

Università di Bergamo

Dottorato di ricerca in Diritto Pubblico e Tributario nella dimensione europea.

Tesi

**Il principio di territorialità, una prospettiva trasversale:
nazionale, internazionale e comunitaria**

Massimiliano Russo

INDICE

PREMESSA.....	4
Capitolo 1: La Territorialità, una prospettiva nazionale.....	11
I. I diversi significati della territorialità dell'imposta.....	11
I.II. Diritto tributario e diritto privato internazionale.....	16
I.II.I. La legge tributaria in quanto legge territoriale: l'applicazione degli schemi concettuali del diritto privato internazionale nel settore tributario.....	17
I.II.II. La rilevanza del territorio quale limite all'efficacia nello spazio della legge alla luce delle trattazioni di diritto internazionale privato.....	20
I.II.III. Il principio di territorialità in senso materiale: prospettive d'indagine.....	24
I.II.I.I. La territorialità quale limite materiale alla luce dei vincoli di carattere costituzionale.....	27
I.II.I.II. L'interpretazione del "tutti" di cui all'art. 53 Cost. alla luce del principio di effettività.....	29
I.II.I.III. La territorialità del presupposto quale espressione della tesi del beneficio.....	32
I.II.I.IV. L'obbligo tributario quale obbligo di riparto.....	35
I.II.I.V. I lavori preparatori e la necessità di giustificare la riferibilità soggettiva del dovere tributario alla luce di un rapporto di appartenenza.....	37
I.II.I.VI. L'appartenenza come esercizio di diritti tutelati dall'ordinamento.....	39
I.II.I.VII. Il ruolo della residenza nel sistema delle imposte dirette italiane.....	43
I.II.VIII. Conclusioni: il significato assunto dalla territorialità nel contesto costituzionale secondo la dottrina tributaria.....	45
I.IV. Le fattispecie impositive e il legame con il territorio.....	47
I.IV.I. La residenza delle persone fisiche: la residenza e il domicilio civilistici quali elementi costitutivi della residenza fiscale delle persone fisiche.....	48
I.IV.II. Segue: l'inidoneità del requisito dell'iscrizione anagrafica ai fini della individuazione della residenza fiscale.....	53
I.IV.III. La residenza degli enti: La soggettività passiva dei soggetti collettivi.....	55
I.IV.III.I Segue: la sede legale.....	59
I.IV.III.II. (segue): la sede dell'amministrazione.....	60
I.IV.III.III. (segue): l'oggetto principale.....	63
I.IV.IV. Segue: conclusioni.....	66
I.V. I soggetti non residenti e la territorialità. I criteri di collegamento: profili generali.....	66
I.V.I. (segue): la stabile organizzazione.....	68

I.VI	La disciplina delle imprese estere controllate e collegate (cd. Controlled Foreign Companies legislation).....	71
I.VII	Territorialità e rapporto Stato-regioni, cenni	74
Capitolo 2: Il principio di territorialità nella fiscalità internazionale e le recenti proposte alternative.....		
		83
II.I	La potestà impositiva, il suo esercizio ed i suoi limiti.....	83
II.I.I	Il sistema “residenziale”.....	86
II.I.II	Il sistema “territoriale”.....	96
II.I.III	Capital Import Neutrality e Capital Export Neutrality.	100
II.I.IV	Cosa accade nel mercato unico comunitario. Cenni.....	103
II.II	Sistemi alternativi di affermazione della potestà impositiva.....	105
II.II.I	Il sistema del c.d. “Global Formulary Apportionment” applicato alla determinazione del reddito delle società e la Common Consolidated Corporate Taxable Base.	107
II.III	L’esperienza pratica. Esempi concreti di adozione del sistema “territoriale”, di quello “residenziale” e soluzioni “miste”.....	122
II.III.I	L’approccio comparato.....	124
II.III.II	La Francia.....	125
II.III.III	Hong Kong.....	129
II.III.IV	La Danimarca.....	136
II.III.V	Un esempio di “world wide taxation”.....	137
Capitolo 3: Una prospettiva comparata, l’esperienza statunitense e i suggerimenti dell’amministrazione del Presidente Obama.....		
		140
III.I	Costituzione e Fonti.....	140
III.II	Scelte di Tax Policy e territorialità.....	143
III.III	Il Joint Committee of Taxation.....	146
III.IV	Altre ragioni di scelta di una Tax Policy.....	148
III.V	Il sistema di tassazione del reddito d’impresa negli Stati Uniti.....	152
III.VI	Una Prospettiva Comparata con l’Italia.....	156
III.VII	Le due diverse tesi a favore e contro l’adozione nella politica fiscale internazionale degli Stati Uniti di un modello di tassazione mondiale o territoriale.....	159
III.VIII	I Suggerimenti dell’amministrazione Obama	167
Capitolo 4: Territorialità e giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea.....		
		177
Bibliografia		188

Premessa

La ricerca illustrata in questa tesi è il frutto degli studi svolti durante il triennio di dottorato del XXIII Ciclo in diritto pubblico e tributario nella dimensione Europea presso l'Università di Bergamo ed in parte presso la New York University nel periodo Settembre- Dicembre 2010, al secondo anno del triennio di studi. Parte del percorso formativo che ha consentito l'elaborazione del presente lavoro è anche frutto degli studi presso l'Università di Leiden in Olanda durante l'LL.M in International taxation frequentato nel 2003-2004.

La multidisciplinarietà degli studi svolti nell'ambito del dottorato, la particolare attenzione dedicata nei corsi e nei seminari frequentati durante il triennio alle problematiche di diritto tributario internazionale e di diritto tributario comunitario hanno fortemente motivato, insieme alle esperienze di studio estere citate, la scelta dell'argomento trattato in questo lavoro.

La prospettiva nella quale intende collocarsi la presente ricerca è quella di offrire un resoconto del concetto di territorialità secondo un approccio diverso da quelli tradizionalmente utilizzati dalla dottrina nazionale e qui definito "trasversale", con l'idea cioè di accostare il risultato dell'analisi del principio di territorialità negli studi svolti nella materia tributaria in ambito internazionale e comunitario ai principali contributi in dottrina in ambito nazionale. Non diversamente dai risultati della ricerca in ambito nazionale, nel diritto internazionale e comunitario, infatti, il concetto di "territoriality" assume diversi significati come si cercherà di dimostrare e di tali significati in un'ottica di globalizzazione dalla quale non si dovrebbe esimere anche lo studio del diritto tributario è opportuno, secondo le argomentazioni nel prosieguo illustrate, tenere conto.

Con la consapevolezza della diversità di contenuti attribuibili al concetto di territorialità, si sottolinea la non esaustività di questa analisi che per scelte di coerenza tra la parte nazionale e quella internazionale, comparata e comunitaria, si limi-

ta a trattare del significato del termine “territorialità” in materia di imposte dirette, tralasciando lo studio del concetto nell’ambito delle imposte indirette. Dal punto di vista soggettivo, poi, maggiore attenzione è dedicata alla tassazione in materia societaria rispetto alla tassazione delle persone fisiche in considerazione della prevalenza dei contributi dottrinari dedicati al mondo delle imprese su tali temi.

Nella prima parte del resoconto, al primo capitolo, si illustrano i principali contributi della dottrina nazionale che hanno affrontato della “territorialità” nel diritto tributario, con particolare riguardo ai numerosi punti di contatto con le diverse aree tematiche che il termine territorialità può comportare: dalle fonti normative, (le preleggi, le norme di diritto internazionale privato, le norme Costituzionali, etc.), all’ambito degli effetti che la norma tributaria può produrre riguardo allo spazio (“*territorialità in senso formale*”) e all’estensione della norma tributaria e cioè all’ambito spaziale dei presupposti di imposta che possono essere oggetto della potestà impositiva dello Stato (“*territorialità in senso materiale*”), all’evoluzione storica dei criteri di collegamento per l’esercizio della potestà impositiva, nel passaggio dai criteri reali a quelli personali, dal rapporto reddito-territorio al rapporto soggetto passivo-territorio. Esaurita la trattazione generale del tema della territorialità dell’imposta il primo capitolo prosegue l’analisi del rapporto tra territorio e fattispecie impositiva con una breve disamina delle norme in materia di residenza fiscale per persone fisiche e giuridiche ed in parte alla disciplina delle Controlled Foreign Corporations, normativa per certi aspetti in antitesi rispetto al principio di territorialità. Ragioni di attualità consentono un richiamo conclusivo ad una recente pronunzia giurisprudenziale sul tema della territorialità nell’ambito della ripartizione della finanza pubblica tra Stato e Regioni.

Nel secondo capitolo, l’analisi si sposta nel contesto internazionale, tra le possibili alternative di politica fiscale, tra i diversi sistemi che da un punto di vista teorico e pratico seguono criteri di collegamento diversi per la tassazione.

L’analisi del pensiero degli autori che hanno trattato il tema rivela l’importanza data nel dibattito accademico alla esigenza, nella scelta tra l’adozione di un sistema o di un altro, delle ragioni di efficienza ed equità che trovano una migliore spiegazione

nelle teorie di Capital Export Neutrality e Capital Import Neutrality. Ciascuno dei sistemi basati sull'una o sull'altra teoria (residenziale o territoriale) ha subito una evoluzione che dal punto di vista pratico consente di poter parlare oggi di sistemi "ibridi", sistemi cioè che tendono a mostrare i caratteri propri di entrambe le teorie citate.

I sistemi, "residenziale" e "territoriale", rappresentano, allora, alternative oggi in qualche misura obsolete se considerati nella loro accezione pura. La difficoltà di contemperare ragioni di efficienza ed equità nelle politiche fiscali citate porta più di recente a proposte innovative ed alternative ai due sistemi più diffusi trattati.

In questo contesto si analizzano le alternative della Global Formulary Apportionment e della Common Consolidated Corporate Taxable Base, la prima, originariamente contemplata nelle linee guida OCSE in materia di prezzi di trasferimento nel '95 trova oggi evoluzioni più facilmente percorribili in termini pratici, secondo i teorici di questa materia, specialmente negli Stati Uniti (The Hamilton Project). La seconda, di matrice europea, segue un modello stabilito originariamente in Olanda e poi approfondito in seno alle istituzioni europee. Il merito di queste ipotesi alternative è quello di riconoscere l'esigenza di un cambiamento nelle scelte di politica legislativa in materia fiscale tenendo conto della globalizzazione del mercato e delle principali difficoltà di operarvi (doppia imposizione, politiche di *transfer pricing*, difficoltà amministrative e contabili, arbitraggi tra aliquote fiscali troppo distanti) e di offrire concettualmente un metodo di tassazione perseguibile in questo mutato scenario economico.

D'altra parte le alternative citate, evidenziano difficoltà operative connesse alla necessaria preventiva accettazione a livello internazionale di una uguale chiave di ripartizione della base imponibile. Sia il *formulary apportionment* che il *CCCTB* dovrebbero essere quindi condivisi anche dalle principali potenze economiche che nella nuova economia si stanno facendo strada diverse da USA e Europa.

Dopo una breve disamina in merito alla rilevanza della comparazione dei sistemi tributari, il secondo capitolo si conclude con alcuni esempi di sistemi diversi dal siste-

ma italiano evidenziando così applicazioni pratiche del sistema territoriale e residenziale.

Il terzo capitolo di questo lavoro è dedicato all'esperienza di studio presso la New York University. Dopo una ricognizione delle fonti legislative ed interpretative in materia fiscale nell'ordinamento statunitense si sintetizza il pensiero degli studiosi in merito alla possibilità di indirizzare le scelte di politica legislativa negli stati uniti verso un sistema maggiormente caratterizzato dal tipo "residenziale" o "territoriale" partendo da una breve analisi delle caratteristiche del sistema attualmente vigente.

L'analisi mostra una preferenza della scelta di politiche fiscali basate su correttivi all'attuale sistema privilegiando un sistema di tassazione basato sulla tassazione dell'utile mondiale. Dell'esigenza di apportare correttivi all'attuale sistema si da atto nelle recenti proposte di riforma avanzate dall'amministrazione del presidente Obama brevemente descritte nel terzo capitolo.

Per completare l'obiettivo che il presente lavoro si propone e cioè quello di offrire una prospettiva trasversale nella trattazione del principio di territorialità muovendosi tra le fonti del diritto, la dottrina e la giurisprudenza in ambito nazionale, internazionale e comunitario, il quarto e ultimo capitolo tratta delle pronunzie della Corte di Giustizia che nell'affermazione dei principi a tutela delle libertà fondamentali del Trattato sull'Unione Europea hanno in diverse occasioni richiamato il principio di territorialità evidenziando anche il parere della dottrina che si è espressa a commento delle pronunzie citate.

Alla luce delle pronunzie analizzate e dei relativi commenti non è chiaro se il principio di territorialità nella accezione maggiormente condivisa nella dottrina di diritto tributario internazionale possa essere considerato una consuetudine internazionale, un principio generale del diritto comunitario o un *tertium genus* che non costituisce di fatto un limite all'esercizio delle libertà fondamentali del Trattato malgrado venga come tale spesso invocato dai governi degli Stati membri nei giudizi della Corte di Giustizia.

La rassegna di giurisprudenza della Corte di Giustizia selezionata ha la finalità di affermare una teoria secondo la quale il significato del principio di territorialità

nell'accezione condivisa dalla dottrina domestica e internazionale non trovi adeguato riconoscimento nelle sentenze che si sono susseguite dal caso *Futura* al più recente caso *Lakebrink*. L'evoluzione giurisprudenziale, attraverso l'affermazione dei principi di proporzionalità e capacità contributiva, sembra voler ridurre la tensione tra due prospettive che convivono in netto contrasto nel panorama della legislazione comunitaria: il principio di territorialità espressione dell'esercizio della sovranità statale nei confini del territorio dei singoli Stati membri da una parte e le libertà fondamentali all'interno di un mercato comune senza confini da un'altra.

Il trattamento tributario di componenti reddituali positivi e negativi determinati in un contesto transnazionale, rappresenta lo scenario di riferimento per l'evoluzione della teoria qui affermata.

L'evoluzione di questa teoria pur dovendo essere risolta a parere di chi scrive sul piano della integrazione positiva (ad es. si rinvia alle proposte di HST o CCCTB per il trattamento tributario delle società o alla c.d. fractional taxation per le persone fisiche) potrebbe trovare ulteriori conferme o smentite nella futura giurisprudenza della Corte.

In tale contesto alcuni autori correttamente ritengono che è tempo di integrazione positiva in materia di imposte dirette e che il futuro dell'evoluzione legislativa in materia tributaria all'interno dell'unione europea dovrebbe privilegiare sistemi di tassazione alla fonte, origine o territoriali nel senso più volte analizzato in questa ricerca.

Secondo altro orientamento dottrinale, almeno in Europa, invece, una soluzione ottimale ai problemi di compatibilità delle normative tributarie degli stati membri con le norme del Trattato CE potrebbe essere quella di isolare i principi fondamentali del diritto comunitario nella Costituzione Europea e di includere in essa il principio di capacità contributiva o altrimenti quella di introdurre un Modello di Convenzione EC sulla cui corretta applicazione e interpretazione la Corte di Giustizia abbia competenza decisionale. Così come per il Global Formulary Apportionment ed il Fractional Apportionment suggeriti come alternative agli attuali sistemi di tassazione residenziale e territoriale, il recepimento nella Costituzione Europea del principio di capacità contributiva o il Modello EC restano apprezzabili suggerimenti

teorici la cui applicazione pratica ed i benefici prevedibili andrebbero verificati in concreto per poter ritenere le stesse idonee ad affrancare gli attuali sistemi da problemi di compatibilità con il diritto comunitario e allo stesso tempo garantire una soluzione alle problematiche di gettito degli stati interessati. Cambiamenti significativi ai sistemi di tassazione richiedono periodi di assestamento lunghi e l'attuale complessità delle fonti disciplinanti la materia tributaria (Diritto Europeo, Internazionale e nazionale) analizzate in questo scritto confermano la difficoltà di ipotizzare scenari facilmente implementabili in un recente futuro in considerazione del grado attuale di evoluzione del settore.

Capitolo 1: La Territorialità, una prospettiva nazionale

I. I diversi significati della territorialità dell'imposta.

Di territorialità del tributo nelle trattazioni accademiche del diritto tributario in ambito nazionale si parla generalmente sotto la rubrica intitolata all'“efficacia della legge nello spazio”. Tale ultima espressione è in realtà ambigua: essa riesce efficacemente ad evidenziare come la trattazione della territorialità si risolva essenzialmente in un problema di individuazione di limiti spaziali (per ora genericamente intesi) all'attività del legislatore. Quando riferita alla legge tributaria, l'espressione efficacia della legge nello spazio non è però da sola in grado di cogliere la molteplicità di aspetti e di problemi concettualmente tra loro molto diversi che vengono affrontati dalla dottrina con l'espressione “territorialità”. Si cercherà in questo capitolo di analizzare tale concetto tenendo conto del pensiero degli autori che in Italia hanno approfondito questo aspetto della materia tributaria, lasciando ai capitoli successivi l'analisi del concetto di territorialità nella dottrina internazionale, in sistemi giuridici diversi dal nostro e nella giurisprudenza comunitaria.

Secondo il pensiero di alcuni, occorre sottolineare innanzitutto che la trattazione dei limiti territoriali della legge tributaria ha senso solo qualora ci si collochi in una determinata prospettiva che è quella della sovranità territoriale dello Stato in quanto la si possa distinguere dalla sovranità *tout court*¹. Quest'ultima, invero fa riferimento unicamente alla posizione di supremazia dello Stato rispetto a qualunque altra entità in ordine al potere di regolare i rapporti all'interno della comunità e di dirigere la stessa. In quest'ottica non si pone alcun problema di limitazioni all'esercizio del potere statale. L'idea di un limite alla sovranità consegue alla proie-

¹ Sottolinea questo aspetto R. Baggio, *Il principio di territorialità ed i limiti alla potestà tributaria*, Milano, 2009 10ss.

zione dello Stato all'interno della comunità internazionale, nel quale si trova ad interagire con altri ordinamenti dotati delle medesime caratteristiche. Il riconoscimento della pluralità degli ordinamenti giuridici, ciascuno autonomo e indipendente dagli altri, fa emergere l'idea dell'esistenza di confini oltre i quali gli Stati riconoscono di non poter esercitare la propria sovranità. Questi confini sono rappresentati dal territorio politico dello Stato e sono presupposti dalla nozione di sovranità territoriale². Non v'è dubbio, d'altra parte, che la potestà tributaria intesa come potere di istituire imposte sia uno degli aspetti nei quali si estrinseca la sovranità dello Stato³.

Fatta questa premessa, possiamo ora passare all'analisi dei diversi significati che sono attribuiti all'espressione "territorialità dell'imposta" e, quindi, al principio di territorialità nel settore tributario tra gli studiosi della materia.

Nelle trattazioni accademiche si distinguono due ordini di problemi: quello che riguarda «l'ambito degli effetti che la norma giuridica tributaria è suscettibile di produrre con riguardo allo spazio» e quello della «estensione della norma tributaria, cioè della individuazione dell'ambito spaziale dei presupposti che possono essere oggetto della potestà tributaria dello Stato»⁴.

Affermare la territorialità della legge tributaria con riguardo al primo ordine di problemi evidenziato significa interrogarsi in merito all'esistenza di due distinte tipologie di limiti: la prima riguarda, propriamente, la territorialità dell'attività amministrativa volta alla esazione concreta del debito tributario; la seconda categoria di limiti riguarda, invece, l'idoneità della legge tributaria ad esplicare i suoi effetti solo in uno spazio circoscritto. Si suole indicare questi due significati del principio di territorialità con l'espressione limiti "formali" all'estensione della legge tributaria nello spazio (*principio di territorialità in senso formale*), in quanto la violazione del prin-

² Si veda per la distinzione in questione G. Chiarelli, *Sovranità*, in *Nov.mo Dig. It.*, XVII, Torino, 1970, 1044.

³ Per un'analisi della definizione di sovranità tributaria data dagli autori di diritto tributario si veda tra gli altri C. Garbarino, *La tassazione del reddito transnazionale*, Milano, 1990, 95ss..

⁴ A. Fantozzi, *Il diritto tributario*, Torino, 2003, 206-207. Si veda anche C. Sacchetto, *Territorialità (dir. trib.)*, in *Enc. Dir.* Milano 1992, 15 ss, secondo il quale tale distinzione corrisponde al recepimento della fondamentale distinzione elaborata nell'ambito del diritto internazionale tra "momento della posizione astratta della norma" e "momento del suo esercizio concreto".

cipio in questione inciderebbe sulla validità o efficacia di taluni atti a prescindere dal relativo contenuto.

La territorialità della legge tributaria intesa nel secondo senso ricordato e riassunto nell'espressione "estensione della norma tributaria" riguarda non i limiti di validità o di efficacia della legge tributaria in quanto legge dello Stato, bensì quelli derivanti dall'assunzione da parte di quest'ultima di un determinato contenuto⁵. Si parla, in contrapposizione alla terminologia prima utilizzata di limite "materiale" per indicare che, nel caso si dovesse riconoscere vigente nel nostro ordinamento il principio di territorialità, se ne dovrebbe desumere il divieto per il legislatore tributario di assumere a presupposto d'imposta fatti o situazioni che si verificano al di fuori del territorio dello Stato (*principio di territorialità in senso materiale*).

Quanto si è ora sinteticamente esposto rende palese il fatto che il principio di territorialità assume un significato diverso a seconda del tipo di norme che sono prese in considerazione ma anche dalla interpretazione che di esso viene data dagli autori che studiano questa materia in diversi ambiti. La prospettiva nella quale intende collocarsi la presente ricerca è quella volta a considerare il concetto di territorialità in un'ottica trasversale, come detto, in ambito transnazionale e comunitario, oltre che nazionale, dimostrando che esso può assumere diversi significati a seconda del contesto nel quale esso viene trattato.

Secondo autorevole dottrina, l'oggetto del diritto tributario internazionale, inteso quale disciplina accademica, è rappresentato dalla «totalità delle prescrizioni giuridiche che si riferiscono all'imposizione relativa a fattispecie le quali si verificano superando i confini nazionali»⁶. Si specifica inoltre che «per fattispecie che si verificano superando i confini nazionali si intendono quelle fattispecie fiscalmente rilevanti che implicano rapporti con ambiti territoriali o con ordinamenti giuridici relativi a più di uno Stato e per i quali si ponga come creditore tributario più di uno Stato»⁷. Questa definizione è di tale ampiezza da comprendere oltre alle norme in-

⁵ G. Frasoni, *La territorialità nel diritto tributario*, Milano, 2004, 2.

⁶ K. Vogel, *Il diritto tributario internazionale*, in *Trattato di diritto tributario* diretto da A. Amatucci, I, Padova, 1994, 691.

⁷ K. Vogel, op. cit., 691-692.

terne dei singoli ordinamenti nazionali, sia le norme che compongono l'ordinamento internazionale e che vincolano gli Stati e non gli individui; sia le norme di diritto internazionale che sorgono dalla ratifica e dall'entrata in funzione delle singole convenzioni internazionali stipulate dagli Stati tra di loro.

È necessario allora distinguere le norme che, coerentemente con le definizioni ora enunciate (in senso formale e materiale), saranno oggetto della trattazione nel presente capitolo dalle norme che sono, invece, coinvolte dalle diverse nozioni della territorialità suesposte che riguardano l'ambito transnazionale e comunitario e saranno oggetto di trattazione nei prossimi capitoli.

Secondo parte della dottrina nazionale le norme oggetto del principio di territorialità sono quelle comunemente indicate con la locuzione "norme di diritto tributario internazionale", ossia quelle norme interne di rilevanza fiscale le cui fattispecie hanno come contenuto elementi caratterizzati da caratteri di estraneità rispetto al territorio dello Stato⁸.

Per comprendere meglio il pensiero citato, per norme interne si intendono quelle norme emanate dagli organi legislativi dello Stato italiano in conformità alle norme di produzione che lo stesso si è dato. Per norme di rilevanza fiscale è necessario distinguere: quando è in questione l'aspetto materiale della territorialità intendiamo riferirci alle sole norme impositive, a quelle norme cioè che disciplinano i presupposti dell'imposizione; quando, invece, si discute dell'aspetto formale, si fa riferimento alle norme di diritto tributario processuale, quelle norme cioè che disciplinano le fasi dell'accertamento e della riscossione del credito tributario⁹. Per elementi che presentano caratteri di estraneità rispetto al territorio dello Stato intendia-

⁸ La distinzione tra diritto tributario internazionale e diritto internazionale tributario può essere fatta risalire a M. Udina, *Il diritto internazionale tributario*, Padova, 1949, 16ss.. Secondo l'autore, infatti, il "diritto internazionale tributario" «dovrebbe essere costituito in primo luogo dalle norme che, nell'ordinamento internazionale, presentano gli stessi caratteri – a parte la diversità delle fonti rispettive – delle norme tributarie del diritto interno»; in altre parole, con la locuzione diritto internazionale tributario si dovrebbe indicare l'insieme delle norme di diritto internazionale che disciplinano l'istituzione e la riscossione di tributi tra soggetti giuridici della comunità internazionale. Così inteso, esso si distinguerebbe nettamente dal "diritto tributario internazionale" il quale, viceversa, è composto dalle «norme tributarie interne attinenti ai rapporti con l'estero» (M. Udina, op. cit., 26). In merito a tale distinzione si veda C. Garbarino, *La tassazione del reddito transnazionale*, Padova, 1990, 15ss.

⁹ G. Franson, op. cit., 54ss.

mo quelle situazioni di fatto, alle quali la legge tributaria condiziona la produzione dei propri effetti, che si verificano al di fuori del territorio dello Stato¹⁰. Infine, per territorio dello Stato s'intende il territorio nel quale lo Stato esercita la propria sovranità e quindi, come anche si dice, il territorio politico¹¹. In merito a quest'ultima specificazione possiamo rilevare come essa sia coerente con la nozione di sovranità territoriale alla quale facevamo riferimento all'inizio di questo capitolo.

Un ultimo significato con il quale viene in rilievo la nozione di territorialità per la dottrina citata è quello attinente al suo concreto utilizzo nel diritto positivo. L'analisi, quindi, della rilevanza che assume lo spazio nel quadro della disciplina dei singoli tributi.

In conformità con i diversi significati accordati alla nozione di territorialità dell'imposta che abbiamo appena sintetizzato, il presente capitolo procederà ad una sintetica trattazione, alla luce della dottrina italiana, del significato e della portata del principio di territorialità nel suo aspetto formale, in relazione sia alla territorialità della pretesa amministrativa che alla efficacia della legge tributaria nello spazio in quanto legge dello Stato. L'analisi farà emergere, in relazione in particolare a quest'ultimo aspetto, la limitata portata dell'attribuzione del carattere della territorialità alla norma tributaria.

La trattazione di tale aspetto dell'efficacia della legge tributaria nello spazio dimostra infatti un'eccessiva dipendenza dalle trattazioni di diritto internazionale privato e dall'ordine di problemi che sono propri delle norme studiate in quel settore dell'ordinamento.

Successivamente tratteremo dell'aspetto materiale della territorialità. L'affermazione del principio di territorialità sotto questo aspetto vincolerebbe il legislatore a tassare tutti i soggetti passivi in base ad un criterio oggettivo di localizzazione della fonte del reddito nel territorio italiano. Dopo avere esposto le ragioni per le quali una simile limitazione non può essere desunta da caratteri propri della sovranità statale, procederemo all'indagine in ordine all'esistenza di norme in grado di

¹⁰ In tal senso la definizione di K. Vogel, op. cit., 691, prima citata.

¹¹ Esplicita tale requisito R. Lupi, *Territorialità del tributo*. In *Enc. Giur.*, XXXI, Roma, 1994, 5.

vincolare il legislatore stesso nel momento della formulazione dei presupposti dell'imposizione; di norme cioè che vincolano la legittimità delle scelte del legislatore dal punto di vista del contenuto della legge impositiva. In proposito saranno quindi analizzate le norme costituzionali e le norme consuetudinarie dalle quali la dottrina ha desunto limiti spaziali all'estensione dei presupposti dell'imposizione.

Infine, il presente capitolo si concluderà con l'analisi delle norme del nostro ordinamento positivo che esprimono un legame forte con il concetto di territorialità e tramite le quali si consente in concreto l'esercizio della potestà impositiva dello stato nei confronti dei residenti e dei non residenti.

I. II. Diritto tributario e diritto privato internazionale.

Nel trattare dell'efficacia spaziale dell'atto normativo tributario è opportuno riportare il modo con cui il tema dei limiti all'efficacia delle norme nello spazio è affrontato dalla dottrina di diritto internazionale privato, sia perché si tratta di un settore dell'ordinamento nel quale il tema risulta specificamente affrontato, sia perché gli autori che se ne sono occupati, in relazione, ovviamente, alla legge tributaria, hanno inteso risolverne le problematiche con l'ausilio delle elaborazioni e delle norme di quel settore¹².

Dalla nostra analisi emergerà che, conformemente a quanto affermato da recente dottrina¹³, il riferimento alle elaborazioni di diritto internazionale privato si dimostra di scarsa utilità allo scopo di ricavare un principio di limitazione territoriale dell'efficacia della legge. Cionondimeno, l'analisi sarà di importanza cruciale in quanto ci consentirà di elaborare delle linee guida alla luce delle quali proseguire la presente trattazione.

¹² Si veda soprattutto G. A. Micheli, *Problemi attuali di diritto tributario nei rapporti internazionali*, in *Opere minori di diritto tributario*, Milano, 1982, 42ss.; pubblicato originariamente in *Dir. prat. Trib.*, I, 1965, 217ss.; Id., *Legge (dir. trib.)*, in *Enc. Dir.*, 1092; Id., *Corso di diritto tributario*, Torino, 1984, 81.

¹³ G. Fransoni, *La territorialità nel diritto tributario*, Milano, 2004, 20ss. e 168ss.

I. II.1. La legge tributaria in quanto legge territoriale: l'applicazione degli schemi concettuali del diritto privato internazionale nel settore tributario.

L'accostamento con il diritto internazionale privato risulta interessante in quanto gli autori a cui sopra si fa riferimento hanno inteso affrontare e risolvere il problema dell'efficacia della legge tributaria nello spazio attribuendo ad essa i caratteri complementari della territorialità e dell'esclusività.

In particolare, il problema teorico dal quale la dottrina citata prendeva le mosse era rappresentato dall'applicabilità nella disciplina del rapporto di diritto tributario, delle norme di collisione del diritto internazionale privato. Provvederemo più oltre nel testo ad una precisazione dei caratteri di queste norme, per ora ci limitiamo a ricordare che si tratta di norme alla cui applicazione fa seguito l'operatività nel nostro ordinamento di norme desunte da ordinamenti stranieri, allo scopo di evitare che una medesima situazione di fatto sia fatta oggetto di una diversa disciplina giuridica da parte di norme appartenenti a diversi ordinamenti, di evitare cioè un conflitto di norme¹⁴.

Di fronte a tale problema, l'affermazione teorica che si intendeva difendere attribuendo alla legge tributaria i caratteri della territorialità e dell'esclusività era costituita dall'inapplicabilità nel territorio dello Stato della legge tributaria di un altro ordinamento in quanto solo «la legge tributaria dello Stato e solo essa può essere presa in considerazione quale norma atta a disciplinare il fenomeno tributario nell'ambito del territorio statale»¹⁵. Più precisamente, la legge tributaria ha carattere strettamente territoriale nel senso che «gli effetti di essa si estendono in tutto il territorio dello Stato e disciplinano atti, fatti o accadimenti che hanno attinenza con l'esercizio del potere di imposizione dello Stato o di altri enti siti nello stesso Sta-

¹⁴ R. Monaco, *Diritto internazionale privato*, in *Noviss. Dig. It.*, V, Torino, 1960, 894.

¹⁵ G. A. Micheli, *Problemi attuali di diritto tributario nei rapporti internazionali*, cit., 42.

to»¹⁶; pertanto, «il carattere della territorialità si completa e si estrinseca nel principio della esclusività della legge stessa. Cioè nel territorio dello Stato trova applicazione solo la legge tributaria di quello Stato che esercita la sovranità sul territorio medesimo»¹⁷. L'esclusività, intesa in tal senso, eliminava in radice il problema della operatività nel settore tributario delle norme di collisione del diritto internazionale privato: infatti, se, da una parte, la legge tributaria italiana ha efficacia in tutto il territorio italiano e, dall'altra, nessun'altra legge tributaria può dispiegare in esso i suoi effetti, un conflitto di norme non è neppure ipotizzabile.

Si precisava inoltre che le norme tributarie dovevano trovare applicazione esclusiva nel territorio di appartenenza in ragione del peculiare rapporto che erano destinate a regolare. Si sosteneva, infatti, che qualora la norma esprima la potestà d'imperio di uno Stato e sia destinata a soddisfare in via immediata le finalità proprie di detto Stato, la sua operatività in un altro Stato sarebbe negata sia perché la natura di una simile norma è tale da incidere significativamente sugli aspetti qualificanti della sovranità, sia perché in grado di incidere sulla potestà di governo. Pertanto, le norme che regolano i rapporti di diritto pubblico tra lo Stato ed i soggetti privati sarebbero ordinariamente escluse dalla disciplina che regola l'operatività delle norme estere nell'ordinamento¹⁸.

Conformemente, la disciplina dell'efficacia spaziale della legge tributaria era rinvenuta all'interno dell'art. 28 (ormai abrogato dalla l. 215/1998 di riforma del diritto internazionale privato) delle disposizioni preliminari al codice civile secondo cui le norme penali e di polizia si applicano a tutti coloro che si trovano nel territorio dello Stato¹⁹.

¹⁶ G. A. Micheli, *Legge (dir. trib.)*, cit., 1092.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Si veda P. Biscaretti di Ruffia, *Territorio dello Stato*, in *Enc. Dir.*, XLIV, Milano, 1992, 336, il quale ritiene esistente un divieto di dare esecuzione alle leggi penali, processuali, amministrative, tributarie e di pubblica sicurezza «stante il prevalente interesse pubblico che le medesime trovino applicazione senza eccezione nel nostro paese».

¹⁹ Si veda G. A. Micheli, *Problemi attuali di diritto tributario nei rapporti internazionali*, cit., 43, secondo il quale la norma di cui all'art. 28 era solo un'applicazione specifica di un principio più generale il quale esclude la possibilità di rinviare a norme straniere allo scopo di disciplinare rapporti di diritto pubblico.

Secondo un diverso orientamento²⁰, invece, l'idea dell'inoperatività nel diritto tributario delle norme che disciplinano i conflitti tra ordinamenti è sicuramente accettabile ma per ragioni diverse. In particolare, non è accettabile l'affermazione secondo la quale l'oggetto della norma tributaria sarebbe la disciplina di «fatti, atti e accadimenti»: questi ultimi, in verità, sono elevati ad elementi costitutivi delle fattispecie impositive non per fornirne una disciplina ma in quanto indici rivelatori di capacità contributiva. Le fattispecie tributarie, infatti, secondo un'autorevole impostazione dottrinale²¹, sono generatrici di un obbligo di riparto, le circostanze di fatto in esse contenute sono quindi indici in base ai quali deve essere effettuato il riparto della spesa pubblica tra i consociati. L'«oggetto» della disciplina contenuta nella norma tributaria è, quindi, più propriamente, il «concorso» alla copertura finanziaria della spesa pubblica. «Ne consegue che l'eventuale considerazione dello stesso fatto da parte di leggi di ordinamenti diversi non determina alcun conflitto, essendo comunque diverso il «concorso» per la cui determinazione e disciplina il «fatto» risulta essere rilevante»²². Di conseguenza, la configurabilità di un conflitto di norme in questa materia, è circoscritta a casi di scuola quale, ad esempio, la fissazione da parte di un determinato ente della disciplina di riparto di una spesa propria di altro ente²³.

L'affermazione secondo la quale nel territorio dello Stato può avere efficacia esclusivamente il diritto tributario emanato dallo Stato stesso è un'affermazione sostanzialmente tautologica che non fornisce nessun contributo apprezzabile ai fini della definizione della portata del principio di territorialità nel diritto tributario.

²⁰ Cfr. G. Frasoni, *La territorialità nel diritto tributario*, Milano, 2004, 18ss.

²¹ Cfr. G. Falsitta, *Manuale di diritto tributario, parte generale*, Padova, 2005, 23ss. Ma già in precedenza L. V., Berliri, *La giusta imposta*, Roma, 1945.

²² Così G. Frasoni, *La territorialità nel diritto tributario*, Milano, 2004, 20.

²³ G. Frasoni, *La territorialità nel diritto tributario*, Milano, 2004, 20.

I. II.II. La rilevanza del territorio quale limite all'efficacia nello spazio della legge alla luce delle trattazioni di diritto internazionale privato.

Il riferimento alle elaborazioni di diritto internazionale privato è di grande utilità tuttavia perché consente di fornire alcune precisazioni terminologiche in merito alla definizione del principio di territorialità nel suo aspetto materiale.

Secondo la definizione a cui già abbiamo fatto riferimento nel precedente paragrafo, dal principio di territorialità sarebbe desumibile un limite materiale da intendersi nel senso della irrilevanza di norme che parametrano la misura dell'imposizione alla luce di fatti, atti o accadimenti che si sono verificati al di fuori del territorio dello Stato.

In questo senso, l'estraneità del presupposto d'imposta rappresenterebbe un limite alla discrezionalità del legislatore tributario; in altre parole, la localizzazione della fonte del reddito al di fuori del territorio dello Stato, determinerebbe, in quanto tale l'esclusione di quella situazione di fatto dal novero degli indici di capacità contributiva ai quali il legislatore potrebbe accordare rilevanza.

Questa definizione è frutto della terminologia utilizzata dalla dottrina di diritto internazionale privato per descrivere l'efficacia spazialmente delimitata delle leggi dello Stato. Per illustrare le ragioni per le quali non può essere accettata come tale, è necessario quindi precisare ulteriormente il pensiero della dottrina di quel settore.

La nozione di "estraneità" degli elementi della fattispecie viene utilizzata in diritto internazionale privato per descrivere i connotati strutturali delle norme di collisione. Con il termine norme di collisione, dette anche genericamente norme di diritto internazionale privato, si fa riferimento, infatti, a quelle norme che, al fine di disciplinare fatti e rapporti aventi un carattere di estraneità rispetto alla vita dello

Stato, prevedono l'applicazione all'interno del territorio dello stesso di norme appartenenti ad altri ordinamenti²⁴.

La norma di diritto internazionale privato si caratterizza, quindi, innanzitutto, per l'oggetto della sua regolamentazione il quale «presuppone fatti che hanno connessione con altri ordinamenti»²⁵ o, come altrimenti si dice, fatti che presentano caratteri di estraneità «rispetto alla vita dello Stato come è definita dal territorio e dalla popolazione»²⁶. Posto di fronte al problema di quale disciplina fornire per questi fatti, il legislatore decide di sottrarli al regime generale predisposto per fatti o rapporti dello stesso tipo e di applicare ad essi norme desunte da ordinamenti stranieri.

È questo, infatti, il secondo elemento che caratterizza la struttura della fattispecie delle norme di diritto internazionale privato²⁷: esse sono fondate sul sistema della “scelta di legge”²⁸; in altri termini, ciascuna norma di collisione risolve il problema della disciplina giuridica da accordare a un fatto che presenti caratteri di estraneità determinando la legge da applicarsi, tra tutte quelle proprie dei vari ordinamenti nazionali, sulla base di un criterium individuationis, comunemente detto criterio di collegamento.

Se apprezziamo la questione dal punto di vista dei limiti all'efficacia spaziale delle norme di legge dell'ordinamento italiano, possiamo dire che il sistema delle norme di collisione di diritto internazionale privato, nell'individuare quali leggi applicare a determinate categorie di rapporti, fissa anche i limiti all'efficacia spaziale del diritto italiano in corrispondenza dei caratteri di estraneità riconosciuti nei fatti da disciplinare.

Per fare un esempio, si consideri l'art. 20 della l. 218/1995, ai sensi del quale «la capacità giuridica delle persone fisiche è regolata dalla loro legge nazionale». L'effetto di questa norma, apprezzato dal punto di vista dell'efficacia spaziale del diritto privato italiano, è che le norme contenute all'interno delle disposizioni del c.

²⁴ T. Ballarino, *Manuale breve di diritto internazionale privato*, Milano, 2002, 2ss.

²⁵ R. Monaco, *Diritto internazionale privato*, in *Nov.mo Dig. It.*, V, Torino, 1960, 894.

²⁶ T. Ballarino, *op. cit.*, 2.

²⁷ R. Monaco, *op. cit.*, 895.

²⁸ T. Ballarino, *op. cit.*, 3.

c. che disciplinano l'idoneità a divenire titolari di situazioni giuridiche soggettive, ad esempio l'acquisto e la perdita della capacità giuridica, non trovano applicazione nei confronti dei cittadini stranieri anche se parte di un rapporto giuridico disciplinato in tutti i suoi altri aspetti dal diritto italiano.

La cittadinanza rappresenta quindi, al contempo, il criterio di collegamento in base al quale individuare la legge da applicare agli stranieri (i. e. a chi è privo della cittadinanza italiana) e il limite all'efficacia nello spazio della norma italiana.

Ritenere che l'estraneità degli elementi della fattispecie possa determinare un limite all'efficacia della legge significa trascurare un aspetto fondamentale illustrato dalla stessa dottrina di diritto internazionale privato. I limiti sanciti dalle norme di collisione si risolvono, si è osservato²⁹, in null'altro che autolimitazioni predisposte dall'ordinamento stesso, il quale, tuttavia, a cagione della propria universalità, sarebbe potenzialmente in grado di regolare qualsivoglia fatto o rapporto. Se l'ordinamento sceglie di circoscrivere l'efficacia delle proprie norme non lo fa perché a ciò costretto da un'autorità superiore ma per esigenze squisitamente pratiche e razionali riassumibili nell'impercorribilità pratica della scelta di assoggettare alle proprie norme fatti privi di collegamento col proprio territorio o con la comunità della quale è espressione³⁰ e per l'esigenza di raggiungere «l'uniformità di regolamento di determinate situazioni»³¹.

Trattandosi di un'autolimitazione, inoltre, è stato affermato, «essa si attua in virtù di norme proprie dell'ordinamento considerato» e, di conseguenza, «non vale oltre la sfera dell'ordinamento che l'impone a se stesso»³².

A conferma di questa affermazione viene portato un argomento di carattere logico. Si rileva cioè che non è possibile qualificare la fattispecie o i suoi singoli profili come estranei se non alla luce di una valutazione di estraneità che è già con-

²⁹ R. Monaco, op. cit., 894.

³⁰ T. Ballarino, op. cit., 3.

³¹ Così G. Barile, *Diritto internazionale privato*, in *Enc. Dir.*, XII, Milano, 1965, 1036

³² R. Monaco, op. cit., 894.

tenuta nella norma giuridica³³. Per esplicitare cosa s'intende dire con questo rilievo viene proposto un esempio tratto dall'imposta sulle successioni³⁴. Come noto l'imposta sulle successioni prevede come presupposto dell'imposizione solo i beni e i diritti "esistenti nel territorio dello Stato" nel caso in cui alla data di apertura della successione il defunto o il donante non sia residente nello Stato (art. 2, co.2, d.p.r. 346/1990) e formula poi i criteri di collegamento in base ai quali un bene o un diritto deve considerarsi, appunto, esistente nel territorio dello Stato. Ebbene, per poter affermare quali sono quei caratteri di estraneità in presenza dei quali la legge tributaria dello Stato non è in grado di produrre i propri effetti non vi è altro modo, da un punto di vista logico, che fare riferimento ai criteri di localizzazione formulati dalla norma stessa e alla valutazione di non estraneità che negli stessi è contenuta. È evidente, allora, che si può parlare di estraneità dei presupposti dell'imposta da un punto di vista territoriale solo perché la definizione stessa della fattispecie attribuisce rilevanza a profili di ordine spaziale³⁵. L'estraneità della fattispecie non è quindi un dato preesistente alla norma ma piuttosto è la norma stessa a determinare la qualificazione del fatto come estraneo. Ciò detto, non sembra logicamente possibile attribuire al carattere di estraneità di un elemento della fattispecie la natura di limite rispetto a ciò che ne costituisce l'antecedente logico.

In conclusione, già da un punto di vista metodologico, è evidente che, nella misura in cui l'estraneità risulta essere il riflesso di una qualificazione normativa interna, se vogliamo parlare di limiti in relazione ad essa, sarà necessario ribadire la relativa autoimposizione da parte dell'ordinamento giuridico stesso³⁶.

Questo aspetto era, d'altra parte, già colto da quella dottrina che riteneva di scarsa significatività l'affermazione nel nostro ordinamento del principio di territorialità³⁷ perché, anche nel caso in cui si fosse sostenuta la necessaria localizzazione delle fonti dei redditi nel territorio dello Stato, sarebbe comunque spettato al legisla-

³³ Questa osservazione è chiaramente formulata da R. Monaco, op. cit., 894, e da T. Ballarino, op. cit., 5ss., e ripresa nel settore del diritto tributario da G. Frasoni, *La territorialità nel diritto tributario*, cit., 168ss.

³⁴ Si veda G. Frasoni, op. cit., 168.

³⁵ G. Frasoni, *La territorialità nel diritto tributario*, cit., 168s.

³⁶ *Ibidem*, 168.

³⁷ Cfr. a F. Mafezzoni, *Il principio di capacità contributiva nel diritto finanziario*, Torino, 1970, 15 ss.

tore ordinario fissare i criteri alla luce dei quali affermare l'esistenza di un simile collegamento.

La nozione di territorialità del presupposto, si sosteneva, «non postula l'esistenza di un criterio univoco di localizzazione, ma ammette i criteri più disparati e fino a quando uno o più di questi criteri non sono stati prescelti dal legislatore ordinario, il principio di territorialità del potere di prelievo resta, nella sua astratta enunciazione, una scatola vuota che si può riempire con qualunque contenuto»³⁸.

I. III. Il principio di territorialità in senso materiale: prospettive d'indagine.

Nella sua accezione per così dire “pura”, il principio di territorialità nel suo aspetto materiale racchiude il divieto di assumere a presupposto d'imposta fatti che siano stati posti in essere al di fuori del territorio nel quale lo Stato esercita la propria sovranità. La dottrina contemporanea è concorde nell'affermare l'avvenuta svalutazione di una simile accezione del principio di territorialità³⁹.

Si rileva, infatti, che la formulazione del principio di territorialità “puro” era fondata sulla concezione della potestà tributaria, intesa sia come potestà di istituire

³⁸ F. Maffezoni, op. cit., 15ss.. L'a. fornisce a sostegno della propria tesi una serie di esempi tratti dalla disciplina delle imposte dirette per dimostrare come il legame presupposto dai vari criteri di collegamento possa veicolare anche un legame decisamente tenue con il territorio statale. Si faceva, nella specie, l'esempio dei criteri adottati dal legislatore nell'ambito della disciplina dell'imposta sulle successioni al fine di stabilire quando i beni oggetto della successione devono considerarsi “esistenti nel territorio dello Stato” (quest'ultima espressione individua, come noto, il presupposto dell'imposta sulle successioni). L'art. 20 del R.D. 3270/1923 (allora vigente), attribuiva ad imposizione una serie di cespiti individuati in base ad un legame col territorio italiano sempre più sfumato: a partire dai crediti sorti da contratti stipulati tra cittadini italiani, sino a crediti rappresentati da titoli esistenti in Italia anche se emessi ed esigibili all'estero e garantiti da beni esistenti all'estero. In considerazione del fatto che la territorialità del presupposto necessitava sempre e comunque di un'operazione di determinazione legislativa dei criteri di territorialità rilevanti, si sosteneva l'inopportunità dell'inserimento nel dettato costituzionale del principio di territorialità (Maffezoni, op. cit., 17).

³⁹ Si veda *ex pluribus* C. Sacchetto, *Territorialità (dir. trib.)*, cit., 310ss.; A. Fantozzi, *Il Diritto tributario*, cit., 212; R. Baggio, *Il principio di territorialità ed i limiti alla potestà tributaria*, Milano, 2009, 10ss.

tributi che come potestà di attuarli in concreto, quale manifestazione della potestà dello Stato sulle persone e sulle cose che si trovano nel suo territorio. Intesa, dunque, quale derivazione della potestà territoriale, la potestà impositiva poteva esercitarsi solo sui fatti, atti e accadimenti che si fossero verificati nel territorio politico dello Stato. In termini di formulazione del presupposto d'imposta, ciò significava la possibilità di accordare rilevanza solo a criteri di collegamento di carattere reale idonei ad evidenziare il rapporto spaziale tra il territorio dello Stato e il presupposto d'imposta.

Quest'idea della potestà impositiva quale aspetto del potere dello Stato sul suo territorio era, infatti, elaborata nel contesto di ordinamenti positivi caratterizzati dalla "realità" dei tributi⁴⁰.

La prospettiva teorica ora riferita viene abbandonata a seguito dell'affermarsi delle teorie normativistiche del diritto le quali veicolano una nuova concezione dello Stato e quindi una diversa concezione dei fondamenti del potere legislativo. Nel contesto di queste teorie, lo Stato si "smaterializza" dal suo contenuto originario, il territorio, sino ad identificarsi con il complesso delle norme, per configurarsi, in altre parole, come ordinamento giuridico.

Due sono le principali conseguenze dovute all'affermarsi di queste teorie: in primo luogo, dal punto di vista dei caratteri dell'ordinamento positivo, i tributi di carattere reale vengono sostituiti da un sistema di tassazione costruito alla luce della personalità dell'imposizione. Conseguentemente, vengono abbandonati quei criteri di collegamento finalizzati all'individuazione di un legame di ordine spaziale tra presupposto e territorio e sostituiti da criteri personali di collegamento idonei ad individuare legami tra i soggetti passivi dell'imposizione e lo Stato. Per quanto riguarda specificamente le imposte sui redditi, emerge l'esigenza di tassare diversamente i soggetti passivi, a seconda dell'intensità del loro legame con l'ordinamento. Assume importanza centrale il criterio della residenza, al quale si lega la tassazione del reddito ovunque prodotto nel mondo (c.d. world wide principle). La tassazione su base territoriale, circoscritta cioè ai soli redditi prodotti nel territorio dello Stato, permane

⁴⁰ C. Garbarino, *La tassazione del reddito transnazionale*, cit., 101.

in qualità di meccanismo di tassazione dei non residenti. È evidente, d'altra parte che, in questo contesto, la territorialità degrada da principio a mero criterio di tassazione⁴¹. In altri termini, l'emersione del territorio quale limite all'estensione territoriale del presupposto d'imposta non è più apprezzabile quale limite proprio della sovranità statale ma unicamente quale criterio razionale funzionale alla determinazione della misura entro la quale deve essere chiamato a contribuire chi intrattiene con l'ordinamento un rapporto di intensità limitata⁴².

La seconda conseguenza che è qui opportuno richiamare è, invece, di carattere dogmatico ed è costituita dall'«impossibilità di stabilire aprioristicamente limiti alla potestà normativa tributaria dello Stato»⁴³ e quindi la prova dell'inesistenza di un principio generale di territorialità. Infatti, dal momento che il potere di creare norme giuridiche non è più una derivazione del potere dello Stato sulle cose e sulle persone che si trovano sul suo territorio, ma è concepito piuttosto quale espressione dell'esistenza stessa dello Stato in quanto ordinamento giuridico autonomo originario e universale, allora è la stessa legge tributaria che stabilisce quali situazioni di fatto includere tra i presupposti d'imposta e quali soggetti passivi chiamare al concorso.

In quest'ottica, conformemente a quanto già osservavamo da un punto di vista metodologico, siamo di fronte non a limiti esogeni all'ordinamento ma ad auto-limitazioni, in quanto è lo Stato stesso a decidere quali sono i caratteri di estraneità in relazione ai quali limitare l'estensione dei presupposti delle proprie norme impostive.

Le due conseguenze ora descritte veicolano la direzione che deve seguire il prosieguo dell'indagine in merito alla territorialità dell'imposta nel suo profilo materiale.

L'importanza assunta dai criteri di collegamento personali rende necessario reimpostare il problema della territorialità. L'astensione del legislatore tributario

⁴¹ C. Sacchetto, *Territorialità (dir. trib.)*, cit., 314.

⁴² A. M. Gaffuri, *La tassazione dei redditi d'impresa prodotti all'estero*, Milano, 2008, 321.

⁴³ C. Sacchetto, *Territorialità (dir. trib.)*, cit., 314.

dall'assumere a presupposto d'imposta fatti che presentano elementi di estraneità deve essere apprezzata dal punto di vista del soggetto passivo. È necessario pertanto indagare l'esistenza di limiti alla riferibilità soggettiva del dovere di contribuzione. La dottrina dominante constatata, infatti, che in un sistema tributario che si caratterizza per i caratteri di personalità e progressività dell'imposta, il rapporto persona-territorio assume una posizione dominante rispetto al rapporto reddito-territorio, cosicché il principio di territorialità deve rappresentare un limite per il legislatore dal punto di vista della individuazione dei soggetti d'imposta nei confronti dei quali sia legittimamente riferibile il dovere di contribuzione⁴⁴.

Inoltre, in conseguenza del fatto che i limiti ai quali ci si riferisce sono in realtà autolimitazioni che l'ordinamento stesso pone, allora, se si vuol dare un contenuto giuridico a siffatti limiti⁴⁵ essi vanno individuati nelle stesse norme giuridiche. A tal proposito, occorre allora verificare se sussistono delle norme giuridiche capaci di vincolare il legislatore tributario in tal senso e quindi verificare se esse esistono nella gerarchia delle fonti dell'ordinamento italiano.

I. III.I. La territorialità quale limite materiale alla luce dei vincoli di carattere costituzionale.

L'analisi delle norme costituzionali e della loro interazione con il principio di territorialità come sin ora descritto comporta alcune riflessioni sul contenuto della norma giuridica contenuta nell'art. 53 Cost. Questo articolo, come noto, afferma il principio secondo cui «tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva».

⁴⁴ Condividono quest'ordine di idee C. Sacchetto, op. cit., 314ss.; G. Fransoni, *La territorialità nel diritto tributario*, cit., 220 e 291ss.; R. Baggio, *Il principio di territorialità ed i limiti alla potestà tributaria*, Milano, 2009; A. M. Gaffuri, *La tassazione dei redditi d'impresa prodotti all'estero*, Milano, 2008, 301ss.

⁴⁵ Questa necessità qui condivisa è efficacemente colta da G. Fransoni, *La territorialità nel diritto tributario*, cit. 168. Secondo l'a., infatti, l'idea secondo la quale l'extraterritorialità del presupposto rappresenti, *sic et simpliciter*, un limite all'efficacia spaziale della norma tributaria, rappresenta un'affermazione metodologicamente scorretta poiché «l'estraneità risulta essere il riflesso di una qualificazione normativa "interna", ed allora dipende da una valutazione già esistente nell'ordinamento, il quale, in funzione di essa, si "autolimita"; oppure è soltanto un elemento metagiuridico».

Il principio della capacità contributiva definisce i connotati essenziali del rapporto tributario in entrambi i suoi profili: da un lato esso precisa «i limiti e le condizioni di esercizio del potere tributario dell'ente pubblico nei confronti del privato» e, dall'altro lato, inquadra «il correlativo dovere di prestazione tributaria del privato nell'ambito dei doveri costituzionali, quale specificazione del più generale dovere di solidarietà economica e sociale sancito dall'art. 2 Cost.»⁴⁶.

Lo scopo di questa analisi è l'individuazione dei criteri alla luce dei quali la riferibilità soggettiva del dovere di contribuzione è costituzionalmente legittima individuando, di conseguenza, quali soggetti possono essere chiamati alla contribuzione e in relazione a quali fatti è legittimo “misurare” l'entità del loro dovere.

In conformità con quanto si è appena sostenuto, tutte le argomentazioni che sono state formulate dalla dottrina più recente per giustificare l'esistenza nel nostro ordinamento del principio di territorialità si sono basate sull'interpretazione dell'art. 53 Cost. e, in particolare sulla portata prescrittiva del pronome “tutti”, che rappresenta l'unico elemento testuale volto alla soluzione del problema delle definizioni dell'ambito soggettivo di estensione del dovere tributario.

Di seguito si analizzeranno le due più importanti ipotesi dottrinali⁴⁷ che hanno tentato di seguire la strada sopra accennata; la prima, interpretando la locuzione “tutti” alla luce del principio di effettività; la seconda, derivando il principio di territorialità dell'imposta dall'idea secondo cui gli indici di capacità contributiva devono essere circostanze presuntive dell'avvenuta fruizione di servizi pubblici (c.d. tesi del beneficio).

Dopo avere riportato le critiche a queste due teorie mosse dalla dottrina successiva, si esporrà la diversa soluzione del problema data da quest'ultima.

⁴⁶ I. Manzoni, *Il principio della capacità contributiva nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 1965, 20.

⁴⁷ In tal senso G. Frasoni, op. cit., 244ss.

I. III.II. L'interpretazione del "tutti" di cui all'art. 53 Cost. alla luce del principio di effettività.

La prima tesi a cui si fa riferimento è basata sull'idea secondo cui il precetto di rango costituzionale alla luce del quale "tutti" sono chiamati a contribuire alla copertura finanziaria delle spese pubbliche crea un obbligo per il legislatore ordinario di assoggettare ad imposizione chiunque nel mondo⁴⁸.

La dottrina qui richiamata sostiene, in particolare che, nel dire che «tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche», la Costituzione introduce nel nostro ordinamento il c.d. principio di universalità dei tributi, il quale, innanzitutto, impone al legislatore di non creare tra i soggetti passivi dell'imposizione discriminazioni che non siano giustificate da ragioni di capacità contributiva. Ma significa anche che, seppure al legislatore residua la discrezionalità in ordine alla scelta di fare ricorso o meno all'imposizione, ove decida di farvi ricorso ha, tuttavia, l'obbligo di assoggettare ad imposizione «tutti». Invero, se in ragione della propria universalità lo Stato può assoggettare a tassazione chiunque e in relazione a fatti ovunque verificatisi e l'analisi giuridica del dettato costituzionale pone in evidenza, anziché un limite, un obbligo di estendere l'operatività dei tributi al di fuori del territorio su cui lo Stato esercita la sua sovranità; allora l'unica soluzione prospettabile è di carattere logico⁴⁹. L'estensione della pretesa impositiva non deve essere tale da precludere la concreta possibilità, per l'ente pubblico di riscuotere il proprio credito; si sostiene, infatti, che la disciplina del rapporto tributario deve essere modellata alla luce del principio di effettività, il quale «importa che lo Stato impositore possa realmente disporre degli elementi per concretare la sua pretesa e di realizzare l'accertamento della sua prete-

⁴⁸ Il tentativo di derivare il principio della necessaria territorialità del presupposto dal principio della effettività della riscossione del tributo deve essere fatto risalire a I. Manzoni, *Il principio della capacità contributiva nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 1965, 28ss.

