assolutamente condivisibile.

Il riconoscimento nel Trattato della riserva di competenza di ciascun singolo Stato membro in materia di imposte dirette non può aver pregio esclusivamente nei rapporti stato nazionale – UE ma, altresì, nei rapporti tra i singoli Stati.

Autorevole dottrina non ha mancato di sottolineare le enormi potenzialità insite in siffatta prospettiva<sup>367</sup>. In quest'ottica, peraltro, essa ha rilevato come l'equilibrata ripartizione del potere impositivo possa esser considerata un'estensione del campo di applicazione dell'argomento della coerenza fiscale sotto il profilo territoriale cosicché esso costituirebbe l'attuazione, nel campo del diritto tributario, del principio di equivalenza dei sistemi giuridici dei Paesi membri, già conosciuto in altri campi del diritto. La coerenza fiscale e l'equilibrata ripartizione del potere

---

<sup>367</sup> Sottolinea con particolare enfasi le potenzialità insite in questo approccio da parte della Corte di giustizia F. Vanistendael, *Cohesion: the phoenix rises from his ashes*, in *EC Tax Review*, 2005, pp. 208 ss..

impositivo costituirebbero, dunque, un unico principio di diritto connotato da un vastissimo campo di applicazione e dagli effetti particolarmente incisivi.

Tuttavia, se questa visione appare certamente entusiasmante nell'ottica della realizzazione del mercato interno, ciò che appare particolarmente complesso è, invece, l'individuazione dei criteri e degli strumenti giuridici a disposizione della Corte per poter assolvere ad un simile compito.

## BIBLIOGRAFIA

- Adonnino P., *General Report – Non Discrimination Rules in International Taxation*, in *IFA Cahiers de Droit Fiscal International*, Deventer, 1993
- Adonnino P., *Non Discrimination Rules in International Taxation*, in *Cahiers de droit fiscal international*, IFA, vol. 78b, 1993, pp. 23 ss.
- Adonnino, *Doppia imposizione (diritto tributario)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1964, pp. 1016 ss.
- Allena, *Gli effetti giuridici della traslazione delle imposte*, Milano, 2005
- Amatucci F. (a cura di), *La riserva di legge*, in *Trattato di diritto tributario*, Padova, 1993
- Amatucci F., *Il principio di non discriminazione fiscale*, Padova, 2003
- Amatucci F., *La discriminazione di trattamento nel Modello OCSE*, in V. Uckmar (coordinato da), *Diritto Tributario Internazionale*, Padova, 2005
- Aujean, *Le fonti europee e la loro efficacia in materia tributaria, tra armonizzazione, coordinamento e concorrenza fiscale leale*, in *Per una costituzione fiscale europea*, Cedam, 2008
- Avery Jones J.F., *A tax treaty solution to the EU pension tax problem e A framework for evaluating the Commission's tax proposal for occupational pensions in the EU*, rapporti presentati alla Conferenza della European Association of Tax Law Professors, Lisbona 1-2 giugno 2001
- Baggio R., *Il principio di territorialità ed i limiti alla potestà tributaria*, Milano, Giuffrè, 2009
- Ballarino T., *Lineamenti di Diritto Comunitario*, Padova, 1993
- Bammens N., *The Principle of Non-discrimination in International and European Tax Law*, IBFD Doctoral Series, 2013
- Banks, *The application of the fundamental freedoms to Member State tax measures: Guarding against protectionism or second-guessing national policy choices?*, in *European Law Review*, 33/2008, pp. 482 ss.
- Bartholini S., *Il principio di legalità dei tributi in materia di imposte dirette*, Padova, 1957
- Berman G.A., *Proportionality and Subsidiarity*, in Barnard, C e Scott, J. (a cura di), *The Law of the Single European Market. Unpacking the Premises*, Oxford-Portland, Oregon, 2002

- Binon J.M., *Avantages fiscaux en assurance de personnes et droit européen*, in *Revue du marché unique européen*, 1996, n. 2, pp. 129 ss.
- Bizioli G., *Balancing the Fundamental Freedoms and Tax Sovereignty: Some Thoughts on Recent ECJ Case Law on Direct Taxation*, in *European Taxation*, marzo 2008, pp. 133 ss.
- Bizioli G., *Deducibilità dei costi transfrontalieri, libertà di stabilimento e coerenza fiscale: il caso Bosal (nota a Corte di giustizia delle Comunità europee, Sezione V, 18 settembre 2003, causa C-168/01)*, in *Tributimpresa*, n. 3/2005
- Bizioli G., *Il processo di integrazione dei principi tributari nel rapporto fra ordinamento costituzionale, comunitario e diritto internazionale*, Cedam, 2008
- Bizioli G., *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, pp. 313 ss.
- Bizioli G., *Impact of the freedom of establishment on tax law*, in *EC Tax Review*, 1998, pp. 239 ss.
- Bizioli G., *Le imposte indirette nel diritto europeo*, in F. Preite e A. Gazzanti Pugliese di Cotrone (a cura di), *Trattato Notarile. Atti Notarili. Diritto Comunitario e Internazionale*, Vol. 4, *Diritto Comunitario*, Tomo II, Utet, Torino, 2011
- Bizioli G., *Libertà di stabilimento e riporto delle perdite tra società affiliate: il caso Imperial Chemical Industries*, in *Dir. prat. trib.*, 1999, pp. 323 ss.
- Bizioli G., *Libertà di stabilimento ed imposizione fiscale dei gruppi di società: il caso X AB, Y AB*, in *Riv. dir. trib.*, n. 3/2000, pp. 29 ss.
- 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, pp. 179 ss.
- Boidi, *Commento alla legge sull'imposta complementare progressiva sul reddito*, Torino, 1937
- Boria P., *Diritto tributario europeo*, Milano, 2005
- Boria P., *L'anti-sovrano*, Torino, 2004
- Boria P., *L'interesse fiscale*, Torino, 2002, pp. 433 ss..
- Boria, *Le categorie di reddito*, in Russo, *Manuale di diritto tributario*, Parte speciale, Milano, 2009
- Bosi P., Guerra M.C., *I tributi nell'economia italiana*, Bologna, 1998
- Bottazzi C., *Tra affermazione delle libertà comunitarie e difesa della sovranità statale: la Corte di Giustizia condanna l'Italia per il previgente sistema di ritenuta*

- sui dividendi versati a non residenti*, in *Rass. trib.*, n. 2/2010
- Brosio G., *Economia e finanza pubblica*, Roma, 1998, pp. 556 ss.
- Bulgarelli F., *Imposizione nazionale di utili intracomunitari e compatibilità dei regimi convenzionali e comunitari*, in *Rass. trib.* n. 2/2007, pp. 629 ss.
- C.F.E., *Opinion Statement on ECJ case "LIDL Belgium GmbH & Co KG vs. Finanzamt Heilbronn"* (Case C-414/06)
- Cadosch, Fontana, Russo, Szudoczky, *The 2006 Leiden Alumni Forum on Taxation of Cross-Border Dividends in Europe and the Relation with Third Countries: the Cases Pending Before the European Court of Justice*, in *Intertax*, 2006, pp. 622 ss.
- Carinci A., *L'imposta sugli scali della Regione Sardegna: ulteriori indicazioni dalla Corte di Giustizia sui limiti comunitari all'autonomia tributaria regionale*, in *Rass. trib.* n. 1/2010
- Carpentieri L., Lupi R., Stevanato D., *Il diritto tributario nei rapporti internazionali*, Milano, 2003
- Cartabia M., *"Unità nella diversità": il rapporto tra la Costituzione europea e le costituzioni nazionali*, in *Dir. Un. Eur.*, 2005, p. 583
- Cataudella, *Fattispecie* (voce), in *Enc. dir.* XVI, Milano, 1967
- Chiti M.P., *The role of the European Court of Justice in the development of general principles and their possible codification*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1995, pp. 661 ss.
- Clark B., *The Limitation on Benefits Clause under an Open Sky*, in *European Taxation*, 2003, n. 1, pp. 22 ss.
- Cordewener A. - Reimer E., *The Future of Most-Favoured-Nation Treatment in EC Tax Law - Did the ECJ Pull the Emergency Brake without Real Need?*, Part I & II, in *European Taxation*, 2006, pp. 239 ss. e 291 ss.
- 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, pp. 140 ss.
- Cordewener A., *The Prohibitions of Discrimination and Restriction within the Framework of the Fully Integrated Internal Market*, in F. Vanistendael (ed.), *EU Freedoms and Taxation*, Amsterdam, IBFD, 2006
- Cordewener, *Europäische Grundfreiheiten und nationales Steuerrecht*, Colonia, 2002
- Cordewener, Kofler, Van Thiel, *The clash between European freedoms and national direct tax law: public interest defences available to the member States*, in