⁴⁹ I. Manzoni, op. cit., 28.

sa, ancor prima di effettuare la realizzazione forzata di essa in caso di inadempimento»⁵⁰.

In quest'ottica, diviene imprescindibile l'adozione del criterio di territorialità, inteso come concreta attuazione del principio anzidetto al fine di scongiurare gli effetti assurdi ed inaccettabili correlati all'estensione del dovere di contribuzione oltre i limiti in cui sia possibile per l'ente impositore «assicurare in concreto, e non solo in astratto, quell'uguaglianza tributaria che la Costituzione intende assicurare e garantire». Si propone così di «considerare rilevanti, ai fini contributivi, solo quei fatti o situazioni che nel territorio dello Stato si verificano, o che in qualche modo ad esso si ricolleghino»⁵¹; i destinatari del dovere tributario verrebbero così individuati indirettamente in coloro che presentano un «rapporto di relazione con tali fatti o situazioni, ed esclusivamente nei limiti di una tale relazione»⁵². La presenza nel territorio dello Stato delle situazioni di fatto assunte a presupposto d'imposta dovrebbe garantire la presenza concreta di cespiti sui quali lo Stato possa soddisfare le proprie pretese.

A tale tesi è stato obiettato che l'idea che i medesimi fatti che costituiscono indici di capacità contributiva possano anche svolgere la delineata funzione di “garanzia patrimoniale”, trascura il fatto che tra il momento di realizzazione del presupposto e quello di applicazione della norma tributaria si interpone sempre un certo intervallo temporale⁵³. Di talché, la territorialità del presupposto è in pratica irrilevante al fine di assicurare l'esistenza di beni su cui lo Stato possa soddisfare le proprie pretese impositive. Si pensi, per fare un esempio al reddito rappresentato dalla plusvalenza realizzata sulla vendita di una partecipazione societaria o anche di un immobile localizzato nello Stato. Ebbene, se, al momento dell'esazione del credito (e

⁵⁰ Formula questa definizione G. A. Micheli, *Problemi attuali del diritto tributario nei rapporti internazionali*, cit., 50. Anche questo A. sottolinea la necessità di circoscrivere l'estensione dei presupposti impositivi alla luce della concreta possibilità dello Stato di attuare i tributi sulla base però di un'argomentazione che prescinde dal dettato costituzionale. Si rileva che la possibilità di riscuotere il credito in questione è limitata dall'obbligo di ogni Stato di rispettare la sovranità territoriale di tutti gli altri. Conseguentemente, l'attività di accertamento e riscossione condotta dall'a.f. non può oltrepassare i confini nazionali; donde l'inopportunità (e non, si badi bene, l'impossibilità) per il legislatore di assumere a presupposto fatti completamente slegati dal territorio dello Stato.

⁵¹ I. Manzoni, op. cit., 30.

⁵² I. Manzoni, op. cit., 30.

⁵³ Cfr. G. Franson, *La territorialità nel diritto tributario*, cit., 269.

quindi dopo l'accertamento e la liquidazione della debenza), il percettore non è presente nel territorio dello Stato e neppure possiede altri beni localizzati nello stesso, non si vede su quali beni lo Stato possa rivalersi.

Il tentativo di fondare la territorialità del presupposto a partire dal principio di effettività si dimostra inidoneo a servire gli stessi scopi per i quali era formulato.

Alla stessa tesi, inoltre, si può muovere un'obiezione di carattere giuridico basata sulla corretta interpretazione dell'art. 53 Cost.. Secondo quanto meglio chiariremo in seguito, il dovere di contribuzione, se letto alla luce del suo carattere solidaristico, è correttamente riferito ad un determinato soggetto a patto che esista un legame, sotto forma di appartenenza, tra il soggetto passivo dell'imposizione e la comunità le cui spese pubbliche tale soggetto è chiamato a finanziare. Ebbene, la tesi che qui si discute sostituisce i termini del rapporto di appartenenza il quale non riguarda più il soggetto d'imposta, da una parte, e il territorio dello Stato, dall'altra, ma "il fatto o la situazione di fatto" indice di capacità contributiva e il territorio. Essa, infatti individua i soggetti passivi del prelievo in modo indiretto in base al legame che vantano con i presupposti dell'imposta. Tale inversione si colloca, come tale, al di fuori delle esigenze fatte proprie dalle norme costituzionali le quali postulano piuttosto l'appartenenza del soggetto passivo all'ordinamento in base ad indici di partecipazione personale alla vita comunitaria⁵⁴.

L'idea che il legislatore possa attrarre ad imposizione unicamente presupposti che abbiano avuto manifestazione all'interno del territorio sul quale esercita la propria sovranità in considerazione della concreta possibilità di riscuotere il proprio credito si rivela quindi, a causa delle critiche di cui è stata fatto bersaglio, non accoglibile.

⁵⁴ Per questa critica si veda G. Frasoni, *op.cit.*, 269ss.

I. III.III. La territorialità del presupposto quale espressione della tesi del beneficio.

Un altro percorso argomentativo seguito per fornire di fondamento giuridico il principio di territorialità nell'ambito delle norme costituzionali prende le mosse dalla c.d. tesi del beneficio. Quest'ultima è volta ad interpretare il concetto di capacità contributiva come misura di godimento complessivo dei servizi pubblici, ed a considerare come «tenuti a concorrere alle spese pubbliche» tutti coloro che appunto godano dei servizi pubblici dello Stato italiano. Tale tesi rappresenta da un certo punto di vista una elaborazione della teoria del rapporto tributario come rapporto di scambio, nel cui ambito il tributo viene visto come corrispettivo del godimento dei pubblici servizi⁵⁵. Anch'essa assume come presupposto logico la configurabilità della previsione dell'art. 53 Cost. come un obbligo prescritto al legislatore di assoggettare a imposizione tutti coloro che risultano titolari del dovere tributario. Secondo tale dottrina il legislatore si troverebbe di fronte alla seguente alternativa: «o la ca-

⁵⁵ Tale prospettiva teorica era già rifiutata da E. Vanoni, *Natura e interpretazione delle leggi tributarie* (1932), in *Opere giuridiche*, Vol. I, Milano 1962, 55ss. L'a. afferma che «lo Stato, e qui sta la differenza con le economie di scambio, non si preoccupa di realizzare a carico degli individui, che godono delle utilità da esso prodotte, il prezzo delle utilità stesse e pone per fine della propria attività finanziaria unicamente il procacciamento dei mezzi economici necessari per far fronte alle spese sostenute per il raggiungimento dei fini pubblici e può essere considerato ottimo indirizzo di politica finanziaria quello che evita di caricarne il costo sugli individui, attraverso il tributo, quando sia possibile, senza danni per la società, procurarsi quei mezzi, in parte od in tutto, da altre fonti di entrata. Il tributo, nella sua sostanza economica, appare allora come la ripartizione tra gli individui del fabbisogno che non è coperto dalle entrate per altre fonti dell'Ente pubblico. Appare così che il tributo, nel suo ammontare complessivo, non è in diretto rapporto né con le utilità procacciate all'individuo, né col costo sopportato dallo Stato per i servizi prestati: ma esclusivamente col fabbisogno superstite dello Stato, dopo tenuto conto del gettito delle altre fonti di entrata». «Lo Stato appare come un insieme di individui, che perseguono in cooperazione la soddisfazione dei bisogni da essi sentiti nella loro qualità di membri del gruppo pubblico. Poiché nella loro azione diretta a tal fine, gli individui agiscono aiutandosi mutualmente, legando in fascio le varie energie individuali, non ponendosi l'uno di fronte all'altro, ma collocandosi l'uno a fianco dell'altro, per unire il proprio sforzo a quello dei consociati, è evidente che in questo quadro non vi è posto per il concetto di scambio, che implica l'idea di contrapposizione. L'attività finanziaria è attività diretta a coordinare questo sforzo comune, e il problema di ripartizione dei tributi si presenta come il problema di determinare la quota di sforzo che ognuno è chiamato a sopportare per il raggiungimento del bene comune (...). Non si tratta più ora di vedere quanta parte dei servizi pubblici fu consumata da ogni individuo, per prelevarne il prezzo corrispondente, ma si tratta di determinare quanta parte dello sforzo comune debba essere sopportato da ogni singolo, secondo i concetti politici, etici, giuridici, economici dominanti del determinato Stato, in quel determinato tempo».

capacità contributiva è un criterio idoneo ad identificare gli avvantaggiati dalle spese pubbliche, e allora diventa immediata la constatazione della razionalità del precetto costituzionale, secondo cui sono appunto gli avvantaggiati dalle spese pubbliche, coloro cioè che tali si rivelano da fatti obbiettivamente identificativi dei vantaggi di tali spese, i soggetti che devono concorrere alle spese medesime; o la capacità contributiva è un criterio non idoneo a tale scopo e allora non si può evitare la conseguenza assurda di riferire il potere di prelievo dello Stato a tutti i soggetti del mondo»⁵⁶.

Alla luce di questa interpretazione dell'art. 53 Cost., gli indici di capacità contributiva assunti a presupposto del prelievo tributario dovrebbero qualificarsi quali indici presuntivi dell'avvenuta fruizione dei servizi pubblici offerti dal soggetto attivo dell'imposizione. In questa prospettiva il criterio di tassazione che meglio si concilia con la capacità contributiva è quello espressivo del principio di territorialità per cui potrebbero assoggettarsi ad imposizione solo fatti ed accadimenti localizzati nel territorio dello Stato. Si osserva, infatti, che non c'è diretta correlazione tra la residenza ed il godimento di un pubblico servizio⁵⁷, a differenza di quanto è possibile affermare per i criteri di collegamento di tipo oggettivo. Quindi, per fare un esempio, lo svolgimento di un'attività d'impresa nel territorio dello Stato rappresenterebbe una prova del fatto che l'imprenditore sta fruendo dei servizi pubblici. Diversamente, il possesso di un reddito derivante dallo svolgimento all'estero della stessa attività e attratto ad imposizione in ragione dello status di residente del percettore non potrebbe godere di una analoga giustificazione costituzionale.

La tesi del beneficio, come è stato da più parti osservato, seppur suggestivamente formulata, risulta viziata nelle sue stesse premesse laddove assume che solo interpretando il concetto di capacità contributiva come misura del godimento dei servizi pubblici sia possibile individuare un confine alla platea dei soggetti passivi dell'imposizione tributaria nel senso fatto proprio dall'art.53. La critica è duplice: da una parte si osserva che non sussiste sul piano logico alcuna interdipendenza tra i due concetti, risulta, infatti, molto più consono, anche con riferimento al mero signi-

⁵⁶ Così, testualmente, F. Mafezzoni *Il principio di capacità contributiva nel diritto finanziario*, Torino, 1970, 12.

⁵⁷ G. Marino, *La residenza nel diritto tributario*, Padova, 1999, 303.

ficato letterale dell'espressione capacità contributiva, fare riferimento per la sua definizione alla potenzialità economica del soggetto. In secondo luogo, non si spiega perché solo chi trae beneficio dai servizi pubblici debba essere chiamato a concorrere alle spese pubbliche: «che scopo dell'imposizione sia essenzialmente quello di far fronte alla pubblica spesa è constatazione pacifica, che dipende dagli stessi principi dettati dall'art. 81 Cost.. Ma ciò non significa che, una volta giustificata sotto tale profilo l'imposizione, il tributo debba essere richiesto solo nell'ambito di coloro che dai pubblici servizi traggono beneficio. Si tratta di due momenti diversi, tecnicamente e concettualmente distinti; dei quali, a ben vedere, quello della prestazione tributaria rappresenta un prius, non un posterius, rispetto al godimento dei servizi stessi»⁵⁸.

Il principale punto critico della tesi in esame è tuttavia da individuarsi nella concreta difficoltà di individuare un valido parametro alla luce del quale misurare appunto il beneficio goduto dal soggetto in termini di servizi pubblici. Come afferma autorevole dottrina, «non esiste un valido parametro sul piano giuridico, per calcolare i vantaggi che il singolo ricava dal complesso dei pubblici servizi», di talché la generica partecipazione ai servizi pubblici rischia di disperdersi in «opinabili interpretazioni del fenomeno economico-finanziario non idonee a tradursi in specifici criteri di commisurazione del tributo»⁵⁹.

La ragione per la quale non è possibile individuare i soggetti tenuti alla contribuzione esclusivamente in coloro che dei pubblici servizi sono beneficiari sembra essere alla luce del pensiero qui richiamato più profonda. Invero, la tesi del beneficio, introducendo una logica di giustizia commutativa quale fondamento del dovere di contribuzione stride con l'inclusione di tale dovere nel novero della categoria dei doveri di solidarietà politica economica e sociale di cui all'art. 2 Cost. In quanto dovere solidaristico, il dovere di prestazione tributaria è un dovere che si è tenuti a rispettare a prescindere dal godimento dei pubblici servizi.

⁵⁸I. Manzoni, op., cit., 24-25.

⁵⁹G. A. Micheli, *Corso di diritto tributario*, VIII ed., Torino 1989, 88.

I. III.IV. L'obbligo tributario quale obbligo di riparto.

È opportuno approfondire ora il significato dell'inclusione del dovere tributario tra i doveri di solidarietà per individuare quali indicazioni se ne possano trarre ai fini dell'individuazione dei soggetti passivi. Infatti, come osservato dalla dottrina più recente, in un sistema impositivo che si ispira a criteri di progressività e personalità dell'imposta⁶⁰, alla territorialità deve essere assegnato il compito di individuare i criteri per una corretta riferibilità soggettiva del dovere di contribuzione. Tale idea è, d'altra parte, conforme alla centralità assunta dal rapporto persona-territorio rispetto al rapporto reddito-territorio nel nostro sistema impositivo⁶¹. Se questa è la funzione assunta dalla territorialità, diviene necessario analizzare i modi del suo coordinamento con il principio di solidarietà del quale il dovere tributario è espressione.

L'inserimento del dovere tributario tra i «doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale» di cui all'art. 2 Cost. è unanimemente riconosciuto dalla dottrina⁶². Un autorevole orientamento⁶³, giustifica siffatta inclusione a partire da una penetrante ricostruzione sistematica della nozione di tributo.

Si è affermato, in particolare, che la funzione fiscale «presuppone necessariamente una pluralità di soggetti e di prestazioni concorrenti e, al tempo stesso, implica, in modo consequenziale, la suddivisione – secondo criteri di razionalità – dell'obbligazione fra i più soggetti contribuenti»⁶⁴. Più precisamente, il credito fiscale di cui è titolare l'Erario si differenzia da quello civilistico per il fatto che si caratterizza quale credito di ripartizione. «Esso nasce per ripartire tra i consociati una

⁶⁰G. Fransoni, *op. cit.*, 244ss..

⁶¹C. Sacchetto, *Territorialità (dir. trib.)*, cit., 315

⁶²Si veda, per tutti, G. Falsitta, *Manuale di diritto tributario. Parte generale*, Padova, 2005, 25, nota 13. L'autore afferma icasticamente che dire «che una nuova imposta è solidaristica è tanto lapalissiano o tautologico quanto il dire che un reato è penale o l'acqua bagnata o il ghiaccio freddo o il fuoco scottante».

⁶³G. Fransoni, *La territorialità nel diritto tributario*, cit., 209ss.; F. Moschetti, *Il principio della capacità contributiva*, Cedam, 1973, 77ss.; G. Falsitta, *I condoni fiscali tra rottura di regole costituzionali e violazioni comunitarie*, in *Il fisco*, 2003, 1791ss.; Id. *Manuale di diritto tributario, parte generale*, 23ss.. Ma già in precedenza Berliri, *La giusta imposta*, Roma 1945, 345ss..

⁶⁴Così G. Fransoni, *op. cit.*, cit., 209-210. Vedi anche F. Moschetti, *op. cit.*, 77ss.

spesa comune»⁶⁵. Donde i connotati tipici di ogni fattispecie impositiva che, oltre alla individuazione del soggetto passivo, contiene l'indicazione degli «indici di riparto: cioè dei fatti o situazioni dai quali si fa dipendere la determinazione della quota di contribuzione facente carico a ciascun singolo e alla quale corrisponde il debito individuale d'imposta di costui». In un quadro costituzionale nel quale non è più possibile configurare il dovere contributivo come uno degli speciali aspetti del generale rapporto di sudditanza del cittadino nei confronti dello Stato, diventa centrale il rapporto tra contribuenti, che non è un rapporto di dare e avere e che si risolve nella pretesa di ciascun contribuente ad un equo riparto del carico pubblico complessivo. I fatti e le situazioni assunti ad indici di riparto, pertanto, «non hanno tanto la funzione di risolvere il conflitto di interesse esterno tra Stato e contribuente, quanto il conflitto interno tra contribuente e contribuenti, determinando appunto il rapporto relativo di partecipazione individuale alla comune contribuzione»⁶⁶. In questa prospettiva, assume ulteriore pregnanza la tesi dottrinale secondo cui il dovere tributario deve collocarsi nell'ambito della più generale categoria dei doveri di solidarietà politica, economica e sociale qualificati come inderogabili dall'art. 2 Cost. Infatti, così delineata, «l'imposta si configura come una quota gravante su ogni individuo fornito di capacità contributiva per far esistere e sopravvivere lo Stato, ossia per assicurare la vita dell'ente preposto al raggiungimento del bene comune. L'imposta è, quindi, sempre, il sacrificio economico individuale che si deve sopportare se si ha e perché si ha capacità economica, non perché si ricevano controprestazioni o corrispettivi. Perciò essa assume sempre connotazioni solidaristiche»⁶⁷.

Il contribuente deve, quindi, l'imposta per ciò solo che vi è una spesa pubblica da distribuire tra tutti i membri di un gruppo sociale organizzato e non perché riceve dallo Stato o da altro ente pubblico una controprestazione⁶⁸. È stato osservato, in proposito, che il dovere tributario si fonda solo indirettamente sull'art. 53, in

⁶⁵ Così G. Falsitta, *I condoni fiscali tra rottura di regole costituzionali e violazioni comunitarie*, cit., 1791.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ Così G. Falsitta, *Manuale*, cit., 25.

⁶⁸ Cfr. F. Moschetti, *op. cit.*, 79, secondo cui, in quanto dovere di solidarietà, il dovere tributario si caratterizzerebbe per tre aspetti fondamentali: «il sacrificio di un interesse individuale, l'assenza o l'irrilevanza di una controprestazione diretta, il fine di interesse collettivo».

quanto la necessità di contribuire alle spese necessarie alla sopravvivenza della collettività è un elemento imprescindibile di tutte le organizzazioni politiche, le quali si distinguono tra loro piuttosto in ragione dei criteri applicati per misurare l'entità della contribuzione⁶⁹.

In conclusione, il dettato costituzionale afferma la derivazione del dovere tributario dal vincolo solidaristico sussistente fra una pluralità di soggetti in quanto appartenenti ad una determinata collettività politicamente organizzata. Questo significa che il pronome "tutti" presente nell'art. 53 Cost. non fa riferimento a tutti i soggetti del mondo ma unicamente a tutti coloro che possono qualificarsi come membri della collettività. In altre parole, la riferibilità soggettiva del dovere di contribuzione postula l'integrazione del soggetto nella comunità o, quanto meno, un legame durevole con essa⁷⁰.

I. III.V. I lavori preparatori e la necessità di giustificare la riferibilità soggettiva del dovere tributario alla luce di un rapporto di appartenenza.

La giustificazione del dovere costituzionale nei termini anzidetti viene confermata anche dall'analisi dei lavori preparatori alla Costituzione.

Il punto di partenza è costituito dal rapporto della Commissione economica presentato all'Assemblea Costituente e redatto da Ezio Vanoni. Per quanto riguarda il problema della definizione dell'ambito soggettivo di estensione del dovere tributario il rapporto affronta, in primo luogo, il problema della tassazione degli stranieri e sposa la tesi secondo cui l'imposizione dello straniero non può avere un fondamento diverso dall'imposizione del cittadino. È ben vero che anche nelle costituzioni più recenti quando si definisce il dovere tributario si parla sempre di un dovere del «cittadino»; così lo Statuto albertino riferisce il dovere tributario ai «regnicoli» e l'art. 134 dello statuto di Weimar fa riferimento ai «cittadini». Tuttavia, tali richiami alla

⁶⁹ Cfr. G. Frasoni, *La territorialità nel diritto tributario*, cit., 220ss.

⁷⁰ Così F. Moschetti, op. cit., 95.

nozione di cittadinanza o di nazionalità hanno un puro valore formale: essi trovano una ragion d'essere meramente contingente nel fatto che il dovere di contribuzione viene dichiarato nel capitolo in cui si affermano i diritti e i doveri dei cittadini. È questa una diretta conseguenza di quella tradizione «per la quale il problema della costituzione è prevalentemente il problema di dichiarare e disciplinare i rapporti tra sovrano e suddito, tra Stato e cittadino, e questi rapporti vengono esauriti e racchiusi nelle categorie dei diritti e dei doveri»⁷¹. Il rapporto consiglia pertanto di eliminare tali riferimenti per evitare che la formula legislativa possa perpetuare il dubbio di un diverso fondamento del dovere contributivo per i cittadini e gli stranieri.

La raccomandazione di abbandonare il criterio della cittadinanza è, tra l'altro, conforme all'avvenuto superamento della concezione della potestà impositiva quale mero aspetto del rapporto di sudditanza che lega i cittadini allo Stato a cui abbiamo già fatto riferimento.

Dopo questa raccomandazione, il rapporto afferma la necessità di giustificare la riferibilità soggettiva dell'obbligo tributario secondo il criterio dell'appartenenza del soggetto alla collettività nazionale e propone di esplicitare tale esigenza con due formule tra loro alternative e giudicate equivalenti: «sia dichiarando questa appartenenza nei suoi tre aspetti, politico (cittadinanza), economico (produzione, scambio o consumo di beni) e sociale (partecipazione alla vita della società nazionale); sia, il che concettualmente fa lo stesso, mettendo al centro della formula costituzionale l'interesse del soggetto all'esistenza e all'attività dell'ente impositore»⁷².

Dei suggerimenti di tale rapporto non rimane alcuna traccia nel testo di Costituzione presentato all'Assemblea Costituente dalla Commissione dei 75, la quale addirittura non conteneva alcuna disposizione specifica riguardante la materia tributaria. Fanno seguito una serie di proposte, in seno all'Assemblea dei 75, tutte variamente ordinate alla reintroduzione della formula della "capacità contributiva", successivamente riassunte nella formula presentata dall'On.le Edgardo Castelli e concordata con gli altri deputati proponenti: "Tutti sono tenuti a concorrere alle spese

⁷¹E. Vanoni, *Diritto all'imposta e formazione delle leggi finanziarie*, in *Opere giuridiche*, Padova, 1962, 485.

⁷²Così E. Vanoni, *op. cit.*, 485-6.

pubbliche in ragione della loro capacità contributiva. Il sistema tributario è informato a criteri di progressività”. Tanto precisato, l’abolizione delle specificazioni orbitanti attorno al pronome “tutti” non può intendersi come una abrogazione implicita di ogni riferimento all’appartenenza alla comunità statale che precede all’imposizione; si deve piuttosto ritenere una formula di sintesi riassuntiva di tutte le formule proposte, secondo una esplicita scelta stilistica all’insegna della sobrietà⁷³.

In conclusione, il dettato costituzionale esprime la scelta di non legare il dovere alla contribuzione ad alcuna specifica posizione soggettiva, ma ciononostante postula l’individuazione di una qualche forma di appartenenza che giustifichi la riferibilità soggettiva di tale dovere. Resta quindi da individuare con più precisione il termine di riferimento di detta appartenenza.

I. III.VI. L’appartenenza come esercizio di diritti tutelati dall’ordinamento.

Secondo un orientamento dottrinale, dato che il pronome “tutti” si riferisce ai titolari di un dovere di solidarietà, allora il dettato costituzionale postula ai fini della riferibilità soggettiva di tale dovere, la sussistenza di un «rapporto solidale tra i contribuenti e quindi una loro partecipazione alla comunità statale»⁷⁴. Si precisa, inoltre, che per poter configurare un dovere di solidarietà del contribuente nei confronti di tutti gli altri consociati è necessario, in primo luogo, che tale legame sia durevole e

⁷³ Si veda per un simile apprezzamento G. Falsitta, *L’imposta confiscatoria*, Riv. Dir. trib., 2008, 109-110: «Sappiamo già che gli articoli presentati per regolare la fiscalità furono quattro e tutti si presentavano verbosi e prolissi. Occorreva procedere al loro accorpamento e specialmente alla redazione di un testo stringato, come il suo antecessore nello Statuto albertino. Da questo lavoro di forbici e lima è nato l’art. 53, che è un vero capolavoro di sobrietà se paragonato ai tre articoli che lo hanno generato e nel quale essi si trovano trasfusi in forza di una operazione simbiotica, concettuale e lessicale, di grande valenza volta, esclusivamente, a depurare l’insieme da “il troppo e il vano”. Tutte le specificazioni soppresse hanno subito tale sorte perché vane». Tra le proposte cui fa riferimento l’autore vi è la seguente: “*Tutti quanti partecipano alla vita economica o politica dello Stato sono tenuti al pagamento dei tributi in rapporto alla loro effettiva capacità contributiva, salvo le esenzioni e le prerogative previste dalle leggi*” [corsivo aggiunto].

⁷⁴ F. Moschetti, *Il principio della capacità contributiva*, cit., 213.

non momentaneo, quale sarebbe, ad esempio, la permanenza dello straniero nel territorio nazionale per finalità prettamente turistiche. In secondo luogo, posto che il dovere di contribuzione è un dovere di solidarietà primariamente economica, è ulteriormente richiesto che tale legame abbia carattere economico⁷⁵. Ad esempio, sarebbero espressivi di un simile legame il possesso di beni nel territorio, l'esercizio di un'attività d'impresa prolungato nel tempo e la permanenza nel territorio. Solo la partecipazione alla vita comunitaria dotata dei suddetti caratteri permetterebbe all'ente pubblico di imporre la prestazione tributaria.

Di questa tesi è stato recentemente fornito un interessante approfondimento⁷⁶. È stato proposto, in particolare, di precisare il contenuto e le forme che deve assumere il rapporto di appartenenza in relazione alle nozioni di popolo e di sovranità popolare contenute nell'art. 1 Cost.

In particolare, l'esercizio delle libertà costituzionali è una forma di esercizio della sovranità popolare e quindi certifica l'appartenenza alla comunità politicamente organizzata e determina, di conseguenza, il sorgere dei doveri di solidarietà, tra cui il dovere di contribuzione.

Questo criterio oltre ad essere in grado di fornire un valido parametro di legittimità costituzionale delle scelte del legislatore tributario, è idoneo a spiegare e giustificare i diversi criteri prescelti dal legislatore tributario per l'imposizione dei residenti e dei non residenti e che sono rappresentati, come noto, dal criterio della tassazione del reddito mondiale per i primi e dal criterio della localizzazione della fonte del reddito per i secondi. Nella prospettiva in esame, in particolare, le implicazioni di tale principio sulla riferibilità soggettiva del dovere tributario consentono di affermare che «sia proprio il diverso grado di “appartenenza” ad assumere il ruolo di criterio di differenziazione della misura della contribuzione»⁷⁷. Ciò significa, più precisamente, che la valutazione della capacità contributiva del soggetto deve trova-

⁷⁵ F. Moschetti, op. cit., 215ss.

⁷⁶ Facciamo riferimento a G. Frasoni, *La territorialità nel diritto tributario*, cit., 237ss.

⁷⁷ Ciò corrisponde, peraltro, alla necessità di fare riferimento, nella valutazione della capacità contributiva del singolo a tutte le circostanze che qualificano in concreto la posizione del singolo consociato secondo una prospettiva dei rapporti tra art. 53 e art. 3 Cost. che è comune alla maggior parte della dottrina.

re una mediazione con il suo grado di appartenenza; in un'ottica che non è di contemperamento tra due principi ma di conformazione del criterio di riparto in sé.

Si afferma quindi che, nel pieno rispetto del principio di uguaglianza, «risulti possibile differenziare i modi di partecipazione ai carichi pubblici, non solo in ragione del diverso riferimento degli indici di capacità contributiva, bensì anche attraverso l'istituzione di tributi di categoria nei limiti in cui essa (categoria) sia individuata in ragione di una particolare posizione dei soggetti in essa ricompresi rispetto alla collettività»⁷⁸.

Per riassumere la tesi della dottrina ora esposta: affinché un soggetto possa essere chiamato ad adempiere ad un dovere di solidarietà, quale quello tributario, è necessario che si possa dire esistente nei suoi confronti, un vincolo solidale nei confronti di tutti gli altri membri della collettività. Ne consegue l'esigenza, ai fini di una corretta riferibilità soggettiva del dovere in questione, che tale vincolo solidale assuma la forma dell'appartenenza alla collettività. Infine, tale appartenenza può essere identificata con l'esercizio delle libertà costituzionali, in quanto lo stesso si presenta, nel nostro quadro costituzionale, come esercizio della sovranità popolare di cui all'art. 1 Cost.

In conclusione, secondo il contributo dottrinale ora riportato, il principio di territorialità nel contesto costituzionale italiano definisce e limita il potere del legislatore tributario dal punto di vista della individuazione dei soggetti che possono essere assoggettati ad imposta. Esso esige, in proposito, che tra soggetto passivo d'imposta e collettività le cui spese pubbliche debbono essere finanziate con l'esazione tributaria, vi sia un legame di appartenenza. In seconda battuta, tale principio fornisce al legislatore un criterio per la ripartizione dei tributi: esso esige, infatti, che la determinazione dell'onere fiscale complessivo sia effettuata (anche) alla luce dell'intensità del legame di appartenenza summenzionato.

Tale tesi ci sembra idonea a descrivere compiutamente le scelte di fondo compiute dal legislatore italiano in merito alla diversificazione di trattamento fiscale

⁷⁸ Così G. Frasoni, *La territorialità nel diritto tributario*, cit., 297.

tra residenti e non residenti, come vedremo meglio nel paragrafo successivo. Possiamo però sin d'ora osservare che il meccanismo di contribuzione dei non-residenti ancorato al criterio di territorialità può essere così giustificato alla luce di una minore intensità nella partecipazione alla vita della comunità organizzata. La minore intensità del vincolo giustifica quindi un'imposta priva dei caratteri di personalità che contraddistinguono l'imposizione dei residenti senza dover ricorrere al principio del beneficio⁷⁹.

In senso conforme a quanto ora riportato si muove, da ultimo, anche quella dottrina che sottolinea che, benché non sia espressamente menzionato nella definizione dell'evento tipico da cui deriva il dovere di pagare il tributo, il nesso che lega il soggetto passivo alla comunità organizzata completa in modo implicito la nozione di presupposto tassabile⁸⁰. Di conseguenza, il diverso grado di intensità del vincolo, vale a dire il diverso grado di appartenenza, deve riflettersi sull'ammontare di ricchezza con cui il soggetto è chiamato alla contribuzione.

Secondo la dottrina più recente, quindi, il principio di territorialità evidenzia la necessità di un legame tra soggetto passivo e collettività e tale legame può dirsi sussistente solo nei confronti di coloro che partecipano alla vita della collettività. È opportuno, a questo punto, riportare le considerazioni fatte dalla stessa dottrina in ordine al ruolo che riveste nell'ordinamento italiano la residenza, istituto normativo che esprime, come si potrà vedere, il legame più forte tra l'esigenza ora evidenziata di partecipazione alla vita comunitaria e la determinazione dell'estensione della pretesa impositiva dello Stato.

⁷⁹ Si tratta della recente proposta interpretativa di C. Sacchetto, *l'evoluzione del principio di territorialità e la crisi della tassazione del reddito mondiale nel paese di appartenenza*, in Riv. Dir. trib. Int., 2001, 53ss.

⁸⁰ Cfr. A. M. Gaffuri, *La tassazione dei redditi d'impresa prodotti all'estero*, Milano, 2008, 317.

I. III.VII Il ruolo della residenza nel sistema delle imposte dirette italiano.

Nel sistema tributario italiano delle imposte dirette, così come avviene nella gran parte dei paesi occidentali⁸¹, il prelievo dell'imposta si lega al principio della tassazione in base all'utile ovunque prodotto (cd. world wide taxation principle). L'ammontare dell'obbligo tributario gravante sul singolo contribuente è diverso a seconda del fatto che costui sia o meno residente nel territorio dello Stato. Nei sistemi informati al principio della tassazione del reddito mondiale la nozione di residenza assume un ruolo dirimente: ad essa infatti è attribuito il compito di costituire un essenziale criterio di collegamento e di «individuare due regimi impositivi»⁸²: quello della tassazione su base mondiale e quello della tassazione su base territoriale. È questo quanto avviene nel nostro ordinamento: sia l'art. 2 che l'art. 73 del Testo Unico delle Imposte sui redditi (in seguito anche "Tuir"), distinguono i soggetti passivi dell'imposizione in residenti e non residenti rispettivamente per le persone fisiche e per i soggetti collettivi; mentre l'art. 3 e l'art. 81 Tuir specificano che per reddito complessivo deve intendersi, per i residenti, l'ammontare dei redditi a prescindere da dove siano stati prodotti.

Secondo la dottrina analizzata nel paragrafo precedente, i precetti costituzionali rilevanti in materia tributaria (segnatamente l'art. 53 Cost. così come interpretato alla luce dell'art. 2 Cost.), implicano che l'imposta possa essere applicata solo sui redditi collegati con il territorio dello Stato in virtù di un criterio di collegamento che, nella disciplina positiva delle imposte sui redditi, può avere carattere soggettivo o oggettivo, ma, in ogni caso, deve individuare una partecipazione del soggetto passivo alla vita della comunità organizzata. Pertanto, è corretto affermare che il presupposto impositivo delle imposte sui redditi (Ires ed Irpef) non è dato dal reddito posseduto ovunque ma unicamente dal «reddito posseduto in Italia, in quanto con-

⁸¹ Cfr. A. M. Gaffuri, *La tassazione dei redditi d'impresa prodotti all'estero*, cit., 296.

⁸² G. Fransoni, *La territorialità nel diritto tributario*, cit., 357.

nesso con persone o cose qui esistenti»⁸³. Si assiste quindi ad una duplicazione della nozione di possesso rilevante per i residenti e per i non residenti che veicola, a sua volta una diversa conformazione della base imponibile⁸⁴: il residente possiede in Italia tutti i redditi ovunque prodotti in quanto li detiene e ne dispone, in forza di una situazione giuridicamente qualificata, all'interno del territorio dello Stato. Il non residente, invece, ai fini delle imposte sui redditi, possiede in Italia unicamente i redditi scaturiti dai fattori produttivi da lui controllati e localizzati nello stesso territorio. Dunque, per chi è residente il possesso è indicativo del potere di disporre e quindi viene in rilievo il momento del consumo della ricchezza; per chi non è residente, invece, possesso è sinonimo di produzione.

In questa prospettiva, il legame tra soggetto passivo del prelievo e ordinamento della comunità organizzata costituisce un elemento implicito del presupposto d'imposta in funzione del quale viene modulato diversamente l'ammontare del debito tributario del soggetto passivo⁸⁵. In altre parole, la diversa partecipazione alla vita della comunità organizzata costituisce un criterio in considerazione del quale il legislatore "autolimita" l'estensione della sua pretesa impositiva in relazione a eventi fiscalmente rilevanti che si sono realizzati al di fuori del territorio statale.

In un'ottica generale, la scelta del legislatore di tassare, da un lato, i non residenti in relazione ai redditi prodotti in Italia e, dall'altro, i residenti in relazione a quelli prodotti ovunque nel mondo è perfettamente legittima e conforme ai connotati assunti dal principio di territorialità. Ciò è vero sia dal punto di vista del fondamento del dovere tributario che, come più volte ricordato, esige di riferire il dovere di contribuzione unicamente a coloro che sono avvinti da un vincolo solidaristico alla co-

⁸³ A. M. Gaffuri, *La tassazione dei redditi d'impresa prodotti all'estero*, cit., 350.

⁸⁴ Cfr. A. M. Gaffuri, *La tassazione dei redditi d'impresa prodotti all'estero*, cit., 350.

⁸⁵ Si veda G. Frasoni, op. cit., 357., secondo il quale la diversità dei moduli di imposizione a cui fa capo la distinzione in residenti e non residenti «non attiene solo ai modi di determinazione della base imponibile, poiché è la stessa giustificazione dell'imposta, cioè il suo presupposto a risultare modificato dal venir meno, nei sistemi di tassazione su base territoriale, di ogni carattere di personalità dell'imposizione presente, sia pure in forma attenuata, nei casi di tassazione su base mondiale».

munità statale; sia dal punto di vista del criterio alla luce del quale modulare il carico fiscale, che deve essere dato, appunto, dalla intensità di detto vincolo⁸⁶.

I. II.VIII. Conclusioni: il significato assunto dalla territorialità nel contesto costituzionale secondo la dottrina tributaria.

Dopo avere analizzato analiticamente alcune delle argomentazioni formulate dalla dottrina che si è occupata esplicitamente del tema della territorialità, cerchiamo adesso di sintetizzare le conclusioni raggiunte dalla stessa e di descrivere quali sono i connotati della territorialità che sono attualmente accolti dagli autori di dottrina nel panorama del diritto tributario nazionale.

Si può osservare, come prima cosa, che la territorialità evoca, generalmente, l'idea di un limite e che in tal senso era accolta nelle trattazioni più risalenti allo scopo di sostenere la necessaria localizzazione del presupposto d'imposta all'interno del territorio dello Stato⁸⁷.

L'idea della delimitazione territoriale della sovranità tributaria era destinata ad essere superata a cagione, in primo luogo, dell'evoluzione dell'ordinamento positivo e, in particolare, dall'introduzione nel nostro ordinamento tributario del principio della tassazione dei residenti sull'utile ovunque prodotto (cd. Worldwide taxation principle). In secondo luogo, da un punto di vista teorico, l'inconsistenza dell'affermazione del principio di territorialità nel senso di necessaria esclusiva territorialità del presupposto emergeva a fronte del recepimento nel settore del diritto tributario di una fondamentale distinzione elaborata dalla dottrina internazionalprivati-

⁸⁶ Si veda inoltre G. Frasoni, op. cit., 297ss, secondo il quale la diversificazione di trattamento di cui nel testo è altresì conforme al principio di uguaglianza; non v'è dubbio, infatti, che la situazione del residente, nella misura in cui gli elementi costitutivi della residenza siano capaci di esprimere un effettivo radicamento nella vita comunitaria, sia identificativa di una condizione di effettiva diversità del soggetto passivo dell'imposizione.

Per le implicazioni del principio di uguaglianza nel contesto tributario nei termini di cui nel testo si veda G. Falsitta, *Manuale di diritto tributario, Parte generale*, Padova, 2005, 150ss.; F. Tesaurò, *Istituzioni di diritto tributario, Parte generale*, Torino, 2003, 78; A. Fantozzi, *Il diritto tributario*, Torino, 2003, 38.

⁸⁷ Tra gli autori più rilevanti si possono ricordare M. Udina, *Il diritto internazionale tributario*, Padova, 1949, 61ss.; V. Uckmar, *La tassazione degli stranieri in Italia*, Padova, 1955, 110ss.

stica tra i due diversi aspetti della efficacia e della estensione della legge nello spazio. Ovverosia tra «determinazione dello spazio nel quale la legge ha effetto come tale e determinazione dei fatti che la legge di uno Stato può regolare»⁸⁸. In dottrina si rileva che, nel nuovo sistema tributario delineato dalla riforma, il rapporto reddito-territorio è stato sostituito con il «rapporto soggetto territorio con il quale si dà rilievo alla posizione personale del percettore del reddito ed al suo legame con lo Stato in virtù della residenza fiscale prescindendo dal luogo in cui i redditi sono prodotti»⁸⁹. In un simile contesto, la territorialità, ritenuta ormai inidonea a rilevare quale limite congenito della sovranità tributaria, degrada da principio generale a mero criterio di tassazione.

La dottrina si muove quindi in una duplice direzione: da una parte riconosce che il ruolo della territorialità in questo nuovo contesto deve essere quello di limitare il legislatore nell'individuazione dell'area della riferibilità soggettiva del dovere di contribuzione; e, dall'altra parte, avverte la necessità di dotare il principio di territorialità di una base normativa⁹⁰.

L'attenzione si concentra quindi sul dato costituzionale e, in particolare, sul principio della capacità contributiva formulato dall'art.53 Cost., ritenuto, a ragione, parametro di legittimità di ogni fattispecie impositiva formulata dal legislatore nell'esercizio della sua potestà tributaria. Conformemente all'accoglimento delle idee di progressività dell'imposizione e della personalità dell'imposta, si ritiene che la territorialità, intesa ormai come contenuto di un limite di fonte costituzionale, debba individuare e circoscrivere l'area dei soggetti nei confronti dei quali è legittimamente riferibile il dovere di contribuzione. Donde i tentativi di alcuni autori di fondare la territorialità a partire dall'espressione «tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche» di cui all'art.53, vuoi alla luce del principio dell'effettività dell'esazione⁹¹, vuoi alla luce della tesi del beneficio⁹².

⁸⁸ Così C. Garbarino, *La tassazione del reddito transnazionale*, Padova, 1990, 103, al quale si rimanda per ulteriori indicazioni bibliografiche.

⁸⁹ C. Sacchetto, *Territorialità (dir. trib.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1992, 314.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ I. Manzoni, *op. cit.*, 28ss.

La dottrina più recente, pur criticando i risultati di tali tesi mostra di muoversi alla luce dei medesimi presupposti concettuali e, in particolare, dell'idea secondo la quale il territorio, inteso in senso lato, deve costituire criterio di individuazione e, allo stesso tempo, limite all'ambito soggettivo di riferibilità del dovere tributario.

In particolare, nelle elaborazioni più recenti dedicate al principio di territorialità, quest'ultimo acquisterebbe significato alla luce sia del corretto inquadramento sistematico della nozione stessa di tributo, sia dalla qualificazione del dovere di contribuzione in termini di dovere solidaristico⁹³.

A seguito di questo inquadramento teorico, si afferma che il collegamento tra reddito e territorio è una condizione essenziale per procedere alla tassazione e che siffatto collegamento deve essere apprezzato dal punto di vista della situazione soggettiva del possessore del reddito e del suo legame con la collettività alle cui spese pubbliche è chiamato a contribuire⁹⁴. Territorialità dell'imposta significa quindi partecipazione alla vita comunitaria che si svolge all'interno di un dato territorio politico e che si manifesta tramite l'esercizio di diritti costituzionalmente garantiti⁹⁵.

I. IV. Le fattispecie impositive ed il legame con il territorio.

L'analisi che si intende ora affrontare nel presente paragrafo e nei due successivi concerne l'ultimo degli aspetti degni di nota nell'analisi del significato di territorialità che avevamo esposto all'inizio di questo capitolo. Ci si accinge, infatti, ad indagare le norme dell'ordinamento tributario che assumono particolare rilievo in questa ricerca per il rapporto in esse delineato tra territorio e fattispecie impositiva, le norme sulla residenza fiscale.

⁹² F. Maffezoni, op. cit., 12ss.

⁹³ F. Moschetti, *Il principio della capacità contributiva*, cit., 213ss.; G. Frasoni, *La territorialità nel diritto tributario*, cit., 237ss.;

⁹⁴ A. M. Gaffuri, *La tassazione dei redditi prodotti all'estero*, cit., 316ss. Ma si veda anche, in senso sostanzialmente conforme R. Baggio, *Il principio di territorialità ed i limiti alla potestà tributaria*, Milano, 2009,

⁹⁵ G. Frasoni, op. cit., 296ss.

Come indicato in chiusura del paragrafo precedente, la dottrina più recente ritiene che il principio di territorialità possa dirsi rispettato se l'imposta viene prelevata in relazione a soggetti che manifestano un legame di appartenenza con la comunità organizzata e in una misura che dell'intensità di tale legame tenga conto. La residenza, in quanto presupposto per la applicazione della pretesa impositiva statale rapportata a tutti i redditi posseduti dal contribuente (persona fisica o giuridica) a prescindere da ogni considerazione circa il luogo della produzione è quindi l'istituto chiave per valutare il ruolo del principio di territorialità nel nostro ordinamento.

Nel paragrafo successivo, in conformità con quanto ora osservato è nostra intenzione analizzare la disciplina della contribuzione del soggetto non residente che svolge attività d'impresa nel territorio dello Stato. L'attenzione andrà quindi ai criteri di localizzazione, e tra di essi, a quello rappresentato dalla stabile organizzazione.

Infine, si riporta una breve analisi della disciplina delle imprese estere controllate e collegate (cd. CFC legislation), in quanto ipotesi significativa in cui la contribuzione viene estesa ad un soggetto che potenzialmente non ha alcun collegamento di tipo territoriale con lo Stato.

I. IV.I. La residenza delle persone fisiche: la residenza e il domicilio civilistici quali elementi costitutivi della residenza fiscale delle persone fisiche.

Nel Testo unico delle imposte sui redditi sia per le persone fisiche che per le persone giuridiche la residenza è trattata tra le norme generali riguardanti i soggetti passivi d'imposta.

La disciplina della residenza fiscale delle persone fisiche è contenuta nell'art. 2 del Tuir, nel quale si legge, al secondo comma, che «ai fini delle imposte sui redditi si considerano residenti le persone che per la maggior parte del periodo d'imposta sono iscritte nelle anagrafi della popolazione residente o hanno nel territorio dello Stato il domicilio o la residenza ai sensi del Codice civile». Gli elementi costituti-

vi previsti dal co. 2 dell'art. 2 Tuir si presentano quindi come alternativi e non già concorrenti ai fini dell'attribuzione dello status di residente fiscale nel nostro ordinamento, ciò significa che ciascuno di questi elementi è idoneo, anche in assenza degli altri, a giustificare l'estensione della tassazione riferita ad un contribuente persona fisica a tutti i redditi da esso posseduti a prescindere dal luogo in cui siano stati prodotti.

Come abbiamo concluso in precedenza, i principi costituzionali rilevanti in materia tributaria impongono, al fine di una corretta riferibilità del dovere di contribuzione, che i criteri di collegamento individuati dall'ordinamento, soprattutto quando funzionali alla determinazione di un collegamento personale con lo stesso (quale è il caso della residenza fiscale), siano espressivi di un collegamento effettivo tra il soggetto passivo e la collettività di riferimento (la comunità statale) e il soggetto passivo e l'esercizio di diritti tutelati dall'ordinamento. La struttura della fattispecie di cui al comma 2 dell'art. 2 Tuir impone che l'analisi della coerenza con tali principi costituzionali venga condotta partitamente per ciascuno degli elementi richiamati.

In merito ai primi due elementi costitutivi della residenza fiscale delle persone fisiche, rappresentati dalla residenza e dal domicilio civilistici, la dottrina è concorde nell'affermarne la sostanziale idoneità ad individuare un legame di appartenenza con la vita comunitaria dello Stato e, quindi, la sostanziale conformità al principio di territorialità così come delineato dalla dottrina più recente⁹⁶.

L'unico elemento di criticità della previsione in esame potrebbe essere determinato dall'accoglimento, anche in materia tributaria, dell'orientamento civilistico secondo il quale è necessario attribuire alla locuzione "affari e interessi" costitutiva della nozione di domicilio un'accezione ampia tale da ricomprendere sia la sfera degli interessi economici che la sfera degli interessi affettivi del soggetto⁹⁷.

⁹⁶ G. Frasoni, *La territorialità nel diritto tributario*, cit., 358.

⁹⁷ Tale orientamento sembra essere accolto dall'amministrazione finanziaria nella Circ. 307/E del 1997, dove si legge che «la locuzione "affari e interessi" di cui all'art. 43 comma 1, deve intendersi in senso ampio, comprensivo non solo di rapporti di natura patrimoniale ed economica ma anche morali, sociali e familiari (Cass. 26 ottobre 1968 n. 3586; 12 febbraio 1973 n. 435); sicché la determinazione del domicilio

L'estensione degli interessi di natura affettiva al domicilio civilistico finisce per obliterare qualunque indagine sulla residenza civilistica e, come autorevolmente rilevato⁹⁸, lo smarrimento di una chiara distinzione tra i due concetti che si viene a configurare provoca una situazione di incertezza in capo al contribuente poiché l'indagine circa la localizzazione di tale tipologia di interessi viene condotta tutt'uno con quella relativa agli interessi di natura economico-patrimoniale e, quindi, alla luce dei medesimi criteri. Tutto ciò è particolarmente rilevante in tutti quei casi in cui il contribuente abbia stabilito all'estero tutti i propri interessi patrimoniali ma conservi in Italia la dimora familiare. Difficile infatti stabilire ove sia la residenza stante il fatto che un confronto quantitativo tra due differenti categorie di valori può sicuramente dirsi inattuabile. Diversamente, ove si riconducesse la nozione di domicilio al (solo) alveo degli interessi patrimoniali, l'indagine sulla sfera personale potrà condursi alla stregua dei principi fissati per l'individuazione della residenza, vale a dire l'indagine avente per oggetto la localizzazione della dimora abituale del contribuente, condotta dal duplice punto di vista soggettivo (mantenervi la dimora abituale e tornarvi ogni qual volta possibile - c.d. *animus revertendi*) ed oggettivo.

Il nodo teorico ora esposto consente di riprendere quanto si era discusso in precedenza mentre trattavamo del legame che, alla luce della ricostruzione del dovere costituzionale di contribuzione, dovrebbe avvincere un determinato soggetto di diritto all'ordinamento affinché sia giustificato l'esercizio nei suoi confronti della potestà tributaria. Si ricordava, in particolare, quella tesi dottrinale secondo cui l'art. 53 della Costituzione legittima la tassazione dei residenti proprio in quanto tali soggetti hanno con il territorio dello Stato un legame che si caratterizza per due profili: la du-

va desunta alla stregua di tutti gli elementi di fatto che direttamente o indirettamente denunciano la presenza in un certo luogo di tale complesso di rapporti e il carattere principale che esso ha nella vita della persona (Cass. 5 maggio 1980 n. 2936)».

Per quanto riguarda la giurisprudenza, invece, il *leading case* rappresentativo dell'interpretazione giurisprudenziale è rappresentato dalla nota sentenza "Pavarotti": Comm. Trib. Prov. Modena, sez III, 18 maggio 1998 – 9 febbraio 1999, n. 985, in Riv. Dir. Trib., 2000, IV, 3ss. con nota di M. Cerrato, *La residenza fiscale delle persone fisiche e gli indici rivelatori del centro principale degli affari e degli interessi*; in Dir. Prat. Trib., 1999, II, 1471ss., con nota di A. Pozzo, *I criteri per l'attribuzione della residenza ai fini dell'irpef*.

⁹⁸ G. Melis, *Trasferimento della residenza fiscale nell'imposizione sui redditi*, Milano 2009, 154.

revolezza e il carattere economico ⁹⁹.

È acquisizione pacifica della dottrina l'affermazione secondo cui la presenza nell'ordinamento italiano di alcuni principi costituzionali a rilevanza tributaria impone all'interprete di scegliere, tra i possibili significati di una norma, quello conforme alle regole costituzionali¹⁰⁰. In tale prospettiva assume quindi carattere determinante la precisazione di quale categoria di interessi sia opportuno valorizzare affinché il dettato costituzionale possa dirsi rispettato. Parte della dottrina ha addirittura sostenuto che la natura della residenza fiscale come collegamento "economico" con il territorio dello Stato rende gli interessi di carattere morale e affettivo del tutto privi di collegamento con il principio di "capacità contributiva", il quale impone, viceversa, di valorizzare unicamente quei legami che presentino carattere economico¹⁰¹. Ciò, d'altra parte, sarebbe conforme con la funzione che, sin dalle origini, si intese attribuire alla residenza fiscale nell'ambito delle esigenze emergenti in relazione alla tassazione del reddito transnazionale¹⁰², ovvero sia quella di legittimare la tassazione da parte dello Stato detto appunto di residenza in considerazione della capacità di quest'ultima nozione di esprimere un forte legame o interesse di tipo economico (economic allegiance) con l'ordinamento.

In realtà, anche senza voler negare in assoluto la rilevanza di siffatti legami di carattere affettivo, non possono ignorarsi le perplessità che sorgono dallo stabilire una tassazione estesa a tutti i redditi ovunque prodotti e centrata sul soggetto sulla base di elementi, quale ad es. quello della residenza della famiglia, solo indirettamente riferibili alla persona del contribuente stesso¹⁰³.

Altra parte della dottrina invece rileva che la qualificazione del dovere tributario come dovere di solidarietà di carattere economico si basa su di una accezione forte della nozione stessa di solidarietà connotata dal carattere fondamentale della natura altruistica della cooperazione. Tale dovere viene infatti definito da un punto

⁹⁹ F. Moschetti, *Il principio della capacità contributiva*, cit., 215.

¹⁰⁰ Si veda G. Falsitta, *Manuale di diritto tributario. Parte generale*, Padova, 1999, 185 e M. Logozzo, *Capacità contributiva e interpretazione della legge tributaria*, Boll. trib., 1990, 1655ss.

¹⁰¹ G. Marino, *La residenza nel diritto tributario*, Padova 1999, 46. Per maggiori approfondimenti in tema di residenza si rinvia a G. Marini, voce residenza (dir.trib.) in Enc.Giur.Treccani, 2009.

¹⁰² Per tale osservazione si veda M. Cerrato, op. cit., 27-28.

¹⁰³ si veda G. Melis, op. cit., 154.

di vista contenutistico come «cooperazione altruistica per fini di interesse collettivo»¹⁰⁴. In polemica con questa impostazione, si rileva che il dovere tributario deve piuttosto essere caratterizzato come necessario e non esclusivamente (o meglio, solo incidentalmente) altruistico. Pertanto, fra i vari sensi e sfumature della solidarietà, quella “politica” sembra la più idonea. Non solo, si rileva inoltre che «mentre il fondamento del vincolo può avere indubbiamente carattere economico, tuttavia, il legame in sé ha sempre carattere politico»¹⁰⁵ e ciò perché il dovere di contribuire alle spese pubbliche della comunità alla quale si appartiene rappresenta un carattere ineliminabile di qualunque aggregazione politica che precede logicamente qualunque istanza egualitaria. A tale prospettiva si associa, come già precisato, una ampia accezione di appartenenza, la quale sarebbe determinata dal mero esercizio di diritti e poteri riconosciuti dall’ordinamento. Di conseguenza, nulla vieta di valorizzare anche al fine dell’imposizione tributaria, l’esercizio di libertà civili attinenti alla sfera personale del contribuente¹⁰⁶.

¹⁰⁴ L’A. di cui si riporta il pensiero si era in precedenza interrogato sul seguente punto interpretativo: stabilito che il dovere di prestazione tributaria è un dovere solidaristico, di che genere di solidarietà si tratta: politica, economica o sociale?

Avendo presente che tali attributi sono riferiti alla solidarietà e non all’adempimento dei corrispondenti doveri, siamo di fronte ad una alternativa: «o riferire l’attributo «politico», «economico», «sociale» al fine di interesse collettivo del dovere di solidarietà (quindi dovere di solidarietà, tendente ad un comune interesse nel campo politico, economico, sociale) oppure riferirlo al *presupposto razionale* del dovere (quindi dovere di solidarietà giustificato dall’appartenenza alla stessa organizzazione politica, economica e sociale)» (così Moschetti, 93).

Poiché gli aggettivi «politico, economico e sociale» sono utilizzati, nel contesto della Carta costituzionale, nell’art. 3, «viene da concludere che i doveri di solidarietà politica, economica e sociale, sono quelli che tendono a garantire «l’effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all’organizzazione politica, economica e sociale del paese». Il significato di questi aggettivi si riferisce quindi alla loro finalità; i vari tipi di solidarietà riguardano il compimento di prestazioni che avvantaggino nella sfera politica, economica o sociale, che concorrono cioè a realizzare in uno di questi settori il bene della collettività» (ibidem, 94). Date queste condivisibili premesse argomentative, l’autore conclude che il dovere tributario deve essere qualificato come dovere di solidarietà economica perché volto a soddisfare in via primaria le esigenze proprie degli interessi economici della società. Ciò che non è condivisibile sono le conseguenze normative che a tale qualificazione conseguono: il carattere della solidarietà descrive infatti la forma che il legame con la comunità di riferimento deve assumere affinché si possano dire soddisfatti i criteri posti dall’art. 53 Cost. Ne consegue che, se la solidarietà è declinata nella specifica forma della solidarietà economica il legame stesso è costituzionalmente legittimo in tanto in quanto assume anch’esso forma economica. Nella specie, tale legame può esplicarsi nel possesso di beni sul territorio, l’esercizio nello stesso di un’attività prolungata o la permanenza (ibidem, 215-216).

¹⁰⁵ G. Frasoni, op. cit., 273.

¹⁰⁶ Ibidem, 274ss.

I. IV.II. Segue: l'inidoneità del requisito dell'iscrizione anagrafica ai fini della individuazione della residenza fiscale.

In merito all'ultimo degli elementi costitutivi della residenza delle persone fisiche, invece, sono stati evidenziati svariati elementi di criticità. È necessario osservare, invero, che l'iscrizione anagrafica si rivela inidonea a segnalare un effettivo collegamento tra un soggetto e il territorio dello Stato se non in forma presuntiva. Si deve ricordare in proposito che l'obbligo di iscrizione è connesso alla residenza civilistica e, in subordine, al domicilio, nel caso di assenza di fissa dimora. È legittimo affermare, pertanto, che il collegamento effettivo sia rappresentato dal perfezionarsi di una delle due fattispecie civilistiche, delle quali l'iscrizione rappresenta unicamente la manifestazione formale¹⁰⁷.