- Common Market Law Review*, n. 46/2009, pp. 1951 ss.
- Cosciani C., *Problemi fiscali del Mercato Comune*, Giuffrè, Milano, 1958, p. 63
- Costa, *Ancora sul regime fiscale dei dividendi "in uscita" in contesto comunitario*, in *Riv. dir. trib.*, 2010, IV, pp. 210 ss.
- Crazzolaro A., *National Grid Indus: divieto di tassazione immediata nel caso del trasferimento della sede all'estero*, in *Riv. dir. trib.* n. 12/2011, pp. 349 ss.
- Croxatto G.C., *La imposizione delle imprese con attività internazionale*, Padova, 1965
- D'Angelo, *La Corte di Giustizia conferma: le ritenute sui dividendi in uscita sono incompatibili con la libera circolazione dei capitali*, in *Rass. trib.*, n. 6/2007, pp. 1912 ss.
- Dami F., *Un nuovo (ed interessante) intervento della Corte di Giustizia su libertà di stabilimento e regimi di consolidamento fiscale*, in *Riv. dir. trib.*, 4/2009, pp. 123 ss.
- Daniele L., *Diritto del mercato unico europeo*, Milano, 2005
- Dassesse M., *Tax Deducibility of Insurance Premiums: a Case of State aid for Insurance Companies?*, in *EC Tax Journal*, 1995/96, pp. 15 ss.
- Dassesse M., *The Wielockx and the Svensson Judgments: Fiscal Cohesion" with a Different Flavour?*, in *EC Tax Journal*, 1995/96, p. 181 ss.
- David C., *Le principe de proportionnalité (PP) en Droit fiscal communautaire (DFC) et Français (DF)*, in *Die Steuerrechts-Ordnung in der Diskussion - Festschrift für Klaus Tipke zum 70. Geburtstag*, (a cura di) Lang J., Colonia, 1997
- De Broe, *Are we heading towards an internal market without dividend withholding tax but with interest and royalty withholding tax? Some observation on the Advocate General's Kokott Opinion in Truck Center*, in *EC Tax Review*, n. 1/2009, pp. 2 ss.
- De la Feria R., *The EU VAT System and the Internal Market*, IBFD, Doctoral Series, Vol. 16, 2009
- De' Capitani di Vimercate P., *Brevi note in tema di trasferimento di residenza ed entrata di beni nella sfera impositiva italiana*, in *Dir. prat. trib.*, 2008, II, pp. 36 ss.
- Dell'Anese L., *Il principio di non-discriminazione nel diritto internazionale tributario*, in *Dir. prat. trib. int.*, 1/2001
- Della Valle E., *L'utilizzazione cross-border delle perdite fiscali: il caso Marks & Spencer*, in *Rass. trib.*, n. 3/2006, pp. 1002 ss.

- Della Valle E., *Libertà di stabilimento e consolidamento delle perdite fiscali nei gruppi multinazionali*, in G.T., 2006, pp. 197 ss.
- den Boer S., *Freedom of Establishment versus free Movement of Capital: Ongoing Confusion at the ECJ and in the National Courts?*, in *European Taxation*, 2010, pp. 250 ss.
- Di Pietro A., *Imposta sul reddito delle persone fisiche: principi generali*, in G. Gaffuri, M. Scuffi (coordinato da), *Lezioni di diritto tributario sostanziale e processuale*, Milano, 2009
- Di Tanno, *La Dual Income Tax*, Milano, 1998
- Dibout E., *Fiscalité et construction européenne: un paysage contrasté*, in *Revue des Affaires Européennes*, 1995, p. 5
- Douma S., *The Three Ds of Direct Tax Jurisdiction: Disparity, Discrimination and Double Taxation*, in *European Taxation* 46, n. 11/2006, pp. 530 ss.
- Dourado A. P., Pistone P., *Looking beyond Cartesio: Reconciliatory Interpretation as a tool to remove tax obstacles on the exercise of the primary right of establishment by companies and other legal entities*, in *Intertax*, vol. 37, Issue 6/7, pp. 342 ss.
- Emiliou N., *The Principle of Proportionality in European Law - A Comparative Study*, London, 1996
- Englisch J., *Tax Coordination between Member States in the EU – Role of the ECJ*, in *Horizontal Tax Coordination*, a cura di M. Lang, P. Pistone, J. Schuch, C. Staringer, IBFD, 2012
- Escalar, *Il nuovo regime di tassazione degli utili da partecipazione e dei proventi equiparati nel decreto legislativo di “riforma dell'imposizione sul reddito delle società”*, in *Rass. trib.*, 2003, pp. 1992 ss.
- Fantozzi, *Dalla non discriminazione all'uguaglianza in materia tributaria*, in *“Per una costituzione fiscale europea”*, Cedam, Padova, 2007, pp. 173 ss.
- Fantozzi, Vogel, *Doppia imposizione internazionale*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, V, Torino, 1990
- Farmer, P., *The Court's Case Law on Taxation: a Castle Built on Shifting Sands?*, in *EC Tax Review*, 2003, pp. 76 ss.
- Fedele A., *Art. 23*, in *Commentario della costituzione*, a cura di Branca, Bologna-Roma, 1978
- Fedele A., *Imposte reali e imposte personali nel sistema tributario italiano*, in *Riv. dir. fin.*, n.3/2002, I, p. 451 ss.
- Fedele, *La nuova disciplina Ires: i rapporti tra soci e società*, in *Riv. dir. trib.*,

2004, I, pp. 465 ss.

Fichera F., *Le agevolazioni fiscali*, Padova, 1992

Fiorelli A., Santi A., *l'individuazione del valore fiscalmente riconosciuto per il patrimonio estero dell'impresa trasferito in Italia*, in *Rass. trib.*, 1997, pp. 668 ss.

Fois S., *La riserva di legge. Lineamenti storici e problemi attuali*, Milano, 1963

Fosselard D., *L'obstacle fiscal a la réalisation du marche interior*, in *Cahiers de droit européens*, 1993, pp. 472 ss.

Fransoni G., *La territorialità nel diritto tributario*, Milano, 2004

Franzé R., *Principio comunitario di non discriminazione fiscale e trattamento della nazione più favorita*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 4/2005, pp. 1929 ss.

Galetta D.U., *Dall'obbligo di trasposizione delle direttive all'obbligo di rispetto del principio di proporzionalità*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1997, pp. 89 ss.

Galetta D.U., *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998

Gallo F., *Le ragioni del fisco. Etica e giustizia nella tassazione*, Bologna, 2007

Gammie M., *The Compatibility of National Tax Principles with the Single Market*, in *EU Freedoms and Taxation*, a cura di F. Vanistendael, IBFD, 2006

Gammie M., *The Role of the European Court of Justice in the Development of Direct Taxation in the European Union*, in *Bulletin for International Fiscal Documentation*, 2003, pp. 90 ss.

Garbarino, *La tassazione del reddito transnazionale*, Padova, 1990

García Prats F.A., *Incidencia del derecho comunitario en la configuracion juridica del derecho financiero (II): politicas comunitarias con incidencia sobre el derecho financiero*, in *Rev. Der. Fin. Hac. Pubbl.*, 2001, pp. 519 ss.

García Prats F.A., *The Tax Treatment of Cross-Border Pensions from an EC Law Perspective*, in *European Taxation*, n.12/2001, pp. 12 ss.

Gavazzoni P., *Principi del divieto di eccesso" e di proporzionalità" nella giurisprudenza tributaria tedesca*, in *Rivista di Diritto tributario*, 1995, I, pp. 311 ss.

Georgopoulos T., *Le rôle créatif du juge communautaire en matière de fiscalité directe*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2005, pp. 61 ss.

Ghera F., *Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana e nel diritto comunitario*, Cedam 2003

- Gianoncelli, *Condizioni e limiti dell'appartenenza comunitaria in materia fiscale*, tesi dottorale in Diritto tributario europeo, Bologna, 2006, pp. 36
- Gianoncelli, *La coerenza fiscale e il principio di non discriminazione nella giurisprudenza comunitaria*, in *Giur. It.*, 10/2003, pp. 1963 ss.
- Giovannini A., *Soggettività tributaria e fattispecie impositiva*, Padova, 1996
- Graetz M., Warren A.C. Jr., *Income Tax Discrimination: Still Stuck in the Labyrinth of impossibility*, in *The Yale Law Journal*, n. 1/2012, pp. 118 ss.
- Helminen M., *The Danner Case and the Tax Treatment of Foreign Pension Insurance Schemes*, in *EC Tax Journal*, 2004, pp. 75 ss.
- Helminen M., *The future of Source State Dividend Withholding Taxes in Finland and the European Union*, in *European Taxation*, 2008, pp. 354 ss.
- Hinnekens L., *European Court Goes for Robust Tax Principles, for Treaty Freedoms. What About Reasonable Exceptions and Balances?*, in *EC Tax Review*, 2004, pp. 67 ss.
- Hinnekens, L., *The Search for the Framework Conditions of the EC Treaty Freedoms in Tax Matters*", in *EC Tax Review*, 2002, pp. 112 ss.
- Hinnekens L., *Basis and scope of public interest justifications of national tax measures infringing fundamental treaty freedoms*, in F. Vanistendael (ed.), *EU Freedoms and Taxation, EATLP Congress, Paris 3-5 June 2004*, Amsterdam, IBFD, 2006
- Hinnekens L., Hinnekens P., *General Report – Non-discrimination at the Crossroads of International Taxation*, in *IFA Cahiers*, 2008, Rotterdam
- Hinnekens L., Schelpe D., *Note on Case 204/90 Bachmann*, in *Ec Tax Review*, n. 1/1992, pp. 58 ss.
- Hughes D., *Imperial Chemical Industries plc (ICI) v. Kenneth Hall Colmer (Her Majesty's Inspector of Taxes)*, in *Bulletin*, 1999, pp. 13 ss.
- Isenbaert, *The ECJ condones Belgian personal income taxation of dividends. A temporary state of affairs ?* in *EC Tax Review*, n. 5-2007, pp. 236 ss.
- Jacobs F.G., *Recent Developements in the Principle of Proportionality in European Community Law*, in Ellis E. (a cura di), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Oxford, 1999
- Kamphuis H.J., Pötgens F.P.G., *Goodbye Mr Bachmann, Welcome Mr Wielockx*, in *Ibfd Bulletin*, 1996, n. 1, pp. 2 ss.
- Kapteyn P.J.G., VerLoren van Themaat P., *Introduction to the Law of the European Communities*, London-The Hague-Boston, Kluwer Law International, 1998