Come affermato unanimemente da dottrina e giurisprudenza, in materia fiscale, l'iscrizione alle anagrafi della popolazione residente ha una rilevanza prettamente formale e rappresenta perciò un «dato preclusivo di ogni ulteriore accertamento»¹⁰⁸ ai fini della fissazione della residenza fiscale in Italia del soggetto passivo d'imposta. Laddove, invece, in ambito civilistico, le iscrizioni anagrafiche sono con-

¹⁰⁷ Sul ruolo di presunzione meramente relativa dell'iscrizione anagrafica in ambito civilistico, si veda C. M. Bianca, *Diritto civile*, I, Milano, 1987, 250. Ciò inoltre corrisponde alla natura di dichiarazione di scienza che la dottrina riconosce alla dichiarazione di residenza, rispetto alla quale, a differenza di quanto avverrebbe nel caso fosse dichiarazione di volontà, l'amministrazione comunale è tenuta alla verifica della veridicità. Si veda A. Pizzorusso, *Artt. 1-4*, in *Commentario al codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. Galgano, Bologna-Roma, 1988, 201.

¹⁰⁸ Così Cass. Sez. I, 18 settembre 1997 – 6 febbraio 1998, n. 1215 in Riv. Dir. Trib., 1998, 213ss., con nota di G. Maisto, *Iscrizione anagrafica e residenza fiscale ai fini dell'imposta sul reddito delle persone fisiche*, 214. Secondo l'A., la rilevanza meramente formale del criterio in esame può essere argomentata a partire dall'art. 3 co. 2 d.p.r. 597/1973, in vigore al momento dell'introduzione di tale elemento. Quest'ultima disposizione, infatti, prevedeva l'esclusione dalla base imponibile dei «redditi di lavoro dipendente prestato all'estero da cittadini italiani emigrati che sono rimasti iscritti nelle anagrafi della popolazione residente». Non vi è altra ragion d'essere di questa norma se non nell'esigenza di scongiurare la soggettività illimitata d'imposta in capo a persone fisiche che avessero abbandonato il territorio dello stato omettendo, per negligenza o ignoranza, di provvedere alla cancellazione dell'iscrizione anagrafica. Con tale disposizione il legislatore enfatizzava, quindi, la rilevanza meramente formale di tale iscrizione. Si veda anche Cass. Sez. trib., 20 aprile 2006, n. 9319; Cass. Sez. I, 3 marzo 1999, n. 1783; Comm. trib. Centr., sez. VIII, 13 giugno 1995, n. 2428, in Corr. Trib. 1995, 2578. L'unica eccezione è data da Comm. centr., sez. XXVI, 15 aprile 1996, n. 1649, in Dir. Prat. Trib., 1998, III, 280ss. Con nota di M. Calcagno, *Sulla imponibilità in Italia del soggetto trasferito all'estero ma iscritto all'anagrafe*.

cordemente considerate idonee unicamente a dar luogo a presunzioni relative superabili, come tali, dalla prova contraria.

Pertanto, se anche la ratio legis retrostante l'introduzione dell'iscrizione anagrafica quale elemento costitutivo sufficiente ma non necessario della residenza fiscale rimanda alla facilità e rapidità con cui è esperibile il relativo accertamento¹⁰⁹, nel sistema dell'irpef, gli effetti connessi all'iscrizione operano «sul piano sostanziale, in modo del tutto autonomo dalla residenza civilistica»¹¹⁰.

Rebus sic stantibus, essendo l'iscrizione un dato puramente formale, nessuna forma di appartenenza è da essa desumibile. Ci sembra pertanto di poter concludere conformemente alla dottrina citata che la riferibilità di un obbligo di contribuzione determinato in relazione ai redditi posseduti ovunque siano stati prodotti in ragione della mera iscrizione anagrafica, nel caso in cui non sia concretamente sorretta dal domicilio o dalla residenza civilistica, determini una violazione della territorialità dell'imposizione. D'altra parte, fondati dubbi di legittimità costituzionale erano già stati espressi da buona parte della dottrina al riguardo^{111 112}.

¹⁰⁹ Questo aspetto è sottolineato da G. Maisto, op. cit., 220.

¹¹⁰ Così R. Schiavolin, *I soggetti passivi*, cit., 64.

¹¹¹ G. Maisto, op. cit., 222ss.; G. Melis, *La nozione di residenza fiscale delle persone fisiche nell'ordinamento tributario italiano*, Rass. Trib., 1995, 1045ss.

Si noti tra l'altro che i dubbi di legittimità costituzionale avanzati dalla dottrina sembrano essere condivisibili alla luce di certa giurisprudenza. Si veda di Cass. Sez. I, 18 settembre 1997 – 6 febbraio 1998, n. 1215, cit., 215, che riguardava il caso di un contribuente che contestava il proprio status di residente fiscale in quanto la residenza era stata accertata dall'a.f. unicamente alla luce dell'iscrizione anagrafica. Come si evince dalla lettura la questione non è stata rinviata al giudice delle leggi non perché manifestamente infondata ma perché irrilevante nel caso *a quo* in quanto non erano state dedotte da parte del contribuente «circostanze di fatto idonee eventualmente (in caso cioè di una pronuncia di incostituzionalità) a verificare su dati sostanziali l'effettività della diversa residenza».

¹¹² Opinione diversa è invece sostenuta da G. Franson, *La territorialità nel diritto tributario*, 360ss.. L'A. distingue il caso in cui l'iscrizione sia voluta da quello in cui non sia voluta e non corrisponda alla situazione di fatto. In tale ultimo caso si afferma l'irrelevanza ai sensi della legge tributaria, così come ai sensi di quella civilistica, dell'iscrizione. Nel primo caso, invece, si ritiene fondato l'automatismo legale che fa conseguire la residenza in Italia dall'iscrizione anagrafica riscontrata per il periodo temporale rilevante in ragione del fatto che «il soggetto che ha dato volontariamente luogo ad una situazione di apparenza, non può opporre ai terzi la sua divergenza dalla realtà, apparenza che verosimilmente corrisponde ad un interesse proprio del soggetto che l'ha volontariamente determinata».

Per quanto riguarda l'affermata irrilevanza dell'iscrizione nel caso non sia sorretta dalla volontà del contribuente, non ci sembra di poter derogare al dato testuale che depone chiaramente per la rilevanza meramente formale dell'elemento in questione (si vedano le argomentazioni di G. Maisto, op. cit. 214ss.); in merito alla seconda argomentazione, non v'è nulla nella norma di cui all'art. 2 Tuir che consenta di distinguere gli effetti conseguenti all'iscrizione a seconda della volontarietà o meno della stessa (per questo rilievo si veda R. Baggio, *Il principio di territorialità ed i limiti alla potestà tributaria*, Milano, 2009, 231).

I. IV.III. La residenza degli enti: La soggettività passiva dei soggetti collettivi.

La trattazione della residenza dei soggetti collettivi richiede, in via preliminare qualche osservazione sul tema della soggettività tributaria passiva nel nostro ordinamento. In termini generali, infatti, la possibilità di riferire ad un ente il presupposto d'imposta è una questione preliminare ai fini dell'attribuzione al soggetto in questione dello status di residente fiscale¹¹³. Una trattazione specifica della questione è necessaria per questo tipo di soggetti, a differenza di quanto avviene per le persone fisiche, in ragione del fatto che ci troviamo di fronte a soggetti che non esistono nella realtà naturale e che sono "creati dagli ordinamenti"¹¹⁴. Trattandosi di soggetti che vivono solo in virtù di una fictio giuridica, prima di poter qualificare un soggetto di questo tipo come appartenente ad una determinata collettività, è necessario stabilire a quali condizioni sia ad esso direttamente e autonomamente riferibile un interesse alla sussistenza della comunità organizzata. Da un punto di vista logico, è prioritario cioè definire quali connotati normativi deve avere un determinato soggetto affinché possa considerarsi soggetto passivo autonomo dell'imposizione. Il che è come chiedersi a quali condizioni il reddito prodotto per il tramite della sua struttura e organizzazione debba essere tassato in capo allo stesso e non in capo ai soci.

Come già evidenziato da parte della dottrina, il problema della soggettività tributaria con riguardo agli enti può essere preso in considerazione da due punti di vista: quello dell'idoneità del soggetto ad essere titolare di rapporti giuridici e quello della sua soggezione al generale dovere di contribuzione.

¹¹³ In tal senso G. Frasoni, *La residenza del trust*, in Corr. Trib., 2008, 2582ss., secondo il quale solo rispetto a soggetti qualificati come "non appartenenti a terzi", secondo la regola sulla soggettività contenuta nell'art. 73, co.2 Tuir, possano dirsi sussistenti elementi come la sede legale, il luogo da cui promanano gli impulsi volitivi dell'ente e l'oggetto principale.

¹¹⁴ In tal senso è illuminante la sentenza della CGCE relativa al caso *Daily Mail* nella quale si legge che "diversamente dalle persone fisiche, le società sono enti creati da un ordinamento giuridico e, allo stato attuale dell'ordinamento giuridico tributario da un ordinamento giuridico nazionale. Esse esistono solo in forza delle diverse legislazioni nazionali che ne disciplinano costituzione e funzionamento" (CGCE, 27 settembre 1988, C-81/98).

Possiamo ricevere conferma della correttezza di questo assunto teorico dall'analisi delle scelte legislative in seno all'art. 73 Tuir e, in particolare dall'analisi della regola della soggettività in base alla quale sono ricondotti sotto l'egida dell'Ires «le altre organizzazioni non appartenenti ad altri soggetti passivi nei confronti delle quali il presupposto d'imposta si verifichi in modo unitario ed autonomo». Alla luce di questa regola, il soggetto passivo Ires deve presentare tre qualità. La prima consiste nell'essere organizzazione, cioè complesso di persone e/o di beni stabilmente strutturato per il raggiungimento di un determinato scopo. La seconda è rappresentata dalla «non appartenenza» ad altri soggetti passivi. Un'attenta analisi del dato positivo fa emergere che la norma pone sul versante “attivo” della relazione di appartenenza non un qualsiasi terzo, bensì, più limitatamente, un soggetto passivo Ires. Ora, poiché i soggetti passivi dell'Ires sono organizzazioni, sembra che, alla stregua del requisito in esame, «l'organizzazione non deve essere parte, e cioè costituire segmento, articolazione, di un'altra più ampia organizzazione sottoposta al tributo, ma essere esteriormente riconoscibile come struttura distinta»¹¹⁵.

Infine, l'ultimo requisito formulato dalla disposizione in esame postula l'attitudine dell'organizzazione considerata a realizzare il presupposto dell'imposta «in modo unitario ed autonomo». Ciò significa, da un lato, alla luce del primo requisito, che gli effetti giuridici degli atti compiuti dall'organizzazione ricadano unitariamente in capo ad essa e non in capo ai suoi membri in quanto singoli; dall'altro, alla luce del secondo requisito, l'attitudine dell'organizzazione ad autodeterminarsi in vista della realizzazione del proprio scopo, la presenza cioè di organi capaci di far emergere di volta in volta, determinazioni volontaristiche che non coincidono necessariamente con quelle dei soggetti destinati ad appropriarsi del risultato dell'attività¹¹⁶.

Un'interessante indagine in merito alla considerazione di cui godono i principi oggetto della nostra analisi può essere svolta in relazione alla recente introduzione

¹¹⁵ Così G. Zizzo, *L'imposta sul reddito delle società*, in G. Falsitta, *Manuale di diritto tributario, Parte speciale*, Padova, 2009, 248. L'A. sembra qui fare riferimento alla stabile organizzazione, alla quale, conformemente al Modello di convenzione OCSE e al relativo Commentario e come si vedrà meglio in seguito, non è attribuibile alcuna soggettività tributaria.

¹¹⁶ In tal senso, G. Zizzo, op. cit., 249 e, in senso conforme G. Frasoni, op. cit., 262-263.

di una disciplina specifica del trust da parte della legge finanziaria per il 2008.

Il profilo che caratterizza la regolamentazione del trust è quello della soggettività condizionata, «riflesso di una multiformità che ne preclude (o comunque rende inopportuna) la canalizzazione in uno schema di imposizione unitario»¹¹⁷: ai sensi dell'art. 73, co. 2, secondo periodo, se i beneficiari sono individuati, i redditi conseguiti dal trust sono in ogni caso imputati ai beneficiari¹¹⁸. Al verificarsi di questa condizione, la soggettività del trust “cede” e i redditi sono assoggettati ad imposta direttamente in capo ai beneficiari con il sistema della trasparenza.

La questione deve però essere osservata anche dal punto di vista della coerenza con i principi costituzionali in materia tributaria e, in particolare, della corretta imputazione soggettiva degli indici di capacità contributiva. In proposito sovrviene l'analogia con la disciplina delle società di persone, le quali, appunto, sono i soggetti fiscalmente trasparenti “per eccellenza”. Ebbene, la tassazione per imputazione in capo ai soci sta e cade nella misura in cui sia possibile ravvisare in costoro un'effettiva disponibilità della ricchezza imputata; in altre parole, la giustificazione costituzionale del regime di trasparenza si regge sull'art. 2262 c.c., il quale riconosce a ciascun socio il diritto all'annuale ripartizione dell'utile, senza l'intermediazione di alcun organo societario in merito all'individuazione dell'anno e alla determinazione del quantum del reddito oggetto di distribuzione. Per quanto riguarda il trust, invece, il legislatore della riforma (attuata con la l. n. 244/2008) non si è dimostrato sensibile a tali esigenze. La giustificazione del salto dello schermo trust è accettabile, in chiave costituzionale, solo se e nella misura in cui i beneficiari dei redditi del trust, oltre che individuati, sono anche titolari del diritto

¹¹⁷ Così G. Zizzo, op. cit., 250.

¹¹⁸ Alla luce di questa ricostruzione sussisterebbe, quindi, un rapporto di reciproca esclusione tra la norma sopra descritta (secondo periodo del co. 2 dell'art. 73) e l'inserimento nell'art. 73 lett. b) e c) del trust accanto agli enti non societari; cosicché, dalla contestuale lettura delle due disposizioni potrebbe evincersi l'assunto per cui il trust è soggetto passivo Ires per i redditi scaturenti dalla gestione del patrimonio costituito in trust salvo il venir meno della sua soggettività passiva a favore di una sorta di regime di trasparenza nel caso in cui siano individuati beneficiari determinati. Accoglie dubitativamente questa interpretazione L. Castaldi, *Il trust tra soggettività e trasparenza*, in *Dialoghi dir. Trib.*, 2007, 358s. L'A. infatti fa notare che, stando al dato letterale, l'inclusione del trust nelle lett. b) e c) dell'art. 73 Tuir sembra riconoscere la soggettività passiva *tout court* ad esso come istituto unitario. Tale circostanza legittima l'interrogativo circa una possibile contestuale operatività delle due norme con una conseguente duplice tassazione dei redditi del trust: dapprima in capo allo stesso e, di seguito, in capo ai beneficiari se e nella misura in cui a costoro siano imputabili.

all'assegnazione immediata del reddito di periodo¹¹⁹.

Da un punto di vista sistematico e nonostante il dato letterale disponga in senso contrario, le ragioni che determinano la soggettività del trust sono e devono essere (per le ragioni anzidette) le medesime che determinano quella delle "altre organizzazioni di cui all'art. 73 co. 2, primo periodo"¹²⁰.

Ritornando alla problematica che ci eravamo imposti di risolvere, l'analisi dei requisiti che l'ordinamento positivo reputa decisivi ai fini dell'attribuzione della soggettività passiva tributaria e segnatamente l'attribuzione delle scelte relative alla gestione e all'indirizzo dell'ente ad organi nettamente distinti dai soci e associati e l'esistenza di un ambito di scelta in ordine sia all'an sia al quando della distribuzione dei risultati consentono di concludere a favore del riconoscimento alle c.d. strutture organizzative intermedie di un interesse alla sussistenza della collettività distinto da quello degli individui cui esse sono riferibili¹²¹. Tali conclusioni corrispondono alla rilevanza costituzionale attribuita alle formazioni intermedie dalla dottrina costituzionalistica, la quale è propensa ad ammettere che la collettività sia formata non dalle sole persone fisiche, ma anche dagli enti, personificati o meno, i quali tutti assumerebbero al rango di soggetti privati costituzionali venendo così ad essi riconosciute le medesime garanzie costituzionali previste per gli individui¹²².

Fatte tali doverose premesse in ordine ai soggetti giuridici diversi dalle per-

¹¹⁹ In tal senso L. Castaldi, op. cit., 359-360 e G. Zizzo, op. cit., 251 ma vedi anche G. Zizzo, *La ricchezza erogata dal trust, tra reddito e capitale*, in Rass. Trib., 2008, 1275ss.

¹²⁰ Per un'interpretazione parzialmente differente si veda G. Frasoni, *La disciplina del trust nelle imposte dirette*, Riv. Dir. Trib., 2007, 227ss. e, specialmente, 231ss. ove l'A. afferma che il trust non è stato inserito dalla riforma tra gli "enti pubblici e privati diversi dalle società"; al contrario, esso è stato contemplato nelle singole categorie soggettive contenute nelle lett. b), c) e d) del comma 1 dell'art. 73 Tuir con formule lessicali quali "nonché i trust" ovvero "compresi i trust", tali da indicare la rilevanza autonoma che si è inteso dare al trust in quanto soggetto passivo. La conseguenza principale di tale scelta riguarda i rapporti tra la nozione di trust e quella di "altre organizzazioni non appartenenti a terzi"; poiché i trust sono esclusi da tale categoria (in quanto riferita unicamente agli "enti pubblici e privati diversi dalle società"), è giocoforza concludere che il criterio che sottintende alla soggettivizzazione del trust non è la presenza di un'organizzazione (la quale, invero, sussiste anche là dove il beneficiario è individuato). Secondo l'A., l'imputazione dei redditi ai beneficiari individuati è espressione di una regola generale avente portata più ampia rispetto alle singole ipotesi di imposizione per trasparenza e che trova applicazione in tutte le ipotesi in cui vi è dissociazione tra titolarità della fonte e riferibilità del presupposto (p. 234). In tale ottica, la tassazione dei redditi del trust in capo allo stesso si impone come ipotesi meramente residuale necessitata da ragioni squisitamente tecniche (p. 236ss.).

¹²¹ In tal senso G. Melis, *Trasferimento della residenza cit.*, 191ss.; G. Frasoni, *La territorialità cit.*, 261ss.

¹²² Vedi M. Esposito, *Profili costituzionali dell'autonomia privata, cit.*, 166.

sone fisiche è ora possibile passare all'analisi degli elementi essenziali previsti dalle norme in materia di residenza fiscale degli enti soggetti passivi Ires e rilevare il rapporto tra essi e il principio di territorialità.

I. IV.III.I Segue: la sede legale.

Analogamente a quanto disposto nell'art. 2 co.2 Tuir, l'art. 73 co.3 Tuir formula tre requisiti tra loro alternativi ciascuno dei quali, se verificato nell'arco di tempo che la norma considera rilevante, è in grado da solo di determinare l'assoggettamento a tassazione in Italia dei redditi ovunque prodotti dalla società. In base a quanto disposto dal citato articolo, si considerano residenti nel territorio dello Stato "le società e gli enti che per la maggior parte del periodo d'imposta hanno la sede legale o la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale nel territorio dello Stato". Poiché ciascuno di questi elementi è idoneo, da solo, a stabilire quel legame con l'ordinamento di intensità tale da legittimare l'estensione delle pretese impositive dello Stato al reddito ovunque prodotto dal soggetto, è necessario procedere ad una valutazione isolata di ciascuno di questi requisiti per vagliarne la relazione con il principio di territorialità.

Il primo criterio è costituito dalla "sede legale" e, al pari del requisito dell'iscrizione anagrafica rilevante ai fini dell'individuazione della residenza fiscale delle persone fisiche, si distingue dagli altri criteri indicati dall'art. 73 co.3 del Tuir in quanto costituisce un dato meramente formale. Non ci sembra però possibile ripetere, per questo criterio, i dubbi di legittimità costituzionale sollevati per il primo¹²³. Come è noto, per "sede legale" si intende quella risultante dallo statuto delle società ed enti costituiti secondo una delle tipologie previste dal codice civile; si rileva, infatti, che tale criterio opera soltanto per le società e gli enti dotati di personalità giu-

¹²³ Estende le critiche di coerenza costituzionale E. Iacone, op. cit., 175, il quale sottolinea che il legislatore è stato indotto a valorizzare un dato meramente formale allo scopo di facilitare l'attività di accertamento da parte dell'amministrazione finanziaria, alla luce delle stesse considerazioni che lo hanno indotto a valorizzare l'autonomia concettuale dell'iscrizione anagrafica.

ridica tenuti ad indicare la loro sede nell'atto costitutivo e per gli altri enti che l'abbiano comunque determinata in tale atto¹²⁴. E' necessario ricordare che, a differenza dell'iscrizione anagrafica, la determinazione della sede legale costituisce una manifestazione della volontà negoziale rilevante per l'ordinamento per almeno due profili: in primo luogo, "in quanto manifestazione dell'autonomia negoziale in sé, perché essa, per essere efficace, deve corrispondere ad una previsione dell'ordinamento e risultare esercitata secondo le regole ivi stabilite. In secondo luogo, perché tale scelta cade su un elemento costitutivo dell'ente che vale ad identificare anche l'ordinamento secondo il quale esso potrà dirsi esistente e, quindi, quello in base alle cui regole sarà di norma valutata, anche rispetto agli ordinamenti stranieri l'idoneità in sé dell'ente a porre in essere qualunque altro atto"¹²⁵. Possiamo concludere quindi che la sede legale rappresenta un criterio di collegamento effettivo con l'ordinamento in quanto individua il luogo nel quale il rapporto economico che prende forma nel contratto societario risulta giuridicamente localizzato alla luce di una determinazione volontaristica dei partecipanti al contratto sociale¹²⁶.

I. IV.III.II. (segue): la sede dell'amministrazione.

Per quanto riguarda gli altri due requisiti, sebbene il legislatore non abbia inserito nell'art. 73 Tuir un rinvio esplicito, ha comunque inteso riallacciarsi nella sostanza al duplice criterio di collegamento contenuto nell'art. 25 l. n. 218/1995 ("Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato"), nel quale, appunto, si legge che "le società, le associazioni, le fondazioni ed ogni altro ente, pubblico o privato, anche se privo di natura associativa, sono disciplinati dalla legge dello Stato nel cui territorio è stato perfezionato il procedimento di costituzione. Si applica, tuttavia, la legge italiana se la sede dell'amministrazione è situata in Italia, ovvero, se in Italia si trova l'oggetto principale di tali enti". Partendo dall'analisi della "sede del-

¹²⁴ Così R.Schiavolin, *I soggetti passivi*, cit., 103.

¹²⁵ Così G. Frasoni, *La territorialità nel diritto tributario*, cit., 363.

¹²⁶ In questo senso G. Melis, op. cit., 207.

l'amministrazione", sembra giustificata la scelta di mutuare le conclusioni raggiunte dalla dottrina internazional-privatistica, la quale appare sostanzialmente unanime nell'individuare nel luogo nel quale viene effettivamente esercitata l'attività di gestione amministrativa, ovvero il luogo dal quale provengono gli impulsi volitivi inerenti all'attività di amministrazione della società¹²⁷. La dottrina tributaria tende, infatti, ad aderire a questa impostazione laddove afferma che per sede dell'amministrazione deve intendersi non tanto il luogo di effettivo svolgimento dell'oggetto sociale, quanto piuttosto "il luogo in cui si forma la volontà relativa agli atti rientranti nella sfera di competenza propria dell'organo amministrativo"¹²⁸; donde la valorizzazione del luogo nel quale abitualmente si incontrano gli amministratori per definire le linee direttive dell'impresa ovvero per organizzare e dirigere la gestione sociale dell'ente¹²⁹; mentre è comune l'affermazione dell'impossibilità di identificare la sede dell'amministrazione con la residenza o il domicilio dei singoli amministratori ovvero della maggioranza degli stessi¹³⁰.

La giurisprudenza civilistica ha, a sua volta, fatto proprio tale indirizzo prevalente della dottrina sottolineandone soprattutto il carattere di criterio sostanziale. Già in una sentenza risalente si legge che per sede di direzione effettiva deve intendersi "il luogo in cui essa [la società] svolge la sua prevalente attività direttiva ed amministrativa per l'esercizio dell'impresa, cioè il centro effettivo dei suoi interessi, dove la società vive ed opera, dove si trattano gli affari e dove i diversi fattori dell'impresa vengono organizzati e coordinati per l'esplicazione e il raggiungimento dei fini sociali"¹³¹. Un'accurata analisi del criterio in questione¹³² e delle problematiche

¹²⁷ Sul punto si veda, ex pluribus, T. Ballarino, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte speciale*, Torino, 1997, 363ss.

¹²⁸ G. Zizzo, *Reddito delle persone giuridiche*, in Riv. dir. trib. 1994, I, 650. Si veda inoltre G. Marino, *La residenza nel diritto tributario*, Padova, 1999, 104 ss.; R. Schiavolin, *I soggetti passivi*, in AA.VV., *L'imposta sul reddito delle persone giuridiche*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto tributario*, a cura di F. Tesaro, Torino, 1996, 99 ss.; C. Sacchetto, *L'imposta sul reddito delle persone giuridiche*, in *Trattato di diritto tributario* a cura di A. Amatucci, Padova, IV, 1994, 99ss.; C. Garbarino, *La tassazione del reddito transnazionale*, Padova, 1990, 186ss.

¹²⁹ Così G. Marino, op. cit., 118.

¹³⁰ G. Novara, *Residenza di enti e società nell'imposizione personale sui redditi*, Boll. Trib., 1990, 20.

¹³¹ Così Cass. 22 gennaio 1958, n. 136, riportata dall'Agenzia delle Entrate nella circ. n. 28/E del 4 agosto 2006. Per una analisi e una sintesi dei diversi orientamenti della giurisprudenza civilistica in merito a quali circostanze reputare decisive ai fini dell'individuazione del luogo in cui si svolge l'attività di direzione amministrativa della società si veda G. Melis, *Trasferimento*, cit., 208-209, nota 247.

che esso pone in connessione con il nuovo scenario di globalizzazione economica sarebbe sicuramente estranea all'economia della nostra indagine¹³³.

Ai fini della presente indagine preme invece richiamare brevemente quanto affermato da una delle poche decisioni giurisprudenziali che si sono occupate dello specifico problema: Comm. Trib. Centr., sez VII, 10 ottobre 1998, n. 4992¹³⁴. Si trattava di un caso in cui una società panamense aveva conferito un mandato con procura particolarmente ampia in relazione allo svolgimento dell'attività d'impresa che caratterizzava la società. La Commissione Centrale ha ritenuto in primo luogo di riqualificare il mandatario come institore della società panamense, preposto

¹³² Uno specifico problema si presenta in relazione alle dinamiche proprie dei gruppi societari per la necessità avvertita e ribadita dalla dottrina di distinguere concettualmente l'attività di indirizzo gestionale che costituisce prerogativa tipica del controllo societario con l'attività di direzione rilevante ai fini dell'individuazione della sede dell'amministrazione della società controllata. Si veda sul punto E. Iascone, *La residenza fiscale delle società: il caso delle holding di partecipazioni*, Riv. Dir. Trib., 2008, 178, il quale afferma che le due attività sono concettualmente differenti in quanto: «(i) la prima è rivolta a garantire che la società controllata svolga in maniera efficace le funzioni ad essa assegnate nell'ambito del gruppo di appartenenza, quasi come fosse parte di un progetto imprenditoriale più ampio, da attuarsi sotto la supervisione dei vertici amministrativi del gruppo ... (ii) la seconda attiene, invece, alla individuazione dei "percorsi" imprenditoriali che consentano alla singola entità giuridica di conseguire gli obiettivi economici ad essa assegnati dalla controllante e partecipare, in tal modo, alla realizzazione del più ampio disegno economico definito a livello di gruppo». Restano in ogni caso, le difficoltà connesse con l'individuazione del limite oltrepassato il quale l'ingerenza da parte della controllante nelle attività della controllata, sia tale da usurpare le prerogative gestionali degli organi societari della controllata in modo tale da determinare l'attrazione della residenza della controllata nello Stato di residenza della controllante. Per tali rilievi si veda G. Melis, op. cit., 214.

In senso conforme si è mossa Comm. Trib. Reg. di Firenze, 3 dicembre 2007 – 18 gennaio 2008, n.61, in Riv. Dir. Trib., V, 163ss., con nota di E. Iascone, cit.

¹³³ Si deve osservare che il riferimento alla "sede di direzione" richiama intuitivamente il luogo dove si trova la persona fisica o dove si trovano le persone fisiche che esercitano tale direzione. Tradizionalmente, il luogo ove sono assunte le più importanti decisioni gestionali che interessano l'attività della società coincide con quello ove si riunisce l'organo amministrativo della società o, al limite, con il luogo di residenza degli amministratori. La facilità degli spostamenti e il progresso delle tecnologie della comunicazione consentono di collocare detta attività (che ricordiamo è circoscritta alla funzione di direzione strategica e di indirizzo gestionale) nel luogo giudicato più conveniente dal punto di vista fiscale. Se il riferimento all'attività di alta amministrazione impone di guardare agli amministratori, costoro ben potrebbero dimostrare che la volontà si è formata contemporaneamente in più luoghi diversi o, addirittura, in nessun luogo, in quanto il consiglio di amministrazione si è riunito *on line*. Sulla questione si veda il documento dell'OCSE, *The impact of the Communications Revolution on the Application of "Place of effective Management" as a Tie-Breaker Rule*, febbraio 2001.

In proposito, è stato osservato che la crisi segnalata è superabile in due direzioni: o muovendo verso il livello del controllo, e quindi dei soci, con il conseguente rischio di una sovrapposizione di piani soggettivi distinti; oppure muovendo verso il livello inferiore rappresentato dalla gestione operativa, con il rischio di un appiattimento sul criterio dell'oggetto principale (Così G. Zizzo, *L'imposta sul reddito delle società*, cit., 261).

¹³⁴ In Riv. Dir. Trib., 1998, IV, 164ss., con nota di A. Manzitti, *Considerazioni in tema di residenza fiscale delle società*. Oltre a questa si veda Comm. Trib. Prov. Belluno, sez. I, 14 gennaio 2008, n. 173 e n. 174, in Riv. Dir. Trib., 2008, III, 89ss. con nota di I. Caraccioli, *Applicazioni giurisprudenziali tributarie dell'«esterovestizione»: preliminari considerazioni penalistiche a futura memoria*.

all'esercizio dell'impresa ai sensi degli artt. 2203 ss. c.c.. Detto ciò, procedeva affermando che la residenza fiscale della società doveva identificarsi con la "sede dell'istitutore" e che poiché l'amministratore «ha svolto la sua attività di direzione amministrativa e di gestione imprenditoriale stabilmente e continuativamente nella sua residenza, in Napoli, è giocoforza concludere che questa era la sede amministrativa ed il centro dell'attività imprenditoriale della società».

Il profilo di diritto che la Commissione privilegia nella propria argomentazione è dato dal carattere della "effettività" riferito a tale sede¹³⁵. Nella misura in cui tale requisito postula un'indagine fattuale avente ad oggetto l'individuazione del luogo di svolgimento dell'attività direzionale svincolata da qualunque predeterminazione di carattere formalistico, è possibile sostenerne l'idoneità ad individuare un adeguato indice di appartenenza all'ordinamento, così come rilevante ai fini della riferibilità del dovere di contribuzione.

I. IV.III.III. (segue): l'oggetto principale.

L'ultimo elemento rilevante per l'individuazione della residenza fiscale previsto dall'art. 73 Tuir è dato dal luogo in cui è localizzato l'oggetto principale (*dell'attività d'impresa* ndr). Nell'accezione consolidata in dottrina esso va inteso come attività economica prevalentemente esercitata per conseguire lo scopo sociale¹³⁶. Tale accezione è stata accolta anche dal legislatore che definisce l'oggetto principale come «l'attività essenziale per realizzare direttamente gli scopi indicati dalla legge, dall'atto costitutivo o dallo statuto» (art. 73 co. 4 Tuir).

Anche questo criterio di collegamento, al pari di quello rappresentato dalla localizzazione della sede dell'amministrazione costituisce un criterio sostanziale e

¹³⁵ Vedi A. Manzitti, op. cit., 184.

¹³⁶ Si veda per la dottrina civilistica E. Simonetto, *Delle società costituite all'estero ed operanti all'estero (artt. 2498-2510)*, in *Commentario al codice civile*, a cura di Scialoja e Branca, Bologna-Roma, 1976, 393ss. Per la dottrina tributarista G. Melis, *La residenza fiscale dei soggetti ired e l'inversione dell'onere probatorio di cui all'art. 73 commi 5-bis e 5-ter Tuir*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2007, 782ss.; Id., *Trasferimento della residenza fiscale e imposizione sui redditi*, cit., 223ss.

pertanto postula un accertamento di fatto¹³⁷, il quale diviene particolarmente problematico nei casi nei quali l'impresa svolga la propria attività in più stati. Infatti, il requisito della principalità postula lo svolgimento di una valutazione di carattere quantitativo al fine di stabilire se l'attività svolta nel territorio dello Stato sia prevalente rispetto all'attività complessivamente svolta altrove¹³⁸ e di carattere qualitativo volta ad accertarsi che l'attività svolta in Italia non sia meramente accessoria o ausiliaria rispetto a quella svolta altrove.

In termini generali possiamo osservare la complessiva ragionevolezza di tale criterio, sicuramente idoneo, attesi i suoi connotati normativi (segnatamente, l'effettività e la prevalenza) a testimoniare un interesse del soggetto passivo alla vita della comunità organizzata.

Tale coerenza con i principi costituzionali mostra invece il fianco a critiche nel caso in cui si proceda all'identificazione dell'oggetto dell'attività con i beni dell'impresa. La ragionevolezza di un criterio di collegamento deve essere vagliata avendo presenti due profili: il primo è rappresentato dall'attitudine delle circostanze prescelte a individuare un effettivo legame di appartenenza con la collettività di riferimento; il secondo è dato dalla coerenza con il presupposto d'imposta¹³⁹. Invero, se

¹³⁷ Tale profilo è evidenziato anche dall'Assonime nella Circ. n. 67 del 31 ottobre 2007, nella quale si afferma che «ai fini della localizzazione dell'oggetto principale, è opinione unanimemente condivisa che si debba tenere in considerazione non tanto l'attività statutaria quanto l'attività effettivamente esercitata dalla società o ente (così l'art. 72, comma 5 del Tuir; la Circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 12/E del 21 febbraio 2003 e, più recentemente, la Circolare n. 28/E del 4 agosto 2006)».

Un accenno meritano i commi 4 e 4-bis dell'art. 73 Tuir, in base ai quali, rispettivamente, «l'oggetto esclusivo o principale dell'ente residente è determinato in base all'atto costitutivo o allo statuto se esistenti in forma di atto pubblico o di scrittura privata autenticata o registrata» e che «in mancanza dell'atto costitutivo o dello statuto nelle predette forme, l'oggetto principale dell'ente residente è determinato in base all'attività effettivamente esercitata nel territorio dello stato; tale disposizione si applica in ogni caso agli enti non residenti».

La questione in ordine alla necessità di accordare o meno rilevanza all'elemento formale deve ormai essere risolta in senso negativo a seguito dell'aggiunta dell'aggettivo "residente" al termine "ente" da parte del d.lgs. 460/1997. Con tale aggiunta è stato, infatti, chiarito che l'indagine formale è prescritta dal legislatore solo ai fini della determinazione della commercialità dell'ente il quale è già stato qualificato come residente o non residente (Cfr. G. Melis, trasferimento della residenza, cit., 231).

¹³⁸ G. Melis, *Trasferimento*, cit., 224 fa notare le specifiche difficoltà probatorie che potrebbe trovarsi ad affrontare un contribuente che decidesse di trasferire dall'Italia la propria residenza senza per questo abbandonare lo svolgimento di un'attività d'impresa nel territorio. Infatti, alla luce del requisito dell'oggetto principale il trasferimento sarebbe condizionato dalla possibilità di qualificare come sede secondaria quella italiana che andrebbe a costituire una stabile organizzazione del soggetto non residente.

¹³⁹ In tal senso G. Frasoni, *La territorialità nel diritto tributario*, cit., 310. Secondo l'a., la disciplina territoriale di ciascun istituto tributario deve essere soggetta ad una duplice serie di vincoli: «da un lato, il

il presupposto è dato dal possesso del reddito d'impresa, è necessario non privilegiare l'aspetto dinamico dello svolgimento dell'attività imprenditoriale. Pertanto, l'indagine attorno all'oggetto principale deve essere effettuata, così come raccomandato dalla dottrina¹⁴⁰, avendo presente la dicotomia che intercorre tra il luogo in cui si svolge l'attività d'impresa e il luogo in cui sono localizzati i beni della stessa¹⁴¹.

limite territoriale deve essere, al tempo stesso, stabilito con riferimento a situazioni idonee ad evidenziare l'appartenenza dei soggetti ad una determinata comunità organizzata e coerente con l'insieme dei criteri di appartenenza complessivamente adottati nel sistema tributario, dall'altro, le situazioni di fatto che individuano il limite devono essere coerenti con la *ratio* e la struttura del singolo tributo».

¹⁴⁰Si veda A. Manzitti, *Considerazioni in tema di residenza fiscale delle società*, cit., 181; M. Piazza, *Guida alla fiscalità internazionale*, Milano, 2007, 19.

¹⁴¹Le considerazioni svolte acquistano articolare rilevanza quando si tratta di determinare la localizzazione dell'oggetto principale di una società di *holding*. Abbiamo già trattato in una nota precedente della necessità di distinguere l'attività di indirizzo gestionale di prerogativa della controllante dall'attività di amministrazione rilevante ai sensi dell'art. 73 ai fini dell'individuazione della sede dell'amministrazione. Analogamente, per quanto riguarda l'oggetto principale, non si deve incorrere nell'errore di localizzarlo nel luogo di residenza delle società nelle quali si detengono le partecipazioni (eventualmente) di controllo. Sul punto si veda Cass. sez. trib., 11 giugno 2007, n. 13579 in Riv. Dir. Trib., V, 2008, 137ss., con nota di M. Antonini, *Brevi riflessioni in merito alle interrelazioni tra rapporti di controllo, oggetto principale e stabile organizzazione*. Nel caso sottoposto alla Corte si trattava di stabilire se dovessero considerarsi "esistenti nello Stato" ai fini dell'imposta sulle successioni, quote di partecipazione in una società residente in Svizzera che a sua volta deteneva una partecipazione di controllo in una società italiana. Posto che, ai sensi del co. 2 dell'art. 2, d.p.r. 637/1972 si considerano "in ogni caso esistenti nello Stato: ... b) Le azioni o quote di società, nonché le quote di partecipazione in enti diversi dalle società, che hanno nel territorio dello Stato la sede legale o la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale", per la soluzione della controversia era essenziale stabilire se l'attività di *holding* svolta dalla società Svizzera dovesse considerarsi svolta nel territorio italiano. Secondo l'amministrazione finanziaria, il luogo di residenza della società partecipata era di per sé condizione sufficiente per ritenere localizzato in Italia l'oggetto principale della controllante. La Corte di Cassazione ha respinto questa ricostruzione interpretativa per affermare che il controllo della partecipata in sé non era sufficiente e che l'a.f. avrebbe dovuto offrire altri elementi di merito per accertare che si trattasse di un «sodalizio avente sede amministrativa o oggetto principale dell'attività d'impresa in Italia».

Sempre in tema di oggetto principale delle società di holding si veda E. Iacone, op. cit., 181, secondo il quale l'"oggetto principale" non può costituire un criterio adeguato per verificare l'esistenza di un radicamento materiale della società con un determinato territorio perché l'attività di holding si caratterizza per l'assenza di una vera e propria "sostanza" economica in relazione alla quale effettuare l'accertamento. Si veda anche G. Melis, op. cit., 229, secondo cui depone a favore della svalutazione del suddetto criterio anche il fatto che il d.l. 223/2006, nel formulare la presunzione di residenza nei confronti delle società di holding si sia posizionato esclusivamente sul piano della sede dell'amministrazione, dando così per scontata l'irrelevanza dell'oggetto principale.

Di avviso contrario si è mostrata l'Agenzia delle Entrate nella Circ. n. 48/E del 6 agosto 2007 dove si può leggere che «se l'oggetto del trust (bene vincolato nel trust) è dato da un patrimonio immobiliare situato interamente in Italia, l'individuazione della residenza è agevole; se invece i beni immobili sono situati in stati diversi occorre fare riferimento al criterio della prevalenza. Nel caso di patrimoni mobiliari o misti l'oggetto dovrà essere identificato con l'effettiva e concreta attività esercitata». Questa conclusione non può certo ritenersi condivisibile soprattutto considerando che il mero possesso di un immobile non è neppure idoneo a qualificare una stabile organizzazione (M. Antonini, op. cit., 151). Si consideri tuttavia che, come osserva G. Frasoni, *La residenza del trust*, cit., 2585, il trust è, di regola, un ente non commerciale e pertanto estraneo all'ambito di applicazione della disposizione in esame, la quale risulterebbe quindi pressoché irrilevante.

I. IV.IV. Segue: conclusioni.

Tirando le fila dell'indagine condotta in merito agli elementi costitutivi della residenza fiscale rilevante ai fini IRPEF ed IRES possiamo rilevare che, eccezion fatta per il requisito dell'iscrizione anagrafica per le persone fisiche, ciascuno degli elementi formulati dal legislatore è idoneo, anche alla luce dell'interpretazione che ne viene data in dottrina e giurisprudenza ad individuare un radicamento significativo del soggetto passivo dell'imposizione nella comunità di riferimento tale da giustificare l'estensione della tassazione a tutti i redditi posseduti dallo stesso a prescindere dal luogo di produzione.

La disciplina giuridica della residenza contenuta negli artt. 2 e 73 Tuir sembra quindi una coerente attuazione del principio di territorialità dell'imposizione inteso quale necessario legame tra presupposto e territorio sotto forma di vincolo solidaristico determinato dalla partecipazione del soggetto dell'imposizione alla vita della collettività.

I. V. I soggetti non residenti e la territorialità. I criteri di collegamento: profili generali.

Resta ora da analizzare la disciplina dell'imposizione del soggetto non residente che svolge attività d'impresa nel territorio italiano. Prima di addentrarci nell'analisi della nozione di stabile organizzazione accolta nell'ordinamento italiano, è opportuno illustrare i principi generali che regolano l'imposizione dei non residenti nel sistema delle imposte dirette italiano.

Il principio generale alla base dell'imposizione dei non residenti è enunciato dagli articoli 3 e 151 Tuir, alla luce dei quali il reddito imponibile complessivo dei soggetti passivi irpef e ires non residenti è formato esclusivamente dai redditi "prodotti nel territorio dello Stato". In altre parole, in base al criterio della territorialità.

I criteri di collegamento¹⁴² al perfezionarsi dei quali i singoli elementi reddituali si considerano prodotti nel territorio dello Stato sono individuati positivamente dal legislatore nell'art. 23 Tuir¹⁴³. Un'analisi dettagliata della disposizione sarebbe, per le ragioni già chiarite, ultronea rispetto al tema della nostra indagine, la quale deve circoscriversi al vaglio della complessiva razionalità della disciplina in questione sotto il duplice profilo della coerenza con i principi costituzionali in ordine alla corretta riferibilità soggettiva del dovere contributivo e della coerenza tra intensità del legame di appartenenza con la collettività e presupposto d'imposta.

Da questo punto di vista sembra possibile, prima di tutto, affermare che tutti i criteri di collegamento formulati dal legislatore tributario sono riconducibili a tre categorie generali: localizzazione del cespite produttivo di reddito; luogo di esercizio dell'attività e luogo di residenza del soggetto che eroga il reddito¹⁴⁴.

Non sembra possibile dubitare del fatto che le circostanze tipizzate dal legislatore rispetto a ciascuno di questi criteri implicino la titolarità e l'esercizio di diritti garantiti e tutelati dall'ordinamento identificato con riferimento ad una determinata collettività¹⁴⁵. Dal punto di vista della ratio della scelta dei criteri indicati, giova

¹⁴² Tale termine, utilizzato dalla dottrina di settore per trattare dei criteri di localizzazione tipizzati dal legislatore è, come noto, mutuato dal diritto internazionale privato. In ambito tributaristico però l'espressione "criteri di collegamento" ha un senso del tutto diverso: mentre nel diritto internazionale privato il criterio suddetto ha la funzione di immettere nell'ordinamento norme provenienti da altri Stati, "i criteri di collegamento tributari non rinviano ad alcuna norma straniera, ma si limitano a delimitare la sfera d'applicazione del tributo nazionale. In genere le norme interne in tema di territorialità prescindono dal trattamento che lo stesso presupposto può eventualmente ricevere da parte di norme tributarie straniere" (così R. Lupi, *Territorialità del tributo*, in *Enc. Giur.*, XXXI, Roma, 1994, 3).

¹⁴³ Per quanto concerne le società ed enti commerciali il presupposto territoriale in relazione all'applicazione dell'imposta è ampliato dall'art. 151, co. 2 in relazione a tre ipotesi:

- 1) I redditi indicati nell'art. 23, tenendo conto, per i redditi d'impresa, anche delle plusvalenze e delle minusvalenze dei beni destinati o comunque relativi alle attività commerciali esercitate nel territorio dello stato, ancorché non conseguite attraverso le stabili organizzazioni;
- 2) Gli utili distribuiti da società ed enti di cui alle lettere a) e b) del comma 1 dell'articolo 73;
- 3) Le plusvalenze indicate nell'articolo 23, comma 1, lettera f).

Nessuna di queste tre estensioni introduce alcuna innovazione o deroga con riguardo alla disciplina generale della localizzazione dei redditi nel territorio italiano: sub 1) si tratta di una applicazione del principio della forza di attrazione della stabile organizzazione; mentre, nei casi 2) e 3) siamo in presenza di meri chiarimenti in ordine all'applicazione del principio di territorialità, tanto che alcuni hanno ritenuto tale parte dell'art. 151, co. 2 pleonastica (Cfr. S. Mayr, *Riforma Tremonti: le società commerciali residenti con o senza stabile organizzazione in Italia*, *Boll. Trib.*, 2003, 1223).

¹⁴⁴ Si veda R. Lupi, *Territorialità del tributo*, cit., 5ss.

¹⁴⁵ Cfr. G. Franson, *La territorialità nel diritto tributario*, cit., 373.

ricordare che l'applicazione dell'imposta reddituale nei confronti dei non residenti si connota per la perdita di ogni elemento di personalità dell'imposizione; in altre parole, rileva per la sua realtà. A tale proposito è possibile evidenziare che ciascuna delle tre tipologie di collegamento fa "riferimento ad un profilo della vicenda costitutiva delle variazioni patrimoniali che ... costituiscono l'oggetto del tributo"¹⁴⁶.

Un altro profilo evidenziato dalla dottrina¹⁴⁷ che merita di essere sottolineato è come ciascuno dei criteri di collegamento presupponga, a sua volta, per la relativa applicazione un ulteriore criterio di collegamento "integrativo" con riguardo al bene, all'attività oppure al territorio. Questo profilo della disciplina è particolarmente evidente nei casi in cui la connessione risulta espressamente regolata; si pensi alla localizzazione dei debitori che è determinata secondo la relativa residenza (art. 23, co. 1, lett. b)) determinata, a sua volta, ai sensi degli artt. 2 e 73 Tuir; oppure la disciplina delle situazioni in relazione alle quali una partecipazione si considera esistente nel territorio dello Stato, anch'essa ancorata alla residenza della partecipata (art. 23, co. 1, lett. f)). Lo stesso vale però anche laddove il criterio integrativo non è disciplinato ma è comunque ricostruibile dall'interprete come nel caso dei beni immobili o dell'attività di lavoro autonomo o dipendente. Proprio in merito al criterio di localizzazione relativo all'attività esercitata, il più importante in proposito è quello relativo all'attività d'impresa, la quale, come noto, si considera esercitata nello Stato se ivi svolta tramite una stabile organizzazione.

I. V.I. (segue): la stabile organizzazione.

La disciplina relativa alla determinazione della base imponibile di una società o ente commerciale non residente con stabile organizzazione nel territorio dello Stato è contenuta nell'art. 152 co. 1 Tuir, il quale prevede che il reddito complessivo sia determinato secondo le disposizioni del capo II (determinazione del reddito delle so-

¹⁴⁶ G. Frasoni, La territorialità nel diritto tributario, cit., 374.

¹⁴⁷ G. Frasoni, op. cit., 374ss.

cietà di capitale e degli enti commerciali residenti in Italia), sulla base di un apposito conto dei profitti e delle perdite relativo oltre che alle attività esercitate nel territorio dello Stato mediante le stesse stabili, anche a tutte le «altre attività produttive di redditi imponibili in Italia».

L'imposizione dei soggetti non residenti dotati di stabile organizzazione nel territorio dello Stato avviene quindi alla luce del principio della determinazione unitaria del reddito complessivo secondo le regole del reddito d'impresa. L'effetto della norma contenuta nell'art. 152, co. 1 è quindi quello di "riqualificare" come redditi d'impresa tutti quei redditi prodotti nel territorio italiano ai sensi dell'art. 151, co. 2¹⁴⁸ e, in ragione di ciò, sottrarli al regime del trattamento isolato del reddito che caratterizza l'imposizione dei non residenti privi di stabile organizzazione¹⁴⁹.

La disciplina ora accennata rende evidente l'affermazione della dottrina secondo cui la stabile organizzazione è un "quasi soggetto", a metà strada tra semplice criterio di collegamento e soggetto passivo d'imposta¹⁵⁰.

Parte della dottrina ha infatti evidenziato come la rilevanza dei singoli atti di esercizio dell'impresa ai fini delle imposte sui redditi non sia determinata dall'esistenza di una stabile organizzazione; che i criteri di collegamento sono esclusivamente elementi di collocazione e non di qualificazione del reddito¹⁵¹ e che, anche se oggetto di un regime di trattamento isolato e quindi inquadrati in una singola categoria reddituale, tali redditi restano riconducibili alla categoria del reddito d'impresa (s'intende, quando conseguiti da società o ente commerciale). La presenza di una stabile organizzazione permette piuttosto di prendere in considerazione

¹⁴⁸ Come chiarisce la Relazione governativa, tale regola si applica nei limiti in cui opera il principio di territorialità. Ciò significa che prima di includere nella base imponibile della stabile organizzazione un determinato elemento reddituale è necessario stabilire che esso sia stato prodotto in Italia alla luce dei criteri di collegamento elencati dall'art. 23 Tuir.

¹⁴⁹ Si consideri però che esistono alcuni redditi derivanti da altre attività produttive di redditi imponibili in Italia, nel senso fatto proprio dall'art. 152, co. 1, sono assoggettate a tassazione separatamente tramite imposta sostitutiva anche se conseguiti nell'esercizio di imprese commerciali. Si tratta di : compensi di lavoro autonomo (art. 25, co. 3 d.p.r. 600/1973), royalties (art. 25 co. 5, d.p.r. 600/1973), redditi di capitale (art. 26, co. 5, d.p.r. 600/1973).

Per una ricostruzione della disciplina in questione si veda M. Piazza, *Guida alla fiscalità internazionale*, cit., 293ss.

¹⁵⁰ Si veda F. Gallo, *Contributo all'elaborazione del concetto di "stabile organizzazione" secondo il diritto interno*, Riv. Dir. Fin. Sc. Fin., 1985, 385ss.

¹⁵¹ R. Schiavolin, I soggetti passivi, cit., 78.

l'attività nel suo complesso e, quindi, di apprezzarla (e conseguentemente tassarla), in termini di risultato "complessivo"¹⁵².

Si rileva inoltre, che, in ragione di tale mutamento di prospettiva, l'attività di scambio nella quale si sostanzia l'esercizio dell'attività d'impresa, «cessa di rilevare come mero atto di redistribuzione di beni e servizi, per venire in considerazione, rispetto all'ordinamento, come momento di creazione di ricchezza, realizzandosi quel passaggio dallo scambio come erogazione allo scambio come produzione che, secondo la dottrina più accreditata, individua il campo materiale di applicazione dell'art. 41 Cost.»^{153 154}.

Le considerazioni appena esposte sembrano deporre a favore dell'opportunità avanzata da parte della dottrina, di fornire un'interpretazione adeguatrice della nor-

¹⁵² In tal senso G. Frasoni, *La territorialità nel diritto tributario*, cit., 385.

¹⁵³ *Ibidem*, 387.

¹⁵⁴ In proposito, si impone un'annotazione in merito ai rapporti tra la definizione di stabile organizzazione elaborata nell'ambito del modello di convenzione OCSE e nelle singole convenzioni bilaterali, con la definizione «interna» recepita dal nostro ordinamento. Nella prospettiva adottata, i criteri di collegamento formulati dal legislatore nazionale hanno lo scopo di individuare un legame con l'ordinamento che sia tale da evidenziare un interesse effettivo alla vita della comunità organizzata; e quindi, al pari degli indici di capacità contributiva, ad individuare il corretto riparto dell'obbligo contributivo tra la totalità dei contribuenti. Diversamente, nell'ambito delle convenzioni bilaterali, i criteri di collegamento individuano regole di riparto tra la potestà impositiva degli stati contraenti, al fine di conseguire quello scopo che è proprio di tali atti normativi: l'eliminazione della doppia imposizione internazionale (si veda A. Fantozzi – K. Vogel, *Doppia imposizione internazionale*, Dig. Disc. Priv., Sez. comm., V, Torino, 1990, 190). Tanto che è consueta la constatazione secondo cui tali trattati non presentano mai la formulazione di fattispecie impositive, ma contengono, viceversa, solo limitazioni alla potestà impositiva di ciascuno dei contraenti, per cui, potrebbe accadere che, anche al verificarsi di un criterio di collegamento previsto da una convenzione, il c.d. "Stato della fonte" non proceda alla tassazione del reddito perché il medesimo criterio di collegamento non è previsto dalla normativa interna e quindi il reddito non è ritenuto «prodotto nel territorio dello Stato». In proposito si veda K. Van Raad, *Five fundamental rules in applying tax treaties*, in *Liber Amicorum Luc Hinnekens*, Bruxelles, 2002, 588, che afferma efficacemente: «Taxation is based on internal tax law while a tax treaty may restrict such taxation. The issue is therefore not whether a tax treaty contains any rule that *permits* the imposition of tax, but whether anything in the treaty *prohibits* the unrestricted application of the internal tax law».

La rilevanza del commentario e del modello di convenzione OCSE ai fini dell'applicazione delle convenzioni internazionali è, come noto, uno degli argomenti più controversi del diritto tributario internazionale e sul quale né la dottrina né la giurisprudenza mostrano di aver raggiunto un accordo. Le tesi sostenute in dottrina oscillano tra l'inclusione del commentario nella norma di cui all'art. 31 par. 2 della Convenzione di Vienna sull'interpretazione dei trattati del 1979, quale "strumento stabilito da una o più parti in occasione della conclusione del trattato e accettato da altre parti" (Cfr. Melis, *L'interpretazione delle convenzioni internazionali sul reddito e sul patrimonio*, *Rass. Trib.*, 1995, 1992); ovvero sostengono la rilevanza giuridica in ragione del principio di acquiescenza in ragione del legittimo affidamento ingenerato negli altri stati membri dell'Ocse dal fatto di non aver apposto osservazioni al commentario quando possibile (Cfr., per le varie tesi, AA.VV., *Legal status of the OECD commentaries – in search of the holy grail of International tax law*, *Bull. for Int. Tax.*, 2007, 339ss.). La giurisprudenza italiana si è mostrata ondivaga sul punto, vedi L. Favi, *Breve rassegna ragionata della giurisprudenza italiana in materia di interpretazione ed applicazione di convenzioni bilaterali contro le doppie imposizioni*, *Riv. Dir. Trib.*, V, 2008, 71ss.

ma di cui alla disposizione dell'art. 23, co. 1, lett. e). Da una lettura restrittiva della norma consegue che tutti i redditi realizzati nel territorio dello Stato da soggetti non residenti, titolari di redditi d'impresa, non sono soggetti ad imposizione in Italia (nel senso di una loro irrilevanza e non di una esenzione) in quanto oggetto di una presunzione assoluta di non territorialità del presupposto. In altri termini, il soggetto non residente imprenditore privo di stabile organizzazione non è assoggettabile ad imposizione, salve le deroghe espresse dal co. 2 dell'art. 23, in relazione a tutti i redditi che pure si considerano prodotti in Italia ai sensi delle altre lett. dell'art. 23 co. 1 in quanto, per il fatto di essere conseguiti da un soggetto imprenditore commerciale, tali redditi subirebbero una riqualificazione in termini di redditi d'impresa, tassabili solo in presenza di stabile organizzazione. La conseguenza di questa imposizione è che redditi che sono strettamente legati al territorio nazionale quali gli affitti, gli interessi corrisposti da residenti in Italia, le plusvalenze immobiliari su beni ubicati in Italia, sono esonerati dalle imposte italiane se percepiti da enti non residenti che si qualificano come commerciali a differenza di quanto avverrebbe nel caso si trattasse di soggetti non residenti non imprenditori.

I. VI La disciplina delle imprese estere controllate e collegate (cd. Controlled Foreign Companies legislation).

L'ultimo complesso di norme che appare essenziale analizzare nel presente capitolo è dato dalla disciplina delle imprese estere controllate e collegate. La particolare rilevanza di tale complesso di norme nell'ordinamento italiano è di estrema attualità in considerazione delle recenti modifiche introdotte dal legislatore al riguardo ed è inoltre essenziale al fine di consentire una valutazione di comparazione con le norme del sistema statunitense che saranno trattate nel capitolo III e che come vedremo in entrambe i casi rappresentano norme in antitesi rispetto ad un sistema di tassazione territoriale.

L'effetto dell'applicazione di tale normativa consiste nell'inclusione all'interno della base imponibile del soggetto residente, di un reddito posseduto da un ente «localizzato» al di fuori del territorio dello Stato. Sono evidenti, quindi, già a prima vista, le interferenze di tale disciplina con il principio di territorialità ed è quindi di grande importanza nell'economia del presente lavoro esaminare quale nozione di territorio sia stata ritenuta rilevante dal legislatore nell'elaborare tale disciplina.

Le disposizioni sulle imprese partecipate estere sono state introdotte con la legge n.342/2000 che inserì nel Tuir l'art. 127-bis. Successivamente, il d.lgs. n.344/2003 modificò tale normativa estendendone l'ambito di applicazione oltre alle imprese controllate (art. 167), anche alle imprese collegate (art. 168). Da ultimo, il D.L. n.78/2009 è intervenuto a modificare la disciplina sotto due profili: i requisiti della partecipata ai fini dell'applicazione della normativa e i requisiti per l'integrazione delle esimenti. Le citate norme prevedono che i redditi conseguiti dal soggetto estero partecipato siano imputati ai soggetti residenti in Italia in proporzione alle partecipazioni da essi detenute, indipendentemente dalla effettiva distribuzione. Infatti, dal momento che gli enti societari partecipati dal residente italiano sono soggetti giuridici completamente autonomi, in base alle regole generali, il reddito da essi prodotto non potrebbe essere assoggettato ad imposizione in Italia se non in determinate circostanze. Più precisamente, in quanto società od enti non residenti, le imprese estere partecipate costituiscono autonomi soggetti passivi a fini Ires ai sensi dell'art. 73 co.1 lett.d) e, in quanto tali, potrebbero essere tassati in Italia unicamente in relazione ai redditi «prodotti nel territorio dello Stato» ai sensi dell'art. 23 Tuir; oppure, il reddito da esse prodotto potrebbe essere tassato, in capo alla partecipante italiana, al momento della distribuzione dei dividendi. Per effetto degli articoli 167 e 168 Tuir, invece, tale reddito viene imputato per trasparenza al soggetto partecipante residente in Italia e ivi tassato al momento della sua produzione. In altre parole, la normativa in esame dà vita ad una deroga al principio del possesso del reddito e, implicitamente, al principio di territorialità.

Pare interessante, in proposito, riportare il dibattito dottrinale sviluppatosi in relazione al problema dell'individuazione della ratio della disciplina delle imprese estere controllate o collegate. Secondo parte della dottrina¹⁵⁵, lo scopo dell'imputazione del reddito conseguito dalle CFC nella formulazione originaria delle norme introdotte al riguardo risiederebbe nella volontà di evitare differimenti dell'imposizione collegati alle decisioni, assunte dalla consociata estera, di astenersi dal distribuire dividendi. In quest'ottica, gli elementi della disciplina dotati di maggiore rilevanza sistematica erano due: l'entità della partecipazione posseduta e la "localizzazione" del reddito in un paese a fiscalità privilegiata (cd. tax haven). Il primo è di importanza fondamentale perché solo una partecipazione qualificata che assicuri il controllo gestionale della società non residente consentiva di ricondurre la mancata distribuzione degli utili ad una decisione del soggetto partecipante. La localizzazione del reddito in un paese a bassa fiscalità era, invece, dirimente perché l'applicazione della disciplina delle CFCs determinava una deroga al principio generale del possesso del reddito e, conseguentemente, al principio costituzionale della capacità contributiva e tale deroga poteva essere giustificata solamente in chiave antielusiva.

Secondo altri¹⁵⁶, tramite l'introduzione di una disciplina siffatta, il legislatore avrebbe inteso colpire i redditi solo "apparentemente" prodotti oltre i confini, ma, in realtà, generati attraverso un'attività che continua ad avere il proprio centro direttivo e/o operativo nel territorio dello Stato. In primo luogo, quindi, la tassazione degli utili non distribuiti avrebbe avuto l'effetto di recuperare a tassazione redditi di fonte interna solo formalmente esteroinvestiti. In secondo luogo, le norme avrebbero avuto la funzione di colpire «comportamenti riconducibili all'area dell'interposizione reale, e dunque di imputazioni di ricchezza effettivamente volute ma al solo fine di ottenere un vantaggio fiscale»¹⁵⁷. Tale ricostruzione sarebbe, d'altra parte, coerente con alcuni dati testuali delle disposizioni in esame; particolarmente: la circostanza

¹⁵⁵ D. Stevanato, *Controlled Foreign Companies: concetto di controllo e imputazione del reddito*, in *Riv. dir. trib.*, 2000, 790ss..

¹⁵⁶ R. Cordeiro Guerra, *Riflessioni critiche e spunti sistematici sulla introducenda disciplina delle Controlled foreign companies (art. 127-bis del TUIR)*, in *Rass. Trib.*, 2000, 1399ss

¹⁵⁷ *Idem*, 1406.

che il primo comma dell'art.127-bis facesse riferimento ai «redditi conseguiti dal soggetto partecipato» e non al dividendo economicamente spettante al socio controlante e, inoltre, il fatto che la normativa prevedesse, quale circostanza esimente, la possibilità di poter fornire la prova che l'attività svolta fosse un'attività commerciale o industriale effettiva, prescindendo, quindi, dall'eventuale differimento dell'imposizione.

Secondo altra parte della dottrina¹⁵⁸, per il corretto inquadramento sistematico della disciplina occorrerebbe esaltarne non tanto e non solo i profili di contrasto a dinamiche eva-elusive. Anche la disciplina italiana, infatti, sarebbe inquadrabile nel contesto di una tax policy, seguita da molti Stati che intende garantire una sostanziale parità di trattamento tra chi produce redditi all'estero e chi produce redditi nel territorio dello Stato (cd. capital export neutrality). Tale finalità di politica fiscale emergerebbe, in particolare, dall'analisi del complessivo trattamento fiscale del fenomeno della partecipazione al patrimonio o al capitale dei soggetti residenti o domiciliati in paesi aventi un regime fiscale privilegiato. A seguito della riforma del 2003, infatti, l'esimente data dalla dimostrazione che i redditi abbiano subito una tassazione congrua all'estero condiziona anche l'applicazione del regime di participation exemption di cui all'art. 87 Tuir. Per cui, qualora il contribuente, a seguito della procedura di interpello prevista dallo Statuto del contribuente, sia stato in grado di fornire la dimostrazione suddetta, i redditi della società partecipata non verranno imputati al socio residente al momento della produzione e, inoltre, potranno fruire del regime di parziale esclusione di cui agli art. 89, 59 e 47 Tuir, nonché del regime di esenzione delle plusvalenze di cui agli artt. 87, 58 e 67.

L'inquadramento della disciplina in questione nel novero delle misure volte a realizzare la parità di trattamento fiscale tra chi investe all'estero e chi investe nel territorio dello Stato è confermata dalla Ris. 27 luglio 2007 n.191/E in tema di tassazione degli utili provenienti da un paese a fiscalità ordinaria per il tramite di una so-

¹⁵⁸ R. Franzè, *Il regime di imputazione dei redditi dei soggetti partecipati residenti o localizzati in «paradisi fiscali»*, in V. Uckmar (ed.), *Diritto tributario internazionale*, Padova, 2005, 938ss.; ma si veda anche A. Ballancin, *Note ricostruttive sulla ratio sottesa alla disciplina italiana in tema di controlled foreign companies*, in *Riv. dir. trib.* (2008), 27ss.; R. Dominici, *Lo spirito della legislazione cfc e i suoi intrecci con la deducibilità dei costi verso paradisi fiscali*, in *Dial. dir. trib.* (2005), 1190ss..

cietà black listed; la quale ha riconosciuto l'applicabilità dell'esimente in esame nel caso di una società residente in Italia che controllava una società cinese per il tramite di una subholding residente in Hong Kong, il cui utile era formato esclusivamente dai dividendi distribuiti dalla società cinese¹⁵⁹.

In questa prospettiva, la scelta dello strumento dell'imputazione diretta del reddito in luogo della tassazione integrale dei dividendi, quando percepiti, e delle plusvalenze, quando realizzate, «sarebbe solo finalizzato ad avvicinare il più possibile il momento di produzione del reddito estero e quello di effettiva tassazione in Italia»¹⁶⁰. Accolta questa prospettiva, la ratio della norma diviene idonea a rendere ragione anche della estensione del suo ambito di applicazione alle ipotesi di collegamento¹⁶¹.

La disciplina delle imprese estere controllate e collegate ha subito, recentemente, diverse modifiche da parte del d.l. n.78/2009, delle quali è necessario riportare sinteticamente il contenuto al fine di verificare se abbiano comportato una variazione significativa della collocazione sistematica della disciplina. Il d. l. n.78/2009 ha modificato l'esimente contenuta nella lett. a) del comma 5 dell'art.167 Tuir. In origine tale disposizione consentiva al contribuente di sottrarsi alla disciplina dell'imputazione dei redditi conseguiti dalla di lui partecipata dimostrando che la stessa svolgesse «un'effettiva attività industriale o commerciale, come sua principale attività, nello Stato o nel territorio nel quale ha sede»¹⁶². Si osservava che l'esimente

¹⁵⁹ Ma si veda in senso contrario, seppur in una situazione analoga la Ris. 23 agosto 2007, n.235/E. Sul punto si rimanda a A. Ballancin, op. cit., 13ss..

¹⁶⁰ R. Franzè, op. cit., 940.

¹⁶¹ Si veda tuttavia, in senso fortemente critico nei confronti di tale estensione, D. Stevanato, *La delega fiscale e la CFC legislation*, in *Il fisco*, 2002, 2731.

¹⁶² Si discuteva sulla portata dell'endiadi «commerciale o industriale» con la quale il legislatore aveva inteso qualificare l'attività svolta dall'ente non residente in ordine all'integrazione dei requisiti per l'applicazione della esimente. Secondo alcuni, infatti, il termine commerciale non doveva essere inteso nell'ampio significato che riveste ai sensi dell'art.55 Tuir. In tal caso, infatti, il termine industriale, sarebbe risultato ridondante e pleonastico. L'accostamento di quest'ultimo al termine commerciale avrebbe dovuto, viceversa, veicolare un'area meno ampia di attività che, ove effettivamente svolte, avrebbero consentito di fruire dell'esimente. In particolare, ne sarebbero state escluse le attività di prestazione di determinati servizi "immateriali" e le attività assicurative e finanziarie, stante la loro maggiore volatilità. In tal senso si veda R. Lupi, *Principi generali in tema di C.F.C.*, in *Rass. trib.*, 2000, 1736ss., il quale ritiene che il termine industriale valga ad indicare l'attività manifatturiera e l'attività di prestazione di servizi industriali e che il termine commerciale salvaguardi le attività proprie delle strutture commerciali in cui

in questione non costituiva una misura agevolativa volta a favorire gli investimenti all'estero, bensì un connotato fondamentale della disciplina italiana delle CFC¹⁶³. Il fenomeno elusivo che la normativa in questione intende contrastare è, infatti, rappresentato dalla delocalizzazione dei cosiddetti passive income, vale a dire dei redditi derivanti dal godimento di capitali e altri cespiti per i quali la collocazione territoriale è indifferente¹⁶⁴. In tal senso, lo svolgimento di un'effettiva attività commerciale o industriale, rappresenterebbe una circostanza pienamente valida al fine di escludere che la società od ente collocato in paese a bassa fiscalità rappresenti un mero contenitore di cespiti generatori di passive income, nonostante il fatto che l'attività svolta non sia indirizzata ad una clientela locale. In tal senso era salutata con favore l'esclusione della menzione al «mercato globale» contenuta inizialmente nel disegno di legge governativo. A tale formula si è, invece, ritenuto di fare nuovamente ricorso in sede di redazione del decreto anticrisi con il quale è stato ristretto l'ambito applicativo dell'esimente di cui alla lett. a) alle sole società che svolgono «un'effettiva attività industriale o commerciale ... nel mercato dello Stato o territorio di insediamento». In proposito, è stato osservato, che la nuova formulazione dell'esimente non può essere considerata soltanto una più rigorosa e restrittiva definizione dell'ambito originario di applicabilità, in quanto essa determina, piuttosto, «un vero e proprio stravolgimento della normativa sulle CFC, che appare ora fondata su giustificazioni inedite e di non chiara compatibilità con i principi di fondo della tassazione societa-

viene effettuata la cessione al pubblico. *Contra* si veda R. Guerra, op. cit., 1409ss., secondo cui l'individuazione delle attività il cui svolgimento è rilevante ai fini dell'applicazione dell'esimente deve avvenire ponendo l'accento non «sul tipo di attività svolta dalla controllata, quanto sul modo di svolgimento della stessa». Inoltre, l'esclusione a priori delle attività finanziarie e assicurative determinerebbe una presunzione assoluta di comportamento elusivo di dubbia legittimità costituzionale.

Sulla questione era infine intervenuto il D.M. del 21 novembre 2001 ai sensi del cui art.5 co.3, si deve intendere ricompresa nella nozione di «attività industriale o commerciale» ogni attività d'impresa di cui all'art. 2195 c.c., quindi anche le attività bancarie, finanziarie e assicurative.

¹⁶³ Nel senso riportato nel testo si veda R. Lupi, op. cit., 1734, secondo il quale «quelle previste dall'art. 127-bis non sono esenzioni in senso tecnico, ma vere e proprie esclusioni, che esplicano cioè i principi alla base di un determinato istituto giuridico, e non derivano da esigenze estranee, sia pur meritevoli di tutela».

¹⁶⁴ Si veda A. Fantozzi, *Il diritto tributario*, Torino, 2003, 866ss. e R. Lupi, op. cit., 1733, secondo il quale il concetto di «reddito passivo» «è la pietra di paragone per comprendere una qualsiasi normativa C.F.C.».

ria in un contesto internazionale»¹⁶⁵. Nella sua nuova formulazione, infatti, la disciplina delle CFC finisce per colpire, oltre ai passive income, anche i business income.

Nell'analisi delle novità introdotte dal decreto anticrisi viene poi in rilievo l'esclusione dall'ambito di applicazione dell'esimente di cui alla lett. a) ora commentata delle società i cui proventi provengano per più della metà dalla gestione, detenzione o investimento in titoli, partecipazioni, crediti o altre attività finanziarie; dalla cessione o concessione in uso di diritti immateriali; dalla prestazione di servizi, ivi compresi quelli finanziari, intragruppo. In merito a questa esclusione, è stato rilevato che, mentre le prime due categorie di redditi costituiscono esempi di "redditi passivi", i proventi derivanti dalla prestazione di servizi rappresentano, specie se questi ultimi sono erogati da strutture produttive effettivamente radicate nel territorio, una fattispecie "genuina" di business income, la cui esclusione senza distinzione dall'area di applicazione dell'esimente desta fondati dubbi in merito alla compatibilità con il principio di eguaglianza¹⁶⁶

L'ultima novità introdotta nel 2009 è data dall'estensione del regime dell'imputazione dei redditi delle società controllate estere anche nei confronti delle società o enti residenti in paesi white listed purché la tassazione effettiva a cui il reddito è sottoposto sia inferiore al 50% della tassazione teorica nello Stato italiano e i proventi siano prevalentemente costituiti da passive income. Per come è scritta la disposizione, essa sembra imporre il confronto non tra le aliquote fiscali ma tra i livelli effettivi di tassazione, comportando, come conseguenza, la necessità di rideeterminare il reddito dell'impresa partecipata in base alla normativa italiana sul reddito d'impresa.

In relazione a quest'ultima ipotesi, quando la società o ente il cui reddito è imputato al socio italiano non è residente in un paese a fiscalità privilegiata incluso nella black list, è prevista la possibilità per il contribuente di dimostrare, sempre a seguito dell'interpello di cui all'art. 11 dello Statuto del contribuente, che

¹⁶⁵ D. Stevanato, *Delocalizzazioni produttive e metamorfosi della disciplina CFC: dalla tassazione dei «passive income» alla penalizzazione dei «business income»*, in *Dialoghi trib.*, 2009,359.

¹⁶⁶ In tal senso Idem, 361. Ma si vedano già in precedenza i dubbi espressi da R. Lupi, *Principi generali in tema di CFC*, *Rass.Trib.*, 2000, 1734 ss.

«l'insediamento all'estero non rappresenta una costruzione artificiosa volta a conseguire un indebito vantaggio fiscale».

Nell'economia del presente capitolo non riveste per noi interesse l'analisi dettagliata dei profili applicativi della disciplina in questione¹⁶⁷. Ci interessa piuttosto rilevare che, secondo l'orientamento più condivisibile, la normativa sulle CFC si configura come disciplina ispirata da motivazioni antielusive e disegnata in ossequio a un criterio di capital export neutrality. Ovvero, in altre parole, lo scopo della tassazione per trasparenza del reddito posseduto dalle società non residenti localizzate in paradisi fiscali in capo ai partecipanti italiani è quello di garantire che determinati redditi prodotti effettivamente in Italia non siano assoggettati ad una imposizione sensibilmente inferiore a quella italiana¹⁶⁸.

Per ritornare alla problematica oggetto del presente capitolo, è d'obbligo osservare che la normativa sulle imprese estere partecipate determina una deroga al principio di territorialità così come elaborato dalla dottrina tributaristica più recente. Infatti, come sottolineato in precedenza, tale principio vorrebbe che tali enti societari subiscano l'imposizione alle stesse condizioni di tutti gli altri enti non residenti e, quindi, solo in rapporto ai redditi prodotti nel territorio dello Stato, in quanto solo in relazione a tali redditi è possibile riscontrare quel collegamento tra soggetto e territorio idoneo a legittimare la riferibilità soggettiva del dovere di contribuzione. Tuttavia tale deroga ci pare giustificata in ragione delle finalità antielusive che la sorreggono. D'altra parte, la stessa nozione di territorio rilevante per la normativa in esame deve essere determinata in relazione alla finalità complessiva dell'istituto. Si afferma, infatti, che, con l'espressione "residente o localizzato" in un paese a fiscalità privilegiata, il legislatore non ha inteso fare riferimento ad alcun preciso collegamento di carattere territoriale, quanto, piuttosto, a qualunque situazione di fatto in

¹⁶⁷ In proposito si rimanda a C. Sacchetto *La Nuova disciplina in tema di tassazione dei redditi di imprese estere partecipate localizzate in Paesi a fiscalità privilegiata*, *Tax Planning* n. 18 pag.26ss; G. Maisto, *Disposizioni in materia di imprese estere partecipate (art. 1 del disegno di legge n. 4336 di iniziativa governativa collegato alla legge finanziaria 2000)*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2000, IV, 37ss. e "Il regime di imputazione dei redditi delle imprese estere partecipate"; in *Riv di Dir Trib*, 2000, II pag. 43ss.

¹⁶⁸ In tal senso si rimanda agli autori citati *supra* in nota 158.

considerazione della quale il soggetto partecipato estero sia stato ammesso a godere oggettivamente del regime fiscale privilegiato¹⁶⁹.

I. VII Territorialità e rapporto Stato-Regioni, cenni.

L'espressione territorialità riferita al mondo dei tributi rileva altresì nel rapporto tra stato e regioni secondo i limiti stabiliti dalla Costituzione e di recente tornati al centro dell'attenzione con le proposte di introduzione della legge sul federalismo fiscale.

Mediante la promulgazione della legge n. 42 del 5 maggio 2009¹⁷⁰ sono state poste le basi per l'attuazione del "federalismo fiscale" che dovrà realizzarsi con una serie di decreti attuativi finalizzati ad esplicitare i principi generali contenuti nella suddetta disposizione legislativa.

Senza voler entrare in questa sede nel merito delle diverse problematiche collegate al "federalismo fiscale" ed alla riforma federalista in Italia, tale paragrafo vuole essere finalizzato all'analisi di una recente pronuncia della Corte Costituzionale che, nell'ambito del rapporto tra Stato e Regioni ha riproposto la questione relativa al campo di applicazione del principio di territorialità relativamente alla potestà impositiva tra i summenzionati enti.

Il tema su cui è intervenuta la Consulta è, quindi, quello relativo all'individuazione del corretto equilibrio fra pluralità (Regioni) e unità (Stato) del sistema tributario.

La questione oggetto della sentenza n. 116 del 25 marzo 2010 della Corte Costituzionale trae origine dal ricorso notificato il 27 febbraio 2008 e depositato il 4 marzo successivo dalla Regione Siciliana la quale, con riferimento agli artt. 36 e 37

¹⁶⁹ R. Franzè, op. cit., 942.

¹⁷⁰ Cfr. Gazz. Uff. n. 103 del 6 maggio 2009 Serie Generale

del proprio statuto¹⁷¹ e all'intero D.P.R. n. 1074 del 26 luglio 1965¹⁷², sollevava conflitto di attribuzione nei confronti dello Stato in relazione alla nota del Ministero dell'Economia e delle Finanze n. 27685-2007/DPF/UFF del 18 dicembre 2007.

Con tale nota il Ministero rigettava le istanze rivolte allo stesso dalla Regione Siciliana mediante le quali la stessa aveva richiesto l'emanazione delle opportune disposizioni e dei necessari provvedimenti per consentire di acquisire al bilancio regionale il gettito derivante i) dall'imposta sulle assicurazioni di cui alla legge 29 ottobre 1961, n. 1216¹⁷³, ii) dell'imposta sul valore aggiunto versata dai depositi periferici di vendita dei generi di monopolio ubicati in Sicilia¹⁷⁴, iii) dell'imposta sugli interessi che a norma dell'art. 26, comma II, del D.P.R. 29 settembre 1973 n. 600 è applicata nei confronti dei titolari di conti correnti o di deposito¹⁷⁵, iv) delle ritenute d'acconto operate dalle Amministrazioni dello Stato con sede centrale fuori dal territorio regionale su stipendi ed altri emolumenti corrisposti in favore di dipendenti o altri soggetti che abbiano espletato stabilmente la propria attività produttiva nel territorio regionale.

Secondo la Regione Siciliana, l'art. 2 del decreto di attuazione statutaria¹⁷⁶ va inteso non nel senso che sia decisivo il luogo fisico in cui avviene l'operazione contabile della riscossione, ma nel senso che va assicurato alla Regione il gettito derivante dalla capacità fiscale che si manifesta nel suo territorio in ragione della resi-

¹⁷¹ Cfr. R.D. 15 maggio 1946, n. 455.

¹⁷² Norma di attuazione dello Statuto della Regione Siciliana in materia finanziaria.

¹⁷³ Quest'ultima imposta era stata versata e dovuta dagli assicuratori aventi il domicilio fiscale o la rappresentanza fuori dal territorio regionale mentre i premi riscossi erano relativi a polizze assicurative rilasciate per fattispecie contrattuali assicurative maturate nell'ambito regionale.

¹⁷⁴ Anche in questo caso il gettito di tali imposte si richiede su operazioni imponibili il cui presupposto si realizzi in Sicilia.

¹⁷⁵ Nell'ipotesi in cui le ritenute eseguite dai sostituti di imposta siano relative a interessi ed altri proventi sia relative ad interessi ed altri proventi corrisposti a depositanti e correntisti di uffici postali e dipendenze bancarie operanti nella regione

¹⁷⁶ Il quale sancisce la spettanza alla Regione delle entrate tributarie erariali "riscosse nell'ambito" del territorio regionale.

denza fiscale del soggetto produttore del reddito colpito o il luogo in cui si è verificato il fatto cui si collega il sorgere dell'obbligazione tributaria.

Secondo la ricorrente, quindi, il principio della spettanza del tributo alla stessa non è correlata ad un ristretto criterio di territorialità della riscossione, ma al radicamento del tributo nel territorio regionale, in dipendenza della residenza fiscale del soggetto produttore del reddito colpito. La Regione Siciliana fa leva altresì sull'art. 4 delle norme di attuazione statutaria, secondo cui “nelle entrate spettanti alla Regione sono comprese anche quelle che, sebbene relative a fattispecie tributarie maturate nell'ambito regionale affluiscono per esigenze amministrative ad uffici finanziari situati fuori dal territorio della Regione”. L'interpretazione che ne dà la Regione, a detta della Consulta è nel senso che “spettano alla stessa i tributi erariali il cui presupposto di imposta si matura nel territorio siciliano”.

A parere della Consulta “la tesi della ricorrente non può essere condivisa, perché si pone in contrasto con l'interpretazione letterale, sistematica e storica delle norme statutarie e di attuazione dello Statuto”. Pertanto, prosegue la Corte “l'espressione “fattispecie tributarie maturate nell'ambito regionale” contenuta nel citato art. 4, delle norme di attuazione statutaria, va intesa nel senso di fattispecie in cui si matura, nell'ambito territoriale regionale, l'obbligo di pagare il debito tributario, e cioè nel senso di fattispecie di riscossione del tributo dalle quali sorge tale obbligo di pagamento e che si collegano alla realizzazione del presupposto d'imposta”.

Si tratta, quindi, di “fattispecie tributarie che attengono al procedimento di riscossione e che, ai fini del suddetto riparto, rilevano con riferimento solo ai tributi riscossi nel territorio siciliano e non a quelli il cui presupposto si sia realizzato nel territorio stesso”.

Pertanto il criterio di riparto dei tributi tra Stato e Regione Siciliana non è quello basato sul luogo di realizzazione del presupposto di imposta, ma quello sul luogo della riscossione.

La Corte con questa nuova pronuncia ribalta quanto detto in precedenza¹⁷⁷ laddove sosteneva che, sempre con riferimento all'interpretazione dello statuto della Regione Siciliana, il criterio di riparto del gettito dei tributi erariali tra Stato e Regione fosse il criterio del luogo della realizzazione del presupposto e, quindi del luogo della manifestazione della capacità contributiva del soggetto passivo d'imposta.

Pertanto, sembrerebbe doversi ritenere che con la nuova statuizione la Corte Costituzionale abbia voluto dare un'interpretazione dello Statuto della Regione Siciliana più restrittivo specialmente con riferimento al principio di territorialità. Verrebbe quindi a mancare un collegamento tra il luogo di realizzazione della fattispecie impositiva e l'ente impositore potendo essere quest'ultimo anche un'entità diversa rispetto a quella in cui si è verificata la manifestazione di capacità contributiva.

Concludendo, con questa pronuncia parrebbe che la Corte voglia riaffermare il principio della potestà impositiva completamente in capo allo Stato limitando, così, i poteri in tale campo degli enti territoriali tra cui le Regioni.

¹⁷⁷ Cfr. Sent. Corte Costituzionale n. 306 del 2004 e n. 138 del 1999.

Capitolo 2: Il principio di territorialità nella fiscalità internazionale e le recenti proposte alternative

II.I La potestà impositiva, il suo esercizio ed i suoi limiti.

Esaminate nel primo capitolo le trattazioni accademiche, nel panorama degli autori nazionali, relative alla territorialità dell'imposta, si affrontano adesso nel capitolo che segue gli orientamenti della dottrina rinvenuti sul tema nel panorama fiscale internazionale. In particolare, come si vedrà, il concetto di territorialità dell'imposta in ambito internazionale comporta l'analisi dei diversi sistemi di tassazione che sia un punto di vista teorico che da un punto di vista pratico consentono di applicare il principio di territorialità in maniera più o meno incisiva a seconda delle diverse modalità di esercizio della potestà impositiva tra stato e stato, e dei criteri di collegamento per la tassazione concretamente utilizzabili.

Secondo il diritto internazionale pubblico la sovranità dei singoli Stati viene intesa – biunivocamente–nel senso che *“ciascuno Stato può disciplinare le attività che si svolgono entro il proprio territorio senza essere vincolato in alcun modo, [e, n.d.r.] per converso, nel senso che nessuno Stato...può esercitare la propria attività in territorio straniero”*¹⁷⁸. Di pari passo, anche nel diritto tributario, questa idea di sovranità limitata (o vincolata) ha trovato un proprio corrispondente principio, secondo cui la sovranità impositiva di ciascuno Stato doveva (“rectius”: dovrebbe) intendersi territorialmente “delimitata”.

La crisi del modello economico “localizzato”, a favore di una “globalizzazione” crescente sia negli scambi commerciali sia nella mobilità delle persone tra diversi paesi, ha reso necessario distinguere tra la nozione teorica di “efficacia” della

¹⁷⁸ Cfr. C. Garbarino, *Manuale di tassazione internazionale*, Milano, 2005, p. 6.

norma nello spazio e la “*determinazione dei fatti che essa può regolare*”¹⁷⁹ e, quindi, la concreta efficacia della stessa. Se è vero, infatti, che esistono norme che hanno efficacia territoriale limitata ad un singolo Stato, è anche vero che l’esercizio del potere impositivo di ciascuno Stato si estende anche su fatti realizzati all’esterno del proprio territorio (basti pensare all’imposizione dei residenti sui redditi ovunque prodotti).

Avviene, pertanto, che ciascuno Stato, in linea di principio, è libero di affermare la propria “potestà impositiva” a prescindere dai propri limiti territoriali. Allo stesso tempo, però, troverà sia alcuni limiti fattuali nell’esercizio concreto di tale potestà, sia alcuni altri limiti giuridici, a causa di concorrenti potestà impositive di altri Stati. Non è così raro, infatti, riscontrare un vero e proprio conflitto di potestà impositive o, più genericamente, una loro sovrapposizione, tale per cui gli Stati devono accordarsi su come esercitare le proprie rispettive potestà impositive, evitando fenomeni di doppia imposizione.

Queste premesse sistematiche suscitano nel loro insieme un quesito che riconduce la presente analisi verso il tema centrale della tassazione in base alla territorialità: quale è l’estensione della potestà impositiva di ciascuna autorità statale e, in specie, come viene esercitata.

Secondo un orientamento dottrinale si potrebbe rispondere a tale quesito con l’affermazione che la potestà impositiva degli Stati è illimitata ed assoluta. Si dice che tale autorità è illimitata in quanto non può subire restrizioni al suo esercizio, sotto un profilo geografico. Si parla di esercizio assoluto di tale potestà, invece, per il fatto che i suoi effetti possono propagarsi nei confronti di chiunque, tanto persona fisica quanto persona giuridica¹⁸⁰.

Questi due aggettivi evidenziano due tratti essenziali che contribuiscono a distinguere i due sistemi di tassazione più ricorrenti che saranno l’oggetto principale dell’analisi nelle prossime pagine. Infatti, essi costituiscono i tratti distintivi che de-

¹⁷⁹ Cfr. C. Garbarino, op. ult. cit., p. 7; G. Croxatto, voce *Diritto Internazionale Tributario*, in Dig. Disc. Priv., vol. IV, UTET 1989.

¹⁸⁰ Cfr. R. Couzin, *Corporate residence and International taxation*, Amsterdam, 2002.

terminano la diversità nell'esercizio della potestà impositiva nelle sue due forme principali di tassazione residenziale e di tassazione territoriale che si descriveranno qui di seguito.

La nozione di "illimitatezza" del potere impositivo si esprime essenzialmente nella estensione geografica del detto potere. La sovranità impositiva di uno Stato è illimitata geograficamente, quando non è ristretta entro i suoi confini territoriali. In tal senso l'aggettivo illimitato sarà attribuibile solo ad uno dei due sistemi di tassazione che analizzati nel prosieguo, il sistema di tassazione residenziale.

Ben diverso è, invece, il caso in cui lo Stato si autolimiti o venga ristretto nell'esercizio della propria potestà impositiva. In questa ipotesi, infatti, lo Stato dovrà decidere come esercitare la propria (limitata) potestà impositiva, sia in termini di estensione territoriale sia in termini di estensione personale. Sulla base delle decisioni assunte dallo Stato, allora, si potrà avere un'indicazione più precisa di quale criterio di tassazione può in concreto essere abbracciato¹⁸¹.

In buona sostanza, la questione della potestà impositiva va di pari passo con quella della connessione giurisdizionale tra il potere di imporre un prelievo fiscale da parte di uno Stato ed un certo evento suscettibile di generare materia imponibile. E ciò in quanto il potere impositivo dello Stato si fonda sulla sua sovranità irriducibile ed incondizionata di scegliere la politica fiscale che ritiene più coerente con il proprio indirizzo politico.

Nella generalità dei casi, come visto nel capitolo 1, la connessione giurisdizionale si muove su due binari distinti:

- un criterio di collegamento "personale" (prendendo a parametro residenza o domicilio, più raramente, cittadinanza);
- un criterio di collegamento "geografico-oggettivo" (prendendo a parametro il verificarsi di un certo evento imponibile avente un qualsiasi collegamento con il territorio dello Stato).

¹⁸¹ Cfr. V. Uckmar, *Corso di diritto tributario internazionale*, coordinato da V. Uckmar, Padova, 1999.

Il primo criterio di collegamento sembra preferire il rapporto con la persona che realizza il fatto impositivo, mentre il secondo criterio sembra preferire quello con il luogo in cui il fatto impositivo si è verificato¹⁸².

In dottrina, ci si riferisce al primo criterio, definendolo “residenziale” ed al secondo, definendolo “territoriale”¹⁸³. Tuttavia, è del tutto semplicistico associare soltanto a quest’ultimo criterio di collegamento una connotazione strettamente geografica, in quanto entrambi i criteri di collegamento ne sono dotati. Nel primo criterio, il collegamento geografico è con la persona che, a propria volta, ha posto in essere il presupposto impositivo. Nel secondo caso, il collegamento è direttamente con il fatto integrante il presupposto impositivo¹⁸⁴.

II. I.I. Il sistema “residenziale”.

Il criterio di collegamento basato sulla residenza, consente una modalità di tassazione definita come “tassazione illimitata” (nella dottrina fiscale internazionale anche definita “*unlimited tax liability*”) sul presupposto che, una volta definita la connessione giurisdizionale tra persona e territorio, tutti i redditi, ovunque prodotti, saranno attratti nella giurisdizione di quello Stato¹⁸⁵.

Come anticipato, il collegamento soggettivo si aggancia al luogo del “domicilio”, ovvero della “residenza”; in taluni casi, alla nazionalità (l’esempio più noto è rappresentato dagli Stati Uniti d’America).

Tuttavia, sia la nozione di domicilio sia quella di residenza offrono molti spunti di approfondimento, considerando che le due nozioni variano da Paese a Paese e, assai spesso, nella legislazione nazionale, non esiste una nozione esclusivamen-

¹⁸² In dottrina, il luogo in cui si è verificato il presupposto imponibile viene anche definito “*occurrence place*”: si veda: G. Marino in *Corso di diritto tributario internazionale*, coordinato da V. Uckmar, Padova, 1999.

¹⁸³ Cfr. A. Fantozzi, *Il trattamento fiscale dal punto di vista italiano delle imprese multinazionali*, Padova, 1974, I, p. 337; R. Baggio, *Il principio di territorialità ed i limiti alla potestà tributaria*, Milano, 2009, p. 41.

¹⁸⁴ Cfr. autori citati in nota precedente.

¹⁸⁵ Cfr. A. Fantozzi, *op. cit.*, Padova, 1974, I, p. 337; R. Baggio, *op. ult. cit.*, p. 47.

te “fiscale” dei due termini, ma il legislatore ricorre ad una accezione modificata di quella civilistica. La corretta individuazione degli esatti termini delle due nozioni è resa ancora più complessa quando sono coinvolte più giurisdizioni che reclamano entrambe l’esistenza, nel proprio territorio, del domicilio o della residenza (o, anche della nazionalità) della persona. L’individuazione del domicilio e della residenza, allora, viene svolta sulla base di alcuni accertamenti di fatto (come, ad esempio, il luogo della dimora abituale, la disponibilità di un’abitazione o il centro degli interessi vitali).

Per le persone giuridiche tale indagine diviene ancor più complessa, poiché essendo questo criterio di collegamento il frutto di una creazione legislativa, queste non hanno rapporti sociali reali sulla base dei quali possa affermarsi un collegamento con lo Stato. È anche vero, però, che, proprio perché sono frutto di una creazione normativa, i soggetti giuridici sono creati ed esistono secondo le norme che li regolano. Ragione per cui, alcuni Stati individuano la residenza o il domicilio del soggetto giuridico nel luogo in cui è stato costituito (definito “*place of incorporation*”). Secondo altri, invece, deve prevalere il luogo in cui risiedono gli amministratori o dove si tengono le assemblee sociali per la gestione quotidiana del soggetto giuridico (che da alcuna dottrina è stato definito “*place of central administration*”) o il luogo in cui sono assunte le decisioni apicali (definito “*place of effective management*”)¹⁸⁶.

Come appena accennato sopra, né la nozione di domicilio né quella di residenza sono di facile individuazione. E ciò, soprattutto, se si analizza la questione dalla prospettiva del diritto internazionale, nel quale non esiste una singola, unica definizione, ma ciascuno Stato adotta la propria nozione. Questa nozione, a propria volta, può sovrapporsi a quella accolta da altri Stati. Con la conseguenza che due o più definizioni diverse (applicate congiuntamente ad un’unica fattispecie) possono generare possibili conflitti di interpretazione ed, eventualmente, fenomeni di doppia imposizione. In altri termini, non è raro il caso in cui più Stati ritengano che un soggetto è residente nel proprio territorio. Ovviamente, sulla scorta della propria norma-

¹⁸⁶ Cfr. R. Couzin, op. loc. cit., p. 20 ; si veda anche G. Marino, op. cit., p. 70.

tiva, nessuno dei due Stati riterrà esclusa la propria potestà impositiva. Con la conclusione che entrambi potrebbero voler tassare il soggetto ritenuto residente.

Sempre in linea generale, si osserva che alcuni Paesi di “civil law” non adottano un’autonoma definizione di residenza ai fini fiscali ma si limitano a rimandare alla nozione esistente nel diritto privato, sebbene con alcune ovvie correzioni (questo è, appunto, il caso della Francia e dell’Italia). Altri Stati, invece, hanno introdotto un’autonoma definizione di residenza fiscale (ad esempio, Germania e Spagna) ed altri, adottano non una definizione ma un separato concetto, talvolta complesso ed articolato (è il caso del Regno Unito che distingue tra residenti domiciliati e residenti non domiciliati, con un diverso grado di correlazione fattuale al Paese)¹⁸⁷.

Ciò detto, può essere utile distinguere riguardo alla nozione di residenza, quella prevista per le persone fisiche e quella prevista per i soggetti giuridici.

a) Per le persone fisiche, oltre al preliminare riscontro “formalistico”¹⁸⁸ dell’iscrizione della persona sugli eventuali registri anagrafici tenuti dall’Amministrazione pubblica, ci sono alcuni indicatori fattuali che aiutano ad indicare se un soggetto è, o meno, residente in un determinato Stato. In primo luogo, nella prassi degli Stati, viene presa a riferimento la durata di permanenza entro i confini dello Stato. A tal fine, contano tutti i giorni di soggiorno ed anche di passaggio (persino aereo) nel territorio. In secondo luogo, si passa ad altri metodi di riscontro, più indiretti, che tengono conto dei legami della persona o anche dei beni patrimoniali ed aziende che si trovano nel territorio dello Stato.

Il presente lavoro, naturalmente, non è finalizzato a dare una completa ed esauriente prospettiva della normativa di tutti gli Stati che adottano il sistema di tassazione residenziale. Se ne può, tuttavia, dare un breve cenno di massima ed in termini generali, ritenendo tale criterio quale antagonista principale per un sistema di tassazione di tipo territoriale.

¹⁸⁷ Per un’analisi più dettagliata della nozione di residenza in Italia e della nozione di tassazione residenziale in Europa, cfr. P. Pistone, *The impact of EU Law on tax treaties, Issues and solutions*, Kluwer Law International, 2002, capitolo III, p. 179.

¹⁸⁸ L’adozione del termine “formalistico”, anziché di “formale” è voluta, per le ragioni che si esamineranno successivamente, trattando delle persone giuridiche.

Per cominciare, posto che non esiste uniformità di disciplina tra gli Stati e la risoluzione di un caso concreto può generare non poche perplessità pratiche, può essere utile muovere dalla analisi delle disposizioni del Modello di Convenzione OCSE contro le doppie imposizioni, in quanto disciplina tendente a risolvere i potenziali conflitti tra le diverse posizioni determinate in base alle discipline interne degli oltre 30 stati che vi aderiscono.

Il punto di partenza è proprio il concetto base su cui poggia l'intera struttura del Modello di Convenzione, secondo cui il Modello non si preoccupa di dare una definizione "fiscale" di residenza (né per gli individui né per le persone giuridiche). Questo è un compito lasciato alla libera determinazione legislativa dei singoli Stati contraenti. Tant'è vero che – ai sensi dell'art. 4, primo paragrafo del modello – la persona fisica è considerata residente di uno degli Stati contraenti sulla base delle norme nazionali *"in relazione al suo domicilio, residenza, luogo di effettivo stabilimento o qualsivoglia altro criterio di natura simile"*¹⁸⁹. Nessuna preminenza è riconosciuta ad un criterio piuttosto che ad un altro.

Questo principio, invece, non trova riscontro quando si crea un conflitto tra gli stessi Stati Contraenti di una Convenzione contro le doppie imposizioni, se entrambi reclamano la residenza o, più raramente, se entrambi la negano. A questo riguardo, il Commentario all'art. 4, del Modello di Convenzione OCSE, precisa che la Convenzione deve intervenire soltanto quando vi sia un conflitto tra le nozioni di residenza adottate a livello nazionale. Ed ancora *"la ragione fondamentale in questi casi è che non è possibile pervenire ad una soluzione di eventuali conflitti di residenza sulla base delle sole norme nazionali. In questi casi norme specifiche devono essere introdotte nella Convenzione allo scopo di stabilire quale dei criteri di determinazione della residenza deve prevalere"* (traduzione non ufficiale dall'inglese, n.d.r.)¹⁹⁰.

¹⁸⁹ L'art. 4, primo paragrafo, Modello di Convenzione contro le doppie imposizioni, espressamente stabilisce *"resident of a Contracting State means any person who, under the laws of that State, is liable to tax therein by reason of his domicile, residence, place of effective management or any other criterion of a similar nature"*.

¹⁹⁰ Cfr. Punto 5, Commentario al Modello di Convenzione sull'Art. 1: *"The special point in these cases is only that no solution of the conflict can be arrived at by reference to the concept of residence adopted in*

Se questo primo riscontro non aiuta, se cioè entrambi gli Stati affermano che la persona fisica è “prima facie” residente nel loro Stato, ai sensi della propria disciplina domestica, si deve passare alle regole di soluzione dei conflitti¹⁹¹ di residenza, dettate dal secondo paragrafo.

L’art. 4, secondo paragrafo, chiarisce che, qualora l’individuo sia ritenuto residente di entrambi gli Stati Contraenti, la soluzione del conflitto deve seguire i seguenti riscontri fattuali. In primo luogo, la persona fisica sarà considerata residente nel luogo in cui “*ha disponibile una abitazione in modo permanente*”¹⁹². Se ha una abitazione disponibile, in modo permanente, in entrambi gli Stati Contraenti, la persona fisica sarà considerata residente nel solo Stato Contraente in cui le sue “*relazioni personali ed economiche sono più strette*”¹⁹³. Si tratta del cosiddetto “*centre of vital interests*” adottato anche a livello di legislazione italiana come criterio complementare per l’individuazione della residenza fiscale delle persone fisiche¹⁹⁴.

Soltanto qualora entrambi gli Stati dovessero affermare (ancora) la doppia residenza, si passerà ad un criterio risolutivo più sfumato, vale a dire, il luogo in cui la persona ha la propria “dimora abituale”. Secondo il Commentario al Modello di Convenzione, la nozione di “dimora abituale” non considera la disponibilità costante di una abitazione ma tiene conto persino della permanenza in un luogo, senza appurare le ragioni che hanno determinato la permanenza fisica (siano esse ragioni lavorative-professionali o affettive).

the domestic laws of the States concerned. In these cases special provisions must be established in the Convention to determine which of the two concepts of residence is to be given preference”.

¹⁹¹Per quanto è di interesse in questa sede, si fa riferimento soltanto ai conflitti di residenza e non al conflitto tra residenza e fonte. In criterio di tassazione in base alla fonte, origine o territoriale prescinde dalla residenza del soggetto che percepisce il reddito e determina piuttosto il prelievo tributario in base al luogo nel quale l’evento tassabile si verifica.

¹⁹² Cfr. Art. 4, secondo paragrafo, Modello di Convenzione OCSE, secondo cui “*he shall be deemed to be a resident only of a State in which he has a permanent home available to him; if he has a permanent home available to him in both States, he shall be deemed to be a resident only of the State with which his personal and economic relations are closer (centre of vital interests)*”.

¹⁹³ Cfr. Punto 14, Commentario al Modello di Convenzione sull’Art. 1, paragrafo 2.

¹⁹⁴ Al proposito, è sufficiente rammentare i numerosi casi riportati sulla stampa che hanno riguardato il più o meno presunto “smascheramento” di residenze estere fittizie di personaggi famosi del mondo dello sport e dello spettacolo (prima fra tutte, la nota decisione nel caso “Pavarotti”, poi seguita dalle contestazioni a Valentino Rossi, Loris Capirossi, Mario Cipollini, Paolo Bettini *et ceteribus*. che si sono concluse in prevalenza con adesioni extra-giudiziali).

Infine, se neppure questo criterio soccorre, la soluzione del conflitto è affidata alle autorità dei due Stati Contraenti¹⁹⁵.

Soluzione, quest'ultima, che si può riproporre spesso nella pratica per via del fatto che molti Stati (come, ad esempio, Australia, Austria, Belgio, Brasile, Canada, Danimarca, Finlandia, Francia, Germania, Italia, Giappone, Corea, Lussemburgo, Messico, Norvegia, Nuova Zelanda, Portogallo, Sud Africa, Spagna e Svezia) adottano una nozione di residenza diversa da quella definita dall'art. 4 del Modello di Convenzione contro le doppie imposizioni approvato dall'OCSE¹⁹⁶. Con la conseguenza che, assai facilmente, può riscontrarsi un potenziale conflitto di definizioni che dovrà essere risolto per vie diplomatiche.

Passando al caso dell'Italia, come già riferito nel capitolo 1°, l'art. 2, d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 (c.d. Testo Unico delle Imposte sui Redditi), stabilisce che *“si considerano residenti le persone che per la maggior parte del periodo d'imposta sono iscritte nelle anagrafi della popolazione residente o hanno nel territorio dello Stato il domicilio o la residenza ai sensi del codice civile”*.

Per due criteri di collegamento su tre, come visto, la disciplina fiscale rimanda a quella privatistica. A ben vedere, poi, l'art. 43 cod. civ., nel definire la nozione di “residenza” richiama una nozione diversa da quella richiamata sopra dal Modello di Convenzione. Precisa, infatti, la norma che per residenza deve intendersi *“il luogo in cui la persona ha la propria dimora abituale”*; mentre per “domicilio” deve intendersi *“il luogo in cui essa ha stabilito la sede principale dei suoi affari ed interessi”*. Sembra che i concetti di residenza, domicilio e centro di interessi non siano perfettamente sovrapponibili in ambito internazionale ed in ambito domestico. Anzi, per quanto questi siano sostanzialmente i medesimi, la combinazione tra essi può portare a risultati non conformi.

A margine di questa considerazione, peraltro, va aggiunta l'esistenza di previsioni normative anti-elusive, dirette a ridurre o eliminare gli effetti degli espatri

¹⁹⁵ Cfr. Punto 20, Commentario al Modello di Convenzione all'art. 1, paragrafo 2.

¹⁹⁶ Cfr. A. Schindel- A. Atchabahian, *General Report*, in *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. 90a, IFA, 2004.

fittizi, a meri scopi fiscali. Per questa ragione, ad esempio, l'Italia ha aggiunto il comma 2-bis all'art. 2 del TUIR, con legge 23 dicembre 1998, n. 448, inserendo una presunzione relativa di residenza in Italia per tutti i cittadini italiani espatriati in paesi aventi una fiscalità privilegiata.

Si è accennato precedentemente al Regno Unito. Per completezza, può essere utile dare un rapido cenno anche alla disciplina di un paese di *Common Law*.

È noto che, nel diritto inglese, esiste una sfumata ma assai importante distinzione tra la residenza abituale (c.d. “*ordinary residence*”), intesa quale luogo dove la persona vive abitualmente¹⁹⁷ (pertanto, la dimora abituale) e il domicilio (c.d. “*domicile*”), tratto dall'originaria tradizione anglosassone e legato alle origini della persona, piuttosto che alla mera presenza fisica della stessa in un luogo¹⁹⁸.

L'elemento chiave del corrispondente concetto anglosassone (in realtà, tipicamente britannico) di residenza è, appunto, il domicilio.

Diversamente dall'Italia o da molti altri paesi, nei Paesi di Common Law è affidata maggiore importanza alla nozione di “domicilio”. Infatti, se è vero che la “*residence*” rimane una nozione importante, essa è anche facilmente modificabile, in quanto è strettamente correlata alla verifica di alcuni elementi di fatto (quali la presenza fisica in un certo luogo ed il periodo di tempo ivi trascorso). La stessa cosa non può dirsi per il “*domicile*” (“*rectius*”: del c.d. domicilio di origine ovvero il “*domicile of origine*”). Infatti, per ottenere la modifica del “*domicile of origin*” (domicilio originario) a favore di un domicilio elettivo (c.d. “*domicile of choice*”) occorre dimostrare di avere “*l'intenzione di risiedere permanentemente e indefinitamente in un altro Paese, e la presenza fisica abituale in quel Paese. La perdita del domicile of choice fa automaticamente rivivere il domicile of origin della persona*”¹⁹⁹.

¹⁹⁷Nel diritto anglosassone è definite come “*place where the individual customarily has his home*”; si veda, per le definizioni, G. Marino, op. cit., p. 200 e segg.

¹⁹⁸Cfr. S. Green, *Domicile and Revenue Law: The Continuing Need for Reform*, in *British Tax Review*, I, 1991, p. 21, citato da G. Marino, *La Residenza*, in Corso di diritto tributario internazionale, coordinato da V. Uckmar, Padova, 1999, p. 213.

¹⁹⁹Cfr. G. Marino, citato, p. 213 il quale rinvia alla sentenza *Fielden v I.R.C.* (1965) T.R. 221.

Da tale complesso quadro normativo, deriva che una persona fisica residente nel Regno Unito, ma che non risulti anche ivi domiciliata (integrante la figura del c.d. “*resident non domiciled*”), è soggetta esclusivamente alle imposte sui redditi territorialmente prodotti nel Regno Unito. Per converso, soltanto il “*resident domiciled*” sarà tassato nel Regno Unito per tutti i redditi ovunque prodotti.

Per essere considerato “*UK resident*” occorre soggiornarvi per almeno 183 giorni nello stesso periodo di imposta; ovvero, avere la ferma intenzione di vivere nel Regno Unito in modo permanente ovvero svolgervi la propria attività lavorativa per un biennio; ovvero, infine, soddisfare un test afferente alla frequenza delle visite in un arco temporale limitato²⁰⁰.

Ben più difficile è, invece, la possibilità di diventare “*domiciled*”, in quanto equivale a dover conquistare sin dall’origine la detta condizione, secondo i rigidi requisiti imposti dalla casistica anglosassone.

Le ragioni di tale severità nella perdita della qualità di “domiciliato”, da un lato, e, simmetricamente, dell’acquisizione della stessa, dall’altro, sono alla base di molti tentativi (più o meno fortunati) di trasferire la propria residenza nel Regno Unito. Sotto questo profilo, infatti, può dirsi che la disciplina britannica è addirittura migliore di quella di un qualsiasi altro “paradiso fiscale”. Infatti, molti sportivi hanno deciso di trasferire in UK la propria residenza (secondo la disciplina domestica dello Stato di appartenenza), mantenendo altrove il proprio “*domicile*” e non producendo alcun (o molto limitato) reddito nel Regno Unito. In questo modo, il Regno Unito non poteva avanzare alcuna pretesa fiscale (se non limitata) e lo Stato d’origine, neppure, posto che l’individuo non era più considerato residente.

Tutti i redditi prodotti altrove nel mondo rimanevano (*rectius*: rimangono) generalmente intassati, salvo una ridotta possibilità di tassazione alla fonte.

b) Per quanto riguarda, invece, la nozione di residenza per i soggetti giuridici, ed in particolare le società, si osserva che, come nel caso delle persone fisiche, alcuni Stati hanno deciso di non adottare la nozione di “residenza”, in sé e per sé defini-

²⁰⁰ Cfr. G. Marino, La residenza, in Corso di diritto tributario internazionale.

ta, come punto di partenza della tassazione dei soggetti giuridici. Negli Stati Uniti d'America, ad esempio, il criterio di collegamento è dato dal luogo di creazione od organizzazione della persona giuridica (in inglese, il “*place of creation*” o il “*place of organisation*”). Altre giurisdizioni, come il Canada o, ancora, il Regno Unito, hanno incluso la nozione di luogo di costituzione (in inglese, il “*place of incorporation*”) come nozione di una “pseudo”, “fittizia residenza”. Insomma, questi Stati hanno mantenuto il collegamento con la residenza come il parametro primario più forte per determinare anche la residenza fiscale. Ciò nonostante, qualora un soggetto giuridico costituito sotto le regole della loro giurisdizione, non è residente, ai sensi della disciplina civilistica, è comunque tassato “come se lo fosse”²⁰¹.

Alcuni Stati adottano, poi, la nozione di “sede” (o “*Sitz*”, “*siège*”) della persona giuridica. Un approccio che può essere ritenuto, tutto sommato, assimilabile a quello del “*place of incorporation*”, sebbene non identico. A ben vedere, quest'ultimo ha riguardo al luogo in cui la persona giuridica è stata costituita, sotto un profilo prettamente legale, mentre il primo (la sede) richiama una nozione più facilmente assimilabile al luogo in cui l'attività è, almeno legalmente, svolta.

Un'ulteriore sfumatura in questo senso deriva dalla distinzione fatta da alcuni Stati che guardano direttamente alla “sede effettiva” (o “*siège reel*” o “*siège effectif*”) che richiama la nozione di “*place of effective management*”, inclusa nel modello di Convenzione contro le doppie imposizioni.

In un certo senso, il collegamento fondato sul “luogo di costituzione” o di “sede” (sede legale, diremmo in Italiano), è, appunto, più strettamente connesso ad un riscontro formal-legale²⁰², come avviene con la verifica dell'iscrizione delle persone fisiche presso i registri delle anagrafi locali. L'altro criterio di collegamento,

²⁰¹ Cfr. J.M. Riviere, *The fiscal residence of the companies*, *Cahiers de Droit Fiscal International*, vol. LXXIIa, IFA, 1987.

²⁰² A questo proposito, con riferimento alla disciplina italiana, in dottrina si è precisato che questo tipo di approccio è certamente “formale”, ma non “formalistico”, e ciò nel senso che, a differenza di quanto avviene nell'ambito delle persone fisiche “ritenute” residenti nello Stato per il solo motivo di essere formalmente iscritte nei registri anagrafici, nel caso delle persone giuridiche, la sede legale è un elemento costitutivo che attribuisce all'ente tutte le caratteristiche, gli attributi, i diritti ed i doveri legali di cui è dotato. Insomma, è l'elemento che dà i connotati all'ente sia con riferimento alla sua formazione sia alla sua gestione e svolgimento dell'attività sociale; cfr. R. Baggio, *Il principio di territorialità ed i limiti alla potestà tributaria*, Giuffrè, 2009, p. 300.

invece, è sicuramente più pratico in quanto si fonda su uno specifico test elaborato negli anni dalla giurisprudenza.

Non bisogna, comunque, dimenticare che vi sono poi casi in cui entrambi i criteri sono adottati. L'Italia è uno di questi Stati che adotta entrambi i criteri di determinazione della residenza delle persone giuridiche, ai fini fiscali (cfr. art. 5 e 73, TUIR). Anzi, come specificato al capitolo 1°, l'Italia adotta tre sistemi di individuazione della residenza: uno, è la sede legale; l'altro, è la sede amministrativa; e l'ultimo, è il luogo in cui si svolge "l'oggetto principale" dell'attività sociale. Naturalmente, è sufficiente che uno solo dei tre sia soddisfatto per ritenersi residente in Italia, il soggetto giuridico.

Nel Regno Unito, mantenendo fermo il paragone tra sistemi di "civil law" con altri di "common law", come fatto con riferimento alla residenza delle persone fisiche, il luogo di costituzione determina proprio i connotati della persona giuridica, prima ancora che la residenza fiscale.

Ma anche nel Regno Unito viene utilizzato il criterio della sede legale che è una variante di quello della costituzione. In generale, il criterio della sede è quello adottato dallo Stato "*più interessato alla vita di una società che tocca da vicino il suo sistema economico, le sue infrastrutture, le sue leggi sulla concorrenza, i sindacati e le associazioni industriali operanti nel suo territorio*"²⁰³.

Tuttavia, è anche vero che nella prassi si verifica assai spesso che la sede legale è fittizia e che l'attività è svolta altrove. Si è sviluppato allora un diverso criterio che, come accennato sopra, guarda più decisamente al luogo in cui è svolta la direzione centrale e di controllo della persona giuridica. Questa è una variante del "*place of effective management*", in quanto quest'ultimo tiene conto del luogo in cui sono prese le decisioni quotidiane (il cosiddetto "*day-by-day management*"), mentre il primo tiene conto delle cosiddette "decisioni strategiche"²⁰⁴.

²⁰³ Cfr. T. Ballarino, *Le società per azioni nella disciplina internazionalprivatistica*, in Trattato delle società per azioni, diretto da G.E. Colombo e G.B. Portale, Torino, 1994, p. 13.

²⁰⁴ Cfr. V. Uckmar, op. citata in nota 181 p. 224 e segg.

Per avere una chiara comprensione delle origini della nozione di “*effective place of management and control*” occorre menzionare la giurisprudenza tributaria inglese di inizio secolo, in particolare il caso *De Beers Consolidated Mine Ltd v. Howe*²⁰⁵.

La società De Beers era stata costituita in Sudafrica, ove aveva la propria sede legale e la sede dove si riunivano gli azionisti in assemblea. Gli amministratori si riunivano, invece, in Inghilterra, dove gli stessi vivevano. E dunque da Londra partivano gli impulsi per le decisioni imprenditoriali che sono state definite “strategiche”.

Per questi motivi, la *House of Lords* ha concluso che la società fosse effettivamente residente in Inghilterra, in virtù della presenza degli amministratori ed, in particolare, del proprio “*central management and control*”.

Naturalmente, questo principio è stato diffusamente accolto in molti Paesi di *common law*. Ma non meno efficaci sono altri criteri di collegamento – che guardano alla sostanza effettiva della gestione della persona giuridica – anche nei Paesi di *civil law*.

II. I.II. Il sistema “territoriale”.

Esaminato il sistema “residenziale”, maggiormente diffuso del panorama fiscale internazionale, caratterizzato da un criterio di collegamento basato sulla residenza e da una tassazione illimitata sui redditi ovunque prodotti, nel seguito si riassumono i tratti salienti del secondo sistema maggiormente diffuso nello scenario internazionale caratterizzato da un criterio di collegamento basato sul territorio e definito appunto “territoriale”. Con riguardo a tale sistema, può, osservarsi che questo viene generalmente associato ad un tipo di “tassazione limitata” (c.d. “*limited tax liability*”) poiché applicata ai soli redditi prodotti all’interno di un determinato terri-

²⁰⁵ Cfr. *De Beers Consolidated Mine Ltd v. Howe* (1906) 5 T.C. 198 citato in V. Uckmar, Corso, op. citata, p. 225.

torio e anche definito con i sinonimi di sistema di tassazione della fonte (c.d. “*source principle*”) o origine.