- Kemmeren E., *Renneberg endangers the Double Tax Convention System or Can a Second Round Bring recovery?*, in *EC Tax Review*, 1/2009, pp. 9 ss.
- Kingston, *A Light in the Darkness: Recent Developments in the ECJ's Direct Tax Jurisprudence*, in *Common Mkt. L. Rev.*, 2007
- Kingston, *The Boundaries of Sovereignty: The ECJ's Controversial Role Applying Internal Market Law To Direct Tax Measures*, in *Cambridge Y.B. Eur. Legal Stud.*, 9/2007
- Kofler, *Doppelbesteuerungsabkommen und Europaisches Gemeinschaftsrecht*, Linde, 2007
- Lang J., *I presupposti costituzionali dell'armonizzazione del diritto tributario in Europa*, in A. Amatucci, (diretto da), *Trattato di diritto tributario. Annuario*, Padova, 2001
- Lang M., *Die gemeinschaftsrechtlichen Rahmenbedingungen für "Exit Taxes" im Lichte der Schlussanträge von GA Kokott in der Rechtssache N.*, in *Steuer und Wirtschaft International* 16, 5/2006, pp. 220 ss.
- Lang M., *Direct Taxation: Is the ECJ Heading in a New Direction?*, *European Taxation*, 2006, pp. 421 ss.
- Lang M., *ECJ case law on crossborder dividend taxation - recent developments*, in *EC Tax Review*, 2008, pp. 67 ss.
- Lang M., *Recent Case Law of the ECJ in Direct Taxation: Trends, Tensions, and Contradictions*, in *EC Tax Review*, 2009, pp. 98 ss.
- Lehner M., *Limitation of the national power of taxation by the fundamental freedoms and non-discrimination clauses of the EC Treaty*, in *EC Tax Review*, n. 1/2000, pp. 5 ss.
- 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, IBFD, 2006
- Lenaerts K., Van Nuffel P., *Constitutional Law of the European Union*, Londra, 2005
- Lupi R., *Concorrenza tra ordinamenti, comunità europee e prelievo tributario*, in A. Zoppini (a cura di), *La concorrenza tra gli ordinamenti giuridici*, Bari, Laterza, 2003
- Lupi R., *Corte di Giustizia e dividendi esteri: un'imposizione surrettizia del sistema dell'esenzione?*, in *Dialoghi dir. trib.*, 2004, pp. 1181 ss.
- Lupi R., *L'impianto generale dell'Ires*, in *Quaderni del ministero delle finanze*,

1/2004

Lupi R., *Linee strutturali della riforma nel contesto della tassazione delle imprese*, in *La tassazione delle società nella riforma fiscale*, Milano, 2004

Lupi R., *Territorialità del tributo*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXXI, Roma, 1994

Lupi R., *Una soluzione che va al di là delle ipotesi in cui esiste una "exit tax"*, in F. Gallio, S. Furlan, D. Stevanato, R. Lupi, *Trasferimento della residenza, exit tax e valorizzazione dei beni nell'ordinamento di arrivo*, in *Dial. dir. trib.*, 2007, pp. 575 ss.

Lyal R., *Non Discrimination and Direct Tax in Community Law*, in *EC Tax Law*, 2003, pp. 69 ss.

M. Miccinesi, *Le plusvalenze d'impresa*, Milano, 1993

Maitrot de la Motte A., *The Societe Papillon case*, in *ECJ Recent Developments in Direct Taxation 2008*, Lang e al., Vienna, 2008

Manganelli A., *Territorialità dell'imposta*, in *Dig. Disc. Priv.*, sez. comm., XV, Torino, 1998

Mann, *The Doctrine of Jurisdiction in International Law*, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1964, I, pp 9 ss..

Marello, *Il divieto di doppia imposizione come principio generale del sistema tributario*, in *Giur. Cost.*, 1997, pp. 4131 ss.

Marino G., *L'unificazione del diritto tributario internazionale: tassazione mondiale verso tassazione territoriale*, in *Aa.Vv., Studi in onore di Victor Uckmar*, Padova, 1997

Marino G., *La residenza nel diritto tributario*, Padova, 1999

Marino G., *Non-discriminazione tra cittadinanza e residenza nel Trattato di Roma: il caso Commerzbank AG*, in *Dir. prat. trib.*, 1994, II, pp. 439 ss.

Martín Jiménez A.J., *Towards Corporate Tax Harmonization in the European Community. An Institutional and Procedural Analysis*, London, The Hague, Boston, 1999

Marzano, *Nuovi profili di (in)compatibilità comunitaria dei regimi di tassazione dei redditi di capitale di fonte estera*, in *Rass. trib.*, 2011

Mason R., *A Theory of Tax Discrimination*, Jean Monnet Working Paper n. 9/2006

Mason R., *Flunking the ECJ's Tax Discrimination Test*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, n. 46/2007, pp. 72 ss.

Mason R., *Made in America for European Tax: The Internal Consistency Test*, in *Boston College Law Review*, Vol. 49, No. 4, 2008, pp. 1320 ss.

Melis G., *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 *Rassegna tributaria*, 2000, p. 1156 ss.

Melis G., *Motivazione ed argomentazione nelle sentenze del giudice comunitario in materia tributaria: alcuni spunti di riflessione*, in *Rassegna Tributaria*, 2005, pp. 401 ss.

Melis G., *Stabili organizzazioni, obblighi contabili e riporto delle perdite: un'occasione perduta*, in *Rivista di diritto tributario*, 1998, II, pp. 17 ss.

Melis G., voce *Coordinamento fiscale nella UE*, in *Enciclopedia del diritto*

Menti F., *Gli utili distribuiti dalla società controllata alla società controllante e la questione dell'applicazione della ritenuta alla fonte*, in *Riv. dir. trib.*, 4/2008, pp. 306 ss.