Come già detto, questo sistema collega i redditi (ma, sarebbe meglio continuare a dire che collega i fatti che danno luogo ad un presupposto impositivo) ad un territorio, in cui quel reddito ha avuto origine²⁰⁶. Pure in questo caso, la definizione di “origine” o “fonte” (tale termine in inglese è riferito come “*source*” da cui la definizione di “*source taxation*”) è particolarmente difficoltosa²⁰⁷. Come si vedrà in seguito, tale definizione non è di così immediata percezione, tant’è vero che alcuni Stati che tassano esclusivamente sulla base del principio di territorialità hanno talmente ampliato la nozione di fonte, da farla potenzialmente confondere con la nozione di residenza. A seconda del sistema giuridico con cui ci si confronta, la nozione ha ricevuto dei limiti più o meno ampi da parte della giurisprudenza o del legislatore.

Tra i meriti principali di questo diverso sistema impositivo vi è sicuramente quello di riuscire a coniugare meglio le scelte di politica legislativa domestica (le esigenze di gettito fiscale degli Stati) con quelle di natura internazionale, specie all’interno del mercato comunitario europeo²⁰⁸. Lo Stato della fonte ha infatti diritto di tassazione “primario” nel caso di concorrenza di due o più Stati nella tassazione di un determinato fatto giuridico. L’adozione di un sistema territoriale puro comportando l’esenzione per i redditi prodotti al di fuori del territorio garantisce un uguale trattamento tra residenti e non residenti e secondo parte della dottrina è il sistema

²⁰⁶ Cfr. D. Pinto, *Exclusive source or residence based taxation – is a new and simpler world tax order possible?*, in *Bulletin for International Taxation*, 2007, n. 7, p. 277 secondo cui “*The source principle of taxation (sometimes referred to as the “territorial approach or principle”) entitles a country to tax income originating within its borders*” ed ancora che la ragione di tale potestà impositiva consisterebbe nel fatto che “*it is the source country, as the place of income-generating activity, rather than the country in which the income producer resides (i.e. residence country) that economically contributes to the production of income; therefore the source country should be compensated for its contribution*”.

²⁰⁷ Cfr. al riguardo E.C. Kemmeren *Principle of Origin in Tax Conventions a rethinking of models*, Drogen NL, August 2001, pag.33. “The principle of source is commonly used by tax legislatures, judges, and scholars, but is not always clearly defined. The term source is used in various meanings...this often makes discussions burdensome because people use the same term to express different concepts”.

²⁰⁸ Cfr. Dennis Weber, *Is the limitation of tax Jurisdiction a restriction of the freedom of movement?*, in *Accounting and taxation & Assessment of ECJ case law*, EATLP International tax series, pag. 121. P.Pistone *The Impact of Community Law on Tax Treaties Issues and Solutions*, Kluwer Law, 2002, pag. 175 ss.

che meglio garantisce a livello internazionale le esigenze complessive di capacità contributiva e dovere di contribuzione²⁰⁹.

Peraltro, sempre sotto questo profilo, in dottrina, alcuni autori hanno dapprima contestato il “valore” e l’ “efficienza” del modello di tassazione territoriale a confronto con quello residenziale, anche se, successivamente, questa visione è stata progressivamente abbandonata²¹⁰. Ad esempio, il Vogel, dopo aver validamente descritto le ragioni che potrebbero far propendere per l’adozione generalizzata del regime territoriale, aveva, in principio, concluso che, “*nonostante ragioni di efficienza, vi è un ampio e condiviso accordo sul fatto che il sistema residenziale deve essere preferito per ragioni di equità*”²¹¹.

Ma a distanza di meno di un anno, il Vogel ha cambiato la propria opinione ritenendo che sia ragioni di “efficienza” sia ragioni di “equità” dovrebbero far propendere per il sistema territoriale.

Gli argomenti utilizzati dal Vogel per sostenere le proprie tesi vanno approfonditi e, peraltro, sono influenzati anche da un altro aspetto – di cui tratteremo *infra* – afferente alla c.d. neutralità nella esportazione ovvero nella importazione dei capitali. Ciò che si chiama appunto “*capital import neutrality*” e “*capital export neutrality*”.

²⁰⁹ Cfr. E.C.Kemmeren, cit. nota 199, pag 67 ss, “The strongest argument in favour of the tax base exemption and territoriality principle over the modified exemption or tax credit and universality principle is to be found in the direct benefit principle. If a taxpayer may set off foreign losses against positive domestic income or capital he does not contribute to the public expenses of the state concerned in accordance with the proportion that he benefits from the state enabling him to acquire and or possesses wealth. On the other hand it is clear that under a comprehensive tax system the taxpayer’s faculty as a whole should be taxed only once. With respect to income taxes, this implies that if the home state has enabled the taxpayer to produce positive income and the foreign state has enabled the taxpayer to produce negative income the foreign state should bear the reduction of wealth. This follows from the direct benefit principle”.

²¹⁰ Cfr. K. Vogel, *Taxation of foreign income, Principles and Practice*, in Bulletin for International Fiscal Documentation, N. 39, 1985, p. 4; idem, *Worldwide or source taxation of income?*, in Rass. Trib., 1988, I, 259. L’Autore ha assunto una posizione favorevole all’implementazione del regime territoriale; successivamente, idem, *Worldwide vs source taxation of income – A review and re-evaluation of arguments*, pubblicato in tre parti: Parte I, Intertax, 1988, N. 8/9, p. 216, parte II, Intertax, 1988, N. 10, p. 301, Parte III, Intertax, 1988, N. 11, p. 393.

²¹¹ Cfr. K. Vogel, *Worldwide or source taxation of income?*, cit. p. 264, il quale cita a conforto R. Musgrave, *Criteria for Foreign Tax Credit, in Taxation and Operations Abroad, Symposium*, 1960, p. 83; nonché, P. Musgrave, *Taxation of foreign investment Income. An Economic Analysis*, 1963, p. VII, 5, 11.

Tornando alle ragioni di equità ed efficienza si rileva quanto segue. Il principio di efficienza fa riferimento all’allocazione ottimale delle risorse produttive e, sotto un profilo prettamente fiscale, alla riduzione, possibilmente al minimo, dell’impatto fiscale sulle scelte economiche dei soggetti privati. In questo senso, appunto, si parla di “neutralità”.

Anche se nell’applicazione pratica la neutralità assoluta non è raggiungibile data la diversità di aliquota di tassazione esistente tra gli stati e la conseguente propensione all’arbitraggio degli investitori, il principio viene così denominato perché tende in astratto a mitigare la rilevanza del fattore fiscale nelle scelte di investimento.

In questa prospettiva, parte della dottrina ha evidenziato che l’efficienza economica globale si ottiene allocando o riallocando i fattori produttivi (incluso, quindi, anche il capitale) nei luoghi in cui questi rendono maggiormente in termini di ritorno economico²¹².

D’altra parte, a questo riguardo, va osservato che altra dottrina ha sottolineato come la frammentazione della base imponibile, ad esempio, di un gruppo multinazionale tra più Stati Membri e contemporaneamente il mantenimento della sovranità degli stessi Stati è possibile solo attraverso l’applicazione del sistema dell’esenzione, appunto, sulla base di una rigida applicazione del sistema di tassazione territoriale con un’allocazione dei costi basata su un criterio economico ovvero storico piuttosto che utilizzando un criterio legale²¹³.

Va precisato, però, che questa massimizzazione del profitto e del ritorno economico non può scindersi da una simmetrica equa distribuzione delle risorse raccolte attraverso l’imposizione di tributi che il principio di equità dovrebbe garantire.

²¹² B. J. Arnold and Michael J. McIntyre, *International Tax Primary*, Kluwer Law International, Second Edition, 2002, p. 27 e segg.; E. Kemmeren, *Source of income in Globalizing Economies: Overview of the issues and a plea for an origin-based approach*, in *Bulletin for International Fiscal Documentation*, IBFD, Novembre 2006, p. 430.

²¹³ Cfr. P. Wattel, *Corporate tax jurisdiction in the EU with respect to branches and subsidiaries; dislocation distinguished from discrimination and disparity; a plea of territoriality*, in *EC Tax Review 2003/4*, pag. 201.

L'efficienza imporrebbe che il carico complessivo fiscale sui soggetti che investono all'estero non dovrebbe essere superiore a quello subito dagli investitori locali di quei paesi. L'equità, invece, richiederebbe che nella capacità contributiva dei soggetti passivi d'imposta si tenga conto altresì dei redditi ovunque prodotti e pertanto un sistema di tassazione worldwide sull'utile ovunque prodotto sarebbe maggiormente in grado di soddisfare tale esigenza rispetto ad un sistema di tipo territoriale.

I concetti di efficienza ed equità qui brevemente descritti facendo riferimento alla dottrina internazionale che li utilizza per sostenere la preferibilità dei sistemi di "tassazione territoriale" a quelli "di tassazione residenziale" trovano un loro riscontro pratico nelle due diverse politiche fiscali di Capital Export Neutrality e Capital Import Neutrality meglio descritte nel paragrafo che segue.

E' indubbio alla luce dei contributi dottrinali analizzati in materia che in astratto una contribuzione alle spese pubbliche determinata da una appartenenza ad una comunità ed un territorio, come descritto nel primo capitolo di questa ricerca, è certamente giustificata se sussiste un legame con un determinato stato ed il suo territorio e per tale ragione il principio o criterio di territorialità svolge un ruolo determinante. E' altresì palese, tuttavia, che tale criterio da solo, in considerazione dell'evoluzione economica dei mercati verso la globalizzazione risulta insufficiente, in un contesto internazionale o all'interno della Comunità Europea, a risolvere potenziali fenomeni di doppia imposizione e garantire altresì il rispetto del mercato unico. Di tali affermazioni si cercherà di dare spiegazione nei paragrafi successivi e nel capitolo IV.

II. I.III. Capital Import Neutrality e Capital Export Neutrality.

Per *Capital Export Neutrality* (anche noto sotto l'acronimo CEN) si intende una policy fiscale in base alla quale l'investitore subisce lo stesso carico fiscale de-

terminabile a livello nazionale, a prescindere dal luogo di produzione del reddito²¹⁴. In altre parole, sia il reddito prodotto all'interno del proprio paese di origine (ovvero, di residenza o nazionalità) sia quello prodotto all'estero subiranno la stessa imposizione nel luogo di residenza. Per tali caratteristiche si è ritenuto che tale policy sia meglio favorita dal principio di tassazione in base all'utile mondiale o di "residenza". Ciò perché, secondo questo metodo di tassazione, si assume che i redditi, ovunque prodotti, dovranno comunque rientrare nello Stato di residenza, convergere in un'unica base imponibile (o, in alcuni casi, in basket diversi a seconda del luogo di produzione del reddito) e lì essere tassati. Apparentemente, la scelta dell'investitore non dovrebbe essere influenzata dal livello di tassazione di ciascun Paese in cui investe, ma rimanerne indifferente. Tra gli studiosi della materia si è altresì ipotizzato che teoricamente i flussi finanziari dovrebbero muoversi da un Paese ad un altro, senza subirne limitazioni, finché non raggiungono un medesimo coefficiente di redditività ante-imposte, soddisfacendo l'obiettivo di un miglior e più efficiente allocazione delle risorse.

Nell'analisi si dimentica, però, di sottolineare che il ritorno nominale sugli investimenti – come osservato in dottrina²¹⁵ - è influenzato da ulteriori fattori, quali il rischio, costi e difficoltà amministrative di gestione, la stabilità politica dello Stato *et cetera*. Inoltre, volendo evidenziare la criticità maggiore del sistema fiscale che adotta la CEN, si può rilevare che tale policy pone su posizioni diseguali imprese locali e imprese estere, quando il Paese estero dell'investimento ha un livello di tassazione inferiore rispetto a quello di provenienza²¹⁶.

Con l'espressione *Capital Import Neutrality* (acronimo, CIN), la prevalente dottrina si riferisce alla policy fiscale in cui il capitale investito all'estero dovrebbe essere tassato egualmente, a prescindere dal Paese di provenienza. In questo senso, infatti, la prospettiva adottata da questa policy è quella di dare rilevanza al luogo in

²¹⁴ B. J. Arnold- M.J. McIntyre, *International Tax Primer*, 2ed., Kluwer Law International, 2002.

²¹⁵ A. Schindel – A. Atchabahian, *General Report*, citato, *supra* nota 196, p. 35.

²¹⁶ Vedi nota 211, sopra.

cui l'investimento è effettuato, senza tenere conto dello Stato di residenza o domicilio dell'investitore²¹⁷.

Per questa ragione, la CIN trova la sua migliore applicazione all'interno di un sistema di tassazione territoriale. Nell'ambito di un regime di tassazione esclusivamente territoriale, infatti, le risorse investite all'estero rimangono in principio esenti da tassazione nello Stato della residenza.

In altre parole, l'investimento subirà lo stesso livello di tassazione sia che esso sia realizzato da un residente sia che sia realizzato da un non residente. La parità, allora, non si realizzerà nel mercato di residenza dell'investitore ma in quello di investimento e, in specie, la parità "teorica" sarà garantita nei confronti degli investitori locali.

Del resto, però, va aggiunto che neppure questo regime è immune da critiche o aspetti negativi. Se, infatti, la CEN comporta un certo disequilibrio tra investitori locali ed investitori esteri, la CIN comporta simmetricamente un disequilibrio rispetto agli investitori del loro stesso Stato di residenza. Ed, in particolare, come evidenziato dalla stessa dottrina qui citata, per raggiungere il corretto livello di neutralità economica, il sistema CIN imporrebbe agli investitori di non investire in Paesi con un carico fiscale inferiore a quello del loro Stato di provenienza. E ciò perché la allettante prospettiva di subire una tassazione inferiore a quella dello Stato di residenza influenza le scelte degli investitori e condiziona le loro scelte imprenditoriali di natura puramente economica riflettendosi negativamente sull'equità o, in altri termini, sulla redistribuzione ed allocazione delle risorse tra gli stati.

Ciò detto, si aggiunge che la dottrina tedesca qui citata ha più volte criticato questa distinzione ritenendola in entrambe i casi incapace di soddisfare gli obiettivi che si prefigge. Infatti, se finalità della neutralità è quella di ridurre al minimo, se non annullare, l'influenza degli effetti fiscali sulle scelte economiche, allora, sia il sistema CIN sia il sistema CEN sarebbero inadeguati al raggiungimento di tali risultati. Entrambi avrebbero effetti distorsivi della concorrenza, anche se in mercati di-

²¹⁷ Vedi nota 207, sopra.

versi. Pertanto, secondo l'orientamento qui citato non parrebbe condivisibile l'affermazione che il sistema CEN garantisca l'efficienza economica. Piuttosto, il metodo CEN discrimina gli Stati con livello impositivo inferiore, specie tra i Paesi in via di sviluppo e in tal senso è stato nominato "imperialismo fiscale"²¹⁸.

II. I.IV. Cosa accade nel mercato unico comunitario. Cenni.

Accanto ai due sistemi di tassazione "residenziale" e "territoriale" qui esaminati non può tacersi, per l'enfasi mostrata nel promuoverle dalle istituzioni comunitarie dell'Unione Europea e nel panorama fiscale internazionale, l'esistenza di possibili sistemi di tassazione alternativi.

Prima di effettuare in concreto una ricognizione sui contenuti delle alternative di recente proposte, occorre riporre l'attenzione sulla compatibilità in astratto di un sistema di tassazione quale quello "territoriale" o "residenziale" con le regole esistenti all'interno del mercato europeo.

Tale analisi passa necessariamente attraverso il filtro delle principali fonti in materia fiscale nell'Unione Europea.

Nel far ciò si devono distinguere principalmente due terreni di analisi: la normativa primaria del Trattato UE e secondaria delle Direttive da una parte e la giurisprudenza della Corte di Giustizia della Comunità Europea dall'altra.

Come autorevolmente rilevato in dottrina, infatti, nel cammino evolutivo del diritto comunitario occorre distinguere tra il c.d. processo di Armonizzazione positiva realizzatosi attraverso l'emanazione di atti normativi specifici da parte degli organi comunitari, le direttive in particolare e la c.d. integrazione negativa costituita a seguito dell'emanazione di una serie di sentenze della Corte di Giustizia della Comunità Europea avente come fondamento il rispetto delle libertà fondamentali²¹⁹.

²¹⁸ Cfr. K. Vogel, op. loc. cit., *supra* nota 211.

²¹⁹ Cfr. C. SACCHETTO – G. Casertano, *Tributi*, in G. Greco e M.P. Chiti, *Trattato di diritto amministrativo europeo*. Parta speciale, Milano, 1997

Soprattutto nel settore fiscale, in assenza di disposizioni espresse contenute nel trattato CE relativamente all'armonizzazione delle imposte dirette²²⁰ un ruolo fondamentale è stato assunto dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia e per tale motivo si è rilevato che la storia della fiscalità comunitaria è soprattutto la storia della giurisprudenza in materia tributaria della Corte di Giustizia.

Rinviando al capitolo IV l'analisi del concetto di territorialità nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, sinteticamente, è sufficiente osservare in questa sede che, analizzando le statuizioni di diritto che si sono affermate inizialmente sulla base della c.d. "soft law" comunitaria, potrebbe farsi strada il convincimento che la Corte di Giustizia della Comunità Europea tenda a privilegiare il sistema di tassazione territoriale. E ciò, principalmente, perché, essendo il sistema territoriale un sistema che assoggetta a tassazione un fatto impositivo nella misura in cui esso si verifica in un dato territorio statale, tale approccio escluderebbe in principio problematiche connesse alla discriminazione tra soggetti residenti e non residenti²²¹. L'analisi approfondita dei casi più recenti, tuttavia, sembra mostrare un diverso orientamento.

Nel panorama legislativo, invece, da una lettura delle principali fonti comunitarie in materia fiscale, esclusa l'analisi delle norme del Trattato CE che nulla suggeriscono come detto a questo riguardo, è opportuna una breve disamina della c.d. normativa secondaria delle Direttive ed in particolare le Direttive in materia di tassazione diretta.

Le Direttive approvate finora circa la tassazione diretta sui principali flussi reddituali all'interno della Comunità Europea (la Direttiva Madre/figlia in materia di distribuzione dei dividendi, la Direttiva Interessi/Royalties sul pagamento di interessi e canoni infragruppo e la Direttiva sul risparmio²²²) sembrano affermare una so-

²²⁰ In questo senso cfr. F.Roccatagliata, in Uckmar Corso di diritto trib. Intern., Padova 05. Secondo l'autore, prima di parlare di armonizzazione quale sia la funzione di armonizzazione nel diritto comunitario e più specificamente in materia fiscale occorre chiedersi se si possa parlare ordinamento fiscale a livello europeo.

²²¹ In tale senso, è sufficiente consultare la giurisprudenza prodotta dal caso *Schumacker* in poi, cfr. ECJ, C-279/93, del 14 febbraio 1995, ECR (1995), I, 225 e al capitolo IV la giurisprudenza citata.

²²² Cfr. Direttiva del Consiglio n. 90/435/EEC del 23 luglio 1990 sul sistema comune di tassazione delle società madri e delle società figlie di Paesi Membri differenti; Direttive del Consiglio n. 2003/49/EC del 3 giugno 2003 sul sistema comune di tassazione applicabile agli interessi ed ai canoni pagati da società col-

stanziale preferenza per la tassazione nello Stato della residenza. Mentre, allo Stato della fonte è demandato il compito generalmente di esentare l'intero elemento reddituale di riferimento. Tale principio generale subisce un temperamento nel caso della Direttiva sul risparmio, la mancata adesione di alcuni Stati Membri (Austria, Lussemburgo e Belgio) all'obbligo di scambiare informazioni con gli altri Stati Membri ha comportato l'introduzione (in deroga al regime ordinario) di una tassazione mediante ritenuta alla fonte. Nella stessa Direttiva è, comunque, riaffermata la prevalenza del principio generale, in quanto lo Stato Membro deve rinunciare ad effettuare la ritenuta alla fonte, se il risparmiatore rinuncia alla segretezza dei propri dati.

Ed, inoltre, nel caso che si proceda alla ritenuta alla fonte, lo Stato Membro deve rimettere il 75% di quanto trattenuto allo Stato della residenza.

Tale breve analisi della normativa secondaria comunitaria consentirebbe quindi di affermare la preferenza per il sistema "residenziale" di tassazione rispetto a quello "territoriale" in precedenza citato quale sistema apparentemente preferibile all'interno dell'Unione Europea²²³. Occorre allora verificare alla luce dei principi espressi dalla giurisprudenza comunitaria quale sia il sistema maggiormente idoneo a garantire la compatibilità con le libertà fondamentali del trattato. Di questi aspetti si darà maggior contezza come detto nel capitolo IV.

II.II. Sistemi alternativi di affermazione della potestà impositiva.

Nel paragrafo precedente e nei suoi sotto-paragrafi si è discusso della differente politica adottata dagli Stati per esercitare la propria potestà impositiva sugli individui e

legate residenti in due Paesi Membri differenti; Direttiva del Consiglio n. 2003/48/EC del 3 giugno 2003 sulla tassazione dei redditi da risparmio nella forma di interessi.

²²³ Diversamente, A.G. Prats, *EC Law and Direct taxation: towards a coherent system of taxation*, in *Accounting and taxation 6 assessment of ECJ case law*, EATLP International tax series Vol. 5 pag.70 sembra ritenere indifferente, sebbene con riferimento alla sola Direttiva Madre Figlia, il sistema territoriale o residenziale, considerata la possibilità di rimediare al fenomeno di doppia imposizione dei dividendi utilizzando sia il metodo dell'esenzione che del credito d'imposta.

sulle persone giuridiche. In particolare, sono stati analizzati i due principali metodi di tassazione: la tassazione basata sul criterio residenziale e quella basata sul criterio territoriale. In aggiunta a ciò, si è anche visto che l'adozione di questi due criteri di tassazione può, per altro verso, trovare una spiegazione nella scelta (politica) degli Stati di agevolare gli investimenti nel proprio territorio o, viceversa, di stimolare la circolazione dei capitali anche al di fuori dei propri confini. In questi termini, si è trattato della politica di c.d. "capital import neutrality" e della politica di c.d. "capital export neutrality".

Ciò detto, per concludere il quadro complessivo che costituisce oggetto della presente disamina, non si possono ignorare alcune soluzioni alternative ai "poli opposti" rappresentati dal regime di tassazione "territoriale" e "residenziale" o "mondiale", descritti nei paragrafi che precedono. Queste ipotesi di lavoro sono state variamente proposte dalla dottrina internazionale o da organi istituzionali nazionali e sovranazionali quali l'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCSE) e sono tutt'ora oggetto di approfondimento da un punto di vista teorico e pratico e pertanto degne di menzione in questo capitolo.

Volendo raggrupparle sotto una rubrica comune, si potrebbe dire che si tratta di proposte che stabiliscono la latitudine della sovranità fiscale degli Stati a prescindere tecnicamente dalla nozione tradizionale di "territorialità", così come è stata descritta in precedenza. Tali proposte infatti non assumono un criterio di collegamento "oggettivo" o "soggettivo", a seconda che il fatto generatore del presupposto impositivo sia rispettivamente collegato "oggettivamente" o "personalmente/soggettivamente" al territorio Statale.

Le soluzioni prospettate, originariamente, sono state costruite "su misura" per risolvere le potenziali inefficienze e complessità dei gruppi multinazionali, con presenze localizzate in una molteplicità di Stati aventi regimi fiscali differenti. È il caso del c.d. "*Global Formulary Apportionment*" applicato anche alla determinazione del reddito delle imprese e della "*Common Consolidated Corporate Taxable Base*" di matrice europea.

Nel paragrafo successivo si affronterà prima la proposta di *Global Formulary Apportionment* e, successivamente, quella di *Common Consolidated Corporate Taxable Base*.

II. II.I. Il sistema del c.d. “Global Formulary Apportionment” applicato alla determinazione del reddito delle società e la Common Consolidated Corporate Taxable Base.

Il GFA è un sistema di determinazione del reddito prodotto da un determinato soggetto giuridico (i.e. impresa nelle forme di stabile organizzazione e società) che funziona attraverso la ripartizione del reddito complessivo generato dal gruppo alle singole entità locali dislocate nelle diverse giurisdizioni di appartenenza. L’attribuzione, avviene sulla base di una formula predeterminata a livello globale dal gruppo. Pertanto, la formula opera sulla base di alcune “chiavi di allocazione” (c.d. *allocation keys* o *allocation factors*) del reddito, che, insieme, costituiscono il criterio di attribuzione.

Questo metodo di determinazione del reddito è riconosciuto da oltre due decenni a livello internazionale ma è stato scarsamente utilizzato dai gruppi multinazionali per i possibili risvolti negativi sulle politiche di determinazione dei prezzi di trasferimento (in specie, per il rischio di contestazioni sulla politica di “transfer pricing”) e, quindi, per la scarsa certezza giuridica del meccanismo di attribuzione dei profitti.

Al riguardo, va infatti precisato che il GFA è stato considerato dalla stessa Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico nelle proprie “Direttive sui prezzi di trasferimento per le imprese multinazionali e le amministrazioni fiscali” (di seguito, per brevità: le “Direttive”) adottate nel luglio 1995²²⁴. In maggiore dettaglio, nelle Direttive, l’OCSE ha preso in considerazione anche il “GFA”, ma

²²⁴ Cfr. *Report on the Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations*, adottato il 27 giugno 1995 dal Comitato degli Affari Fiscali dell’OCSE.

classificandolo a margine degli altri metodi, come un “approccio non di libera concorrenza” (letteralmente, la sezione C si intitola “*A non arm’s lenght approach: global formulary apportionment*”).

Secondo l’OCSE, nel GFA “*ci sono tre elementi essenziali nell’applicazione di tale metodo: la determinazione dell’unità su cui deve essere applicata l’imposta, ossia quale delle sussidiarie o filiali del gruppo multinazionale deve costituire l’entità globale imponibile; l’accurata determinazione degli utili globali; la fissazione della formula da utilizzare nella ripartizione degli utili globali dell’unità. La formula si basa per lo più su alcune combinazioni di costi, attivi, retribuzioni e vendite*” (cfr. par. 3.59, Direttive).

Ora, pur non essendo classificato dalla stessa OCSE tra i metodi “affidabili” (in inglese: *reliable*) nella determinazione dei prezzi di trasferimento (ed, infatti, la stessa OCSE precisa che il GFA “*dovrebbero essere preferiti i metodi basati sull’utile della transazione*” come il metodo della ripartizione degli utili o il metodo del confronto del margine netto, in quanto i primi sono basati su una “*formula pre-determinata per tutti i contribuenti al fine di distribuire gli utili*” mentre i secondi sono basati sulla comparazione degli utili realizzati da una impresa associata con quelli che avrebbe realizzato una impresa terza – cfr. par. 3.60, Direttive), ne vengono però delineate alcune caratteristiche importanti anche ai fini del presente elaborato. Secondo le Direttive, infatti, il GFA è stato proposto come un’alternativa al “*principio di libera concorrenza da chi sostiene che esso produrrebbe maggiori vantaggi amministrativi e certezza per i contribuenti. Tale metodo è più rispondente alla realtà economica e un gruppo multinazionale deve essere considerato su una base consolidata o di gruppo, così da riflettere le realtà commerciali delle relazioni tra le imprese associate al gruppo*” (cfr. par. 3.61, Direttive).

Il problema di fondo del GFA, secondo gli Stati membri aderenti all’OCSE, sarebbe però rappresentato proprio “*dalla difficoltà di attuazione del sistema in modo tale da evitare la doppia imposizione e assicurare un’unica imposizione*”. Il vero problema del metodo non consisterebbe tanto e solo nella correttezza logica o giuridica dell’attribuzione del profitto sulla base di un criterio di allocazione predetermi-

nato “a priori”, quanto più dal possibile rischio di un difficile coordinamento ed efficace corrispondente scambio di informazione tra gli Stati coinvolti. In termini pratici, infatti, non sarebbe poi così peregrina l’idea di un conflitto pratico tra gli Stati in merito alla correttezza del criterio applicato dal gruppo o, addirittura, sulla scelta da parte del gruppo delle cc.dd. “chiavi di allocazione” comuni a tutti gli Stati. È evidente infatti che una “chiave di allocazione” basata su alcuni fattori produttivi potrebbe avvantaggiare gli Stati ove quel fattore è decisivo, a dispetto del profitto effettivamente prodotto o derivante da quella giurisdizione e viceversa.

Se è vero quindi che, secondo le Direttive OCSE, i problemi legati alla operatività del metodo GFA sono lungamente maggiori dei possibili benefici che ne deriverebbero, non si può ignorare che questo tipo di approccio metodologico ha continuato ad essere oggetto di continuo interesse nel dibattito internazionale. Così come sono tuttora allo studio metodi sostanzialmente equivalenti di determinazione del reddito delle società multinazionali che dovrebbero avere efficacia nel solo mercato comune europeo e di cui si accennerà brevemente in conclusione di paragrafo (si fa riferimento alla “Common Consolidated Taxable Base” europea).

Tra gli altri aspetti negativi conseguenti all’applicazione di un sistema di ripartizione globale dei redditi, le Direttive OCSE evidenziano tutta una serie di problematiche afferenti, per lo più, alla loro concreta adozione ed applicazione e, quindi, mettendosi dalla prospettiva degli stessi imprenditori (“rectius”: *undertakings*). In particolare, le Direttive, tendono a ridimensionare l’enfasi data alla tesi secondo cui tali sistemi sarebbero particolarmente facili da adottare ed applicare e, soprattutto, poco onerosi, in termini di gestione e raccolta delle informazioni.

In particolare, l’elemento principale di questa critica (contenuta nel par.3.64 Direttive) consiste nella considerazione che, verosimilmente, tutti gli Stati pretenderebbero una diversa autonoma raccolta di informazioni basata tanto sui dati dell’intero gruppo multinazionale, a livello mondiale, quanto sui dati raccolti a livello locale, a livello della singola entità operativa. Così, concludono le Direttive, gli oneri di “*compliance*” finirebbero per moltiplicarsi.

Ciò chiarito sinteticamente sugli aspetti principali dei metodi di ripartizione dei redditi globali che sono ricompresi sotto l'acronimo di GFA, si può passare, pure qui brevemente, a considerare le caratteristiche fondamentali delle proposte di adozione di metodi simili al fine di determinare la quota di reddito imputabile a ciascuna entità operativa locale e, conseguentemente, le imposte dovute da queste alle Autorità fiscali di competenza nei vari stati.

Volendo riassumere quindi, esistono delle alternative ai sistemi di tassazione tradizionalmente applicati, residenziale e territoriale, tali alternative sono il frutto delle proposte di introduzione di metodi GFA che si trovano attualmente allo studio di commissioni composte di esperti internazionali. Una prima ipotesi è stata elaborata negli Stati Uniti d'America²²⁵ mentre un'altra versione, più propriamente europea, procede lentamente con la proposta denominata “*Common Consolidated Corporate Taxable Base*” (acronimo CCCTB).

a) IL GFA SECONDO LA PROPOSTA AMERICANA

La proposta americana parte dal presupposto che l'attuale regime di “Corporate Income Tax” applicato nei più moderni paesi occidentali può declinarsi secondo le linee essenziali già descritte nei paragrafi precedenti.

In maggiore dettaglio, con ciò si intende dire che, **(i)** alcuni paesi (tra cui, gli stessi Stati Uniti d'America) decidono di tassare le imprese localizzate nella propria giurisdizione su base residenziale e, quindi, con riguardo ai redditi ovunque prodotti da tali società, mentre **(ii)** altri paesi decidono di tassare le imprese esclusivamente sulla base del reddito ivi prodotto, sulla scorta del già illustrato regime c.d. “territoriale”. Sotto il profilo della disciplina predisposta per evitare il rischio di doppia im-

²²⁵ Cfr. proposta formulata dal prof. R. S. Avi-Yonah, ma che prende il nome di “*The Hamilton Project*” e che è già passata al vaglio di una Commissione di esperti in seno al Parlamento Federale americano. Si possono consultare i contenuti di questa proposta in R. S. Avi-Yonah e K. Clausing, *A proposal to Adopt Formulary Apportionment for Corporate Income Taxation – The Hamilton Project*, Third Draft, April 2007, sul sito: www.law.umich.edu/centersandprograms/olin/papers.htm

posizione giuridica (il c.d. *tax relief*), i primi paesi si affidano al metodo del credito mentre i secondi esentano i redditi prodotti all'estero.

Nel caso del credito, la doppia tassazione viene evitata attraverso un meccanismo di “*ordinary tax credit*” sulla scorta del quale l'Amministrazione fiscale del Paese riconosce al contribuente che abbia tratto redditi all'estero ed ivi abbia già scontato un'imposizione definitiva, un credito pari alla quota dell'imposta americana su quel reddito.

Se a ciò si aggiunge il fatto che i redditi prodotti fuori da questi Paesi (e, comunque, anche negli Stati Uniti) sono tassati soltanto quando vengono rimpatriati (con la conseguenza che, di fatto, si ha un implicito “*tax deferral*”, uno spostamento indeterminato nel tempo sulla tassazione dei redditi prodotti in altri Stati da parte dell'Amministrazione fiscale americana²²⁶), si completa il quadro di un sistema che premia gli operatori americani ad investire nelle giurisdizioni ad impatto fiscale inferiore. Conclusione che è ancor più rafforzata nel caso di tassazione su base territoriale, posto che, in questo caso, non vi sarebbe neppure una pretesa impositiva teorica del paese di residenza, né attuale né futura. Tali conclusioni, ovviamente, non tengono volutamente conto delle norme in materia di società straniere controllate (c.d. “*Controller Foreign Companies - CFC*”) adottate dalla maggioranza dei paesi appartenenti all'OCSE, tuttavia, sono sufficienti a suscitare le dovute riflessioni nell'ottica dell'interesse e della convenienza degli Stati a trovare delle soluzioni alternative rispetto al sistema territoriale o residenziale.

Sotto altro profilo, va ancora osservato che le medesime logiche di risparmio di imposta potrebbero applicarsi anche alla materia della determinazione dei prezzi di trasferimento, invitando gli operatori americani a costituire società in giurisdizioni a minor impatto fiscale e, successivamente, concludere accordi commerciali con le stesse nel senso di far confluire percentuali di reddito intrinseche alle transazioni concluse proprio verso queste società, con la conseguenza che queste società, sotto

²²⁶ Per l'approfondimento di alcuni concetti quali il *tax deferral*, le CFC e altri aspetti rilevanti del sistema americano qui citati si rinvia al capitolo III.

forma mascherata da controparti commerciali, finirebbero per accumulare margini di utili sottratti alle società residenti negli Stati Uniti.

A queste prime conclusioni, si devono aggiungere almeno altri tre ordini di considerazioni che rendono, di fatto, vulnerabili e, pertanto, migliorabili gli attuali regimi impositivi basati tanto sul principio di tassazione residenziale quanto su quello territoriale.

In primo luogo, secondo la dottrina citata, i metodi attuali non sono strutturati per rispondere alla natura globale delle attività condotte da società multinazionali. Ciò si esplica sia nelle eccessive complicazioni derivanti dal mantenimento di standard contabili internazionali alquanto diversi che possono far pervenire a risultati civilistici e, quindi, anche fiscali assai diversi, sia nella connaturata difficoltà degli attuali sistemi di tassazione di adattarsi alla diffusa pratica, succitata, di concludere transazioni infragruppo.

In secondo luogo, i sistemi attuali di tassazione sono estremamente complessi, con conseguenze di inefficienza non tanto e solo per le società che li devono seguire e, possibilmente, applicare ma anche per le Autorità fiscali che devono supervisionare sulla loro corretta adozione ed applicazione.

In terzo luogo, con specifico riguardo agli Stati Uniti d'America (ma, si potrebbe svolgere "a specchio" identico ragionamento anche per altri Paesi sviluppati), se si bada al rapporto tra la gravosità dell'aliquota fiscale applicata alle società con l'ammontare dei redditi effettivamente riscossi dall'Amministrazione fiscale americana, ci si accorge che rispetto a tale aliquota, gli Stati Uniti raccolgono un ammontare piuttosto limitato di imposte. Facendo un confronto con altri Paesi aderenti all'OCSE, le critiche mosse alla proposta considerano che questi hanno saputo incrementare di più il proprio gettito fiscale rispetto agli Stati Uniti, ma ciò è dovuto, nella maggior parte dei casi, all'incremento concorrente della base imponibile. Una base più ampia associata ad un'aliquota non necessariamente progressivamente più alta ha garantito maggiori entrate fiscali per l'Erario.

Dato questo quadro complessivo della realtà economica ed operativa degli Stati Uniti d'America (ma, in realtà, si tratta dello scenario comune alla maggioranza de-

gli Stati evoluti), il comitato dei promotori vuole giungere a conclusioni che, secondo la loro proposta, dovrebbero permettere alle Autorità fiscali di superare queste ordinarie difficoltà.

Secondo gli Autori²²⁷, infatti, la proposta di c.d. “*formulary apportionment*” avrebbe diversi pregi riuscendo a superare o, per lo meno, fornendo una valida risposta a molte delle problematiche poste in evidenza nelle righe che precedono.

Già solo dall’aspetto pratico della molteplicità di standard contabili differenti potrebbe derivare una possibile soluzione facilmente attuabile. E ciò anche perché in un sistema veramente integrato tra entità locali e società capogruppo situate in Paesi diversi, i gruppi non avrebbero particolare interesse a spostare redditi tra gli Stati diversi, siccome basati su un metodo di tassazione globale su base mondiale e sulla loro quota proporzionale dello stesso, in ragione delle vendite realizzate in un paese piuttosto che in un altro.

Nell’idea dei proponenti, infatti, il “*formulary apportionment*” permetterebbe così, in un’unica mossa, da un lato, di disincentivare radicalmente il c.d. “*income shifting*” a favore degli Stati a tassazione privilegiata e, da altro lato, di aumentare il gettito degli Stati esportatori di capitali (come, nel caso considerato dai proponenti, gli Stati Uniti), così da poter di pari passo ridurre anche il prelievo fiscale.

Scendendo, ora, nel dettaglio della proposta di “*formulary apportionment*”, va osservato che i gruppi multinazionali verrebbero trattati come un’unica entità legale integrante un singolo contribuente, “*subject to taxation*” nello Stato in cui esso risiede. Il singolo operatore (c.d. “*unitary business*”) verrebbe quindi tassato sul reddito globale prodotto a livello mondiale, sottraendo ai redditi così generati e calcolati tutte le spese parimenti sostenute, sulla base di una metodologia contabile unitaria a livello, anche questa, globale.

Così determinato il reddito netto globale generato dalla “*unitary business*”, si dovrebbe poi procedere alla ripartizione di esso tra le diverse giurisdizioni coinvolte in relazione ad un criterio di ripartizione basato non sul criterio della residenza né

²²⁷ R.S. Avi-Yonah e K. Clausing, op. ult. cit..

sulla corretta individuazione del principio di territorialità, bensì sulla base di una formula matematica che tiene conto di diversi fattori. Di conseguenza, ogni giurisdizione avrà un potere impositivo evidentemente “fittizio”, in quanto slegato da qualsiasi criterio oggettivo di connessione alla propria autorità/potere fiscale, limitatamente alla quota di reddito netto che gli verrà riconosciuto sulla base della formula.

Come già rilevato in precedenza, la formula prenderà a parametro alcune “chiavi di allocazione” (i cc.dd. “*key factors*”) che possono variare a seconda dell’importanza che si intende dare ad un fattore produttivo piuttosto che al livello delle vendite piuttosto che al numero di dipendenti.

Nella “proposta Hamilton” qui considerata, il sistema dovrebbe essere basato su una formula che prende a parametro i volumi di vendita. La ragione principale per cui la proposta utilizza i volumi di vendita, anziché altri parametri è, per lo più, dovuto al risultato negativo di precedenti esperienze in cui si era utilizzato come parametro una combinazione, con eguale peso all’interno della formula, di beni, dipendenti salariati e vendite (c.d. “*property, payroll and sales formula*”). Questo sistema, come ovvio, spingeva i gruppi a concentrare i tre fattori determinanti nella formula nell’ambito delle giurisdizioni a regime fiscale più favorevole, finendo così per attrarre lì – e legittimamente – la maggior parte dei redditi prodotti a livello globale.

Per contro, invece, la formula basata sui soli volumi di vendita dovrebbe avere il vantaggio di non produrre alcun effetto perequativo tra le diverse giurisdizioni coinvolte, in quanto le vendite rappresentano un dato obiettivo che è determinato dalla individuazione territoriale dell’acquirente e non sulla individuazione territoriale del produttore o dei fattori di produzione la cui allocazione può essere facilmente mobilitata per ragioni di convenienza fiscale.

La ragione principale per cui il volume delle vendite può rappresentare un buon indice per la determinazione del reddito dei gruppi a livello globale è che le vendite, meno di altri fattori, essendo determinate dal luogo in cui si trova l’acquirente, non subiscono o subiscono raramente gli effetti di un regime impositivo migliore o peggiore. In altre parole, gli acquirenti/consumatori tendono, nella generalità dei casi, a non spostarsi dal proprio luogo di residenza o domicilio per i propri acqui-

sti/consumi o, per lo meno, non tendono a farlo per ragioni di ordine fiscale collegato. In aggiunta, i gruppi non possono controllare i volumi di vendita di un Paese ed anche se questo fosse a regime fiscale particolarmente svantaggioso, i gruppi non avrebbero alcuna ragione a disincentivare le vendite.

In effetti, considerata in quest'ottica, la proposta non sembra discostarsi molto da altre proposte fiscali, paventate sia nella legislatura di George W. Bush sia a livello comunitario europeo, che provano a traslare progressivamente il carico fiscale delle imposte dirette (imposte sui redditi) a favore delle imposte indirette (imposte sui consumi appunto o c.d. "*consumption tax*"). In effetti, tutto considerato, il presupposto imponibile non sarebbe più rappresentato dalla ricchezza generata da una specifica impresa contribuente nell'ambito della sua ben individuata giurisdizione (sulla base della c.d. "*territorial taxation*") ovvero in forza del potere impositivo esercitato dallo Stato sull'impresa contribuente in quanto lì residente. Al contrario, il presupposto impositivo, nel caso del "*sales-based formulary apportionment*" sarebbe integrato dalla quantità di vendite in quel Paese.

A questo proposito, va ancora precisato che secondo i sostenitori del progetto "Hamilton" questo modello di regime impositivo rimarrebbe fortemente legato alla sua vera natura: un'imposta sul reddito delle società, piuttosto che una vera e propria tassazione sui consumi (nel termine anglosassone, la c.d. "*consumption tax*"), in quanto il presupposto impositivo continuerebbe ad essere fisiologicamente integrato dalla produzione di reddito imponibile a livello mondiale e non dalla mera vendita (circostanza che, invece, è sufficiente ad integrare il presupposto impositivo dell'imposta sul valore aggiunto, ad esempio).

Nell'analisi del progetto "Hamilton" si analizzano, poi, anche i vantaggi che deriverebbero dall'utilizzo di questa formula, quasi a rispondere alle numerose succitate critiche rivolte, in generale, dalle Direttive OCSE ai metodi di ripartizione dell'utile.

In tale disamina, si evidenzia in primo luogo che l'utilizzo di una tassazione globale fungerebbe da volano per la ristrutturazione di molti gruppi, permettendo agli stessi di trarre maggior beneficio dalle sinergie che si creano fisiologicamente

dall'interazione di parti correlate. Peraltro, permetterebbe di superare agevolmente il *discrimen* tra investimenti in Paesi diversi attuati attraverso la scelta di una stabile organizzazione piuttosto che di una società sussidiaria. Risolvendo, così, i problemi di ripartizione dei profitti e delle perdite a livello globale e la correlata controversia circa la riportabilità delle perdite in esercizi precedenti o successivi (tema che, nell'ambito dello spazio giudiziario e commerciale europeo è stato parzialmente risolto dalla nota sentenza pronunciata dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee nel caso Marks & Spencer²²⁸).

In concreto, questa scelta metterebbe sullo stesso piano gli investimenti attuati tramite società indipendenti e stabili organizzazioni, eguagliando le prime alle seconde sotto il profilo fiscale.

In secondo luogo, a parere dei redattori della proposta, l'adozione del "*formulary apportionment*" eliminerebbe l'incentivo dei gruppi alla c.d. "*income shifting*" (alla scelta cioè dei gruppi multinazionali di spostare materia imponibile da una giurisdizione ad un'altra allo scopo di beneficiare di una tassazione privilegiata). La principale ragione sembra doversi rinvenire nella circostanza che la scelta della determinazione del reddito, prima, e della attribuzione della quota di reddito a ciascuna giurisdizione, poi, prescinderebbero dall'autonomia decisionale degli imprenditori, ma sarebbe dovuta ai volumi di vendita realizzati in un paese piuttosto che un altro, come già descritto in precedenza.

²²⁸ Cfr. ECJ, Case C-443/03, 13 dicembre 2005, *Marks and Spencer plc v. H.M. Inspector of Taxes*, in ECR 2005, p. I-10837. Per una panoramica delle questioni discusse in dottrina sul tema delle perdite fiscali nell'ambito dell' EC law ed in particolare sul caso Marks & Spencer cfr. P. Pistone, "Tax treatment of foreign losses: an urgent issue for the European Court of Justice", *EC Tax Review* (2003-3), p.149-154; A. Cordewener et al., "The Tax Treatment of Foreign Losses: Ritter, M&S, and the Way Ahead" (Part One and Two), 44 *European Taxation* 4 e 5 (2004), p. 135-142 e 218-233; D. Gutmann, "The Marks & Spencer case: proposal for an alternative way of reasoning", *EC Tax Review* (2003-3) p.154-158; A. Corderwerner, "Foreign Losses, Tax Treaties and EC Fundamental Freedoms: a new German Case before the ECJ", *European Taxation* (September, 2003), p. 294-303; G. Meussen, "The Mark & Spencer case: reaching the boundaries of the EC treaty", *EC tax review*, (2003-3), p.144-148; L. Hinnekens, "The Marks and Spencer Case: UK Special Commissioners Find UK Group Relief Rules Compatible with Freedom of Establishment", *European Taxation* (2003-5), p.175-182; D. Evans et al. "What the Marks & Spencer case will mean", *International tax review*, (July- August 2003), p. 34-36, Massimiliano Russo, "Tassazione di gruppo e deduzione delle perdite delle società controllate estere: un ostacolo alla libertà di stabilimento ancora in attesa di una soluzione?" in Rivista di diritto tributario, n. 1 – 2006.

Va in realtà evidenziato che il problema di c.d. “*income shifting*” non sarebbe comunque del tutto risolto dal momento che residuerebbe un certo margine di manipolazione sui volumi di vendita tra i diversi mercati. Probabilmente, sarebbe ancora possibile influenzare/incentivare maggiormente le vendite su alcuni mercati strategicamente individuati nei paesi a più bassa esposizione fiscale.

In terzo luogo, è analizzato l’aspetto della semplificazione negli adempimenti che deriverebbe dall’adozione, su vasta scala, del “*formulary apportionment*”. Sotto questo aspetto, più che per altri, sembra di poter affermare che il progetto “Hamilton” sia in modo particolare il frutto di una certa ideologia “mercantilistica” di un Paese (come gli Stati Uniti d’America) che è sempre stato portato più alla esportazione di capitale che non all’importazione. A questo riguardo, si richiama quanto già illustrato nei precedenti paragrafi, a proposito della distinzione tra le politiche c.d. di “*import neutrality*” e di “*export neutrality*”.

In effetti, sempre secondo la commentata proposta, le difficoltà derivanti da una molteplice serie di adempimenti contabili e fiscali potrebbe essere evitata se “tutti” si uniformassero allo standard americano. Allo stesso modo, seguendo tale ragionamento, non vi sarebbe alcun bisogno di adottare misure di contrasto all’evasione fiscale da investimenti attraverso le cc.dd. “*Controlled Foreign Companies*”, i “*passive income*” e l’abuso di “*foreign tax credit*”, poiché tutti i redditi del gruppo con base negli Stati Uniti verrebbero attratti negli Stati Uniti e poi ripartiti, secondo le opportune chiavi di allocazione scelte, alle altre giurisdizioni. In pratica, si otterrebbe il risultato tanto voluto e cercato attraverso la “Subpart F” dell’Internal Revenue Service Code, rendendo, di fatto, trasparenti tutte le entità locali, ovunque esse siano localizzate²²⁹.

b) LA COMMON CONSOLIDATED CORPORATE TAXABLE BASE

²²⁹ Si rinvia al capitolo III il maggior approfondimento sui concetti di Subpart F income e CFC come adottate nel sistema americano.

Il quadro appena descritto con riferimento alla proposta americana contenuta nello “*Hamilton project*” trova, come già accennato sopra, un’equivalente analoga proposta di regime impositivo nell’ambito del mercato europeo. La proposta cui si fa riferimento ha preso originariamente le mosse da un’iniziativa privata di un importante gruppo multinazionale con base in Olanda che, allora, ha finanziato una borsa di studio per sviluppare e proporre una ipotesi di lavoro con lo scopo di valutare la fattibilità di un unico regime impositivo comune a tutti gli Stati membri. Quella proposta, in effetti, è stata portata a termine ma, pur non dando luogo ad alcun risultato concreto, ha avuto il merito di rilanciare la discussione – all’interno delle istituzioni comunitarie – circa la concreta possibilità di introdurre un siffatto regime.

Si tratta dell’ipotesi di regime unico comunitario denominato “*Common Consolidated Corporate Taxable Base*” (abbreviata abitualmente in “*CCCTB*”)²³⁰. Le linee fondamentali e le caratteristiche di questo potenziale regime impositivo comune sono, tutto sommato, non molto diverse da quelle esaminate sopra con riferimento al “*formulary apportionment*”.

In termini molto generali, la proposta avrebbe le seguenti caratteristiche:

- i) sarebbe diretta a regolare una lista di forme sociali tipiche, indicate in una specifica lista (sullo stile di quella allegata alle Direttive “*Parent/Subsidiary*”²³¹ o “*Interests and Royalties*”²³²). Tali società avrebbero il diritto di opzionare il regime fiscale “comune” che quindi rimarrebbe di natura “elettiva”. Le società non aventi sede nella Comunità Europea potrebbero comunque esercitare l’opzione per le loro stabili organizzazioni europee;
- ii) non vi sarebbe alcun pagamento di ritenute d’acconto o tassazioni alla fonte in caso di pagamenti tra società appartenenti allo stesso gruppo ed aderenti al regime opzionale;

²³⁰ Al proposito, cfr. C. H. Panayi, *The Common Consolidated Corporate Tax Base – Issues form member States opting out and Third countries*, in *European Taxation*, 2008, N. 3, pag. 114 e segg.. Ed European Commission, Directorate – General Taxation and Customs Union, Working Document, Common Consolidated Corporate Tax Base Working Group, *CCCTB: possible elements of a technical outline*, relazione sui lavori tenutasi a Brussels, 26 luglio 2007.

²³¹ Cfr. Direttiva del Consiglio del 23 luglio 1990, n. 435, così come modificata dalla Direttiva del Consiglio del 22 dicembre 2003, n. 123.

²³² Cfr. Direttiva del Consiglio del 3 giugno 2003, n. 49.

iii) a differenza del “*formulary apportionment*”, la CCCTB prevede una dettagliatissima serie di regole sulla determinazione della base imponibile che, in linea di massima, rimane sempre determinata dalla differenza tra redditi soggetti a tassazione ridotti dell’ammontare dei redditi esenti e spese ed altri oneri deducibili;

iv) sarebbero redditi esenti, tra l’altro, i ricavi dalla vendita di beni (c.d. “*pooled assets*”) e, soprattutto, i dividendi qualificati, i redditi delle stabili organizzazioni ed i c.d. *capital gains* qualificati, secondo alcune regole dettate in maniera comune in materia di “*participation exemption*”.

Un aspetto molto rilevante che è affrontato frequentemente dai “*Working Parties*” che esaminano l’ipotesi legislativa ha per oggetto una delle problematiche che, in misura prevalente, si pongono all’attenzione del lettore: quale deve essere lo strumento o la fonte idonea a disciplinare la materia. In particolare, come si è già evidenziato trattando del “*formulary apportionment*”, la tesi base che sta alla radice delle due proposte non può prescindere da una base di larghissimo consenso tra gli Stati aderenti alla proposta. Inevitabilmente, entrambe le proposte, proprio perché rompono gli schemi tradizionali che attribuiscono a ciascuna giurisdizione il potere di tassare il “fatto” che è indice dell’incremento della ricchezza di una persona fisica o giuridica (e, quindi, detto altrimenti del “reddito”) devono necessariamente trovare il consenso forte e consolidato di tutti coloro che dovrebbero aderire. Diversamente, non potrebbe neppure immaginarsi un sistema avente le caratteristiche descritte sopra.

A questo riguardo, può allora essere interessante notare che – a livello istituzionale comunitario – si è discusso circa il mezzo legislativo migliore attraverso il quale gli organi comunitari dovrebbero provvedere ad approvare ed introdurre la CCCTB nello spazio giudiziario europeo. Da un lato, qualcuno ha sostenuto che, trovandosi un largo consenso, la forma migliore sarebbe quella del Regolamento comunitario che, per sua natura, non lascerebbe margini di manovra ai singoli Paesi membri; da altro lato, la maggioranza delle opinioni è, invece, nel senso di preferire l’adozione del regime per mezzo di una Direttiva ai sensi dell’art. 94 del Trattato di

Roma²³³. E ciò avrebbe due conseguenze di pari rilievo: la prima, per cui tale forma di legiferazione richiede, appunto, l'unanimità degli Stati Membri anziché la maggioranza e la seconda, per cui agli Stati membri verrebbe lasciata una certa autonomia legislativa nella fase di implementazione a livello nazionale.

Peraltro, non va dimenticato neppure un altro aspetto assai rilevante. Ai sensi dell'art. 58, Trattato di Roma la disciplina dell'imposizione diretta non è attratta alla competenza degli organi comunitari ma rimane rimessa alla autonomia dei singoli Stati membri. L'approvazione di un sistema consolidato di tassazione comune, quale è quello profilato dalla CCCTB sarebbe una profonda innovazione rispetto al generale principio finora esistente e dettato dalle disposizioni primarie del Trattato per la cui introduzione, pertanto, sarebbe necessaria la modifica del Trattato stesso (anche in questo caso all'unanimità).

Definite in questi termini le principali caratteristiche ed i vantaggi dell'adozione di un "*global formulary apportion method*" ovvero della "CCCTB" pare il caso di considerare gli aspetti di esse che – per quanto rileva in questa sede – potrebbero interagire con gli ordinari criteri di collegamento con il territorio di uno Stato.

A questo proposito, va subito sollevata qualche perplessità relativamente alla natura obiettiva del metodo di "*formulary apportionment*". Infatti, seguendo le indicazioni dei sostenitori del progetto "Hamilton", sembrerebbe di capire che questo metodo di tassazione prescinderebbe – in misura assai rilevante – dalla verifica di uno stretto collegamento tra il singolo fattore produttivo e dallo specifico indice di ricchezza e capacità contributiva della entità locale. Secondo questa proposta, come visto, la giurisdizione competente per la capogruppo (che, in un certo senso, simulerebbe una forma di "consolidato fiscale mondiale") determinerebbe l'ammontare globale mondiale dei ricavi del gruppo secondo le proprie norme contabili. Parimenti, sempre secondo la propria disciplina contabile, imputerebbe l'ammontare globale mondiale di costi sostenuti dal gruppo per la produzione di quei ricavi; e, quindi, se-

²³³ Trattato di Roma, 25 marzo 1957, istitutivo delle Comunità Europee, come modificato dal Trattato dell'Unione Europea, siglato ad Amsterdam, il 2 ottobre 1997 ed entrato in vigore il 1° maggio 1999 e dal successivo Trattato di Nizza dell'11 dicembre 2000, siglato il 26 febbraio 2001.

condo la propria disciplina fiscale calcolerebbe quanti di quei costi dovrebbero ammettersi in deduzione dai ricavi al fine di individuare il reddito fiscalmente rilevante.

Una volta determinato il reddito imponibile a livello centralizzato, questo sarebbe attribuito alle singole entità locali per la relativa tassazione nella giurisdizione di appartenenza, secondo la già citata “chiave di allocazione” basata sui volumi di vendita.

Apparentemente, questo sistema dovrebbe adeguatamente ridistribuire i redditi tra le singole giurisdizioni secondo la capacità di ciascuna entità di generare reddito. In realtà, tuttavia, si ritiene che questo sistema, se così modulato, finirebbe per creare un principio di territorialità artificiale, come se il potere impositivo di ciascun paese dovesse prescindere dalla reale capacità contributiva della singola impresa all'interno del territorio di quella giurisdizione. Ciò si rende evidente per la ragione che, applicando questo metodo, la ripartizione dei ricavi e dei costi verrebbe proporzionalmente spalmato su tutte le entità locali, livellando (o, in un certo senso, compensando) i “picchi” di reddito e di perdita di una entità locale con le altre a prescindere da criteri di collegamento tradizionalmente utilizzati come la residenza o il territorio nel quale si origina la capacità reddituale.

Con particolare riguardo alle deviazioni rispetto ai criteri di collegamento con una giurisdizione, si osserva ancora quanto segue.

Nella tassazione fondata sul criterio della residenza (c.d. “*world wide taxation*”), il criterio di collegamento è “soggettivo”, in quanto il potere impositivo dell'autorità statale si individua in ragione della sede dell'imprenditore, a prescindere dal luogo in cui il reddito è, poi, effettivamente prodotto.

Nella tassazione fondata sul criterio di territorialità (c.d. “*territorial principle*”), il criterio di collegamento è “oggettivo”, in quanto il potere impositivo dell'autorità statale si individua in ragione del fattore obiettivo della produzione diretta di ricchezza nell'ambito territoriale di quella particolare giurisdizione.

Di contro, in un “*formulary apportionment*” né il criterio soggettivo né il criterio oggettivo avrebbero rilevanza, quanto piuttosto la corretta individuazione della “chiave di allocazione” elaborata a livello centralizzato dalla capogruppo.

Si avrebbe, per l’effetto, una vera e propria alternativa ai due principi classici di individuazione del potere impositivo degli Stati a favore di un diverso criterio aritmetico di attribuzione del reddito. L’approvazione di tale metodologia alternativa deve necessariamente incontrare, come detto, ampio consenso tra tutti gli Stati appartenenti ad un mercato o ad un’area di scambio commerciale. Certamente, non potrebbero sottrarsi a questo scambio di consensi né gli Stati Uniti d’America né l’Unione Europea né, infine, i Paesi del “Far East”.

II.III. L’esperienza pratica. Esempi concreti di adozione del sistema “territoriale”, di quello “residenziale” e soluzioni “miste”.

Nelle precedenti sezioni del presente capitolo è stato affrontato il tema di come la potestà impositiva degli Stati può manifestarsi in linea astratta e teorica. Il concetto di territorialità, come visto, può essere riferito all’ estensione territoriale nella quale si esercita la giurisdizione fiscale degli Stati. Si è anche detto che la potestà impositiva può, almeno per le posizioni dottrinali citate al riguardo, delinearsi secondo due distinti e separati sistemi di tassazione che vengono generalmente adottati dagli Stati: il principio di tassazione territoriale (c.d. “*territoriality principle*”) e quello di tassazione globale (c.d. “*worldwide taxation*”). Si è poi avuto modo di sottolineare come questi due sistemi di tassazione, nell’esperienza comune, abbiano scarsamente trovato un recepimento “puro” a livello pratico. Assai raramente, infatti, la politica fiscale degli Stati ha indotto il legislatore domestico ad abbracciare un unico metodo di tassazione escludendo a priori le alternative in precedenza considerate.

Il principio di tassazione su base residenziale ha avuto ampissima diffusione negli anni 70, quando è stato adottato dalla maggioranza dei Paesi occidentali. In particolare, l'estensione della potestà impositiva al di fuori dei limiti territoriali geografici del singolo Stato ha avuto avvio nella prima metà degli anni 30 proprio negli Stati Uniti d'America; ed è stato seguito poi, nel 1972, dalla Repubblica Federale Tedesca e via via da molti altri Paesi. In quest'ottica estensiva della giurisdizione "fiscale" vanno ricondotte anche tutte le norme che, grosso modo, replicano la disciplina delle c.d. "*Controlled Foreign Companies*"²³⁴.

Di contro, alcuni osservatori hanno evidenziato che, dalla seconda metà degli anni 90, invece, il "trend" si è invertito andando nella direzione opposta. Molti Stati hanno cominciato a ridurre lo scopo della propria tassazione su base residenziale, abbracciando, almeno in parte, uno schema ibrido con maggiori influssi derivanti dal principio di territorialità (in questo senso, sia la Francia sia il Regno Unito di Gran Bretagna sia, infine, molti Paesi dell'America Latina). Seguendo questa tendenza, gli esempi di Stati che abbracciano un sistema impositivo "puro" si sono sostanzialmente ridotti ad un numero limitato di casi, mentre è assai più significativa la probabilità di riscontrare un sistema impositivo "misto"²³⁵.

Nei prossimi paragrafi, dopo una breve premessa sull'utilità dell'approccio comparativo in materia fiscale, si intende mettere a confronto, da un lato, regimi fiscali che hanno adottato un sistema prevalentemente "territoriale" (ad esempio, la Francia, Hong Kong e la Danimarca) e, dall'altro lato, un sistema fiscale tradizionalmente di stampo "residenziale" (come il Lussemburgo o gli Stati Uniti d'America, quest'ultimo oggetto di specifico approfondimento nel capitolo successivo).

²³⁴ Per l'Italia si veda al riguardo il regime CFC descritto al termine del capitolo dedicato alla territorialità in ambito nazionale.

²³⁵ Cfr. A. Schindel- A. Atchabahian, *General Report*, op. cit., 35.

II. III.1 L'approccio comparato.

Tra i diversi contributi di studiosi²³⁶ della comparazione nel campo del diritto tributario si ricorda in questa sede, per le finalità del presente capitolo, la suddivisione teorica della dottrina che individua tre ragioni principali per la comparazione dei sistemi tributari.²³⁷

Una prima ragione è quella di utilizzare la comparazione per una generale conoscenza di un sistema diverso dal proprio in ambito internazionale. Tale ragione è certamente di ausilio ai pratici del diritto tributario perché consente di porre correttamente quesiti in merito ad aspetti della legislazione di volta in volta considerata ai colleghi di tale giurisdizione solo se si ha di essa una conoscenza generale frutto di un'analisi comparata (“knowledge of foreign law”).

Una seconda ragione è quella che da altri autori è definita con l'espressione “eye opening”²³⁸ nel senso di indicare la utilizzabilità della comparazione con altri sistemi per comprendere meglio il proprio sistema e “vedere” di fatto aspetti o scoprire tratti a volte inesplorati del proprio sistema.

Una terza ragione identifica nella comparazione uno strumento utile in una prospettiva *de iure condendo* per migliorare il proprio sistema giuridico (“scientific approach”).

Sono queste due ultime le ragioni che hanno motivato la ricerca e gli studi dei sistemi qui trattati ed in particolar modo del sistema americano oggetto di separata trattazione al capitolo IV.

²³⁶ Cfr. tra gli altri, H.Ault, *Comparative Income Taxation: a Structural Analysis*, the Hague, 1997; Claudio Sacchetto e Altri, *Introduction to comparative tax law*, Collana del Dipartimento di Diritto dell'Economia, Istituto di diritto tributario dell'Università degli Studi di Torino, Rubbettino 2008.

²³⁷ Cfr. Jorg Manfred Mossner, “Why and how to compare law”, in *Liber Amicorum*, a cura di Luc Hinnekens, Bruxelles, 2002, pag.305

²³⁸ Cfr. M.A. Glandon, “Why cross boundaries” in *Washington & Lee, L. rev.* 971 (1996), 53

Seguendo le considerazioni proprie di autorevole dottrina italiana in merito alla consapevolezza che uno studio comparato non può prescindere, da una parte, dall'analisi dei cosiddetti "formanti"²³⁹ per valutare la coerenza di un sistema e dall'altra, dalla differenza tra il tenore letterale delle norme e la loro applicazione pratica ("law in action and in the book"), la ricerca di cui si dà resoconto nel seguito ha avuto ad oggetto le fonti disponibili dei sistemi fiscali considerati tramite l'ausilio di alcune banche dati e dei testi ed articoli di dottrina citati in materia. I limiti dell'approccio comparato, al riguardo, quando vengono analizzate solo alcune fonti e non viene studiato l'insieme delle fonti rilevanti: leggi, giurisprudenza prassi e dottrina sono stati evidenziati dagli studiosi di diritto comparato e sono qui condivisi²⁴⁰.

Consapevoli di tali limiti e senza pretesa di esaustività, si tratteranno nel seguito le linee essenziali dei sistemi citati per i loro tratti comuni ai sistemi qualificati in precedenza come sistemi territoriali, lasciando maggior spazio alla comparazione nel capitolo dedicato al sistema statunitense dove le maggiori fonti a disposizione hanno consentito un miglior approfondimento.

II. III.II. La Francia.

La Francia ha recentemente modificato il proprio regime fiscale, introducendo alcune norme che hanno dato ancora maggior rilevanza a quelle caratteristiche di sistema mutate dai regimi "territoriali". In particolare, il regime "territoriale" francese si applica **(i)** a tutte le società francesi che conducono un'attività imprenditoriale, totalmente o parzialmente, al di fuori del territorio francese ovvero **(ii)** a tutte le società straniere che conducono un'attività imprenditoriale nel territorio francese.

²³⁹ R. Sacco, *Introduzione al diritto comparato*, Torino 1992.

²⁴⁰ K.Zweigert, H. Kotz, *Introduzione al diritto comparato*, Milano 1998, p.83 e ss, M. Barassi in *Introduction to comparative tax law*, op.cit. pag.158 e ss. Gli autori evidenziano come una conoscenza della sole fonte dottrinale non è sufficiente per conoscere lo stile di un determinato sistema studiato. Le fonti tutte, incluse leggi, giurisprudenza, prassi e dottrina sono essenziali per poter conoscere e conseguentemente accostare due ordinamenti o più ragionevolmente gruppi di norme idonee a disciplinare una data materia che si vuol confrontare.

In specie, la normativa in materia prevede che “*i profitti soggetti a tassazione sul reddito delle società sono calcolati tenendo conto dei profitti realizzati da un imprenditore in Francia così come dei profitti per i quali la Francia conserva la potestà impositiva in virtù di un trattato contro le doppie imposizioni*”²⁴¹.

È evidente allora che, come precisato dagli studiosi di questo sistema²⁴², assume un ruolo determinante nella applicazione pratica del sistema territoriale francese la nozione di “*enterprise*” (cioè, di impresa o di imprenditore). Eppure, è un concetto che manca nell’impianto legislativo francese con la conseguenza che la giurisprudenza ha dovuto supplire a questa lacuna, pronunciandosi di volta in volta su casi concreti allo scopo di meglio individuare i confini di detta nozione.

Per quanto riguarda il profilo afferente ad un c.d. “limite esterno della giurisdizione fiscale” francese, quando, cioè, il tema è esaminato dalla prospettiva dell’imprenditore francese che intende investire all’estero, va evidenziato subito che la nozione di “stabile organizzazione” all’interno della disciplina domestica locale assumerà un ruolo determinante per comprendere la qualifica di “territoriale” del sistema francese. In altri termini, secondo il pensiero degli autori citati, le società non residenti in Francia sono ivi tassate per i redditi prodotti nel territorio francese mentre le società residenti ai fini fiscali in Francia sono esentate da tassazione per i redditi prodotti all’estero ed effettivamente connessi al reddito d’impresa svolto all’estero per il tramite della propria stabile organizzazione.

Qualora sia l’imprenditore francese ad investire all’estero, infatti, l’assoggettamento a tassazione in Francia sarà sostanzialmente condizionato alla riconducibilità del reddito ad una stabile organizzazione all’estero. Se il Paese ospite (il c.d. “*Host Country*”) ha concluso con la Francia una Convenzione contro le doppie imposizioni, la Francia dovrà esaminare se, ai sensi della medesima, si possa individuare una presenza fiscalmente rilevante dell’imprenditore francese in tale altro Stato. In caso di risposta positiva, la Francia non potrà tassare il reddito derivato

²⁴¹ Cfr. Art. 209-I, Code General des Impôts.

²⁴² Mathieu Pouletty e Neil Smith, “The Territoriality Principle as applied in Denmark, France and Hong Kong”, in *Tax Planning International Review*, 2005; Nicolas Melot, “Territorial and Worldwide Tax Systems: Should France Adopt the US System?”, *International Journal*, 2004.

dall'attività condotta all'estero in conformità agli impegni assunti nella Convenzione. D'altro canto, se, ai sensi della Convenzione, non si ritiene sufficiente la presenza dell'imprenditore francese nell' "*Host Country*", allora, la Francia potrebbe in teoria assoggettare a tassazione il reddito prodotto fuori del proprio territorio solo ove la legislazione nazionale le consentisse tale facoltà.

Se, d'altra parte, l' "*Host Country*" non ha concluso alcuna Convenzione con la Francia, quest'ultima sarà libera di applicare la propria disciplina domestica ed in forza di quest'ultima potrà verificare se l'attività svolta all'estero configura, o meno, esercizio abituale di attività imprenditoriale ai sensi dell'art. 209, CGI.

Ebbene, la questione non è di poco momento, in quanto la nozione di stabile organizzazione, sotto la disciplina fiscale francese, è più ampia di quella approvata dall'OCSE. Infatti, oltre alla nozione tradizionale di "*physical p.e.*" e di "*personal p.e.*" (così come delineate dal Modello OCSE), il legislatore francese ha introdotto un ulteriore "test" consistente nella verifica della "*realizzazione di un ciclo completo di servizi o transazioni di natura commerciale*"²⁴³.

Naturalmente la stessa nozione "a specchio" vale per i casi in cui un imprenditore estero intenda investire in Francia.

Risolto in questi termini il profilo applicativo del principio di territorialità relativo allo svolgimento di un'attività imprenditoriale in Francia o fuori della Francia per mezzo di una stabile organizzazione, si deve passare ad esaminare il correlato profilo della estensione/del limite "interno" o "esterno" della potestà impositiva francese in caso di investimenti per mezzo di società sussidiarie. In questo caso, sembra che il principio di territorialità subisca "prima facie" una forte restrizione. È evidente infatti che l'esercizio di attività imprenditoriale per mezzo di un soggetto giuridico diverso dall'imprenditore domestico, siccome creato, regolato e, di fatto, esistente in virtù del sistema giuridico di un altro Paese, sia un fattore difficilmente superabile dalla disciplina interna di un singolo Stato. La potestà impositiva di una giurisdizione non può estendersi (così facilmente, almeno) oltre i confini territoriali

²⁴³ I "*tests*" menzionati nel testo sono stati dettagliati nel "rapporto Valleix" in JO AN 22 settembre 1980, p. 4019.

dello Stato se l'esercizio dell'attività avviene per mezzo di un soggetto giuridico residente altrove.

Alla base di questo fondamentale principio si pongono un uniforme quadro normativo esistente a livello internazionale e comunitario. A livello internazionale, è noto che l'articolo 4 del modello di Convenzione contro le doppie imposizioni stabilisce i criteri elementari di individuazione della nozione di "residenza" sia delle persone fisiche sia delle persone giuridiche. Il Commentario all'articolo 4, poi, provvede a meglio descrivere la progressiva rilevanza di un criterio di collegamento al territorio di uno Stato, quando si venga a riscontrare un conflitto di "residenza" tra due Stati, sulla scorta del quale entrambi gli Stati reclamino la residenza del soggetto (fisico o giuridico).

A ben vedere, però, prescindendo da questi casi limite, uno Stato non dovrebbe essere in grado di tassare i redditi prodotti fuori del proprio territorio da un soggetto che non è neppure residente nel suo territorio ai sensi della sua normativa domestica. In tale caso, infatti, mancherebbero i presupposti sia di carattere "soggettivo" che stanno alla base di un criterio di collegamento personale costituente l'elemento minimo per la tassazione su base residenziale sia quello di carattere "oggettivo" che è alla base del criterio di collegamento territoriale appunto.

Ciò nonostante, gli Stati occidentali, per primi, e molti altri, successivamente, hanno via via adottato strumenti che consentissero di tassare anche i redditi prodotti da soggetti giuridici che non sono formalmente residenti sul loro territorio e che non hanno prodotto quei redditi sul loro territorio. Si tratta, come noto, delle già richiamate normative sulle "*Controlled Foreign Companies*". Il principio comune alla molteplice varietà di "*Controlled Foreign Companies regulations*" consiste nella attrazione del reddito prodotto da una certa società residente in uno Stato a tassazione privilegiata nell'ambito della potestà impositiva dello Stato in cui risiede il socio o i soci della società estera. La ragione è ovvia è non merita particolare approfondimento.

Le conseguenze sono che, per effetto dell'approvazione di queste normative, molti Stati hanno, di fatto, esteso la propria territorialità ben oltre i limiti del proprio

territorio in virtù di un principio di salvaguardia delle proprie casse erariali. E ciò in aperta violazione sia delle Convenzioni internazionali generalmente concluse con altri Stati sia della autonomia dei singoli di investire “aliunde” se e nella misura in cui si perseguono obiettivi e finalità leciti. Questo “trend” ha ormai interessato la maggioranza dei Paesi sviluppati e nei confronti non solo di Paesi a fiscalità sostanzialmente privilegiata (i c.d. “*Tax Havens*” che non significa volgarmente “paradisi fiscali” ma “rifugi fiscali”), ma anche degli stessi Paesi appartenenti all’area comunitaria che vengono abitualmente considerati a tassazione ordinaria.

La Francia è stata uno dei primi Paesi ad adottare misure contro la sottrazione di materia imponibile, facendo ricorso alle normative CFC. E sempre la Francia è stato uno dei primi Stati ad introdurre questo tipo di normativa anche nei confronti delle attività imprenditoriali svolte attraverso soggetti giuridici localizzati in altri Stati membri della Comunità Europea. Norme che, poi, sono state considerate illegittime dalle stesse Autorità giurisdizionali francesi²⁴⁴, ancor prima che dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee²⁴⁵. All’esito di questo processo, la Francia ha modificato la propria disciplina in materia applicandola, senza discriminazione a tutte le imprese ovunque localizzate, purché, se l’attività è localizzata nell’area comunitaria, la struttura sia “puramente artificiosa” e “diretta a conseguire esclusivamente un risparmio fiscale”, integrando, così a livello normativo domestico il principio enunciato proprio dalla Corte di Giustizia nel caso *Cadbury Schweppes*²⁴⁶.

II. III.III Hong Kong.

Un’altra giurisdizione che ha, da sempre, attratto investimenti dall’estero (specie dai Paesi occidentali) in ragione del proprio regime impositivo particolare è

²⁴⁴ Cfr. il caso *Société Schneider Electric*, Consiglio di Stato 28 giugno 2002, in *International Tax Law Reports*, 2002, n.6, pagg. 1077 e segg.

²⁴⁵ Cfr. ECJ, C-196/04, 12 settembre 2007, *Cadbury Schweppes plc v Commissioners of Inland Revenue*, ECR 2006, I-7995.

²⁴⁶ Lo stesso approccio è stato seguito dalla Repubblica Italiana con il c.d. “decreto anti-crisi” approvato con decreto legge 1° luglio 2009, n. 78, pubblicato in Gazzetta Ufficiale, Suppl. Ord. n. 150, del 1° luglio 2009 e descritto brevemente in chiusura del precedente capitolo.

la città-Stato di Hong-Kong. Tra le altre ragioni, va menzionato il fatto che Hong-Kong **(i)** non prevede alcuna imposta sul valore aggiunto, equiparabile a quella italiana o cinese, **(ii)** non sussiste alcuna imposta sul capital gain, **(iii)** resistono ancora aliquote impositive decisamente ridotte **(iv)** unitamente ad una politica legislativa che ammette, senza troppe restrizioni, una ragionevole quota di deducibilità dei componenti negativi di reddito e di altri oneri²⁴⁷.

Fatta questa premessa di ordine generale, non si può trascurare che la ragione principale dell' *"appeal"* fiscale esercitato dallo Stato di Hong-Kong consiste proprio nel suo regime di tassazione territoriale che, "prima facie", sembrerebbe rappresentare uno di quei pochi esempi di giurisdizioni che descriveremmo come *"full territorial based"*, ed il cui regime impositivo, quindi, non ha subito alcuna contaminazione o mitigazione da parte del sistema di tassazione residenziale.

In primo luogo, va inquadrata la nozione generale di "reddito prodotto" secondo l'ordinamento fiscale di Hong-Kong. In particolare, sulla scorta dell' "Inland Revenue Act" i profitti di una società sono tassati in due ipotesi:

- nel primo caso, quando derivano da un'attività esercitata ad Hong Kong e da questa attività derivano redditi;
- un reddito è prodotto o è derivato nello/dallo Stato di Hong Kong.

Ebbene, sulla base delle sopra individuate ipotesi generali, in realtà, non si può trarre più di qualche indicazione relativamente alle ipotesi in cui Hong Kong può esercitare la propria giurisdizione ("rectius": potestà) fiscale. Come ovvio, però, una disciplina estremamente vaga e generica si può prestare a molteplici interpretazioni che, in buona sostanza, dipendono dai "fatti e circostanze" del caso specifico²⁴⁸. E ciò con un'ulteriore ovvia conseguenza di rimettere nella disponibilità dei contraenti la facoltà di disciplinare i propri rapporti contrattuali come più opportuno, allo scopo di evitare di attrarre quanto più reddito possibile nello Stato.

²⁴⁷ Cfr. per maggiori approfondimenti e riferimenti A. Halkyard, *Source of Profit rules in Hong-Kong: Analysis of a troubling successful system*, Bulletin, Novembre 2006, p. 453 e segg.

²⁴⁸ In questo senso, si veda la nota pratica n. 21, a commento dell'Inland Revenue Ordinance.

In realtà, per rinvenire le ragioni che hanno condotto Hong Kong ad adottare un regime impositivo basato su un sistema fiscale territoriale, occorre compiere un brevissimo “excursus” storico ad alcuni anni prima del secondo conflitto mondiale. Negli anni quaranta dello scorso secolo, infatti, giusto agli esordi della Seconda Guerra Mondiale, Hong Kong approvò un sistema impositivo c.d. “schedulare”²⁴⁹ diretto a tassare “tax on earnings and profits” e, in particolare “to impose War taxes and regulate the collection thereof” (“imposte sui ricavi e sui profitti” ed in particolare, “per imporre tasse di guerra e per regolare la loro riscossione”, n.d.r).

Questo specifico Act non fu ovviamente inteso a disciplinare in maniera permanente il diritto fiscale dello Stato, ma era ovviamente dettato da una situazione contingente giustificata dalla peculiarità del decennio. Ciò nonostante, tale iniziale sistema è rimasto essenzialmente in vigore anche dopo il 1947 (anno in cui è stata approvata la prima riforma fiscale post bellica) ed ha costituito il “corpus” della riforma stessa.

Nelle intenzioni dei riformatori, infatti, permaneva l’intenzione di dare particolare risalto alla posizione strategica del porto di Hong Kong, garantendo una ampia esenzione sui traffici portuali, unitamente al timore che, all’esito del conflitto, gli investimenti potessero essere deviati verso l’Estero.

L’elemento chiave che, dunque, si aggancia alla attuale disciplina fiscale di Hong Kong consiste proprio nella estensione della nozione di giurisdizione che ha tratto origine dai provvedimenti approvati a quel tempo e che si basa quasi interamente sulla nozione di “fonte”. Come si è già anticipato e come meglio vedremo in seguito, dalla ampiezza del concetto di “fonte”, invero, dipende l’ampiezza stessa della giurisdizione fiscale di Hong Kong e, conseguentemente, del suo potere impositivo. Con una sola rilevante eccezione (introdotta, in realtà, piuttosto di recente) la

²⁴⁹ Il c.d. *schedular system* è un sistema fiscale che ha trovato vasta applicazione negli stati appartenenti all’ex *Commonwealth* ed, in specie, nel Regno Unito, secondo cui i redditi vengono tassati separatamente per categoria di appartenenza. A ben vedere, poi, molti altri sistemi giuridici hanno introdotto elementi che presentano analogie con lo “*schedular system*”, seppure con alcune varianti (per esempio, lo stesso sistema fiscale italiano suddivide i redditi in sei categorie, con alcune specifiche regole proprie per la determinazione dei redditi così prodotti. Salvo, poi, farli convergere in un’unica base imponibile soggetta alle medesime aliquote).

nozione di tassazione fondata sulla residenza è rimasta estranea alla legislazione ed all'esperienza dello Stato²⁵⁰.

Fatta questa premessa storica sull'origine del sistema fiscale territoriale adottato da Hong Kong, si può passare ad esaminare le modalità concrete con cui le due regole sopra menzionate hanno trovato applicazione nella prassi e nella giurisprudenza domestica.

Per cominciare, con riferimento alla prima condizione circa lo svolgimento di un'attività imprenditoriale ad Hong Kong, va notato che la disciplina domestica non conosce la nozione di "permanent establishment" (i.e. stabile organizzazione). Per inciso, a questo proposito, va anche detto che Hong Kong ha concluso soltanto tre convenzioni contro le doppie imposizioni e segnatamente con: Belgio, Thailandia e Cina. Ragione per cui, in generale, non potrà farsi riferimento neppure alla definizione elaborata dall'OCSE. Questa lacuna normativa, tuttavia, si riverbera esclusivamente sulla concreta determinazione dei profitti attribuibili ad un investitore straniero in Hong Kong, piuttosto che sul fronte della soggettività alle imposte.

Per quanto riguarda, invece, la concreta individuazione dei requisiti necessari per ritenere tassabili i redditi in base alla loro origine, va precisato che, da un lato, i profitti devono essere prodotti nello Stato di Hong Kong e, da altro lato, questi devono derivare un commercio (espressamente: "*trade carried on in Hong Kong*", cfr. Sezione 14, dell' Inland Revenue Ordinance).

Dato questo quadro, secondo un corretto approccio comparatistico, assume fondamentale importanza la corretta determinazione dei termini utilizzati dalla norma. In specie, con riferimento ai redditi, sarà essenziale determinare la corretta nozione di redditi "prodotti in" e con riferimento all'attività, sarà essenziale determinare la corretta nozione di "commercio condotto in" Hong Kong. Dall'ampiezza di queste

²⁵⁰ L'eccezione consiste nell'approvazione di una *Profits Tax Exemption for Offshore Fund Ordinance* del 2006, secondo cui un'esenzione totale è garantita ai proventi derivanti da fondi di investimento *off shore*. Per evitare, tuttavia, forme abusive da parte di soggetti residenti, è stato introdotto un regime "de minimis" secondo cui un residente non può avere un interesse effettivo in un fondo offshore superiore al 30% del totale.

combinazioni terminologiche dipende, quindi, anche l'estensione della giurisdizione fiscale.

Nel caso *CIR vs. Bartica Investment*²⁵¹, la Hong Kong's High Court (Corte di prima Istanza) ha ravvisato la sussistenza di un'attività commerciale in Hong Kong per il semplice fatto che la società, costituita in Hong Kong ma gestita ed amministrata fuori del territorio nazionale, aveva la disponibilità di alcuni conti correnti locali e da questi gestiva la disponibilità liquida a favore delle proprie controllate²⁵². Per tale ragione la giurisprudenza ha ritenuto sufficientemente provato il radicamento sul territorio per l'esercizio della potestà impositiva.

Con riguardo al secondo requisito, circa la sussistenza di un reddito effettivamente attribuibile all'attività commerciale concretamente svolta in Hong Kong, si osserva quanto segue.

Sotto il profilo normativo, la sezione 14(1) e (2) dell'Inland Revenue Ordinance prevedono che un elemento di reddito trae origine o deriva da Hong Kong se (i) derivano da qualsiasi attività commerciale svolta in Hong Kong e tali attività “*sono operate in Hong Kong, sia direttamente sia per il tramite di un agente intermediario*” (in inglese: “*profits arising in or derived in Hong Kong*” significa “*all the profits from business transactions transacted in Hong Kong, whether directly or through an agent*”).

Prima facie, si potrebbe pensare che la norma sia fondamentalmente tesa ad evitare abusi che coinvolgono l'interposizione fittizia di agenti intermediari, sulla linea di quanto già regolato dal commentario al Modello di Convenzione OCSE, nel testo approvato nel 2005, ovvero nel report pubblicato sempre dall'OCSE sulle Conduit Company. Ed invece si tratta di una semplice precisazione, in quanto, come noto, la disciplina di *common law* (alla base del modello civilistico adottato da Hong Kong) non conosce distinzione tra la figura di agente e di mandatario. In altri termini, non esiste – come invece esiste in Italia – la c.d. “rappresentanza” collegata, o meno, alla

²⁵¹ *CIR vs. Bartica Investment Ltd* (1996) 4 HKTC 129.

²⁵² Similmente, si veda la decisione *CIR vs. Hang Sang Bank Ltd* (1991) 1 AC 307. citata da A. Hal-kyard., op. cit. sopra, nota 56.

“spendita del nome”, ma tutti gli atti compiuti dall’agente intermediario si propagano immediatamente nella sfera giuridica del committente.

La seconda parte della definizione, inoltre, non è neppure stata oggetto di pronunce giurisprudenziali significative, con la conseguenza che, paradossalmente per un sistema fiscale basato sul principio di territorialità, non solo non vi è alcuna definizione legislativa sull’estensione del termine “*business transacted in*” (attività svolte/operate in), ma neppure nella giurisprudenza si rinviene ausilio nell’interpretazione su questa parte della norma assai importante²⁵³.

Chiarito, dunque, che la fonte legislativa non soccorre in alcun modo nella determinazione di un parametro utile a delimitare i confini (geografici, giuridici e meta-giuridici) della potestà fiscale statale, si deve passare direttamente all’elaborazione giurisprudenziale.

La dottrina rinvenuta sul tema²⁵⁴ ravvisa alcuni “leading cases” in materia: *CIR vs Hang Seng Bank Ltd*²⁵⁵, *CIR vs. HK-TVB International Ltd*²⁵⁶, oltre alle decisioni della Corte di Appello di Hong Kong e la Corte Suprema di Hong Kong nei casi *Kwong Mile Services Ltd vs CIR*²⁵⁷ e *Magna Industrial Co Ltd vs CIR*²⁵⁸.

Nel primo caso giudiziario che si è occupato della questione (il caso “*Hang Seng*”), la Corte ha sostenuto che “*It is impossible to lay down precise rules by which the answer to that questions to be determined*” (i.e. l’origine di un reddito, n.d.r.). Secondo la Corte “[t]he broad guiding principle...is that one looks to see what the taxpayer has done to earn the profit in question. If he has rendered a service or engaged in activity such as the manufacture of goods, the profit will have arisen or derived from the place where the service was rendered or the profit making activity carried on. But if the profit was earned by the exploitation of property assets

²⁵³ Nel caso *CIR vs. Orion Caribbean Ltd.* [1997] 4 HKTC 432, la Corte sembrava voler entrare nel merito della tematica, tuttavia, la motivazione non chiarisce ulteriormente il tenore letterale della norma secondo cui sono attività commerciali operate /intrattenute in Hong Kong quelle “*arose from business transacted in Hong Kong*” (letteralmente, “aventi origine da attività effettuate in Hong Kong”).

²⁵⁴ Si veda prof. A. Halkyard, *Source of Profits in Hong Kong – Analysis of a Troubling Successful System*, in *Bulletin*, IBFD, Novembre, 2006, pagg. 453 e segg.

²⁵⁵ Cfr. supra nota 70.

²⁵⁶ *CIR vs. HK-TVB International Ltd*, [1992] 2 AC 397.

²⁵⁷ *Kwong Mile Services Ltd vs CIR* [2004] HKCFAR 275 (Kwong Mile).

²⁵⁸ *Magna Industrial Co Ltd vs CIR* [1996] HKC 210.

*as by letting property, lending money or dealing in commodities or securities by buying and reselling at a profit, the profit will have arisen in or derived from the place where the property was let, the money was lent or the contracts of purchase and sale were effected*²⁵⁹.

In pratica, quindi, l'individuazione della "fonte" del reddito e, conseguentemente, della latitudine della potestà impositiva di Hong Kong dipende fortemente dal tipo di "business" svolto dall'impresa e dalle specifiche circostanze di fatto.

In altre circostanze invece la giurisprudenza ha dato una diversa interpretazione al concetto di tassazione su base territoriale sin qui analizzato riducendo di fatto la distinzione terminologica tra "*source based taxation*" e "*residence based taxation*", nel caso specifico di Hong Kong. In specie, nel caso *HK-TVB International Ltd*, la Corte ha concluso che "*it can only be in rare cases that a taxpayer with a principal place of business in Hong Kong can earn profits which are not chargeable to profits tax under section 14 of the Inland Revenue Ordinance*" (letteralmente, "*accade raramente che un contribuente avente la propria sede principale in Hong Kong non venga assoggettato a tassazione secondo le norme previste dalla sezione 14 della Inland Revenue Ordinance*").

Secondo un esame che prescinde da una pura disamina terminologica, si può raggiungere la conclusione che anche un regime fiscale che formalmente abbraccia il sistema giuridico basato sulla tassazione territoriale, di fatto, possa poi produrre gli effetti di un sistema tipicamente residenziale. E ciò, in particolar modo, se i giudici ai quali è demandato il compito di applicare le norme primarie estendono il significato oltre le intenzioni stesse del legislatore.

²⁵⁹ Cfr. pag 319, supra nota 47.

II. III.IV. La Danimarca.

Un altro esempio di paese che ha gradualmente modificato il criterio di determinazione della propria potestà fiscale, passando da un regime basato sul metodo “globale” ad un regime limitatamente “territoriale” è la Danimarca.

L’ipotesi alla quale si fa riferimento è relativa alla tassazione del reddito prodotto per il tramite di stabili organizzazioni. Contestualmente ad una recente riforma fiscale²⁶⁰, il governo danese ha infatti introdotto alcune nuove norme secondo le quali le società danesi, costituite in Danimarca, non sono più soggette a tassazione per i redditi derivanti dalle loro stabili organizzazioni situate all’estero, relativamente alla sola categoria di redditi fondiari. La norma, tuttavia, prevede che, se la società opta per la tassazione di gruppo (introdotta con la medesima riforma fiscale) tale esenzione non si applica.

Curiosamente, poi, le norme fiscali citate confermano la potestà impositiva danese al di là dei redditi prodotti nel territorio danese per **(i)** i redditi derivanti dall’esercizio di attività marittima o aerea negli spazi internazionali e **(ii)** qualora alla Danimarca sia riconosciuto il diritto di tassare un determinato elemento di reddito in virtù di un accordo internazionale o di una convenzione contro le doppie imposizioni.

In base a tali modifiche si può evidentemente ricondurre il sistema danese nel novero dei “sistemi misti” nei quali alla ampia categoria di casi in cui lo Stato continua ad esercitare la propria potestà impositiva sulla base del criterio “globale”, basato su un collegamento personale soggettivo (i.e. collegamento con la persona fisica o giuridica che può produrre ovunque nel mondo il proprio reddito) ha affiancato una iniziale limitata ipotesi di tassazione basata sul principio “territoriale”.

²⁶⁰ Cfr. Legge approvata dal Ministero delle Finanze danesi il 15 dicembre 2004, modificata dal neo-eletto Parlamento il successivo 31 marzo 2005, con effetto retroattivo a decorrere dal 15 dicembre 2004. Al riguardo, si veda A.M. Ottosen E M. Nørremark, *Denmark: New Joint Taxation regime, Territoriality principle and reduction of the corporate tax rate*, in *Bulletin of Fiscal Documentation*, 2005, Vol. 11, pag 471 e segg.

A margine di questa iniziativa, posto che sostanzialmente si è eliso il principio classico per cui il reddito della stabile organizzazione è automaticamente imputato alla casa madre, il governo danese ha adottato due ulteriori novità normative.

La prima ha previsto l'introduzione delle norme sulle "*Controlled Foreign Companies*" anche alle stabili organizzazioni. In questo modo, il principio di territorialità viene ulteriormente mitigato da un complesso di norme che mirano a superare l'esistenza di giurisdizioni separate (i.e. abitualmente, quella della società madre e quella della società figlia), per attirare nell'ambito della propria potestà impositiva anche i redditi prodotti altrove.

La seconda ha previsto, invece, l'introduzione di un complesso di norme diretto a regolare i casi di trasferimento di "*assets and liabilities*" (attivi e passivi) da/verso una stabile organizzazione all'estero. Secondo il nuovo regime, la società danese che dispone di un proprio cespite è soggetta a tassazione della plusvalenza patrimoniale al momento del trasferimento. Ciò salvo che abbia optato per il regime di tassazione di gruppo, dal momento che la tassazione dell'intero gruppo rende lo spostamento del bene fiscalmente irrilevante.

II. III.V. Un esempio di "world wide taxation".

Molto brevemente, infine, si intende passare ad esaminare un sistema giuridico che si fonda sul principio di "*world wide taxation*".

È facile intuire che un paese che tassa i propri residenti (siano essi persone fisiche o persone giuridiche) per tutti i redditi ovunque prodotti, non pone particolari limiti né alla determinazione delle categorie di reddito soggette al principio generale né alla fonte.

Tipicamente, uno Stato che abbia delineato la propria potestà impositiva sulla base del criterio di tassazione "residenziale", condivide al *tax policy* sopra definita di "*Capital export neutrality*" e, conseguentemente, accompagna a questo il metodo del credito di imposta per ridurre o eliminare il rischio di doppia imposizione sui

redditi prodotti al di fuori del territorio statale. Naturalmente, come si è già avuto modo di osservare, un sistema giuridico che intende perseguire la “*Capital export neutrality*” sarà realmente efficiente nel proprio obiettivo, soltanto se la tassazione effettiva all'estero sarà più bassa di quella domestica. In caso contrario, invece, l'investitore si troverà a soffrire gli effetti di una disparità di trattamento fiscale tra i due Stati, cosicché non potrà dirsi che la neutralità sia veramente raggiunta.

Le riflessioni sin qui formulate sui vari sistemi esistenti mostrano che le ragioni alla base di un'equa distribuzione delle risorse, in precedenza riferite nell'ambito della descrizione del concetto di equità, come detto, si accompagnano spesso alle ragioni di efficienza nel determinare le scelte legislative che motivano l'adozione di un sistema caratterizzato come residenziale o territoriale. E l'incapacità di ciascuno dei due modelli di soddisfare pienamente entrambe le ragioni citate è probabilmente la vera motivazione del proliferare di sistemi fiscali di tipo “misto” nei quali convivono le caratteristiche sia dei sistemi territoriali che residenziali.

In quest'ottica si cita un altro esempio, assai frequente, di sistema giuridico “misto” che, **(i)** da un lato, adotta il metodo della tassazione “residenziale” e, **(ii)** da altro lato, applica tanto il sistema del credito di imposta quanto il metodo dell'esenzione, tipico dei sistemi territoriali, per i redditi derivanti da investimenti produttivi all'estero. Il caso è rappresentato dal Principato di Lussemburgo.

Come regola generale, infatti, il Principato assoggetta a tassazione tutte le fonti di reddito ovunque prodotte dai propri residenti. Contemporaneamente, però, nella propria fitta rete di Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni, lo Stato ha adottato il metodo dell'esenzione per i redditi derivanti dall'attività commerciale delle stabili organizzazioni. Tale misura è – di fatto – diretta ad incentivare, od a rafforzare, la localizzazione delle strutture “holding” di gruppo nel territorio del Principato, garantendo la totale neutralità sia ai redditi derivanti dalle società sussidiarie (attraverso il pagamento di dividendi esenti, ai sensi dell'art. 166, della *Loi*

concernant l'impôt sur le revenu - LIR) sia ai redditi derivanti dalle stabili organizzazioni all'estero²⁶¹.

D'altra parte, però, va aggiunto che, a livello domestico, lo Stato adotta invece il metodo del credito di imposta, nella forma del c.d. "*ordinary credit method*"²⁶². Come nel caso dell'Italia, infatti, il Principato riconosce un credito per le imposte pagate all'estero fino alla concorrenza dell'imposta dovuta in Lussemburgo sul medesimo reddito. Ma non basta. Questa previsione è, tuttavia, mitigata dall'adozione di un "credito fittizio" che viene riconosciuto ai soggetti che abbiano pagato maggiori imposte all'estero e che non siano stati in grado di accreditarle contro quelle dovute in Lussemburgo. In tale caso, l'ordinamento²⁶³ consente di dedurre le maggiori imposte dal reddito, ottenendo così un, seppur limitato, beneficio²⁶⁴.

Il regime giuridico adottato dal Lussemburgo è un sistema basato sul criterio soggettivo residenziale, che, per via delle disposizioni sulla riduzione o l'esclusione della doppia imposizione può più facilmente considerarsi "misto", in quanto associa ad un esercizio della potestà impositiva teoricamente generale e generalizzato su tutti i residenti e su tutti i redditi, alcune previsioni che – sotto un profilo strettamente comparatistico – hanno un effetto equivalente a quello prodotto da un regime che adotta il criterio territoriale. Infatti, è pur vero che, nell'un caso (quello della tassazione territoriale), si tratta della stessa potestà impositiva dello Stato che non si estende oltre i confini territoriali della nazione, mentre, nell'altro caso, lo Stato non rinuncia alla potestà impositiva ma esenta il reddito quanto e se prodotto. Ma è anche vero che, per gli operatori economici, questa differenza giuridica sfuma nell'indifferenza, dal momento che il risultato sostanziale è identico.

²⁶¹ Per una disamina generale, si veda P. Warner, M. Schmitz, *Luxembourg in International Tax Planning*, second edition, ed. IBFD, 2004.

²⁶² Cfr. Art. 134 bis, LIR. Il metodo del credito ordinario si distingue dal credito d'imposta pieno o full credit. Per tale distinzione e per un approfondito esame del sistema del credito d'imposta si rinvia a S. S. Capolupo, *Riforma fiscale- Il credito d'imposta per i redditi prodotti all'estero*, il fisco n.24/2003; F. Nobili, *Il credito d'imposta per le imposte assolute all'estero*, in AA.VV a cura di G. Marino, *La nuova imposta sul reddito delle società*, Milano 2004; Siegfried Mayr, *La disciplina del credito d'imposta per i redditi esteri*, Bollettino Tributario n. 10 – 2005.

²⁶³ Cfr. Art. 134bis, par. 2, LIR.

²⁶⁴ A questo riguardo, cfr. X. Hubaux, *Offsetting of foreign taxes for resident companies*, in *European Taxation*, 1999, N. 1, pag. 21 e segg.

Capitolo 3: Una prospettiva comparata, l'esperienza statunitense e i suggerimenti dell'amministrazione del Presidente Obama

Nel precedente capitolo, si sono confrontati alcuni sistemi di tassazione esistenti nel panorama fiscale internazionale prendendo le mosse dai criteri di collegamento utilizzati da ciascuno degli Stati interessati dall'indagine per determinare l'esercizio della propria potestà impositiva (territoriale, residenziale, *global formulary apportionment*).

Nel presente capitolo, si tratterà del sistema fiscale statunitense ed in particolare dell'interazione tra il principio di territorialità e la tassazione societaria all'interno di tale sistema.

Prima di affrontare in concreto l'attuale approccio della dottrina statunitense in merito all'utilità di un sistema fiscale incentrato sul principio di territorialità, analizzando al proposito gli orientamenti contrapposti che si sono confrontati su questa tematica ed i recenti suggerimenti di riforma al sistema fiscale statunitense nel corso della prima legge finanziaria della Presidenza Obama, occorre effettuare alcune brevi considerazioni preliminari relative alle peculiarità della legislazione fiscale negli Stati Uniti ed in particolare in ambito internazionale, alle sue fonti e ad alcuni principi generali di tale sistema utili per il prosieguo dell'analisi.

III.I Costituzione e Fonti.

Per una migliore valutazione del dibattito relativo ai possibili strumenti di innovazione del sistema statunitense in materia di fiscalità internazionale è opportuno effettuare una breve ricostruzione delle caratteristiche di questo sistema che è stato il

predecessore per diversi aspetti di alcuni sistemi europei. Segue quindi una breve analisi storica avendo riguardo alle fonti principali in materia tributaria nel mondo del diritto Statunitense.

Il comitato del Congresso deputato allo studio della materia fiscale ha fornito uno spaccato di 150 anni di storia dell'Internal revenue taxation negli Stati Uniti suddividendo i periodi storici rilevanti in tre: le leggi prima del primo Internal Revenue Code del 1939, il periodo dal 1939 all'Internal Revenue Code del 1954 e il periodo della recente legislazione fiscale incluso l'Internal Revenue Code del 1986.²⁶⁵

Prescindendo dall'analisi puntuale di ciascuno dei periodi sopra indicati, in considerazione del fatto che tali finalità trascenderebbero gli obiettivi di questo scritto, è più utile per delineare le caratteristiche principali del sistema fiscale statunitense far luce sul fatto che dal 1791, anno di introduzione della prima imposta sulle revenues gravante sui distillati negli Stati Uniti, al 1939, anno di introduzione del primo Internal Revenue Code, si sono succeduti una molteplicità di interventi legislativi mai prima di allora raccolti in maniera organica. Le evoluzioni dell'Internal Revenue Code del 1954 e del 1986 hanno poi portato il sistema statunitense alla struttura principale delle leggi in materia fiscale ancora ad oggi funzionante.²⁶⁶ Volendo verificare il sistema delle fonti legislative, si nota che anche negli Stati Uniti come spesso è dato riscontrare nei sistemi giuridici europei il processo di produzione delle fonti in materia tributaria trova le sue radici nella Costituzione.

Il potere del Governo Federale di introdurre forme di prelievo fiscale negli Stati Uniti deriva dall'attribuzione di competenza prevista nella Costituzione secondo la quale al Congresso spetta "*the power to lay and collect taxes, duties, imposts and excises...*" incluse le imposte sui redditi²⁶⁷. La Costituzione precisa altresì che le imposte devono essere ripartite tra i vari stati in base alla loro popolazione, e devono

²⁶⁵ Joint Committee on Internal Revenue Taxation, "Codification of Internal Revenue Law, p. IX (1939) reproduced at 26 U.S.C.A. XIX-XX."

²⁶⁶ James J. Freeland, Daniel J. Lathrope, Stephen A. Lind, Richard B. Stephens, "Fundamentals of Federal Income taxation", Foundation Press, New York 2006.

²⁶⁷ Costituzione Articolo 1 Sezione 8 Comma 1.

essere attuate uniformemente²⁶⁸. Infine l'emendamento n. 16 alla Costituzione ha riconosciuto il potere del Congresso di introdurre prelievo fiscale sul reddito in deroga all'applicazione del principio di ripartizione proporzionale delle imposte in base alla popolazione per impedire disuguaglianze e fenomeni di incostituzionalità di leggi in seguito alla giurisprudenza del caso *Pollock v. Farmers*²⁶⁹. Esaurite le fonti costituzionali, l'analisi delle fonti della legislazione fiscale inclusa quella internazionale si sposta sulla principale fonte di produzione, gli *Statute*. La legge degli *Statute* (Statutory Law) emanata dal Congresso (organo legislativo che esprime la volontà del governo federale) è raccolta nell'*Internal Revenue Code* del 1986 e sue modifiche. Nel campo della fiscalità internazionale poi, oltre alla legge degli "Statute" raccolta nell'*Internal revenue Code*, rilevano i Trattati contro le doppie imposizioni conclusi dagli Stati Uniti con i vari paesi con cui sono state concluse le convenzioni contro le doppie imposizioni. I trattati assumono nella gerarchia delle fonti uguale status rispetto a quello degli *Statute*²⁷⁰.

Ai "*legislative materials*" così individuati si affiancano nell'applicazione della legge altre fonti di grado inferiore ma altrettanto importanti per l'interpretazione delle fonti superiori citate: *le Regulations*.

Il Segretario del Tesoro ha il potere di prescrivere tutte le regole necessarie per l'applicazione dell'*Internal Revenue Code*, regole che gli organi della magistra-

²⁶⁸ Articolo 1 sezione 2 comma 3 e sezione 9 comma 4. Sul concetto di applicazione uniforme in realtà esiste poca chiarezza nelle fonti dottrinali consultate ove si fa riferimento ad uniformità geografica per significare la tendenziale applicazione simile delle leggi nei vari stati, tuttavia, la pratica giurisprudenziale citata mostra la possibile applicazione diversa delle leggi all'interno di diversi distretti cfr. Seligman, "the Income tax", p.587 Mac Millan Company 1914.

²⁶⁹ *Pollock v. Farmers loan & Trust Co.*, 157 U.S. 429, 558, 15 S.Ct. 673, 680-681 (1895). Il caso riguardava l'eccezione di incostituzionalità di una legge che comportava il prelievo d'imposta sul rental income (canoni di locazione) da assoggettare a ripartizione proporzionale tra gli stati. La conseguenza dell'analisi della Corte Suprema evidenziava un problema di lettura della Costituzione in merito alla possibilità di ripartire proporzionalmente tra gli Stati le imposte sui redditi. L'effetto della sentenza è stato quello di determinare l'introduzione dell'emendamento n. 16 alla Costituzione. Accertata infatti la sproporzione di carico fiscale determinabile tra gli stati in caso di imposte sul reddito da ripartire in base alla popolazione, l'emendamento introdotto consente ora al Congresso di introdurre imposte federali sui redditi senza dover ricorrere alla ripartizione proporzionale tra stati del loro incasso.

²⁷⁰ "Treaties made under the authority of the United States are the supreme law of the land, along with laws made in pursuance of the Constitution and the Constitution itself." *Fundamentals of Federal Income Taxation*, pag. 21, vedi nota 266.

tura hanno il potere di ritenere aventi forza di legge o interpretare come contrarie alla legge determinandone la non applicabilità ad un caso specifico.

La prassi interpretativa degli strumenti legislativi è in massima parte rappresentata dai *Rulings* del Dipartimento del tesoro (*Internal revenue services IRS*) con i quali si risponde a domande specifiche dei contribuenti e che vengono pubblicati rappresentando l'indirizzo interpretativo del Tesoro su ciascun tema trattato.²⁷¹

Infine, i precedenti giurisprudenziali in materia tributaria rappresentano l'ultima utile fonte interpretativa della legislazione. Le sentenze delle *Tax Courts* riguardano le controversie tra contribuenti e fisco e possono essere appellate alla *Court of Appeal*. Le richieste di rimborso negate sono invece oggetto di appositi procedimenti davanti alla *District Court* o le *Court of Federal Claim* le cui sentenze sono anch'esse appellabili davanti alla *Court of Appeal*. La *Supreme Court* poi rappresenta l'ultimo grado di giudizio in materia tributaria.

III.II Scelte di Tax Policy e territorialità.

Dopo una doverosa ricognizione delle principali fonti legislative e interpretative in materia fiscale nell'ordinamento statunitense è ora possibile spostare l'analisi sulle scelte di politica legislativa (*Tax Policy*) che caratterizzano il sistema fiscale internazionale statunitense e rilevare il ruolo del principio di territorialità in questo contesto e sistema. Il riferimento al concetto di territorialità assume infatti un ruolo centrale nel sistema fiscale statunitense, in base agli esiti della ricerca svolta, principalmente nelle scelte politiche di tassazione delle imprese in un contesto internazionale.

La politica fiscale in ambito internazionale, infatti, svolge un ruolo determinante nelle scelte di investimento e nell'andamento dei flussi di beni e servizi

²⁷¹ Annualmente i *Rulings* vengono pubblicati nel *Cumulative Bulletin* che è anche uno strumento di consultazione utilizzato dal legislatore. Un altro strumento utilizzato dal IRS è l'AOD, cioè l'*Action on decision* che spiega nei casi in cui l'IRS è soccombente in giudizio se per il futuro l'IRS concorda o meno con la sentenza del caso in modo da fornire un indirizzo utile a snellire il contenzioso tributario.

scambiati tra le singole giurisdizioni e di tale assunto sono testimonianza anche nell'esperienza statunitense alcuni studi.²⁷² La scelta di una "Tax Policy"²⁷³ piuttosto che un'altra è rilevante per far crescere la base imponibile sulla quale applicare le imposte delle società residenti negli *States* con filiali o attività fuori dal territorio statunitense.

Anche in questo capitolo l'attenzione alla rilevanza del concetto di territorialità nelle scelte di politica legislativa della giurisdizione analizzata (US) si focalizza all'interno del perimetro di tassazione del reddito d'impresa ed in particolare sulla tassazione delle società tralasciando la rilevanza del concetto per la tassazione delle persone fisiche fatti salvi i brevi cenni necessari per inquadrare le finalità generali di sistema che accomunano il trattamento sia di persone fisiche che giuridiche. E' noto, infatti, che la maggior parte delle attività svolte in un contesto transnazionale avviene per il tramite di strutture societarie che rappresentano conseguentemente il prototipo di contribuente ideale per svolgere lo studio e l'analisi della politica fiscale internazionale di un paese²⁷⁴.

L'applicazione del principio di territorialità, secondo l'accezione individuata in precedenza in questo scritto, nell'architettura della legislazione fiscale internazionale del reddito d'impresa di uno Stato può essere determinante per contrastare fenomeni di erosione della base imponibile e può come nel seguito illustrato avere effetti più o meno ampi in relazione all'adozione di correttivi ad un sistema di territorialità c.d. puro²⁷⁵.

²⁷² Tra tutti si rinvia a Rosanne Altshler et al., "Has U.S. Investment Abroad Become More Sensitive to Tax Rates?" (NBER Working paper No. 6383, 1998) www.papers.nber.org, gli altri autori citati in questo scritto offrono una panoramica della dottrina sul tema.

²⁷³ Con tale locuzione si fa qui riferimento alla scelta dell'adozione, tanto di un sistema di tassazione sul reddito per i propri residenti basato sul criterio della tassazione dell'utile ovunque prodotto (in seguito anche definito *worldwide taxation* o semplicemente *worldwide*, o nel caso di un sistema principalmente basato sulla tassazione mondiale con alcuni correttivi per alcune tipologie reddituali anche *hybrid worldwide taxation*) ovvero della tassazione del solo utile generato in un dato territorio (*exemption* o tassazione territoriale), sia di un metodo di sollievo della doppia imposizione giuridica (così come letteralmente si tradurrebbe il c.d. *relief from double taxation* che individua, nel Commentario al Modello OCSE, i sistemi del credito d'imposta e dell'esenzione quali alternative suggerite per evitare la doppia imposizione giuridica di un determinato componente di reddito) tra quelli comunemente utilizzati tra i paesi aderenti all'OCSE.

²⁷⁴ Cfr. in tal senso Daniel Shavero, "Fixing the U.S. International Tax Rules" unpublished paper, pag. 16.

²⁷⁵ Per il concetto di territorialità puro richiamato nella dottrina internazionale si rinvia al capitolo II.

E' la base imponibile il punto di partenza su cui ciascuno Stato deve applicare le imposte per reperire le risorse necessarie per sostenere e sviluppare il benessere di un Paese e dei suoi cittadini e su questo tanto delicato quanto incontrovertibile tema gli studiosi della materia negli Stati Uniti si sono spesso confrontati ogni qualvolta si trattasse di affrontare le possibilità di riforma del sistema fiscale vigente²⁷⁶.

Nel prosieguo di questo capitolo si cercherà di affrontare la diversa posizione degli orientamenti dottrinali in favore dell'adozione di un sistema fiscale statunitense in ambito internazionale basato su un approccio fondato sul principio di *worldwide taxation* e quella degli orientamenti dottrinali più vicini al principio di territorialità.

Prima di affrontare il punto di vista degli studiosi che è possibile rinvenire nelle principali riviste specializzate e nei testi dedicati alla materia consultati tra le fonti rese disponibili presso la biblioteca della New York University è, tuttavia, opportuno menzionare il pensiero espresso sul sistema statunitense dal Joint Committee on Taxation organo consultivo di particolare importanza nel processo di formazione delle leggi in materia fiscale in considerazione della competenza ed esperienza dei suoi componenti.

²⁷⁶ Cfr. tra tutti, Peter Merrill Oren Penn, Hans Martin Eckstein, David Grosman and Martijn van Kessel, "Restructuring Foreign Source Income Taxation: U.S. Territorial Tax Proposals and the International Experience", TN, Tax Analysts, May 15 2006, pag. 799 e ss., Richard M. Hammer, "To Be (Territorial) or Not To Be (Territorial) - That is The Question", International Journal, 2 October 2006; J.Clifton Fleming Jr. and Robert J. Peroni, "Exploring the Contours of a Proposed U.S. Exemption (Territorial) Tax System", TN, Tax Analysts December 15 2005, più di recente cfr. Tax Analyst 2009, "Toward tax reform..." infra nota 318.

III.III Il Joint Committee of Taxation.

In base a quanto rilevato dal Joint Committee on Taxation²⁷⁷ (nel seguito anche “JCT”)²⁷⁸, secondo la prospettiva americana, le principali differenze tra un sistema di tassazione di tipo “*worldwide*” ed uno di tipo “*territoriale*” possono essere così rappresentate: in un sistema di pura *worldwide taxation* (di tassazione dell’ utile mondiale) le persone fisiche e le società/enti residenti sono tassati a prescindere dal luogo di produzione del reddito o della sua provenienza e la doppia tassazione del reddito prodotto all’estero è mitigata tramite la possibilità di beneficiare di un credito d’imposta.

Nel sistema territoriale, invece, la tassazione avviene esclusivamente sul reddito prodotto all’interno del paese di residenza fatte salve alcune eccezioni.

Le motivazioni indicate dal JTC per l’adozione nella tax policy statunitense di un *worldwide tax system* (nel seguito anche definito “*wwts*”) possono essere ricondotte a tre: efficienza economica, uguaglianza e protezione della base imponibile per gli USA.

²⁷⁷ Il Joint Committee on Taxation è un comitato del Congresso degli Stati Uniti. Il Comitato opera con uno staff di esperti economisti, avvocati e commercialisti i quali assistono i membri dei partiti in entrambe le camere del Congresso per questioni riguardanti la legislazione fiscale.

Il Comitato è coinvolto in ogni aspetto del processo legislativo fiscale, ed in particolare:

- 1) Assistenza ai comitati del congresso incaricati della stesura delle leggi fiscali ed ai Membri del Congresso riguardo allo sviluppo e all’analisi delle proposte legislative;
- 2) Preparazione delle stime ufficiali di reddito di tutta la legislazione fiscale considerata dal Congresso;
- 3) Stesura della storia legislativa dei progetti di legge fiscali; e
- 4) Indagini su vari aspetti del sistema fiscale federale.

Lo staff del Comitato interagisce coi membri del Congresso e i membri dei comitati incaricati della stesura delle leggi fiscali in via confidenziale e gode di grande stima e considerazione da parte di entrambe i partiti politici e in entrambe le camere del Congresso. In considerazione del fatto che il Comitato è un organo indipendente, concentrato sugli aspetti fiscali e coinvolto in tutti gli stadi del processo legislativo fiscale, i membri del Comitato riescono ad assicurare imparzialità e coerenza ad i progetti di legge quando vengono trasmessi ad ogni camera ed al comitato unificato di Camera e Senato.

²⁷⁸ M.J. Graetz, *Foundation of Internationale Income Taxation*, Foundation Press, 2003 pag 13ss.

Circa la capacità del sistema di promuovere l'efficienza economica questa può essere dimostrata poiché un sistema di *worldwide taxation* è neutrale rispetto alla decisione degli investimenti se effettuati all'interno degli Stati Uniti o all'estero secondo la logica della Capital Export Neutrality²⁷⁹. Alcune forme di correttivi all'adozione del puro wwts, come può essere ad esempio l'utilizzazione negli USA di un credito d'imposta limitato, riducono di fatto la neutralità tipica della logica di Capital Export Neutrality.