Menti, *La direttiva madre-figlia n. 90/435 e l'obbligo per gli Stati membri di astenersi dal sottoporre a imposizione i dividendi*, in *Riv. dir. trib.*, 2009, IV, pp. 269 ss.

Meussen G., *Cross-Border Loss Compensation and Permanent Establishment: Lidl Belgium and Deutsche Shell*, in *European Taxation*, 2008, pp. 233 ss.

Micheli G.A., *Problemi attuali di diritto tributario nei rapporti internazionali*, in *Dir. prat. trib.*, 1965, I, pp. 217 ss.

Miraulo, *Doppia imposizione internazionale*, Milano, 1990

Moessner J.M., *The Role of the ECJ as a Tax Court. Internal Market and Territoriality*, relazione svolta alla Conferenza della Commissione europea su "EU Corporate Tax Reform: Progress and New Challenges" (Roma-Ostia 5 dicembre 2003)

Monaco C., *I principi di non discriminazione, non restrizione e ragionevolezza nel diritto comunitario e nel diritto del commercio internazionale: struttura, contenuto e incidenza sui sistemi fiscali nazionali*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 2006, pp. 451 ss.

Mondini A., *Coerenza fiscale e principio di proporzionalità: crisi del sistema o dell'armonizzazione?*, in *Riv. dir. fin.* 3/2007, pp. 41 e ss.

Mondini A., *I limiti alla deducibilità dei contributi previdenziali versati all'estero tra coerenza fiscale e divieto di discriminazione*, in *Giurisprudenza delle Imposte*, n. 1/2003, pp. 313 ss.

Moschella, *Fatto giuridico* (voce), in *Enc. giur. Treccani XIV*, Roma, 1989

Muguruza Arese - Roccatagliata, F., commento a Corte Giust., 14 febbraio 1995, causa C-279/93, *Schumacker*, in *Dir. prat. trib.*, 1995

- Muguruza Arrese J. - 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, pp. 683 ss.
- Nuzzo E., *Libertà di stabilimento e perdite fiscali: il caso Imperial Chemical Industries (ICI)*, in *Rassegna tributaria*, 1999, pp. 1814 ss.
- Oliver P., Roth W.H., *The Internal Market and the Four Freedoms*, in *Comm. Mark. Law Rev.*, 2004, 407 ss.
- Padovani, *Investimenti in società di capitali e imposizione sul reddito*, Giuffrè, Milano, 2009
- Pennings F., Weerepas M., *Towards a Convergence of Coordination in Social Security and Tax Law?*, in *EC Tax Review*, 2006, pp. 215 ss.
- Pistone A., *La tassazione degli utili distribuiti e la thin capitalization: profili internazionali e comparati*, Padova, 1994
- Pistone P., *La non discriminazione anche nel settore dell'imposizione diretta: intervento della Corte di giustizia*, in *Diritto e pratica tributaria*, 1995, p. 1471 e ss..
- Pistone P., *Presunzioni assolute, discrezionalità dell'amministrazione finanziaria e principio di proporzionalità in materia tributaria secondo la Corte di Giustizia*, in *Rivista di Diritto tributario*, 1999, III, pp. 91 ss.
- Pistone P., *Taxation of Cross-border Dividends in Europe: Building up Worldwide Tax Consistency*, in *Tax Law Review*, 2008, pp. 67 ss.
- Pistone P., *The Requirements of the EU Internal Market: Steering the Development of Direct Taxes towards a Fair Mix of Positive and Negative Integration*, in *Horizontal Tax Coordination*, a cura di M. Lang, P. Pistone, J. Schuch, C. Staringer, IBFD, 2012
- Pizzoni B., *Indeducibilità dei contributi a schemi di previdenza complementare estera e principio di coerenza fiscale*, in *Riv. dir. trib.*, 11/2002, pp. 215 ss.
- Poggioli, *La riscossione transnazionale dei tributi nella prospettiva del diritto comunitario*, Bologna, 2005
- Poiarés Maduro M., *We The Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Oxford, 1998
- Porcaro, *Il divieto di doppia imposizione nel diritto interno*, Padova, 2001
- Puri P., *Destinazione previdenziale e prelievo tributario*, Milano, 2005
- Quaghebeur M., *A Bridge over Muddled Waters - Coherence in the Case Law of the Court of Justice of the European Communities Relating to Discrimination*