L'uguaglianza nella misura della tassazione poi viene raggiunta con il medesimo trattamento per l'investitore che sceglie di investire all'estero rispetto all'investitore che resta nel paese di residenza tassando il reddito prodotto all'estero da parte del primo con la stessa aliquota applicabile sul secondo (c.d. Horizontal Equity). Ma l'uguaglianza la si raggiunge anche sotto il profilo della capacità contributiva (c.d. Vertical Equity) poiché il wwts promuovendo la tassazione progressiva anche sui redditi prodotti all'estero per le persone fisiche facilita il mantenimento della progressività del sistema altrimenti pregiudicabile qualora i più ricchi investissero al di fuori dello stato di residenza potendo beneficiare di un'esenzione al riguardo.

Infine, l'ultimo ma fondamentale vantaggio del sistema wwts è la sua migliore capacità rispetto ad un sistema di territorialità pura di preservare la base imponibile da fenomeni di erosione. Se, infatti, si esclude dalla tassazione il reddito prodotto all'estero dai residenti, come avverrebbe nell'ipotesi di un sistema di tassazione territoriale, è facile che il contribuente residente sia incentivato a spostare i propri redditi sui c.d. paradisi fiscali erodendo in questo modo la base imponibile nello stato di residenza.

In un sistema di territorialità pura, invece, lo stato tassa solamente il reddito prodotto all'interno dei suoi confini a prescindere dalla residenza del contribuente di volta in volta individuato per l'adempimento degli obblighi d'imposta. In tale sistema non occorre il ricorso al credito d'imposta perché l'esenzione da tassazione del

²⁷⁹ Si rinvia al capitolo II per i concetti di CEN e CIN.

soggetto residente sui redditi prodotti all'estero elimina i problemi di doppia tassazione.

I punti di forza di un sistema di territorialità evidenziati dagli studi del JTC sono la semplicità nella gestione ed amministrazione per l'assenza dei complicati aspetti di determinazione del credito d'imposta ed una maggiore capacità di promuovere l'efficienza economica per lo stato che adotta questo sistema, poiché tutti gli investimenti in detto sistema sono trattati allo stesso modo. Va comunque sottolineato che gli eventuali correttivi al sistema di territorialità puro, spesso utilizzati dagli stati che lo adottano, come il non esentare e sottoporre a *anti-deferral regime*²⁸⁰ i redditi prodotti all'estero, se si tratta di c.d. *passive income*²⁸¹, potrebbero comportare degli effetti che finirebbero con l'incidere sulla semplicità di questo sistema, ritenuta il suo punto di forza.

Evidenziate le alternative disponibili secondo il JCT nel panorama fiscale internazionale dei sistemi potenzialmente applicabili (e cioè *wwts* e *territorial tax system*) non si può negare l'uniformità di vedute sui due diversi sistemi con la maggioranza dei paesi OCSE. Da questa comunanza di idee in linea teorica si deve muovere per conoscere e comprendere le diversità del sistema statunitense rispetto ai sistemi fiscali europei e le recenti proposte di modifica in tema di fiscalità internazionale.

III.IV Altre ragioni di scelta di una Tax Policy.

Con l'eccezione di un periodo storico relativamente statico in termini di modifiche legislative tra gli anni 20 e gli anni 30, il sistema di tassazione internazionale

²⁸⁰ Per comprendere il concetto di norme *anti-deferral* (o *anti-deferral regime*) e la sua utilizzazione necessaria nell'analisi del JCT si rinvia oltre alla parte di descrizione del sistema di tassazione del reddito d'impresa negli Stati Uniti e la tassazione, in particolare, degli utili societari da partecipazioni possedute in territori extra US e si spiega in cosa consiste l'effetto *deferral*.

²⁸¹ Il concetto di "passive income" è definito nella Sec. 954 (c) delle Treasury Regulations dove si includono alcune tipologie reddituali tipicamente derivanti da attività non operative: "dividends, interest, rents, royalties, annuities, net gains from certain property or commodities transactions, foreign currency gains, income equivalent to interest, income from notional principal contracts and income from certain personal service contracts. Exceptions apply for certain rents and royalties derived in active business and certain income earned by dealers in Securities or other financial instruments".

statunitense ha subito numerose modifiche non nell'impianto generale quanto piuttosto per effetto dell'inserimento di norme specifiche, estremamente articolate e complesse, frutto dell'input legislativo del Congresso, il più delle volte spinto a legiferare in tale ambito al fine di evitare fenomeni di sottrazione di materia imponibile negli States.

In tale direzione si muovono anche le recenti proposte di modifica legislativa presentate al Congresso dal *Joint Committee on Taxation* nel primo anno di Presidenza di Barack Obama che verranno nel prosieguo esaminate per quanto qui d'interesse.

Prima di esaminare brevemente il sistema attuale di tassazione del reddito internazionale prodotto dalle imprese statunitensi e comprendere le esigenze di modifica del sistema secondo l'adozione di un approccio maggiormente radicato sulla tassazione *territoriale* o *worldwide* occorre altresì notare che altri fattori sono determinanti nella scelta della *Tax Policy* e nel percorrere una direzione piuttosto che un'altra delle due appena citate.

Infatti, mentre da un punto di vista di politica fiscale domestica gli studiosi della materia hanno evidenziato alcuni fattori quali la semplicità, efficienza ed equità come trainanti nel disegnare un sistema fiscale²⁸², in un contesto internazionale, il dibattito sulla politica fiscale da adottare è alimentato principalmente dal contrasto tra i sostenitori della priorità del benessere delle imprese e dei cittadini del paese a prescindere dall'impatto di una data legislazione fiscale sui non residenti e coloro che ritengono indispensabile assicurare il rispetto del principio di equità e benessere economico anche per i soggetti di stati diversi dallo stato considerato evitando discriminazioni in tal senso. Le limitazioni al potere di imporre un prelievo fiscale e di individuare i contribuenti in un contesto internazionale malgrado siano tipicamente definite nella legislazione domestica in realtà sono prerogative di distribuzione del potere di tassare tra Stati e come tali regole fiscali internazionali. Tra gli studiosi di questa materia nella dottrina americana è degno di nota l'approccio di chi ha messo

²⁸² Cfr. I contributi dei vari autori citati in Michael J. Graetz, *Foundation of International Income Taxation*, Foundation Press, 2003, pagg.5 e ss.

in evidenza come pur esistendo teoricamente una differenza tra stati che tassano il reddito prodotto all'estero da propri residenti e stati che si limitano alla tassazione dei residenti sul solo reddito prodotto nel proprio territorio, facendo rispettivamente riferimento ai sistemi di c.d. *worldwide system* o *credit* (o tassazione dell'utile mondiale) americana e *territorial system* o *exemption* olandese (o tassazione secondo territorialità) ha poi anche rilevato che nessuno stato comunque adotta un sistema di tassazione mondiale o territoriale puro e che occorrerebbe ascoltare in maniera scettica coloro che affermano il contrario.²⁸³

In assenza di una risposta concreta nella dottrina analizzata rispetto al quesito sopra formulato circa l'utilizzazione in concreto di motivazioni del benessere dei soggetti non residenti piuttosto che il solo interesse per la crescita del benessere dei propri cittadini nella determinazione di una data *Tax Policy*, non si può fare a meno di rilevare che in un contesto internazionale nel quale si adottano spesso scelte di compromesso, le ragioni per cui la tutela del principio di equità e benessere economico per i soggetti non residenti siano rimaste petizioni di principio è probabilmente motivata dalla diversità di interessi in gioco tra gli stati in via di sviluppo e gli stati economicamente più sviluppati come gli Stati Uniti²⁸⁴.

Tali ragionamenti se si sposta l'analisi sul territorio europeo sono invece indubbiamente condizionati dall'esigenza di rispettare le libertà fondamentali del Trattato CE che impongono ai legislatori degli stati membri una particolare attenzione al principio di non discriminazione come si cercherà di dimostrare nell'ultimo capitolo di questo scritto dedicato alle pronunzie della Corte di Giustizia in materia tributaria e all'analisi del concetto di territorialità in tale contesto.

Tornando all'analisi della dottrina statunitense in materia giova, infine, citare il pensiero degli autori secondo i quali i fattori determinanti nella scelta di una *Tax Policy* piuttosto che un'altra, in specie nella tassazione del reddito a livello transna-

²⁸³ Michael J. Graetz, "Taxing International Income: Inadequate Principles, Outdated Concepts and Unsatisfactory Policies, 54 Tax L. Rev. 261, 300-01 (2001) "

²⁸⁴ Cfr. al paragrafo IV.VII le teorie di Fleming, Peroni e Shay relative ad una ulteriore valutazione nella riforma del sistema statunitense del peso dei fattori di tutela del principio di equità e benessere economico per i soggetti non residenti. In particolare, la teoria della competitività sviluppata si pone come ulteriore fattore incentivante per la preferenza di un sistema di tassazione *worldwide* rispetto ad un sistema territoriale o di esenzione.

zionale, sono parzialmente diversi da quelli sopra evidenziati dal JCT nel confronto tra il *wwts* e l'*exemption system* ed in particolare sono tre: i) la capacità del sistema di imposizione in astratto di soddisfare il principio di capacità contributiva e quindi di basare il prelievo fiscale sulla capacità di produrre reddito dei soggetti passivi d'imposta (c.d. "*fairness*"); ii) la neutralità fiscale nella scelta dell'investimento all'estero rispetto all'investimento domestico mediante l'utilizzo di meccanismi di compensazione che riducono le differenze di aliquota con i paesi a bassa fiscalità (c.d. "*efficiency*"²⁸⁵); iii) i costi di gestione del sistema per l'applicazione e la riscossione delle imposte (c.d. "*administrability*")²⁸⁶.

Ma spostandosi dall'approccio teorico delle motivazioni che possono indirizzare la scelta di un sistema di tassazione del reddito prodotto a livello internazionale, all'approccio pratico volto ad apportare modifiche migliorative al sistema vigente in USA, occorre preliminarmente effettuare una breve disamina del sistema attuale di tassazione negli Stati Uniti del reddito d'impresa prodotto a livello transnazionale, per poi tornare alla descrizione dei sistemi di tassazione o alle alternative di Tax Policy potenzialmente attuabili secondo il pensiero della dottrina americana e le fonti ufficiali statunitensi che criticano l'attuale sistema, ritenendolo per lo più ormai insoddisfacente sia per il diverso contesto economico globale che per le mutate esigenze di gettito.

²⁸⁵ Negli Stati Uniti, ad esempio, l'*efficiency* è un problema particolarmente sentito nella scelta della Tax Policy da adottare, in considerazione delle attuali possibilità di *cross-crediting* (compensazione orizzontale) disponibili per i crediti d'imposta maturati all'estero in paesi con aliquota fiscale elevata e le imposte sui redditi prodotti in stati a fiscalità privilegiata il cui effetto è quello di ottenere un risparmio d'imposta negli Stati Uniti e ritenere gli investimenti esteri più vantaggiosi se così strutturati rispetto ad investimenti nel territorio statunitense.

²⁸⁶ Stephen E. Shay, "*Hearing on Fair and Equitable Tax Policy for America's Working Families*", September 6, 2007 Statement submitted to Committee on Ways and Means United States House of Representatives; Nancy H. Kaufmann, "*Fairness in the Taxation of International Income*" in M. Graetz supra nota 22.

III.V Il sistema di tassazione del reddito d'impresa negli Stati Uniti

Fatte salve alcune eccezioni, l'attuale sistema di tassazione del reddito prodotto sia all'interno che al di fuori dai confini statunitensi dalle imprese ivi residenti prevede un prelievo d'imposta negli Stati Uniti con la possibilità di beneficiare di un credito per le imposte assolte all'estero sino all'ammontare delle imposte applicabili negli Stati Uniti sul reddito estero netto. Le due principali eccezioni a questo principio sono: i) il rinvio della tassazione sino al momento del rimpatrio degli utili o del valore dell'investimento (c.d. *deferral*) e ii) e il sistema del credito di imposta limitato²⁸⁷. Volendo esemplificare queste due eccezioni è possibile affermare quanto segue.

In base al principio del *deferral*, il reddito prodotto da una società residente in paese diverso dagli Stati Uniti e posseduta da una società statunitense non è soggetto a tassazione negli Stati Uniti sino al momento in cui non viene distribuito un dividendo dalla società non residente al socio statunitense o non si genera un *capital gain* dalla alienazione della partecipazione. Il *deferral* si applica solo in caso di utili derivanti da un'attività economica effettiva svolta dalle società non residenti quali soggetti giuridici autonomi e non nel caso di *passive income* degli stessi soggetti o di stabili organizzazioni di società statunitensi localizzate al di fuori del territorio statunitense²⁸⁸. Gli effetti di tale metodo di tassazione del reddito d'impresa sono quelli di impedire di fatto una *worldwide taxation* per le società residenti negli States sulle loro partecipazioni se queste mantengono gli utili prodotti all'estero fuori dai confini statunitensi reinvestendoli ad esempio localmente. L'utilizzo strumentale del *defer-*

²⁸⁷ La ricostruzione del sistema di tassazione del reddito d'impresa per le società americane in ambito transnazionale qui effettuata segue i criteri esposti dalla dottrina che affronta il dibattito sul possibile impatto dell'adozione di un sistema territoriale di tassazione. Cfr. tra tutti Peter Mullins, "Moving to territoriality? Implications for The US and the Rest of the World", Tax Notes International, September 4, 2006 pag 839-853.

²⁸⁸ Il *deferral* non è possibile per il cosiddetto *passive income* o reddito da attività non operativa che viene attratto nel Subpart F o nel PFIC come indicato in note 280 e 281.

ral per ritardare il rimpatrio degli utili provoca astrattamente una perdita di valore attuale nella tassazione applicabile dagli Stati Uniti sull'incremento di ricchezza generato all'estero dai soci residenti e conseguentemente una perdita potenziale di gettito e di crescita economica.

Ad impedire l'utilizzo distorto o abusivo di tale facoltà riconosciuta ai contribuenti, esistono un gruppo di norme antiabuso o *anti-deferral* che vengono classificate sotto l'acronimo *Subpart F Income*²⁸⁹ e *PFIC*²⁹⁰. L'effetto di tali norme antia-

²⁸⁹ Cfr. John P. Steines Jr. "*Internal Aspects of U.S. Income taxation*", Fourth Edition, NYU Publications; Boris I. Bittker and Lawrence Lokken, "*Fundamentals of International Taxation – U.S. Taxation of Foreign Income and Foreign Taxpayers*", Student Edition 2009-2010. Il c.d. Subpart F income trova applicazione solo per le società definite secondo la legislazione americana come Controlled Foreign Corporation (CFCs), letteralmente Società Estere Controllate. Secondo tali norme è una CFC una qualsiasi società straniera in cui i soci statunitensi possiedono più del 50% delle azioni della società (in base al diritto di voto o al valore del capitale sociale). Il possesso di azioni include, il possesso diretto, indiretto e "*constructive*" per tramite di soggetti interposti.

Quando una CFC guadagna un reddito considerato come Subpart F (infra definito), gli Stati Uniti generalmente tassano gli azionisti della CFC, siano esse persone fisiche o giuridiche, sulla loro porzione pro-rata di tale reddito, anche in assenza di alcuna distribuzione. Per questi azionisti vale una presunzione di distribuzione corrente dei profitti della CFC. L'attribuzione del reddito in capo all'azionista statunitense si applica, tuttavia, solo se l'azionista possiede a sua volta almeno il 10% della CFC.

Gli utili ed i profitti di una CFC che sono stati inclusi nel reddito di un azionista statunitense non sono soggetti ad imposta nuovamente quando verranno poi in realtà distribuiti. Tali utili vengono chiamati "utili previamente tassati" o PTI.

Ci sono alcune eccezioni degne di nota alla tassazione per trasparenza secondo le regole relative al Subpart F qui descritte, tra queste, la c.d. regola "de minimis" che sottrae all'obbligo dichiarativo l'azionista statunitense qualora il totale dei redditi prodotti dalla CFC posseduta (foreign base income) non superi il 5% del reddito lordo complessivo del periodo o l'ammontare di un milione di dollari.

Un'altra eccezione si applica ai redditi che sono stati già tassati nello Stato della fonte con un'aliquota effettiva superiore al 90% dell'aliquota effettiva vigente negli Stati Uniti.

Le tipologie reddituali che rientrano nella definizione di Subpart F e vengono tassate per trasparenza sui soci statunitensi, se si verificano le condizioni sopra indicate e non sussistono i casi di esclusione citati, sono: i) il Foreign Personal Holding Company Income, ii) il Foreign Base Company Sales Income e iii) il Foreign Base Company Services Income. Queste tipologie reddituali vengono di seguito brevemente descritte.

Il Foreign Personal Holding Company Income ("FPHC income"), è la tipologia più ricorrente di reddito che qualifica come Subpart F income. Generalmente consiste in un reddito c.d. "passive" come interessi, dividendi, rendite, plusvalenze nette (cioè plusvalenze al netto dei costi di realizzo imputabili) derivanti dalla vendita di proprietà che non generano utili attivi, plusvalenze nette da *commodities*, da valuta staniera, canoni di locazione e royalties.

C'è una esclusione dal regime Subpart F per i dividendi, gli interessi, i canoni di locazione e le royalties ricevuti da una società CFC quando la provenienza di tali componenti reddituali è a sua volta generata da una società figlia della CFC organizzata e operante nello stesso paese straniero della CFC beneficiaria del pagamento che lo rimette ai soci statunitensi. Questa esclusione viene chiamata "same country exception" (eccezione dello stesso paese) ed è soggetta a possibili eccezioni. Vi è un'altra esclusione per i canoni di locazione e le royalties ricevute da una società non collegata nella "active conduct of a trade or business" o soggetto terzo.

Il Foreign Base Company Sales Income è un reddito derivante dai risultati dell'attività di intermediazione e scambio di beni prodotti e rivenduti al di fuori del Paese di costituzione della CFC, sempre che le transazioni in questione siano svolte tra la CFC e soggetti ad essa collegati. Quando il reddito è attribuibile ad un acquisto da società-collegata ed una vendita da parte di una CFC avviene in un paese

buso è quello di creare secondo modalità diverse un regime di tassazione per trasparenza sui soci residenti negli Stati Uniti per i redditi prodotti all'estero mediante le partecipazioni da essi possedute.

Il sistema del credito d'imposta limitato, invece, prevede un complesso meccanismo di determinazione del credito d'imposta per il reddito prodotto all'estero dalle società residenti negli Stati Uniti, in base al quale, il credito per le imposte pagate sul reddito prodotto fuori dal territorio statunitense veniva originariamente suddiviso in 9 diversi basket (2 dal 2004) rendendo impossibile una compensazione tra baskets, indicativi di crediti derivanti da tasse pagate su diverse tipologie di reddito, e poi compensato con le imposte dovute negli Stati Uniti con il tetto massimo delle imposte che si sarebbero dovute versare negli States se il reddito fosse stato prodotto all'interno del territorio e secondo le regole di determinazione del reddito statunitensi.

La riduzione dei basket a due, un *general limitation basket* per il reddito operativo (c.d. active income) e un *passive income basket* per il reddito derivante dalla gestione passiva di assets (es. immobiliare, intangibles) evidenzia ancora alcune lacune che consentono un meccanismo distorsivo di compensazione tra i basket.

Immaginiamo una società statunitense "RUGA plc" svolgere attività in Francia ed essere tassata su 100 di imponibile per attività operativa in territorio francese per 38 a causa dell'aliquota di tassazione al 38%. Assumendo l'aliquota di tassazione statunitense al 35% è intuitivo comprendere che la società statunitense si troverà con l'aver pagato 3 di imposte in più rispetto al credito d'imposta riconosciuto per il

diverso da quello in cui la CFC è incorporata, per cui il paese di incorporazione della CFC non è né il paese di origine né di destinazione del bene compravenduto, si ha un Foreign Base Company Sales Income soggetto alle regole del Subpart F. Il Foreign Base Company Services Income include reddito da servizi eseguiti da una CFC per un soggetto collegato quando il servizio è eseguito fuori dal paese di incorporazione della CFC.

La logica di tutte le tipologie reddituali di Subpart F income sopra descritta è quella di ritenere direttamente tassabili sui soci statunitensi tutti i redditi di società CFC che non sono prodotti nel territorio di localizzazione della CFC sul presupposto che detto territorio costituisce motivo della residenza della CFC esclusivamente per il basso livello di tassazione e per tale ragione viene utilizzato piuttosto che per lo sfruttamento di risorse o la miglior capacità produttiva.

²⁹⁰ PFIC, Passive Foreign Investment Company è una società non residente negli Stati Uniti che ha il 75% o più di passive income o il 50% di assets in gestione passiva (si pensi a redditi di locazione immobiliare o canoni percepiti in remunerazione di intangibles). Anche in questo caso il reddito così prodotto è imputato a prescindere dalla sua distribuzione ai soci statunitensi.

reddito prodotto all'estero (38 imposta francese – 35 limite massimo di credito d'imposta riconosciuto in US per le imposte assolute sul reddito prodotto all'estero = 3, differenza di imposta in eccesso pagata in Francia rispetto al credito riconosciuto).

Ora se immaginiamo che la RUGA Plc riesce a spostare 20 del suo reddito prodotto all'estero dalla Francia al Lussemburgo, dove si applica per ipotesi un'aliquota d'imposta del 20%, ecco che l'eccesso di credito di 3 eventualmente perso nel precedente esempio verrebbe recuperato $[30,4 (80 \times 38\%) + 4 (20 \times 20\%)] = 34,4$. Questo sistema di cross-crediting è limitato attualmente con la sola possibilità di esclusione per i *passive income*²⁹¹, ma rimane utilizzabile in tutte le altre ipotesi di pianificazione fiscale volte a sfruttare un arbitraggio tra le aliquote come sopra evidenziato. La ragione per cui è stato creato un limite mediante il basket per i *passive income* è legata alla facilità di ricondurre tale tipologia reddituale tra le fonti che facilmente si possono far transitare da un paese ad un altro beneficiando di un regime fiscale favorevole e come tali maggiormente esposte a manovre di tipo elusivo.

Oltre a tale difetto, e quello del deferral più sopra evidenziato il sistema attuale statunitense presenta ulteriori criticità riconducibili alla possibilità di compensare perdite subite in attività fuori dal territorio domestico e la difficoltà di dare attuazione pratica alla normativa di transfer pricing soprattutto per quanto riguarda i flussi transfrontalieri di reddito legati alla remunerazione di beni immateriali²⁹².

Tali disfunzioni si riflettono su alcuni dati pubblicati dallo United States Government Accountability Office che ha registrato un tasso effettivo di imposizione per il 2004 per le società multinazionali sul reddito estero pari al 16,1 % rispetto al 25,2 % sul reddito prodotto a livello nazionale. Ulteriore conferma dell'utilizzo diffuso del deferral viene poi data dai dati relativi al rimpatrio dei dividendi nel 2005, quando il Congresso ha approvato una agevolazione fiscale che consentiva una tassazione del 5,25% sul rimpatrio dei dividendi da società estere controllate invece del 35 % solitamente applicabi-

²⁹¹ Se immaginiamo che i 20 di reddito prodotti in Lussemburgo sono derivanti da incasso di royalties per sfruttamento brevetti il credito d'imposta non verrebbe riconosciuto per l'imposta relativa (4 nell'esempio fatto) rendendo di fatto impossibile il meccanismo del cross-crediting.

²⁹² Cfr. Martin Lobel, "*Territorial Taxation: an Invitation to Tax Avoidance and Evasion*" Martin Lobel, Henry M. Banta and Nicole Gueron, "*A test of the Administration Willingness to Collect Taxes From Multinational Corporations*", Tax Notes International, June 28, 1993, p. 1841.

le; in tale occasione, il rimpatrio è stato di 312 miliardi di dollari invece dei 30 miliardi di dollari attesi in assenza di incentivi fiscali.

III.VI Una Prospettiva Comparata con l'Italia

Tra le diversità del sistema di tassazione di tipo *worldwide* sin qui analizzato ed adottato negli Stati Uniti e i paesi come l'Italia che adottano un diverso sistema di tassazione *worldwide* con l'adozione del credito d'imposta e per alcuni componenti di reddito un sistema di esenzione²⁹³ per ovviare alle problematiche di doppia imposizione, si possono ravvisare due maggiori dicotomie: il diverso trattamento tributario esistente con riferimento al rapporto tra i soggetti non residenti e i soggetti autonomi residenti a cui i primi sono legati per rapporti di natura partecipativa e l'esistenza di un'imposta sul valore aggiunto presente in Italia e nelle giurisdizioni europee e assente negli Stati Uniti (VAT).

Con riferimento alla prima delle differenze citate, si è già rilevato che nel sistema statunitense, malgrado i soggetti residenti abbiano autonomia giuridica rispetto alle società non residenti da essi controllate, il reddito delle società residenti all'estero in base a diverse norme di natura fiscale viene tassato in capo ai soci residenti in US mentre nelle altre giurisdizioni tale reddito di solito non è tassato sino a quando non viene rimpatriato mediante la distribuzione di utili. Questo fenomeno, cui fa eccezione il c.d. "*deferral*", prevede quindi la tassazione per trasparenza, proporzionalmente alla quota di partecipazione posseduta dai soci statunitensi, di determinate categorie di reddito, ad esempio il c.d. *passive income*, prodotto dalle società non residenti a prescindere dall'effettiva sua disponibilità da parte del soggetto residente. La sussistenza di vuoti legislativi sulle varie tipologie di reddito e le eccezioni previste all'imputazione di esso in base alla normativa *Subpart F* oltre ad alcu-

²⁹³ Cfr. ad esempio nell'ordinamento tributario italiano alcuni componenti positivi del reddito d'impresa quali le plusvalenze da realizzo di partecipazioni societarie che beneficiano a determinate condizioni del regime di c.d. "participation exemption" esenti al 95% dalla tassazione del reddito (art. 87 del D.lgs. 22 Dicembre 1986 n. 917) ed il regime dei dividendi in conformità alla direttiva n. 435/90.

ne possibilità offerte dal sistema del credito d'imposta costituiscono come detto difetti del sistema statunitense che consentono di fatto di sottrarre a tassazione negli Stati Uniti, per ciascun periodo d'imposta, parte consistente del reddito prodotto all'estero.

In considerazione di queste caratteristiche evidenziate del sistema statunitense, una prospettiva comparata con il sistema italiano può aiutare a comprendere le ragioni dell'esigenza avvertita dalle istituzioni e dagli esperti della materia fiscale in America per l'introduzione di correttivi all'attuale legislazione tributaria.

In Italia, la tassazione dei soci residenti che detengono partecipazioni ubicate in paesi esteri non prevede un'imputazione del reddito prodotto dai soggetti non residenti per trasparenza sui contribuenti italiani fatte salve alcune eccezioni. Conseguentemente le esigenze erariali non hanno storicamente fatto affidamento su questa componente reddituale per la determinazione della base imponibile del reddito da partecipazione dei soci residenti in Italia.

Uno strumento introdotto nell'ultimo decennio dal legislatore italiano e che di fatto aggira una delle criticità dell'attuale sistema statunitense più sopra definita come effetto deferral - cioè del rinvio di tassazione del reddito prodotto in un dato esercizio da un soggetto non residente e partecipato da un soggetto residente ad un momento successivo - lo si può intravedere nel sistema di tassazione CFC²⁹⁴ del testo unico delle imposte sui redditi (in seguito "TUIR"). Al di fuori di tale normativa specifica sulle c.d. CFC che, diversamente dal corrispondente acronimo utilizzato negli Stati Uniti, si applica in Italia nel caso di società residenti in determinati stati considerati come aventi un regime fiscale privilegiato e non nella generalità delle ipotesi²⁹⁵, il principio generale è quello di mantenere separata la tassazione su sog-

²⁹⁴ La disciplina delle CFC è contenuta nell'art. 167 del Testo Unico delle Imposte sui Redditi, D.P.R. n. 917 del 1986, si rinvia al capitolo 1 par.VI per un approfondimento.

²⁹⁵ Una recente modifica legislativa, come detto nel capitolo introduttivo del presente lavoro, con il D.L. n. 78 del 2009 ha introdotto il comma 8bis all'art. 167 del Tuir e la possibilità di applicare la disciplina CFC anche per le società estere controllate, anche se non residenti in stati aventi un regime fiscale privilegiato, e quindi in ipotesi che avvicinano questo regime a quello statunitense di tassazione dei soggetti in base alla casistica del Subpart F regime descritto. In particolare, sono trattate alla stregua di CFC anche le società estere il cui livello di tassazione effettiva sia inferiore alla metà a quello applicabile in Italia per le società residenti e che conseguono in via prevalente (più del 50%) passive income o proventi derivanti da attività infragruppo. La norma nella sua attuale formulazione pone non pochi problemi interpretativi ove

getti dotati di autonomia giuridica e patrimoniale distinguendo pertanto la soggettività passiva e la responsabilità per gli obblighi di natura tributaria tra società e persone giuridiche residenti in ordinamenti diversi benché collegate tra loro da rapporti di natura partecipativa²⁹⁶.

Negli Stati Uniti, invece, come detto, la tassazione del reddito d'impresa prodotto da società partecipate estere legate da un rapporto partecipativo con quelle residenti negli States (e quindi anche in ipotesi diverse dalla tassazione del reddito prodotto per il tramite di stabili organizzazioni all'estero) è un dato fisiologico e costituisce un elemento sul quale contare nella determinazione della base imponibile e sul quale lo Stato si è storicamente basato per applicare il prelievo d'imposta.

Come evidenziato da alcuni studiosi della materia negli Stati Uniti poi, un'altra grande differenza rispetto alle giurisdizioni europee, inclusa la legislazione italiana, che pare opportuno venga colmata in un'ottica di proposte di riforma nel lungo periodo negli Stati Uniti, riguarda la mancanza di un sistema di tassazione corrispondente all'imposta sul valore aggiunto applicata in Europa²⁹⁷. Le esigenze di budget principalmente mosse dalla necessità di una riforma del sistema di assistenza sanitaria – di recente modificata dal Congresso - evidenziano un probabile deficit annuale di un miliardo di dollari e la possibilità di un rapporto tra indebitamento e prodotto interno lordo che nello stato attuale delle risorse disponibili si potrebbe aggirare intorno all'80% nel 2019. La soluzione di incrementare le imposte sul reddito delle persone fisiche o sulle società rispetto alle minori attuali aliquote dei paesi aderenti all'OCSE per colmare le lacune di gettito evidenziate sembra essere una scelta poco saggia e impopolare dal punto di vista politico. L'introduzione di un'imposta sul valore aggiunto con una base imponibile ampia e un'aliquota vicina al 10%

si dovesse applicare in maniera rigida secondo il tenore letterale specialmente per il regime di tassazione delle holding europee possedute da soci residenti in Italia.

²⁹⁶ Un altro contesto normativo nel quale è possibile constatare l'attribuzione del reddito di un soggetto non residente in Italia collegato da rapporti di natura partecipativa ad un soggetto residente in Italia è quello del regime elettivo di consolidato mondiale che consente a determinate condizioni la concorrenza del reddito o della perdita prodotta da società non residenti a società residenti poste al vertice di un gruppo (cfr. artt.130 e ss. del TUIR).

²⁹⁷ Cfr. Reuven S. Avi- Yonah, "Corporate and International Tax Reform: Long-Medium and Short Term Proposals" working paper No. 09-015 July 2009, Michigan Law, University of Michigan law School, <http://ssrn.com>; cfr. anche Martin B. Tittle "Achieving a Territorial Result Without Switching to a Territorial System", Tax Notes International, July 3, 2006 pag. 41.

sembra poter essere un correttivo efficace come l'esperienza di altre legislazioni ha dimostrato (Giappone e Canada).

Fatte queste premesse sulle particolarità del sistema statunitense, necessarie per comprendere le principali differenze di questo sistema rispetto ad altri sistemi fiscali, incluso quello italiano, che tassano il reddito prodotto al di fuori del territorio statale - da soggetti giuridici autonomi e diversi rispetto ai soggetti residenti legati ad essi da un legame partecipativo - solo in caso di loro alienazione della partecipazione nel soggetto non residente o in caso di sua distribuzione dei dividendi (eccezione fatta per le norme CFC) e rilevato altresì che nella prevalenza dei casi i paesi appartenenti all'OCSE applicano altresì un'imposta sul valore aggiunto diversamente dagli US, è possibile comprendere l'esigenza di una riforma del sistema fiscale negli Stati Uniti.

In questo contesto, si analizzeranno nel seguito le due diverse tesi a favore e contro l'adozione di un sistema statunitense per la tassazione dei redditi prodotti a livello internazionale mediante l'adozione di un sistema basato sul principio di territorialità ed una diversa ipotesi fondata invece su un sistema di tassazione mondiale o *worldwide* con opportuni correttivi al sistema attuale per ovviare alle criticità proprie dell'effetto *deferral* e dell'attuale sistema di credito d'imposta.

III.VII Le due diverse tesi a favore e contro l'adozione nella politica fiscale internazionale degli Stati Uniti di un modello di tassazione mondiale o territoriale.

Nella dottrina statunitense che si è espressa su tale dibattito, merita particolare attenzione il pensiero degli autori²⁹⁸ che hanno ben motivato le ragioni per voler

²⁹⁸ Cfr. J. Clifton Fleming Jr., Robert J. Peroni and Stephen E. Shay, "Some perspectives from the United States on the Worldwide Taxation vs. Territorial Taxation Debate", Journal of the Australasian Tax Teachers Association 2008 Vol.3 No.2 pag 35-86, più di recente pubblicato in Tax notes international. - Vol. 57 (2010), no. 1 ; p. 75-105; Mitchell A. Kane, "Ownership Neutrality, Ownership Distortions and International Tax Welfare Benchmarks", Virginia Tax review, June 22 2006.

favorire l'introduzione di un sistema statunitense di tassazione dell'utile mondiale disegnato con opportuni correttivi rispetto al sistema attuale (ed in seguito definito più semplicemente “*well-designed worldwide system*”) preferendolo all'alternativa dell'introduzione un sistema fondato sul concetto di territorialità anch'esso modulato sulla base di necessari correttivi rispetto ad un sistema di esenzione o territorialità pura (in seguito anche definito “*hybrid exemption system*”).

La premessa essenziale dalla quale muove l'approccio suggerito dagli autori qui citati è quella di escludere nel mondo reale e nella prassi tributaria internazionale l'esistenza di sistemi di tassazione dell'utile mondiale puri (o *worldwide system*) e di esenzione o territorialità puri (o *exemption/territorial system*)²⁹⁹. E' facile, infatti, rilevare che i c.d. *worldwide system* generalmente ammettono il rinvio della tassazione degli utili derivanti da attività di impresa (c.d. *active business income*) prodotti da società non residenti possedute da soggetti residenti sino al momento del rimpatrio dei dividendi, consentendo effetti assimilabili agli *exemption system* specialmente nei casi in cui si riduce sensibilmente il valore attuale della tassazione su detti utili nel paese di residenza per il notevole lasso di tempo trascorso prima della loro distribuzione da parte del soggetto non residente. Allo stesso modo alcuni c.d. *exemption system* tassando le persone fisiche residenti sul reddito ovunque prodotto e le società residenti sui redditi di mero godimento prodotti all'estero (i c.d. *passive income*, come ad es. le royalties o i redditi da locazione immobiliare) ottengono effetti assimilabili ai *worldwide system*. La conseguenza di tali incontrovertibili realtà è quella di delineare un principio condivisibile nella prassi internazionale in materia tributaria e nelle espressioni utilizzate in dottrina per descrivere le alternative oggi utilizzate dalla maggior parte dei paesi aderenti all'OCSE³⁰⁰. In base a tale principio, è più corretto qualificare i sistemi di tassazione come sistemi “ibridi” e conseguentemente definire i due sistemi maggiormente diffusi come *hybrid exemption e hybrid worldwide systems*³⁰¹.

²⁹⁹ Cfr. J. Clifton Fleming Jr., Robert J. Peroni and Stephen E. Shay, cit supra nota 293, pag. 36.

³⁰⁰ OCSE, “Tax Effects on Foreign Direct Investment: Recent Evidence and Policy Analysis” (2007), 18, 99.

³⁰¹ Cfr. Staff of Joint Committee on Taxation, *Economic Efficiency and Structural Analysis of Alternative U.S. Tax Policies for Foreign Direct Investments*, JCX-55-08 (2008) 6 <http://www.house.gov/jct/x-55->

Ciò premesso, analizziamo le ragioni che secondo gli autori citati supportano l'introduzione negli Stati Uniti di un più efficiente sistema di tassazione worldwide rispetto all'introduzione di un sistema di tassazione territoriale.

In considerazione dei difetti dell'attuale sistema di *worldwide taxation* e di una recente tendenza manifestata in diversi paesi aderenti all'OCSE verso sistemi di *hybrid exemption*, anche negli Stati Uniti si è studiata l'ipotesi dell'adozione di un sistema di esenzione o territorialità³⁰².

E' dall'analisi di tale sistema che si deve muovere per comprendere le ragioni della preferenza di un sistema worldwide taxation con opportuni correttivi rispetto all'attuale sistema US.

Il sistema territoriale o di esenzione, esenta i redditi prodotti all'estero ed esclude la deducibilità dei costi ivi sostenuti tassando interessi, royalties e spese relative alle prestazioni di servizi sia nel caso di società figlie (*subsidiaries*) che stabili organizzazioni (*branches*) per ragioni di coerenza, non avendo tali componenti reddituali subito una tassazione nel paese della fonte. Le caratteristiche di questo sistema, per una sua corretta funzionalità, richiedono un'applicazione efficace della normativa in materia di transfer pricing, per impedire di allocare maggiori redditi tra società appartenenti allo stesso gruppo nei paesi esteri o per le stabili organizzazioni di società statunitensi (poiché sarebbero esenti negli Stati Uniti) e richiedono altresì una rigida definizione dei redditi da qualificare come esenti poiché già tassati nei paesi della fonte. Inoltre, tale sistema non esenta generalmente i c.d. *passive income* e i redditi prodotti all'estero dai soggetti diversi dalle società. Tale ultima caratteristica rende complessi i sistemi di *hybrid exemption* o che adottano il principio di territorialità perché, per le categorie di reddito che non beneficiano dell'esenzione, oc-

08.pdf e anche Hugh J. Ault and Brian J. Arnold, "Comparative Income Taxation" (2a ed. 2004, pag. 358-360) "...when commentators label countries as worldwide or exemption (territorial) countries, it should be understood that the commentators are referring to the predominant characteristics of those countries respective international tax systems and are not suggesting that those countries have adopted the pure or ideal form of the system attributed to them. Indeed, it is more accurate to characterize a worldwide system with deferral as a "hybrid worldwide" system and to describe exemption (territorial) systems that require worldwide treatment for certain kinds of income and taxpayers as "hybrid exemption" systems".

³⁰² Cfr. United States Treasury Dept., "Approaches to Improve the Competitiveness of the U.S. Business Tax System for the 21st Century" Report 2007.

correrà affiancare al sistema di esenzione anche un sistema in parte improntato sul credito d'imposta per evitare i fenomeni di doppia imposizione giuridica o economica.

Per comprendere le ragioni che portano ad escludere l'introduzione di un sistema basato sulla territorialità negli Stati Uniti, poi, sono irrilevanti, secondo la dottrina dominante in materia³⁰³, le distinzioni tipicamente utilizzate tra gli economisti basate sulle motivazioni di politica economica quali elementi fondanti per la scelta di un sistema di territorialità (di esenzione) o di tassazione mondiale (di credito). Ci si riferisce all'approccio di Capital Export Neutrality (CEN) nel primo caso e Capital Import Neutrality (CIN) o Capital Ownership Neutrality (CON) nel secondo.

Con questi approcci, infatti, non si focalizza l'attenzione sulle problematiche pratiche che possono generare in concreto distorsioni e disuguaglianze sul piano della tassazione a livello internazionale.³⁰⁴

Nella scelta di un sistema piuttosto che un altro tra i due qui discussi, occorre porsi degli interrogativi in merito alla capacità del sistema scelto di superare le potenziali distorsioni di carattere pratico attualmente evidenziate dal sistema statunitense in vigore. Tra esse gli studiosi individuano:

- i) i potenziali arbitraggi tra aliquote diverse adottate negli stati dove allocare le proprie affiliate (società controllate da società residenti negli Stati Uniti) e la creazione di finanziamenti tra le società affiliate in modo tale da beneficiare di una tassazione complessiva ridotta³⁰⁵;
- ii) le tecniche di prezzi di trasferimento tra le società residenti negli Stati Uniti e le loro affiliate, mediante finanziamenti da queste ultime ero-

³⁰³ Cfr. J. Clifton Fleming Jr., Robert J. Peroni and Stephen E. Shay, "Some perspectives from the United States on the Worldwide Taxation vs. Territorial Taxation Debate", Journal of the Australasian Tax Teachers Association 2008 Vol.3 No.2.

³⁰⁴ Cfr. anche Michael J. Graetz, "The David R. Tillinghast Lecture, Taxing International Income: Inadequate Principles, Outdated Concepts and Unsatisfactory Policies", 2001 Tax Law Review 261.

³⁰⁵ L'esempio qui citato in dottrina riguarda le c.d. Tax Haven Finance Subsidiaries. Una tecnica di pianificazione fiscale secondo la quale una società capogruppo costituisce due subsidiaries una in paradiso fiscale e l'altra in stato con tassazione ordinaria. La capogruppo capitalizza maggiormente la società controllata nel paradiso fiscale che a sua volta effettua un finanziamento fruttifero alla società residente in paese a fiscalità ordinaria ottenendo di fatto una deducibilità nel paese a fiscalità ordinaria e una distribuzione di dividendi praticamente esente dalla affiliata residente in paese a fiscalità privilegiata.

gati, o lo sviluppo da parte di queste di marchi e intangibles remunerati con royalties tali da ridurre sensibilmente il reddito delle società statunitensi a favore delle società affiliate stabilite in paesi a fiscalità privilegiata³⁰⁶;

- iii) la decisione di localizzare gli investimenti in giurisdizioni a fiscalità privilegiata anche nelle ipotesi in cui il rendimento ante imposte dell'investimento sia inferiore al rendimento ottenibile per lo stesso investimento negli Stati Uniti³⁰⁷;

Rispetto alle potenziali distorsioni sopra indicate ed utilizzate dalla dottrina quali elementi necessari di valutazione, poiché frutto dei comportamenti nella pratica utilizzati in prevalenza dai contribuenti statunitensi per sfuggire alla tassazione negli Stati Uniti, il sistema di *hybrid worldwide taxation* sembra essere quello maggiormente appropriato per contrastare le attuali criticità sopra evidenziate del sistema fiscale in vigore e per promuovere il benessere dei cittadini americani e la crescita economica del paese.

Secondo la dottrina citata, una modifica al sistema in vigore mediante l'introduzione di un sistema di esenzione o basato sul principio di territorialità inciderebbe, più di quanto avvenga grazie alle possibilità di *deferral* sopra evidenziate nel sistema attuale, sulle possibilità di sottrarre base imponibile al fisco statunitense sopra esemplificate nella casistica i), ii) e iii) nel senso di veicolare all'estero, in paesi che applicano un'aliquota di tassazione del reddito d'impresa inferiore a quella statunitense, le scelte di investimento dei soggetti residenti negli Stati Uniti.

³⁰⁶ Cfr. Edward D. Kleinbard "*Throw Territorial Taxation From the Train*", in *Tax Notes International*, 2007 February 5 pag. 547 e ss. L'autore enfatizza la pericolosità dell'introduzione di un sistema di esenzione negli Stati Uniti, per la probabile conseguenza sulle imprese che utilizzano elusivamente il Transfer Pricing per allocare i propri profitti all'estero in paesi a bassa fiscalità e che beneficerebbero altresì dell'esenzione al momento del rimpatrio di tali proventi in gran parte non tassati nello stato della fonte.

³⁰⁷ L'esempio qui utilizzato dai sostenitori del "*well designed world wide system*" (cfr. nota 298), può essere così rappresentato: una multinazionale americana residente negli USA ("MNA") con un management qualificato e immobilizzazioni immateriali di valore paga imposte sui redditi prodotti negli Stati Uniti al 35%. Ci sono due possibilità di investimento, una per un business operativo in US con un rendimento ante imposte di 20 e un'altra per un business operativo in un tax haven che esenta i redditi ivi prodotti e non applica ritenute alla fonte sul rimpatrio dei dividendi con un rendimento ante imposte di 15. L'applicazione di un sistema di esenzione in quest'esempio favorirebbe l'investimento in un business non produttivo per la crescita interna degli Stati Uniti per il maggior beneficio in termini di guadagno netto ottenuto (15 invece di 13[20-35%]) a discapito dell'investimento in fattori produttivi negli Stati Uniti.

Un altro importante terreno di confronto per la scelta di un sistema di territorialità o esenzione e un sistema di tassazione sull'utile mondiale o *worldwide*, riguarda il rilancio della competitività delle imprese statunitensi. Come evidenziato dall'OCSE³⁰⁸, infatti, la preferenza per l'adozione di una *Tax policy* basata sull'esenzione è motivata principalmente dall'esigenza di favorire investimenti in paesi esteri che adottano a loro volta un sistema di esenzione per le imprese residenti. L'esenzione, infatti, consentirebbe di evitare il prelievo fiscale aggiuntivo dello stato di residenza alle imprese statunitensi che operano all'estero - rispetto al prelievo fiscale subito nel paese della fonte - garantendo così un uguale livello competitività rispetto alle imprese residenti nel paese della fonte che scontrerebbero il solo prelievo fiscale locale sul loro reddito d'impresa.

La dottrina a favore del sistema di tassazione mondiale contesta la validità dell'argomento relativo alla maggiore competitività garantita dai sistemi di esenzione per le società residenti negli Stati Uniti. La ragione di tale critica dipende dall'assenza di prove sulla necessità di garantire maggiore competitività alle imprese statunitensi per migliorare l'attuale sistema di tassazione da una parte e dall'assenza di dati empirici circa la capacità di un sistema di esenzione di assicurare una maggiore competitività rispetto a fattori diversi da quelli di natura fiscale dall'altra³⁰⁹.

In realtà, ed è questo uno degli spunti più significativi che la dottrina citata evidenzia, se tra le finalità di un sistema fiscale vi è quella di garantire il benessere dei cittadini e migliorare le condizioni dello stato sociale di un paese parrebbe opportuno chiedersi quanto un sistema che favorisca la competitività delle imprese all'estero mediante l'esenzione dei redditi prodotti in un contesto transnazionale possa rispondere agli obiettivi citati se il suo effetto principale è quello di diminuire la base imponibile delle imprese negli Stati Uniti e conseguentemente il fabbisogno dello Stato per soddisfare le esigenze di crescita economica della popolazione.

³⁰⁸ Cfr. Sopra nota n. 300.

³⁰⁹ Cfr. J. Clifton Fleming Jr., Robert J. Peroni and Stephen E. Shay, "*Some perspectives from the United States on the Worldwide Taxation vs. Territorial Taxation Debate*", *Journal of the Australasian Tax Teachers Association* 2008 Vol.3 No.2 pag 47 "Where is the proof of a systemic competitiveness problem that is substantially caused by the U.S. international income tax regime instead of by labor cost differentials, product quality differences, regulatory differences and other non tax factors...and how would the adoption of an exemption proposal solve the problem? "

Inoltre, malgrado vi siano state in passato proposte volte ad introdurre un sistema di territorialità o esenzione negli Stati Uniti per i redditi prodotti all'estero e derivanti da attività operative³¹⁰, la dottrina qui citata ritiene che l'altra significativa criticità di un sistema territoriale di tassazione è quella di non rispettare il principio di capacità contributiva³¹¹. Non sarebbe comprensibile, infatti, in un'ottica di partecipazione alla spesa pubblica in ragione della capacità contributiva, la motivazione in base alla quale escludere il reddito prodotto all'estero dalla tassazione nel paese Statunitense. L'effetto di tale sistema sarebbe quello di discriminare tra soggetti che investono esclusivamente nel paese di residenza e soggetti che investono all'estero applicando maggiori imposte nei confronti dei primi.

Un ultimo confronto, in merito alla validità di un sistema piuttosto che l'altro dei due qui considerati, viene effettuato dalla dottrina citata riguardo alla capacità del sistema di territorialità o *worldwide* di assistere la crescita economica dei paesi in via di sviluppo meritevoli e favorire una crescita competitiva³¹².

Anche qui il punto di partenza di quest'analisi è la constatazione che l'attuale sistema *worldwide* e il meccanismo del *deferral* statunitensi sono incapaci di soddisfare le due istanze sopra considerate.

In un contesto internazionale, molte legislazioni di paesi in via di sviluppo fanno leva su incentivi fiscali per determinati periodi di tempo (c.d. *tax holidays*) o aliquote d'imposta per la tassazione dei redditi d'impresa molto favorevoli per attrarre gli investimenti. Tali fenomeni sono stati individuati in taluni casi come fonte

³¹⁰ President's Advisory Panel on Federal Tax Reform, *Simple, Fair & Pro-Growth: Proposal To Fix America's Tax System, Report of the President's Advisory Panel* (Nov. 2005) <http://www.taxreformpanel.gov/final-report>.

³¹¹ Stephen E. Shay, "Hearing on Fair and Equitable Tax Policy for America's Working Families", September 6, 2007 Statement submitted to Committee on Ways and Means United States House of Representatives, pag 7.

³¹² Sulla capacità di una Tax Policy di soddisfare la competitività in un contesto internazionale cfr. Michael S. Knoll "Business Taxes and International Competitiveness", American Law & Economics Association Annual Meetings, anno 2008 paper n. 123, <http://law.bepress.com/alea/18th/art123>. L'autore effettua alcune considerazioni sulla neutralità fiscale di investimenti effettuati in diversi scenari in un contesto internazionale evidenziando la presenza di numerosi fattori da tenere in considerazione per la scelta di una tax policy rispetto ad un'altra ed in particolare, il tipo di tassazione alla fonte, il tipo di investimento effettuato, se diretto o indiretto e il sistema di esenzione o credito d'imposta adottato, manifestando una preferenza per un sistema misto che coniughi la tassazione *worldwide* per il *passive income* e l'esenzione per l'*active income*. Un sistema di credito d'imposta (illimitato) per gli individui con un *formulary apportionment* per le società a determinate condizioni sembra poter garantire la competitività.

di concorrenza fiscale dannosa³¹³. Un sistema fiscale improntato alla *worldwide taxation* tende tipicamente a bilanciare le forme di potenziale concorrenza fiscale dannosa mediante l'applicazione di un'imposta residuale da parte dello stato di residenza rispetto a quella minima prelevata alla fonte. I sistemi di territorialità o l'attuale meccanismo di *deferral*, viceversa, incoraggiano gli investimenti nei paesi che adottano tali pratiche di concorrenza fiscale determinando nel caso degli Stati Uniti un'ingente perdita di gettito o base imponibile altrimenti tassabile ove gli investimenti fossero diretti all'interno del territorio statunitense.

Per le stesse ragioni sopra evidenziate, l'applicazione di un sistema di esenzione o territoriale, invece, secondo altri autori, sarebbe necessaria per consentire ai paesi in via di sviluppo di attrarre capitali dai paesi economicamente maggiormente sviluppati e consentire di redistribuire ricchezza anche ai paesi che sono privi di risorse interne sufficienti per il benessere delle loro collettività³¹⁴.

La critica mossa a questi autori dalla dottrina che difende la preferenza per il mantenimento di un sistema di *worldwide taxation* seppur con i dovuti correttivi rispetto a quello attualmente utilizzato negli Stati Uniti è quella di ritenere opportuno promuovere forme di assistenza nei confronti dei paesi in via di sviluppo mediante programmi specifici di aiuto come ad esempio le negoziazioni caso per caso di *tax sparing clauses*³¹⁵ negli accordi bilaterali tra stati piuttosto che generalizzare l'effetto di assistenza con l'adozione del sistema di esenzione. L'introduzione di un

³¹³ Cfr. "OCSE Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue", OCSE report del 1998.

³¹⁴ Cfr. Robert Goulder "Heritage Foundation Criticizes OECD War Against Tax Havens", in Tax Notes International, 2000 pag. 1628-1630; Julie Roin, "Competition and Evasion: Another Perspective on International Tax Competition", 2001 Georgetown Law Journal, pag. 543 e ss.

³¹⁵ In termini generali, le clause di *tax sparing* negli accordi bilaterali contro le doppie imposizioni hanno la finalità di concedere un credito d'imposta per l'ammontare dell'imposta astrattamente applicabile in base all'aliquota dello stato di residenza sui redditi tassati alla fonte anche se l'aliquota ivi applicata è ridotta. L'effetto prodotto è quindi quello di evitare il prelievo d'imposta aggiuntivo rispetto a quello praticato nello stato della fonte che sarebbe altrimenti applicabile per gli stati che adottano il sistema del credito d'imposta. Cfr. Klaus Vogel on Double Taxation Convention, "A Commentary to the OECD and US Model Convention for the Avoidance of Double Taxation of Income and Capital. With Particular Reference to German Treaty Practice", Third Edition, Kluwer Law International, pag. 560.

sistema di esenzione, infatti, potrebbe privilegiare anche paesi in via di sviluppo non meritevoli di assistenza per ragioni diverse da quelle fiscali³¹⁶.

Le criticità sin qui evidenziate per i sistemi di esenzione che scongiurerebbero la loro adozione secondo gli autori qui citati sono sufficienti a far ritenere il sistema world-wide statunitense come preferibile. La presenza, tuttavia, di difetti connessi all'attuale formulazione di questo sistema richiedono altresì l'inserimento di opportuni correttivi per risolvere le distorsioni evidenziate in precedenza quali il meccanismo del *deferral* e l'attuale sistema del credito d'imposta.

Dei possibili correttivi al sistema attuale ci si occupa nel seguito facendo riferimento alle proposte dell'attuale presidenza degli Stati Uniti.

III.VIII I Suggerimenti dell'amministrazione Obama

Muovendosi nella direzione di una riforma del sistema fiscale di recente negli Stati Uniti sono state avanzate, come detto, delle proposte di modifica al Congresso. Nel Marzo 2009 il Presidente Obama ha annunciato la creazione di una Task Force speciale, la Volcker Task Force³¹⁷, con l'obiettivo di presentare entro Dicembre 2009 un report al Segretario del Tesoro Timothy Geithner con delle raccomandazioni in merito alla riforma del sistema fiscale statunitense e con l'idea di renderlo un sistema improntato all'efficienza e alla semplicità.

Al fine di facilitare il compito della Volcker Task Force, un gruppo di esperti del mondo fiscale statunitense ha formulato suggerimenti per la riforma raccolti in

³¹⁶ Il distinguo che si vuole qui evidenziare è tra paesi in via di sviluppo ritenuti "meritevoli" di assistenza da parte dei paesi economicamente forti, poiché ad esempio applicano degli incentivi ulteriori rispetto alle aliquote fiscali ridotte quali ad esempio legislazioni interne volte a favorire l'assistenza sociale o gli investimenti in energie rinnovabili o la sicurezza sul lavoro e paesi ritenuti "non meritevoli" poiché scarsamente attenti allo sviluppo sociale e al benessere dei cittadini. L'applicazione di un sistema di esenzione porterebbe benefici ad entrambe le tipologie di paesi qui citate, mentre l'utilizzo di programmi fiscali o incentivi mirati e il mantenimento del sistema worldwide risponderebbe maggiormente alle esigenze di contemperare un fabbisogno in termini di gettito e l'incentivo verso paesi economicamente meno sviluppati.

³¹⁷ Paul Volcker è il nome del Board's Chair.

una pubblicazione.³¹⁸ Gli obiettivi principali della Task Force nominata dal Presidente sono quelli di individuare gli strumenti legislativi più opportuni per ridurre i fenomeni di evasione ed elusione, semplificare la legislazione fiscale e migliorare l'efficienza del sistema americano. Per il raggiungimento di tali obiettivi le idee suggerite dagli esperti nel campo della fiscalità internazionale sono di diversa natura.

Chi ritiene che un sistema efficiente negli Stati Uniti che sfugga ad ipotesi di evasione ed elusione possa esser garantito solo se sussiste un effettivo scambio di informazioni con i vari paesi e se si applicano ritenute di peso verso i paesi non collaborativi o paradisi fiscali. Lo sviluppo di un sistema di esenzione per i principali flussi finanziari come dividendi interessi e royalties rappresenterebbe, per chi sostiene tale tesi, il metodo ideale per evitare le ipotesi di elusione mediante differimento di tassazione attualmente utilizzate dai gruppi di impresa statunitensi tramite il ricorso al ritardo forzato del rimpatrio dei redditi di impresa prodotti fuori dal territorio nazionale (*deferral*). Per entrambe i correttivi indicati, in una economia globalizzata, il suggerimento si può riassumere nell'incoraggiamento di una riforma indirizzata ad un modello di tipo cooperativo tra i paesi e non competitivo³¹⁹.

Secondo altre ipotesi la soluzione più efficiente per una riforma richiederebbe comunque una diminuzione dell'aliquota di tassazione per il reddito d'impresa per favorire gli investimenti negli Stati Uniti³²⁰. Un'aliquota intorno al 20%³²¹ sarebbe maggiormente in linea con i livelli di tassazione degli altri paesi in un contesto di globalizzazione e un sistema territoriale di tassazione che esenti i redditi derivanti da attività operative all'estero³²², con eventuali correttivi sulla tassazione delle importazioni si favorirebbe la competitività al contrario delle proposte volte ad incrementare il livello di tassazione dei redditi prodotti all'estero attualmente ipotizzate.

³¹⁸ Tax Analysts - 2009, "Toward tax reform, recommendations for President Obama's Task Force".

³¹⁹ Reuven S. Avi-Yonah, "Closing the International Tax Gap Via Cooperation, Not Competition, in Toward Tax reform", in Tax Analysts cit. nota precedente.

³²⁰ Chris Edwards, "Obama Treasure Hunt", cfr nota 312 pag 33 e ss.

³²¹ William C. Barret, "Tax Policy Should Encourage U.S. Investment and Growth", cfr. nota 312, pag. 16 e ss.

³²² Rocco V. Femia, "Consider International Trends and Norms in Reforming the System" cfr. Nota 312 pag. 38-39.