- Against Non-Resident Taxpayers*, in *EC Tax Journal*, 1995/96, p. 111 ss.
- Richter L., *Anmerkung*, in *ISTR*, 2009, pp. 65 ss.
- Richter L., *Die Bedeutung des EUGH-Urteils in der Rs. Cartesio für die deutsche Wegzugsbesteuerung unter besonderer Beachtung des grenzüberschreitenden Rechtsformwechsels*, in *StuW*, 2010, pp. 367 ss.
- Roccatagliata F., *Diritto tributario comunitario*, in AA.VV., *Diritto tributario internazionale*, coordinato da V. Uckmar, Padova, 2005
- Roxburgh D., *European union: ICI PLC v. Colmer*, in *European Taxation*, 1999, pp. 33 ss.
- Sacchetto C., Casertano G., *Tributi*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, diretto da M.P. Chiti e G. Greco, Parte Speciale, Tomo II, Milano, 1998
- Sacchetto C., *ECJ Direct Tax Cases and Domestic Constitutional Principles: An Overview*, in R.S. Avi-Yonah, J.R. Hines Jr., M. Lang (ed.), *Comparative Fiscal Federalism. Comparing the European Court of Justice and the US Supreme Court's Tax Jurisprudence*, New York, Kluwer Law International, 2007
- Sacchetto C., *Il diritto comunitario e l'ordinamento tributario italiano*, in AA.VV., *Dalle costituzioni nazionali alla costituzione europea*, a cura di B. Pezzini e C. Sacchetto, Milano, 2001
- Sacchetto C., *Il divieto di discriminazione contenuto nell'art. 95 CEE, l'evoluzione e l'interpretazione della Corte di Giustizia CE e l'applicazione nell'ordinamento italiano*, in *Dir. prat. trib.*, I, 1984, pp. 499 ss.
- Sacchetto C., *Italy – Non Discrimination Rules in International Taxation*, in *IFA Cahiers de Droit Fiscal International*, 1993
- 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.*, n. 2/2001, pp. 52 ss.
- Sacchetto C., *L'imposta sul reddito delle persone giuridiche*, in *Trattato di diritto tributario*, IV, diretto da A. Amatucci, Padova, 1994
- Sacchetto C., *Member States Tax Sovereignty Between the Principle of Subsidiarity and the Necessity of Supranational Coordination*, in L. Hinnekens e P. Hinnekens (Eds.), *A Vision of taxes within and outside European Borders*, Alphen aan den Rijn, 2008
- Sacchetto C., *relazione su La Corte di giustizia al convegno Gli ottanta anni di Diritto e pratica tributaria tenutosi a Genova il 9 e 10 febbraio 2007*
- Sacchetto C., *Territorialità (diritto tributario)*, in *Enc. Dir.*, XLIV, Milano, 1992

- Sacchetto C., voce *Armonizzazione fiscale nella Comunità europea*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1994
- Sandler D., *Commerzbank – Fast Track to Harmonization*, in *British Tax Review*, 1993, pp. 517 ss.
- Santa Maria A., voce *Società. Diritto internazionale privato e processuale*, in *Enc. Giur. Treccani*
- Santiago B., *Non-Discrimination Provisions at the Intersection of EC and International Tax Law*, in *European Taxation*, 2009, pp. 249 ss.
- Sauter W., *The Economic Constitution of the European Union*, in *Columbia Journal of European Law*, 1998, p. 38 e ss.
- Schaumburg H., *Internationales Steuerrecht*, 2011
- Schön W., *Besteuerung im Binnenmarkt - die Rechtsprechung des EUGH zu den direkten Steuern*, in *ISTR*, 2004, pp. 289 ss.
- Schön W., *Zurück in die Zukunft? Gesellschafter-Fremdfinanzierung im Lichte der EUGH-Rechtsprechung*, in *ISTR*, 2009, pp. 882 ss.
- Schwarz, J., *Personal Taxation Under the European Court of Justice Microscope*, in *Bull. for International Fiscal Documentation*, 2004, p. 546 ss.
- Schwarze J., *The Principle of Proportionality and the Principle of Impartiality in European Administrative Law*, in *Rivista trimestrale di Diritto pubblico*, 2003, n. 1, pp. 53 ss.
- Scognamiglio, *Fattispecie* (voce), in *Enc. giur. Treccani XIV*, Roma, 1989
- Sedlazcek, *Capital and payments: the prohibition of discrimination and restrictions*, in *European Taxation*, 2000, pp. 17 ss.
- Smit P. M., *Marks & Spencer: The Paradoxes*, in *European taxation*, n.9/2006, pp. 411 ss.
- Snell J., *Nondiscriminatory Tax Obstacles in Community Law*, in *Int. Comp. Law Quart.*, 2007, pp. 349 ss.
- Spaventa E., *“From Gebhard to Carpenter: Towards a (non-)Economic European Constitution”*, in *Common Market Law Review*, 2004, p. 764 e ss.
- Stahl, *Free movement of capital between member States and third countries*, in *EC Tax Review*, 2004, pp. 48 ss.
- Stammati G., *Presupposti e condizioni per l'armonizzazione dei sistemi fiscali nell'ambito della C.E.E.*, in AA.VV., *Problemi fiscali della Comunità economica europea*. Atti del II convegno di studi della Società per lo studio dei problemi fiscali – sezione italiana dell'*International Fiscal Association*, tenutosi a Roma il 30 maggio 1961, Milano, 1961

- Stizza P., *La rilevanza delle perdite nel diritto tributario. Contributo allo studio*, Padova, 2011
- TE Boekhorst P.J., *Tax Discrimination Permitted for Reasons of Coherence of Tax System*, in *European Taxation*, 1992, pp. 284 ss.
- Tenore M., *Tassazione dei dividendi in uscita, approccio pan-europeo e potestà impositiva dello Stato della fonte*, in *Riv. dir. trib.*, 4/2007, pp. 119 ss.
- Terra B. J. M., Wattel P. J., *European Tax Law*, Kluwer Law International, 2012
- Terra B.J.M., Wattel P.J., *European Tax Law*, Kluwer Law International, 2008
- Tesauro G., *Diritto comunitario*, Padova, 2003
- Tesauro G., *Diritto dell'Unione Europea*, Cedam, 2010
- 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, pp. 21 ss.
- Tizzano A., *Sul divieto di discriminazione fiscale nella Cee*, in *Foro it.*, IV, 1996, pp. 318 ss.
- Tosato G.L., Basso R., voce *Unione economica e monetaria*, in *Enciclopedia del diritto. Aggiornamento V*, 2001
- Tundo, *Ipotesi di riordino delle tipologie di dividendi transnazionali*, in AA. VV. (a cura di V. Uckmar e C. Garbarino), *Aspetti fiscali delle operazioni internazionali*, Isdaci - Egea, 1995
- Uckmar, *La tassazione degli stranieri in Italia*, Padova, Cedam, 1955
- Udina, *Il diritto internazionale tributario*, 1949, pp. 25 e ss.
- Valente P., *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, Milano, 1999
- Van Arendonk, *Exit Taxes: Separation of Powers?*, in *EC Tax Review*, n. 2/2010, pp. 61 ss.
- Van Gerven W., *The Effect of Proportionality on the Actions of Member States of the European Community: National Viewpoints from Continental Europe*, in Ellis E. (a cura di), *The Principle of Proportionality in the Laws of Europe*, Oxford, 1999
- Van Hoorn Jr. J., *Il trasferimento di sede di società alla luce del diritto comunitario*, in *Dir. prat. trib.*, 1989, II, pp. 353 ss.
- Van Raad K., *Issue in the Application of Tax Treaty Non-Discrimination Clauses*, in *Bulletin for International fiscal Documentation*, 1988, pp. 347 ss.

- Vanistendael F., *Cohesion: the phoenix rises from his ashes*, in *EC Tax Review*, 2005, pp. 208 ss.
- Vanistendael F., *Tax Revolution in Europe: the Impact of Non-Discrimination*, in *European Taxation*, 2000, n. 1/2, pp. 5 ss.
- Vanistendael F., *The ECJ at the Crossroads: Balancing Tax Sovereignty against the Imperatives of the Single Market*, in *European Taxation*, 9/2006, pp. 413 ss.
- Vanistendael, *Does the ECJ have the power of interpretation to build a tax system compatible with fundamental freedoms*, in *EC Tax Review*, 2008, pp. 61 ss.
- Vann R., *General Report*, in *Ifa Cahiers 2003 - Volume 88a, Trends in company/shareholder taxation: single or double taxation?*
- Vitale, *Doppia imposizione (diritto internazionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1968
- Vogel K., *On Double Taxation Conventions*, Londra, 1997
- Vogel K., *World-wide vs. Source Taxation of Income – A Review and Re-evaluation of Arguments*, in *Intertax*, 1988, pp. 318 ss.
- Vogel K., *World-Wide versus Source Taxation of Income. A Review and Reevaluation of Arguments*, in *Influence of Tax Differentials on International Competitiveness: Proceedings of the VIII<sup>th</sup> Munich Symposium on International Taxation*, Deventer, 1990
- Vogel, *On double taxation convention*, III ed., Deventer, 1997
- Wattel, *Corporate tax jurisdiction in the EU with respect to branches and subsidiaries; dislocation distinguished from discrimination and disparity; a plea for territoriality*, in *EC Tax Review*, 2003, pp. 194 ss.
- Wattel, *Eènjurisdictionele of overall-toepassing van EG-verboden op bronheffingen*, in *WFR*, 2006, pp. 647 ss.
- Weber D., *Tax Avoidance and the Ec Treaty Freedoms*, Aja, 2005
- Weber D., *In search of a (New) Equilibrium between Tax Sovereignty and the Freedom of Movement within the EC*, in *Intertax*, 2006, pp. 585 ss.
- Weiler J.H.H., *La costituzione del mercato comune*, in Id., *La costituzione dell'Europa*, Bari, 2003
- Weiler J.H.H., *La costituzione del mercato comune*, in M. Cartabia – J.H.H. Weiler, *L'Italia in Europa*, Bologna, 2000
- Wolvers S., *Tax Treaties and Most-Favoured-Nation Treatment in the European Community*, in *European Taxation*, 2005, p. 255 ss.

Wouters J., *The Case - law of the European Court of Justice, Variations upon a Theme*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 1994, pp. 186 ss.

Zalasinski, *The limits of the EC concept of 'direct tax restriction on free movement rights', the principles of equality and ability to pay, and the interstate fiscal equity*, in *Intertax* n. 5/2009, pp. 282 ss.

Zizzo G., *L'imposta sul reddito delle società*, in G. Falsitta, *Manuale di diritto tributario, Parte speciale*, Milano, 2005