Tra coloro che sostengono l'esigenza di una transizione ad un sistema di tipo territoriale che esenti i redditi prodotti al di fuori degli Stati Uniti è degna di nota la proposta di applicare nella transizione tra un sistema worldwide ed uno di territorialità un'imposta cedolare sugli utili accumulati all'estero mediante i meccanismi di deferral ad un'aliquota media intorno al 15% (già in passato, come citato in precedenza³²³, nel 2004, l'applicazione di una cedolare secca ad un'aliquota del 5% ha comportato un incremento un tantum del gettito erariale pari a dieci volte il prelievo fiscale sui dividendi rimpatriati in una sola annualità). Anche in questa proposta di riforma si avverte l'esigenza di accompagnare ad un sistema di esenzione territoriale una diminuzione dell'aliquota d'imposta per i redditi d'impresa e una modifica all'attuale impianto normativo per la determinazione del reddito prodotto all'estero.³²⁴

Nel rivedere il sistema internazionale di tassazione delle imprese l'idea di intraprendere un sistema di esenzione per i redditi prodotti all'estero in luogo dell'attuale sistema di credito sembra essere quella maggiormente condivisa tra gli esperti sebbene si sottolinei l'importanza di favorire questo meccanismo solamente nei casi in cui il reddito all'estero sia effettivamente tassato per evitare possibili abusi³²⁵.

Di tutti i suggerimenti degli esperti qui citati, l'attuale proposta di riforma presentata al Congresso, tra i propositi degni di nota, prende in considerazione alcune modifiche al regime attuale di *deferral* e al sistema del credito d'imposta mentre trascurava le proposte sopra formulate di introduzione di un regime di esenzione.

Nelle sfumature generali, infatti, la tendenza mostrata dalle proposte di riforma è quella di mantenere la preferenza per un sistema di tassazione delle società in ambito internazionale che predilige un modello di tassazione mondiale piuttosto che un sistema basato sulla territorialità. Delle molteplici proposte relative alla riforma del sistema fiscale ci si limita ad analizzare in questa sede quelle relative ai

³²³ Cfr.

³²⁴ Daniel Shaviro, "Moving to a Territorial System and Reforming the Corporate Tax", cfr. Nota 312 pagg. 78-80.

³²⁵ H. David Rosenbloom, "Political Will Can Shore Up Tax Administration, Enact Reform", cfr. Nota 312 pagg. 72-74.

temi trattati in questo capitolo tralasciando invece le altre proposte, quali ad esempio quelle relative alla tracciabilità dei conti per le persone fisiche o al reporting per i trust e le offshore entities poiché il loro approfondimento trascenderebbe le finalità di questa ricerca³²⁶.

Il JCT³²⁷ nel Settembre del 2009 ha preparato un documento che raccoglie le proposte di modifica relative alla tassazione dei redditi e degli investimenti a livello transazionale³²⁸ effettivamente inoltrate al Governo degli Stati Uniti per il loro recepimento in un'unica proposta di legge.

Il documento prevede due principali proposte di modifica che occorre illustrare per le finalità dell'analisi qui svolta, una relativa alle modalità di determinazione della base imponibile ed un'altra relativa alla determinazione dell'imposta.

Con riferimento al primo dei due temi evidenziati, le proposte di modifica muovono da una ricognizione del sistema attuale sottolineando che la *worldwide taxation* insieme alle possibilità di *deferral* per la maggior parte dell'*active income* prodotto dalle società non residenti o dalle partnership possedute da soggetti residenti negli Stati Uniti consentono ad oggi allo stato di distinguere tre diverse tipologie di reddito tassabile negli Stati Uniti: i) il reddito considerato come “prodotto negli Stati Uniti”; ii) il reddito estero “prodotto nello stato della fonte” che può essere tassato direttamente in capo ai soggetti residenti negli Stati Uniti (ad esempio perché prodotto per il tramite di una stabile organizzazione) incluso il reddito attratto nel c.d. *Subpart F*; iii) il reddito estero non tassato per ragioni di *deferral*.

La problematica principale evidenziata dal sistema attuale riguarda la crescita degli investimenti in attività che generano reddito che può beneficiare del *deferral* rispetto a quelle che formano base imponibile negli Stati Uniti. La conseguenza di

³²⁶ Le proposte di riforma inserite nel documento del JCT all'analisi del Governo per la parte internazionale della normativa statunitense qui considerate comprendono: a) *deferral and the distortion of investment choice*; b) *proposal to defer reduction of expenses related to deferred income*; c) *proposal to limit shifting of income through intangible property transfer*; d) *proposal to limit earning stripping by expatriated entities*.

³²⁷ Cfr. Supra nota 277.

³²⁸ Joint Committee on Taxation “Description of the Revenue Provisions Contained in the President’s Fiscal Year 2010 Budget Proposal – Part Three: Provisions Related to the Taxation of Cross-Border Income and Investment” – September 2009, U.S. Government Printing Office, Washington.

tale situazione comporta un decremento nel tempo degli investimenti negli Stati Uniti e una minor base imponibile complessiva sulla quale poter contare per il prelievo d'imposta con la conseguenza di ridurre l'efficienza del sistema³²⁹. Occorre, dunque, individuare delle soluzioni efficaci per intervenire sull'ampliamento della base imponibile.

Dopo aver analizzato le possibili cause dell'erosione della base imponibile negli Stati Uniti, in parte già evidenziate nei precedenti paragrafi di questo capitolo, l'analisi del JCT si sofferma sull'evidenza data da alcuni studi sugli investimenti "outbound" effettuati da contribuenti statunitensi. Tali studi dimostrano una crescita degli investimenti inversamente proporzionale all'aliquota d'imposta applicata nel paese dell'investimento individuato tra le 60 destinazioni investigate e un test di 500 contribuenti.³³⁰

Nel 2004 gli studi citati hanno mostrato su un campione di 11.000 dichiarazioni dei redditi indicanti il possesso di 75.000 CFC estere, un reddito prodotto all'estero ed escluso da tassazione negli Stati Uniti pari a circa mille miliardi. Di queste società, il numero localizzato in Irlanda eccedeva notevolmente il numero di quelle localizzate in Inghilterra o Germania, paesi con maggior popolazione e mercato più largo sebbene con aliquota d'imposta maggiore rispetto a quella Irlandese.

Un'altra statistica di recente, già citata, ha mostrato che un'agevolazione introdotta sulla tassazione dei dividendi volta al rimpatrio di capitali ad un'aliquota ridotta (5%), rispetto all'aliquota marginale di tassazione del reddito estero rimpatriato (35%), ha fruttato un rimpatrio di circa 250 miliardi di dividendi in più rispetto al rimpatrio ordinario annuale.

Le possibilità di deferral concesse per gli investimenti che generano reddito operativo all'estero sono altresì fonte di forzatura nell'applicazione delle regole in

³²⁹ Cfr. Altro documento al quale il JCT rinvia per la trattazione del tema delle distorsioni in termini di efficienza generate dal *deferral*, JCT "Economic Efficiency and Structural Analysis of Alternative U.S. Tax Policies for Foreign Direct Investment, June 25, 2008.

³³⁰ Cfr. Harry Grubert and Jonh Mutty, "Do Taxes Influence Where US Corporations Invest?", National Tax Journal, December 2000, pag.50.

materia di transfer pricing³³¹ per spostare capitali, che altrimenti verrebbero utilizzati negli Stati Uniti, in paesi a fiscalità privilegiata.

Al fine di mitigare gli effetti distorsivi al sistema sopra evidenziati, le alternative possibili e le aree di intervento considerate per modificare l'attuale sistema si muovono verso: i) l'esenzione dei redditi operativi prodotti all'estero o ii) la tassazione di essi per intero.

In entrambe le ipotesi considerate, si distinguerebbe tra due categorie reddituali per il reddito prodotto a livello transnazionale: i) il reddito operativo prodotto per il tramite di stabili organizzazioni o rimpatriato dalle società figlie non residenti tramite la distribuzione di dividendi a favore dei soci statunitensi che sarebbe esente da eventuale altra forma di tassazione negli Stati Uniti; ii) il reddito altrimenti prodotto, includendo il c.d. *passive income* e i flussi reddituali di interessi e royalties ricevuti da società figlie non residenti che verrebbero imputati per trasparenza ai soci residenti negli Stati Uniti.

In considerazione del maggior favore per il sistema di tassazione mondiale quale punto di partenza per la valutazione dei possibili correttivi applicabili, tra le proposte concrete volte ad incrementare la base imponibile da assoggettare a tassazione negli Stati Uniti si evidenzia innanzitutto, l'introduzione dell'indeducibilità delle spese connesse ad investimenti esteri che producono reddito non tassato negli Stati Uniti poiché rientrante nella categoria del reddito operativo prodotto all'estero che può beneficiare del c.d. *deferral*. Le sezioni dell'Income Tax Code da modificare sono la 901 e 904 relative alla modalità di determinazione del credito d'imposta per il reddito prodotto all'estero. Il computo del credito verrebbe modificato in modo da limitare per ciascuno dei due basket la deducibilità di spesa connessa al reddito prodotto e impedire comunque la deducibilità per il reddito che non è rimpatriato. Molteplici dubbi di natura operativa sono posti nel report del JCT che accompagna le proposte di modifica in considerazione della complessità del calcolo del reddito prodotto all'estero e dei legami tra diversi livelli di partecipazione di società controllate da soci residenti negli Stati Uniti.

³³¹ Section 482 delle IRS (Regulations).

Le proposte relative al necessario raggiungimento dell'obiettivo di un incremento di base imponibile tassabile negli Stati Uniti comprendono poi: ulteriori limitazioni alla deducibilità degli interessi nell'ambito delle cosiddette *earning stripping rules*³³², limitazioni al trasferimento di materia imponibile dagli Stati Uniti verso paesi con minor tassazione in termini di aliquote d'imposte tramite il trasferimento di immobilizzazioni immateriali remunerabili con royalties.

Esaurita la parte delle proposte relative alla determinazione della base imponibile, il report del JCT passa all'analisi delle proposte di modifica del sistema fiscale statunitense per l'individuazione del corretto ammontare di imposte da applicare su una base imponibile così come determinata in base alle modifiche da introdurre.

La principale area di intervento è quella relativa al credito d'imposta. La proposta di modifica parte da una ricognizione del funzionamento del sistema attuale in base al quale, una società residente negli Stati Uniti beneficia di un credito per le imposte pagate da una società non residente da essa posseduta per almeno il 10% (il riferimento qui è ai diritti di voto) quando il reddito da essa prodotto è distribuito alla società residente negli Stati Uniti o quando tale reddito è incluso nel reddito dichiarato negli states per trasparenza in base alle regole del Subpart F o del PFIC³³³.

Il credito d'imposta è generalmente limitato alle imposte applicabili negli Stati Uniti sul reddito prodotto all'estero e determinato in base al rapporto tra il reddito estero ed il reddito complessivo al fine di impedire il fenomeno della doppia imposizione, l'eventuale eccesso del credito d'imposta potrà essere riportato indietro per un periodo d'imposta o avanti sino a 10 periodi d'imposta.

³³² Il concetto di *earning stripping rules* è riferibile all'insieme di norme del sistema fiscale statunitense che limitano la deducibilità di componenti negativi di reddito per le società residenti negli States che possono ridurre significativamente la propria base imponibile qualora ad es. effettuino pagamenti di royalties, interessi, management fees, alla propria controllante o affiliata non residente. Sebbene il concetto sia riferibile a tutte le tipologie di pagamenti indicati in senso lato, più frequentemente di *earning stripping* si parla con riferimento alla deduzione di interessi. Tra le proposte di modifica della finanziaria 2010 si include una limitazione alla deducibilità degli interessi riducendo il debt vs. equity ratio tra il finanziatore non residente ed il soggetto statunitense finanziato nonché la determinazione dell'*adjusted taxable income* (il corrispettivo del ROL utilizzato in Italia per la deducibilità degli interessi) che viene diminuito in caso di soggetto finanziatore non residente nella misura del 25% in luogo del 50% applicabile in una situazione puramente interna.

³³³ Secs 901, 902 e 960 Regs.

Come già detto in precedenza il credito d'imposta è poi suddiviso in base ai due baskets del *general category income* e del *passive income* e il credito d'imposta determinato in base ad un basket non può compensare le imposte dovute negli Stati Uniti sulla tipologia di reddito relativa all'altro basket. In base al sistema attuale esistono diverse opportunità di *cross-crediting* riguardo al reddito prodotto all'estero tra stati diversi o anche nello stesso stato ma tassato con aliquote d'imposta diverse ed inferiori a quella statunitense³³⁴.

La proposta di modifica al sistema del credito d'imposta prevede la determinazione di un credito in base ad un calcolo aggregato delle imposte pagate all'estero sui redditi prodotti da tutte le società possedute³³⁵ dai soci statunitensi a partire dal 31 Dicembre del 2010 e a prescindere dall'effettivo rimpatrio o imputazione dei redditi prodotti³³⁶. La determinazione aggregata del credito d'imposta impedirebbe di fatto l'utilizzo distorto del sistema attuale e l'effetto di rimpatriare i redditi tassati con un'imposizione maggiore di quella statunitense per compensare le relative imposte con il credito derivante dalle imposte pagate in stati dove è prodotto un reddito maggiore tassato ad un'aliquota inferiore a quella statunitense.

L'applicazione pratica di questa proposta può essere rappresentata nell'esempio che segue.

La Ruga Plc residente in US detiene il 100% di Alfa Ltd residente in paese a fiscalità privilegiata con tassazione ad aliquota al 12,5% e Beta SA in paese a fiscalità ordinaria con tassazione ad aliquota al 41%. Alfa Ltd ha redditi ante imposte pari a 1000, paga 125 di imposte ed ha redditi netti per 875. Beta ha 1000 di redditi ante imposte paga imposte per 410 e ha redditi netti per 590. Il totale di redditi netti delle due società è 1465 (875+590) e il totale di imposte estere pagate è 535 (125+410).

³³⁴ Si rinvia al proposito al report dell'American Bar Association Task Force del 2009 dove tra le analisi svolte si fa riferimento al caso della Svizzera in cui l'applicazione di diverse imposte cantonali consente il cross-crediting.

³³⁵ Nella Section 902 considerata si prendono in considerazione le società possedute sino al sesto livello di partecipazione.

³³⁶ La modifica incide principalmente sulle modalità di determinazione attualmente previste dalla Sec. 902 delle Treasury Regulations.

Entrambe le imposte si assume rientrino nel basket generale ai fini del credito. Secondo il nuovo sistema di credito d'imposta, se viene distribuito un dividendo di 500, a prescindere dalla società che distribuisce tale dividendo il credito d'imposta riconosciuto in questo caso è pari a 183 [o $535 \times (500/1465)$]. In questo caso diventa quindi indifferente che la distribuzione sia fatta da Alfa o Beta e tale distribuzione avverrà quindi in base a reali esigenze economiche e non per ragioni fiscali di convenienza come potrebbe accadere nell'esempio fatto in base all'attuale sistema di credito d'imposta.

Ulteriori proposte di riforma sono previste per ridurre le possibilità di sfuggire alla tassazione negli Stati Uniti mediante l'utilizzo delle c.d. hybrid entities. Tali proposte incidono sul credito d'imposta utilizzabile o sulla possibilità di evitare l'imputazione dei redditi rientranti nella categoria Subpart F ai contribuenti statunitensi.

Al di là degli aspetti tecnici connessi a tali ulteriori proposte di riforma del sistema fiscale statunitense, si può qui rilevare per quanto d'interesse nell'economia del presente lavoro di ricerca che anche per quanto concerne il sistema US, le scelte di politica fiscale in un contesto internazionale sembrano ancora essere indirizzate ai due modelli storicamente condivisi tra i paesi aderenti all'OCSE, quello della tassazione nello stato della fonte per i non residenti o "principio di territorialità" e quello della tassazione mondiale per i residenti o "principio della tassazione dell'utile mondiale (worldwide)". Malgrado siano state ventilate di recente ipotesi alternative per la tassazione del reddito d'impresa in base a criteri forfettari come nel caso del "*fractional apportionment*"³³⁷ le proposte di riforma legislative in concreto formula-

³³⁷ Reuven Avi-Yonah, Kimberly A. Clausing, "The Hamilton project, Reforming Corporate Taxation in a global economy, A proposal to adopt formulary apportionment".

Gli autori dopo aver evidenziato le criticità del sistema attuale statunitense, introducono la proposta di determinazione della base imponibile definita Formulary Apportionment (FA) che si basa sulla ripartizione della base imponibile globale di un gruppo determinata in base ai ricavi netti attribuibili a ciascuna giurisdizione e agli USA nell'esempio specifico, facendo ricorso alla quota parte di vendite complessive destinate ai consumatori di ciascuna giurisdizione. L'idea di utilizzare le vendite come fattore chiave nella ripartizione della base imponibile trae origine dal riscontro della idoneità di tale fattore a sfuggire a motivazioni di natura prevalentemente fiscale per la sua allocazione geografica diversamente da altri fattori quali la produzione o la forza lavoro. Inoltre da un punto di vista pratico tale modalità di determinazione è maggiormente utilizzabile rispetto all'adozione di altre formule da un punto di vista pratico.

te dall'amministrazione Obama o, dagli esperti della Task Force sopra indicate, si indirizzano sempre verso l'introduzione di correttivi all'attuale sistema di tassazione worldwide con credito d'imposta o a favorire ipotesi di esenzione per determinate categorie reddituali (ipotesi rientranti nei concetti di hybrid exemption o hybrid worldwide sopra definiti).

Le difficoltà di introdurre negli Stati Uniti meccanismi del tutto nuovi e stravolgere il contesto legislativo vigente sono dovute probabilmente alla complessità del sistema e alla stratificazione degli interventi legislativi ma altresì all'incertezza che l'introduzione di nuovi modelli possa garantire i risultati attesi.

La necessità di una riforma al sistema di tassazione internazionale di un paese a parere di chi scrive è opportuna quando il sistema vigente più che mostrare criticità legate all'incapacità di soddisfare le sopravvenute esigenze di budget lede i diritti e gli interessi primari dei contribuenti interessati in attività transnazionali.

La politica fiscale internazionale di ogni stato, infatti, dovrebbe porsi quale obiettivo fondamentale tendenzialmente quello di evitare che l'applicazione congiunta dei due modelli di tassazione territoriale e worldwide da parte di stati diversi possa dare luogo a fenomeni di doppia imposizione.

Nella misura in cui il sistema statunitense riesce a soddisfare tali esigenze grazie all'attuale meccanismo del credito d'imposta non sembra vi possa esser spazio comunque per introdurre un sistema di tassazione territoriale la cui sperimentazione richiederebbe un periodo transitorio lungo incompatibile con le attuali esigenze di certezza nel budget che deve supportare la riforma del sistema sanitario e di sicurezza sociale.

Le problematiche del Subpart F Income e del Credito d'imposta evidenziate in precedenza verrebbero meno poiché l'impostazione territoriale di questo sistema impedirebbe di fatto qualsiasi ipotesi di deferral. Allo stesso modo le problematiche di TP sarebbero ridotte con l'adozione del FA.

Capitolo 4: Territorialità e giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea

A questo punto dell'analisi, per completare l'obiettivo che il presente lavoro si propone e cioè quello di offrire una prospettiva trasversale nella trattazione del principio di territorialità muovendosi tra le fonti del diritto, la dottrina e la giurisprudenza in ambito nazionale, internazionale e comunitario, occorre allora trattare delle pronunzie della Corte di Giustizia che nell'affermazione dei principi a tutela delle libertà fondamentali del Trattato sull'Unione Europea hanno in diverse occasioni richiamato il principio di territorialità.

Prima di passare in rassegna le pronunce della Corte, occorre però porre l'attenzione sul contesto nel quale i giudici si muovono e puntualizzare alcuni tratti essenziali del diritto tributario comunitario. Per far ciò, da una parte è di ausilio il richiamo delle considerazioni mosse nel capitolo II relativamente all'assenza di norme a livello di normativa comunitaria primaria e secondaria che espressamente affermino il principio di territorialità quale principio fondamentale per la creazione di un sistema di tassazione o mostrino di preferire un sistema di tassazione di tipo territoriale o residenziale o altro tipo tra le alternative nello stesso capitolo suggerite per garantire il rispetto delle libertà fondamentali enunciate nel Trattato. Da un'altra parte invece è opportuno richiamare un altro principio base in questo contesto d'analisi che è quello della funzione "negativa" del complesso delle regole fiscali di formazione comunitaria³³⁸. Secondo un orientamento di dottrina qui condiviso, infatti, "l'obiettivo di favorire l'integrazione porta le istituzioni europee a sviluppare principi e norme che limitano la potestà fiscale nazionale senza proporre modelli impositivi alternativi"³³⁹. In tal senso allora non ci si può attendere dall'esame del diritto

³³⁸ Si esprime in questo senso P. Boria in *Diritto tributario europeo*, Milano 2005, prefazione XXVII.

³³⁹ *Ibidem*. L'autore parla in questo senso di attitudine delle istituzioni comunitarie presentarsi come un "anti-sovrano" che annulla la sovranità fiscale degli altri Stati Membri senza sostituirla con una sovranità propria.

comunitario - seppure per il tramite della lettura dei principi espressi dall'organo giurisdizionale preposto alla sua interpretazione ed applicazione (art. 220 Trattato sull'Unione Europea secondo numerazione adottata sin dal Trattato di Amsterdam) - un'estensione o affermazione del principio di territorialità, in quanto, le norme comunitarie si pongono tutt'al più l'obiettivo di contenere la sovranità tributaria di cui quel principio è espressione.

Secondo attenta dottrina che ha valutato il concetto di territorialità alla luce dei principi di diritto comunitario, "la territorialità" può essere evocata in molteplici occasioni a seconda del tipo di regole applicabili al caso concreto analizzato³⁴⁰, può riguardare la sovranità fiscale da esercitarsi nel territorio di un stato anche se le situazioni e i contribuenti o le attività degli stessi sono localizzate fuori dal territorio, tuttavia nel dibattito in merito alla compatibilità di un sistema di tassazione su base territoriale o residenziale (Capital Import Neutrality vs. Capital Export Neutrality) con il mercato interno, secondo tale autore tali distinzioni sono puramente teoriche poiché nessuno di questi concetti trova applicazione pratica nella sua interezza all'interno dei paesi membri.

Secondo altra opinione che si è espressa sul medesimo dibattito, invece, se si considerano le finalità del mercato unico e il riconoscimento che la Corte di Giustizia ha dato al principio di territorialità, nel senso di ritenere che esso sia applicabile ai non residenti per impedire un trattamento diverso rispetto ai residenti, un sistema basato sulla tassazione territoriale sarebbe più consono a rispettare il diritto comunitario rispetto ad un sistema basato sulla tassazione universale³⁴¹.

Nel prosieguo di questa indagine ricognitiva, si segnalano le principali sentenze della Corte di Giustizia che si riferiscono al principio di territorialità cercando

³⁴⁰ F. Alfredo Garcia Prats, *EC law and direct taxation: towards a coherent tax system?*, in *Accounting and Taxation & Assessment of ECJ Case law*, EATLP International Tax Series Volume 5 2007, pag. 67ss. "Territoriality, ultimately is given form in a different way in each particular case depending on the types of tax rules covering that case".

³⁴¹ Dennis Weber, *Is the limitation of tax jurisdiction a restriction on the freedom of movement?* in *Accounting and Taxation & Assessment of ECJ Case law*, EATLP International Tax Series Volume 5, pag. 115ss. a pag. 121 "My conclusion is that given the aim of the common market and the precept of national treatment a system based on territoriality fits the European Community better than a system based on universality.

di trarre una sua possibile collocazione tra le determinazioni del massimo organo giurisdizionale comunitario.

La Corte di Giustizia delle Comunità Europee si è per la prima volta riferita al principio di territorialità nel caso *Futura*³⁴² e successivamente in altri casi, tra i più rinomati, *Bosal*, *Manninen e Marks & Spencer*³⁴³. Altri casi della Corte possono essere citati in questa analisi sebbene non vi sia stato per essi un riferimento diretto al principio di territorialità. Tali casi, nel processo valutativo della compatibilità di una normativa interna di uno Stato membro con le libertà fondamentali del Trattato CE, evidenziano, sul piano dell'analisi delle cause di giustificazione, alcuni parametri che sono indirettamente riconducibili al principio di territorialità (ad. es. la coerenza) e per tale motivo qui d'interesse.

L'individuazione di principi di interesse generale o di prevalente rilievo³⁴⁴, per la decisione dei casi trattati dalla Corte di Giustizia, rispetto al principio di territorialità, inducono a ritenere che l'attenzione della giurisprudenza comunitaria, nella sua recente evoluzione, sia rivolta all'affermazione dell'esistenza di un mercato comune europeo nel quale il concetto di territorio sul quale ciascuno Stato esercita la propria potestà impositiva può trovare delle deroghe ed estendere o restringere la sua portata per favorire il rispetto delle libertà fondamentali garantite nell'estensione territoriale di tutti gli Stati membri dell'Unione Europea. Tali conclusioni sono facilmente desumibili dall'analisi dei casi nei quali le questioni di pregiudizialità comunitaria riguardano la deducibilità a livello transnazionale di componenti negativi di reddito.

Nel caso *Futura*, una società francese con una stabile organizzazione in Lussemburgo richiedeva la compensazione delle perdite della società in Lussemburgo. Tra le due condizioni richieste per tale compensazione dalla legislazione lussembur-

³⁴² Cfr. CGCE sentenza *Futura Participation and Singer*, C-250/95, Maggio 1997, paragrafo 22. Per un esame approfondito della sentenza cfr. M.A. Caamano Anido e J.M. Calder En Carrero, "Accounting the permanent establishment and EC law: the *Futura* participation case", *EC tax review* 1999, vol 8, no.1, pp 24-38.

³⁴³ Cfr. CGCE sentenza *Bosal holding*, C-168/01, Settembre 2003, paragrafi 37-38, sentenza *Manninen*, C-319/02, Settembre 2004, paragrafo 38, sentenza *Marks & Spencer*, C-446/03, Dicembre 2005, paragrafo 39.

³⁴⁴ Si fa riferimento in particolare ai principi di proporzionalità e capacità contributiva in seguito trattati con riferimento ai singoli casi richiamati.

ghese si ricorda, per quanto qui d'interesse, quella in base alla quale la riportabilità delle perdite da parte dei soggetti non residenti nello stato della fonte poteva verificarsi solo se le perdite fossero state "economicamente correlate" ad un utile generato in Lussemburgo dall'attività economica fonte del reddito ivi tassato³⁴⁵. La Corte di giustizia ha ritenuto tale condizione della legislazione lussemburghese conforme al principio di territorialità ed inidonea a determinare una discriminazione contraria al Trattato³⁴⁶.

Il principio di territorialità richiamato in questa sentenza sembra essere conforme all'interpretazione condivisa dalla dottrina citata al capitolo II e all'orientamento condiviso in diritto tributario internazionale circa il significato del principio di territorialità e la sua applicazione nei confronti dei soggetti non-residenti. Tale interpretazione è stata supportata dalla Corte in un caso avente ad oggetto una società, lo stesso contribuente (società francese con stabile organizzazione in Lussemburgo) non-residente e in relazione alla prospettiva dello stato dell'investimento/fonte (*c.d. inbound perspective*). L'approccio adottato dalla Corte è stato quello di citare il principio di territorialità nella fase iniziale dell'analisi circa la compatibilità della norma Lussemburghese con le libertà fondamentali del Trattato, nella comparazione tra due situazioni quella del soggetto non-residente e del soggetto residente. Nel caso *Futura*, secondo autorevole dottrina la Corte ha inquadrato il principio di territorialità come un insieme di regole che non può essere in contrasto con le libertà fondamentali.³⁴⁷

Sfortunatamente, nelle sentenze successive e nei casi che hanno affrontato tematiche strettamente connesse al principio di territorialità la Corte ha fatto riferimento ad una terminologia diversa (si pensi all'utilizzo dei termini "coesione", "coerenza" in luogo del principio di territorialità^{348 349}) e a livelli di analisi successivi (si

³⁴⁵ Paragrafi da 18 a 22.

³⁴⁶ Nella sentenza si legge: "such a system which is in conformity with the fiscal principle of territoriality cannot be regarded as entailing any discrimination, overt or covert prohibited by the treaty" (para.22)

³⁴⁷ Cfr. Peter J. Wattel "Fiscal Cohesion, Fiscal Territoriality and Preservation of the (Balance) Allocation of Taxing Power; What is the difference?" in *The Influence of European Law on Direct Taxation, Recent and Future Developments* Kluwer Law International, The Netherlands 2007, pag. 139-156.

³⁴⁸ Circa la confusione generata dalla Corte nella terminologia con riferimento alle cause di giustificazione cfr. Axel Cordewener et al., "The Tax Treatment of Foreign Losses: Ritter, M&S, and the Way Ahead" (Part One and Two), 44 *European Taxation* 4 and 5 (2004).

fa riferimento al livello delle cause di giustificazione) nella valutazione della compatibilità della singola norma tributaria, rendendo difficile la ricostruzione di un concetto di territorialità proprio del diritto comunitario secondo una interpretazione conforme alla normativa del Trattato³⁵⁰.

A tal proposito in dottrina si è parlato di identità di concetti ove si faccia riferimento a “fiscal territoriality principle, fiscal cohesion and the need to preserve the (balanced) allocation of taxing power”. Tali concetti sono stati citati nei casi della Corte per tutelare l’esigenza di mantenere la coerenza fiscale tra decrementi di base imponibile deducibili e incrementi di base imponibile tassabili. Le deroghe ammesse dalla Corte a tali principi nei casi qui citati sono riconducibili ad una “finalità di tassazione comunque in alcuno degli stati coinvolti” nei casi discussi pur non essendo tale principio immanente nelle previsioni del Trattato³⁵¹.

Nei due casi successivi, *Bosal*³⁵² e *Marks & Spencer*, la Corte sposta la sua attenzione su due normative – quella olandese in tema di deducibilità di costi per la gestione da parte di una società madre residente delle società figlie non residenti nel caso *Bosal* e quella inglese in tema di deducibilità di componenti negativi del reddito da parte della società capogruppo residente rispetto alle perdite prodotte dalle società figlie non residenti nel caso *M&S* - che richiedono un’analisi secondo la prospettiva dello Stato dell’origine (c.d. *outbound perspective*) e con riferimento a contribuenti soggetti giuridici diversi. Il risultato non è quello prevedibile in base alle affermazioni del precedente *Futura*, l’analisi del principio di territorialità viene spostata al livello delle cause di giustificazione ed in entrambe i casi la Corte omette di chiarire quale ruolo questo principio abbia nell’analisi della compatibilità delle norme interne degli Stati membri con il diritto comunitario.

Nel caso *Bosal* la legislazione olandese subordinava la deducibilità dei costi sostenuti dalla casa madre olandese per il finanziamento delle società figlie alla pro-

³⁴⁹ Per un caso nel quale è evidente la confusione possibile tra le cause di giustificazione quali la coerenza di un sistema tributario (alias il sistema di simmetrie fiscali) e il principio di territorialità, cfr. *ICI*, sentenza C-264/96.

³⁵⁰ Per l’assenza di un concetto di territorialità nel diritto comunitario cfr. anche D. Weber, “The *Bosal Holding* Case: Analysis and Critique”, *EC Tax Review* (2003 - 4), a pag. 229.

³⁵¹ Cfr. Peter J. Wattel, cit. sopra nota 347 pag. 156.

³⁵² Cfr. paragrafi 37 e 38.

duzione di redditi tassabili in Olanda³⁵³, nel caso Marks & Spencer la legislazione inglese subordinava la deducibilità da parte della società madre inglese, nel sistema di *group relief* o *sgravio fiscale di gruppo*, delle perdite prodotte da parte delle società figlie, alla residenza delle stesse nel regno Unito. Entrambe i sistemi erano conformi ad un principio di territorialità secondo la definizione più volte considerata. La tendenza della Corte a verificare il trattamento complessivo nelle due giurisdizioni coinvolte, in questi come in altri casi, ha portato a conclusioni diametralmente opposte a quelle che sarebbero state raggiunte seguendo il principio di territorialità. La presenza di soggetti giuridici diversi coinvolti in giurisdizioni diverse negli scenari dei due casi citati (diversamente dal caso Futura) porta la Corte ad evitare considerazioni sul principio di territorialità e focalizzare la sua attenzione o sul principio di coesione o all'analisi congiunta delle cause di giustificazione come nel caso Marks & Spencer. In tale sentenza, infatti, il principio di territorialità non è stato ritenuto sufficiente per limitare lo sgravio di gruppo alle perdite subite dalle società non residenti in Regno Unito e la Corte, in modo senz'altro originale rispetto alla precedente giurisprudenza, valuta tre delle cause di giustificazione avanzate dai Governi nel loro complesso e non separatamente come di consueto³⁵⁴. Nella prospettiva dello stato della fonte per la compensabilità delle perdite transnazionali il principio di territorialità passa in secondo piano e l'incompatibilità della norma tributaria del Regno Unito viene dichiarata seguendo il solito test della c.d. "rule of reason"³⁵⁵ alla luce di un

³⁵³ Per un esame del caso Bosal e dell'approccio usato dalla Corte in questo caso rispetto al principio di territorialità cfr. Peter J. Wattel, "Fiscal Cohesion, Fiscal Territoriality and Preservation of the (Balanced) Allocation of Taxing Power; What is the difference" in *The Influence of European Law on Direct Taxation, Recent and Future Developments*, Eucotax Series, the Netherlands 2007, pag 146. Secondo l'autore è possibile vedere nel caso Bosal lo stesso effetto già verificato rispetto al caso Verkooijen nel quale si è limitata l'applicabilità di una causa di giustificazione, la coerenza o coesione fiscale, in precedenza ritenuta opponibile per legittimare un trattamento in principio discriminatorio, quando si era in presenza di contribuenti diversi ed imposte diverse. Nel caso Bosal infatti viene negata la deducibilità di componenti negativi relativi a società figlie non residenti poiché soggetti giuridici diversi che non producevano utili tassati in Olanda. Il principio di territorialità affermato nel caso Futura non sarebbe stato applicabile poiché nel caso Bosal al contrario del caso Futura i componenti positivi e negativi da compensare riguardavano due soggetti giuridici diversi. Cfr. anche Harm van den Broek, "Bosal Holding and the Confusion Surrounding the Territoriality Principle", ITPJ, May/June 2003 pag. 116 e ss, IBFD Publications.

³⁵⁴ Cfr. paragrafi 43-51 della sentenza.

³⁵⁵ Il test della c.d. "rule of reason" costituisce un procedimento logico-giuridico seguito generalmente dalla Corte nella verifica della compatibilità delle norme interne degli Stati membri con le libertà fondamentali del Trattato ed è stato chiarito nella sentenza C-55/94 Gebhard, al paragrafo 37, "...national measure liable to hinder or make less attractive the exercise of fundamental freedoms guaranteed by the Treaty must fulfil four conditions: they must be applied in a non-discriminatory manner, they must be jus-

prevalente principio generale del diritto comunitario, il principio di proporzionalità³⁵⁶.

Alla luce di questi precedenti, dunque, non è chiaro se il principio di territorialità nella accezione maggiormente condivisa nella dottrina di diritto tributario internazionale possa essere considerato una consuetudine internazionale, un principio generale del diritto comunitario o un *tertium genus* che non costituisce di fatto un limite all'esercizio delle libertà fondamentali del Trattato malgrado venga come tale spesso invocato dai governi degli Stati membri nei giudizi³⁵⁷.

Se si sposta nuovamente l'attenzione al trattamento tributario dei componenti negativi di reddito nel paese della fonte o dell'investimento (come nel caso Futura), nei giudizi relativi alla tassazione delle persone fisiche, si può ancora una volta riscontrare un evidente tensione tra un approccio basato sul principio di territorialità proprio dei sistemi fiscali della maggior parte degli Stati membri e un approccio basato sulle logiche di un mercato unico che garantisca l'eguaglianza di trattamento tra una situazione transnazionale ed una puramente domestica.

Anche in questi casi la Corte, lungi dall'attribuire un ruolo determinante al principio di territorialità per la soluzione dei problemi di compatibilità delle legislazioni dei vari Stati con le libertà fondamentali del Trattato incentra le proprie decisioni su altri fattori come ad esempio accade con riferimento al principio di capacità contributiva.

Partendo dai vari casi riconducibili alla dottrina Schumacker³⁵⁸, la Corte ha affermato un principio in base al quale pur essendo di regola lo Stato di residenza lo Stato preposto a far fruire al contribuente determinati benefici fiscali (in considera-

tified by imperative requirements in the general interest, they must be suitable for securing the attainment of the objective that they pursue and they must not go beyond what is necessary in order to attain it”

³⁵⁶ Sul principio di proporzionalità nel diritto comunitario, cfr. anche P. Adonnino, “La compatibilità della disciplina IRES con l’ordinamento comunitario”, *Rivista di diritto tributario*, 2005, 7-8, p.754 e ss.

³⁵⁷ Nelle sentenze più recenti della Corte di Giustizia, il principio di territorialità viene sempre richiamato dai governi quale causa di giustificazione a tutela della normativa al vaglio di compatibilità innanzi alla Corte sebbene la decisione sulla legittimità delle norme ritenute incompatibili con le libertà fondamentali venga poi in concreto presa rinviando al principio di proporzionalità: CGCE Sentenza 7 Settembre 2006 C-470/2004 N; CGCE, sentenza del 10 marzo 2005, causa C-39/04, *Laboratoire Fournier*; CGCE, sentenza del 18 luglio 2007, C-231/05 *Oy AA*; CGCE, sentenza del 4 dicembre 2008, causa C-330/07, *Jobra*; CGCE, sentenza del 15 ottobre 2009, causa C-35/08, *Busley und Cibrian Fernandez*,

³⁵⁸ CGCE sentenza 14 febbraio 1995, C-279/93, *Schumacker*.

zione delle c.d. circostanze personali e familiari), nel caso in cui il contribuente non percepisca redditi significativi in detto Stato ma tragga la parte essenziale delle sue risorse imponibili nello Stato dell'occupazione, sarà quest'ultimo Stato a dover tenere in debito conto la situazione personale e familiare del contribuente. Inizialmente, questo principio idoneo ad incidere significativamente sul principio di territorialità trovava applicazione in rare eccezioni. Con i casi *Gerritze*³⁵⁹ (ma vedi anche più di recente *Scorpio*³⁶⁰ e *Centro Equestre*³⁶¹) e *Lakebrink*³⁶² la dottrina Schumacker sembra assumere nuovi orizzonti maggiormente adatti ad un mercato unico integrato³⁶³ dove la capacità contributiva rappresenta un'ulteriore deroga, oltre a quella già indicata nel principio di proporzionalità, al principio di territorialità nell'ottica di garantire un'uguaglianza di trattamento tributario ai cittadini comunitari che esercitino le proprie libertà fondamentali.

Nel caso *Gerritze* le limitazioni alla deducibilità delle spese connesse alla prestazione di servizi da parte di un soggetto non residente previste dalla legislazione tedesca presentano molteplici elementi di similitudine con il contesto presente nel caso *Futura*. Anche in questa ipotesi nella prospettiva dello Stato di investimento ritorna la tematica della necessità della “diretta connessione”³⁶⁴ tra le spese e l'utile dell'attività nell'ambito della stessa giurisdizione, conformemente a quanto un principio di territorialità richiederebbe. Ancora una volta però la Corte nega la compatibilità di una legislazione interna con le libertà fondamentali del Trattato (libera prestazione di servizi) per esigenze di parità di trattamento in una situazione transnazionale rispetto ad una situazione puramente interna tra soggetti residenti e non-

³⁵⁹ Cfr. causa C-234/01 *Gerritse* ./ *Finanzamt Neukolln-Nord*.

³⁶⁰ Cfr. causa C-290/04; *FKP Scorpio Konzertproduktionen GmbH* ./ *Finanzamt Hamburg-Eimsbuttel*.

³⁶¹ Cfr. causa C-345/04, *Centro Equestre da Leziria Grande L* ./ *Bundesamt fur Finanzen*.

³⁶² Cfr. causa C-182/06; *Etat du Grand-Duché de Luxembourg* ./ *Hans Ulrich Lakebrink, Katrin Peters-Lakebrink*

³⁶³ Sulle conseguenze di un approccio che promuove tali nuovi orizzonti attraverso un processo di integrazione negativa piuttosto che per il tramite della normativa comunitaria primaria e secondaria v. anche Prof. Dr Eric C.C.M. Kemmeren, “ECJ should not unbundle integrated tax systems!”, *EC tax Review* 2008-1 pag. 4.

³⁶⁴ Cfr. paragrafi 27 e 28 della sentenza. Anche se nel caso *Futura* si fa riferimento al concetto di “economic link” l'espressione “direct link” è qui di fatto utilizzata con lo stesso significato nel contesto del legame tra attività economica svolta nel territorio di un determinato stato e componenti negativi e positivi ad essa riconducibili.

residenti per garantire la corretta applicazione della progressività, senza lasciare spazio ad una possibile valutazione del principio di territorialità.

Nel caso *Lakebrink*, il principio sopra evidenziato dalla Corte nella dottrina Schumacker viene esteso anche ad elementi negativi di reddito che non rilevano tra le situazioni personali e familiari ed incidono piuttosto sulla capacità contributiva globale del contribuente, come nel caso delle perdite da locazione derivanti dal possesso di un immobile ubicato in stato diverso da quello dell'occupazione ove viene prodotto la maggior parte del reddito del contribuente. In base al ragionamento effettuato dalla Corte la compensabilità delle perdite transnazionali per le persone fisiche nello stato della fonte sarebbe ammessa, contrariamente a quanto accadrebbe in base all'applicazione del principio di territorialità secondo l'accezione diffusa nella dottrina internazionale, alla luce del principio di capacità contributiva globale.

Se si limita l'analisi al componente negativo "perdite" prodotte in stato diverso da quello di residenza, i principi generali in materia tributaria dovrebbero, come detto, suggerire di prendere in considerazione tale elemento negativo del reddito eventualmente nel solo stato della fonte in osservanza del principio di territorialità e nel rispetto dell'esercizio della sovranità dei singoli Stati membri liberi di determinarsi in merito alla tassazione. Il principio di territorialità, questa volta, al contrario di quanto è avvenuto nel caso *Marks & Spencer* verrebbe derogato non alla luce del principio di proporzionalità ma alla luce del principio di capacità contributiva come richiamato dalla Corte nella sentenza *Lakebrink* per motivare la compensazione transnazionale delle perdite³⁶⁵.

Con questa breve rassegna di giurisprudenza della Corte di Giustizia si è cercato di affermare una teoria secondo la quale il significato del principio di territorialità nell'accezione condivisa dalla dottrina domestica e internazionale non trovi adeguato riconoscimento nelle sentenze che si sono susseguite dal caso *Futura* al più recente caso *Lakebrink*. L'evoluzione giurisprudenziale, attraverso l'affermazione dei principi di proporzionalità e capacità contributiva, sembra voler ridurre la tensione tra due prospettive che convivono in netto contrasto nel panorama della legislazione comunitaria: il principio di territorialità espressione dell'esercizio della so-

³⁶⁵ Cfr. paragrafo 34 della sentenza.

vranità statale nei confini del territorio dei singoli Stati membri da una parte e le libertà fondamentali all'interno di un mercato comune senza confini da un'altra.

Il trattamento tributario di componenti reddituali positivi e negativi determinati in un contesto transnazionale³⁶⁶, rappresenta lo scenario di riferimento per l'evoluzione della teoria qui affermata.

L'evoluzione di questa teoria pur dovendo essere risolta a parere di chi scrive sul piano della integrazione positiva (ad es. si rinvia alle proposte di HST o CCCTB³⁶⁷ per il trattamento tributario delle società o alla c.d. fractional taxation³⁶⁸ per le persone fisiche) potrebbe trovare ulteriori conferme o smentite nella giurisprudenza della Corte. In questo senso, le proposte già analizzate nel capitolo II sembrerebbero poter raggiungere possibili obiettivi attualmente irrisolti alla luce della giurisprudenza citata.

Le sentenze citate, infatti, specialmente quelle relative al trattamento tributario delle persone fisiche, portano alcuni autori a ritenere che è tempo di integrazione positiva in materia di imposte dirette e che il futuro dell'evoluzione legislativa in materia tributaria all'interno dell'unione europea dovrebbe privilegiare sistemi di tassazione alla fonte, origine o territoriali nel senso più volte analizzato nei precedenti capitoli.³⁶⁹

Secondo altro orientamento dottrinale, almeno in Europa, invece, una soluzione ottimale ai problemi di compatibilità delle normative tributarie degli stati membri con le norme del Trattato CE potrebbe essere quella di isolare i principi fondamentali del diritto comunitario nella Costituzione Europea e di includere in essa il principio di capacità contributiva o altrimenti quella di introdurre un Modello di

³⁶⁶ Il riferimento è ai casi qui commentati, sia nel caso della compensazione delle perdite nelle sentenze Futura, Marks & Spencer (contribuente persona giuridica) e Lakebrink (contribuente persona fisica) che nel caso della deducibilità dei costi nelle sentenze Bosal (contribuente persona giuridica) e Gerritze (contribuente persona fisica).

³⁶⁷ Sulle proposte di Home State Taxation e Common consolidated taxable base cfr. anche Sven-Olof Lodin and Malcom Gammie, "Home State Taxation" IBFD Publications, Amsterdam, 2001 ed i seguenti documenti della Commissione Europea COM (2005)702 del 23 Dicembre 2005 e COM (2001) 582 del 23 Ottobre 2001 e COM (2003) 726 del 24 Novembre 2003.

³⁶⁸ Cfr. Van Raad Kees "Fractional Taxation of Multi-State incombe of EU Resident Individuals – A Proposal" in Liber Amicorum Sven Olof Lodin, Kluwer Law Intern'l, 2001, pag. 211 e ss.

³⁶⁹ Eric Kemmeren, "Principle of origin in tax conventions, a rethinking of models", Dongen, 2001 pp. 519 e ss.

Convenzione EC³⁷⁰ sulla cui corretta applicazione e interpretazione la Corte di Giustizia abbia competenza decisionale. Così come per il Global Formulary Apportionment ed il Fractional Apportionment suggeriti come alternative agli attuali sistemi di tassazione residenziale e territoriale, il recepimento nella Costituzione Europea del principio di capacità contributiva o il Modello EC restano apprezzabili suggerimenti teorici la cui applicazione pratica ed i benefici prevedibili andrebbero verificati in concreto per poter ritenere le stesse idonee ad affrancare gli attuali sistemi da problemi di compatibilità con il diritto comunitario e allo stesso tempo garantire una soluzione alle problematiche di gettito degli stati interessati. Cambiamenti significativi ai sistemi di tassazione richiedono periodi di assestamento lunghi e l'attuale complessità delle fonti disciplinanti la materia tributaria (Diritto Europeo, Internazionale e nazionale) analizzate in questo scritto confermano la difficoltà di ipotizzare scenari facilmente implementabili in un recente futuro in considerazione del grado attuale di evoluzione del settore.

³⁷⁰ Cfr. P. Pistone, *The Impact of Community Law on Tax Treaties, Issues and Solutions*, Kluwer Law Intern'l, 2002, pag.196 e capitolo V.

Bibliografia

AA.VV., *Legal status of the OECD commentaries – in search of the holy grail of International tax law*, Bull. for Int. Tax., 2007

P. ADONNINO, *La compatibilità della disciplina IRES con l'ordinamento comunitario*, in Riv. Dir. Trib., 2005

R. ALTSHLER et al., *Has U.S. Investment Abroad Become More Sensitive to Tax Rates?*, NBER Working paper No. 6383, 1998

M. ANTONINI, *Brevi riflessioni in merito alle interrelazioni tra rapporti di controllo, oggetto principale e stabile organizzazione*, in Riv. Dir. Trib., V, 2008

B.J. ARNOLD and M.J. MCINTYRE, *International Tax Primary*, Kluwer Law International, Second Edition, 2002

H. AULT, *Comparative Income Taxation: a Structural Analysis*, The Hague, 1997

H.J. AULT and B.J. ARNOLD, *“Comparative Income Taxation”*, 2a ed., 2004

R.S. AVI-YONAH e K. CLAUSING, *A proposal to Adopt Formulary Apportionment for Corporate Income Taxation – The Hamilton Project*, Third Draft, April 2007

R.S. AVI- YONAH, *Corporate and International Tax Reform: Long-Medium and Short Term Proposals*, Working paper No. 09-015 July 2009, Michigan Law, University of Michigan Law School

R. BAGGIO, *Il principio di territorialità ed i limiti alla potestà tributaria*, Milano, 2009

A. BALLANCIN, *Note ricostruttive sulla ratio sottesa alla disciplina italiana in tema di controlled foreign companies*, in Riv. Dir. Trib., 2008

T. BALLARINO, *Le società per azioni nella disciplina internazionale privatistica*, in Trattato delle società per azioni, diretto da G.E. COLOMBO e G.B. PORTALE, Torino, 1994

T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato e processuale. Parte speciale*, Torino, 1997

T. BALLARINO, *Manuale breve di diritto internazionale privato*, Milano, 2002

M. BARASSI in *Introduction to comparative tax law*, Torino, 2008

G. BARILE, *Diritto internazionale privato*, in Enc. Dir., XII, Milano, 1965

C.M. BIANCA, *Diritto civile*, I, Milano, 1987

P. BISCARETTI DI RUFFIA, *Territorio dello Stato*, in Enc. Dir., XLIV, Milano, 1992

B.I. BITTKER and L. LOKKEN, *Fundamentals of International Taxation – U.S. Taxation of Foreign Income and Foreign Taxpayers*, Student Edition, 2009-2010

P. BORIA, *Diritto tributario europeo*, Milano, 2005

H. VAN DEN BROEK, *Bosal Holding and the Confusion Surrounding the Territoriality Principle*, ITJP May/June 2003.

M.A. CAAMANO ANIDO e J.M. CALDER EN CARRERO, *Accounting the permanent establishment and EC law: the Futura participation case*, EC Tax Review 1999, Vol. 8

M. CALCAGNO, *Sulla imponibilità in Italia del soggetto trasferito all'estero ma iscritto all'anagrafe* in *Dir. Prat. Trib.*, 1998

S.S. CAPOLUPO, *Riforma fiscale- Il credito d'imposta per i redditi prodotti all'estero*, *il Fisco*, n. 24/2003

I. CARACCIOLI, *Applicazioni giurisprudenziali tributarie dell' "estero-vestizione": preliminari considerazioni penalistiche a futura memoria*, *Comm. Trib. Prov. Belluno, sez. I*, 14 gennaio 2008, n. 173 e n. 174, in *Riv. Dir. Trib.*, 2008, III

L. CASTALDI, *Il trust tra soggettività e trasparenza*, in *Dialoghi Dir. Trib.*, 2007

M. CERRATO, *La residenza fiscale delle persone fisiche e gli indici rivelatori del centro principale degli affari e degli interessi*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2000, IV

G. CHIARELLI, *Sovranità*, in *Nov.mo Dig. It.*, XVII, Torino, 1970

J. CLIFTON FLEMING Jr., R.J. PERONI and S.E. SHAY, *Some perspectives from the United States on the Worldwide Taxation vs. Territorial Taxation Debate*, *Journal of the Australasian Tax Teachers Association*, 2008, Vol.3, n. 2

J. CLIFTON FLEMING Jr. and R. J. PERONI, "Exploring the Contours of a Proposed U.S. Exemption (Territorial) Tax System", *TN, Tax Analysts* December 15 2005.

R. CORDEIRO GUERRA, *Riflessioni critiche e spunti sistematici sulla introducenda disciplina delle Controlled foreign companies*, in *Rass. Trib.*, 2000

A. CORDEWENER et al., *The Tax Treatment of Foreign Losses: Ritter, M&S, and the Way Ahead (Part One and Two)*, *European Taxation* 4 and 5, 2004

R. COUZIN, *Corporate residence and International taxation*, Amsterdam, 2002

C. CROXATTO, voce *Diritto Internazionale Tributario*, in Dig. Disc. Priv., vol. IV, IV ed., e Dir. Prat. Trib., 1998

R. DOMINICI, *Lo spirito della legislazione cfc e i suoi intrecci con la deducibilità dei costi verso paradisi fiscali*, in Dial. Dir. Trib., 2005.

M. ESPOSITO, *Profili costituzionali dell'autonomia privata*, Padova, 2003

G. FALSITTA, *Studi sulla tassazione delle plusvalenze*, Milano, 1991

G. FALSITTA, *I condoni fiscali tra rottura di regole costituzionali e violazioni comunitarie*, in Il Fisco, 2003

G. FALSITTA, *Manuale di diritto tributario, parte generale*, Padova, 2005

G. FALSITTA, *L'imposta confiscatoria*, in Riv. Dir. Trib., 2008

A. FANTOZZI, *Il trattamento fiscale dal punto di vista italiano delle imprese multinazionali*, Padova, 1974

A. FANTOZZI – K. VOGEL, *Doppia imposizione internazionale*, Dig. Disc. Priv., Sez. Comm., V, Torino, 1990

A. FANTOZZI, *Il diritto tributario*, Torino, 2003

L. FAVI, *Breve rassegna ragionata della giurisprudenza italiana in materia di interpretazione ed applicazione di convenzioni bilaterali contro le doppie imposizioni*, in Riv. Dir. Trib., V, 2008

- G. FRANSONI, *La territorialità nel diritto tributario*, Milano, 2004
- G. FRANSONI, *La disciplina del trust nelle imposte dirette*, in Riv. Dir. Trib., 2007
- G. FRANSONI, *La residenza del trust*, in Corr. Trib., 2008
- R. FRANZÈ, *Il regime di imputazione dei redditi dei soggetti partecipati residenti o localizzati in “paradisi fiscali”*, in V. Uckmar (ed.), *Diritto tributario internazionale*, Padova, 2005
- P. FRANZONI – P. LÜDERMANN, *La nozione di stabile organizzazione ai fini delle imposte sui redditi e la nozione di centro di attività stabile ai fini iva – in particolare, la nozione di attività di carattere preparatorio e ausiliario*, in Boll. Trib., 2007
- J.J. FREELAND, D.J. LATHROPE, S.A. LIND, R.B. STEPHENS, *Fundamentals of Federal Income taxation*, Foundation Press, New York, 2006
- A.M. GAFFURI, *La tassazione dei redditi d'impresa prodotti all'estero*, Milano, 2008
- F. GALLO, *Contributo all'elaborazione del concetto di “stabile organizzazione” secondo il diritto interno*, in Riv. Dir. Fin. Sc. Fin., 1985
- C. GARBARINO, *La tassazione del reddito transnazionale*, Milano, 1990
- C. GARBARINO, *Manuale di tassazione internazionale*, Milano, 2005
- M.A. GLANDON, *Why cross boundaries*, in Washington & Lee, L. Rev. 971, 1996
- R. GOULDER, *Heritage Foundation Criticizes OECD War Against Tax Havens*, in Tax Notes International, 2000

M.J. GRAETZ, *Taxing International Income: Inadequate Principles, Outdated Concepts and Unsatisfactory Policies*, n. 54 Tax L. Rev. 261, 300-01, 2001

M.J. GRAETZ, *The David R. Tillinghast Lecture, Taxing International Income: Inadequate Principles, Outdated Concepts and Unsatisfactory Policies*, in Tax Law Review 261, 2001

M.J. GRAETZ, *Foundation of International Income Taxation*, Foundation Press, 2003

H. GRUBERT and J. MUTTY, *Do Taxes Influence Where US Corporations Invest?*, in National Tax Journal, December 2000

A. HALKYARD, *Source of Profits in Hong Kong – Analysis of a Troubling Successful System*, in Bulletin, IBFD, Novembre 2006

R. M. HAMMER, “*To Be (Territorial) or Not To Be (Territorial) - That is The Question*”, International Journal, 2 October 2006;

X. HUBAUX, *Offsetting of foreign taxes for resident companies*, in European Taxation, n. 1, 1999

E. IASCONI, *La residenza fiscale delle società: il caso delle holding di partecipazioni*, in Riv. Dir. Trib., 2008

JCT, *Economic Efficiency and Structural Analyses of Alternative U.S. Tax Policies for Foreign Direct Investment*, June 25, 2008

Joint Committee on Internal Revenue Taxation, *Codification of Internal Revenue Law, p. IX (1939) reproduced at 26 U.S.C.A. XIX-XX*

Joint Committee on Taxation, *Description of the Revenue Provisions Contained in the President’s Fiscal Year 2010 Budget Proposal – Part Three: Provisions Related to the Taxation of Cross-Border Income and Investment* – September 2009, U.S. Government Printing Office, Washington

M.A. Kane, “*Ownership Neutrality, Ownership Distortions and International Tax Welfare Benchmarks*”, in Virginia Tax Review, June 2006

N. H. Kaufmann, “*Fairness in the Taxation of International Income*”, in M.J. GRAETZ, *Foundation of International Income Taxation* – Foundation Press, 2003

- E. KEMMEREN, “Principle of origin in tax conventions, a rethinking of models”, Dongen, 2001
- E. KEMMEREN, *Source of income in Globalizing Economies: Overview of the issues and a plea for an origin-based approach*, in Bulletin for International Fiscal Documentation, IBFD, Novembre 2006
- E. KEMMEREN, *ECJ should not unbundle integrated tax systems!*, in EC Tax Review, 2008
- E.D. KLEINBARD, *Throw Territorial Taxation From the Train*, in Tax Notes International, February 5, 2007
- M.S. KNOLL, *Business Taxes and International Competitiveness*, American Law & Economics Association Annual Meetings, anno 2008, paper n. 123
- M. LOBEL, “*Territorial Taxation: an Invitation to Tax Avoidance and Evasion*”, Tax Analysts, February 9, 2009
- M. LOBEL, H.M. BANTA and N. GUERON, *A test of the Administration Willingness to Collect Taxes From Multinational Corporations*, Tax Notes International, June 28, 1993
- S.-O. LODIN and M. GAMMIE, *Home State Taxation*, IBFD Publications, Amsterdam, 2001
- M. LOGOZZO, *Capacità contributiva e interpretazione della legge tributaria*, in Boll. Trib., 1990
- R. LUPI, *Territorialità del tributo*, in Enc. Giur., XXXI, Roma, 1994
- F. MAFEZZONI, *Il principio di capacità contributiva nel diritto finanziario*, Torino, 1970
- G. MAISTO, *Disposizioni in materia di imprese estere partecipate (art. 1 del disegno di legge n. 4336 di iniziativa governativa collegato alla legge finanziaria 2000)*, in Riv. Dir. Trib., 2000, IV.

G. MAISTO, “Il regime di imputazione dei redditi delle imprese estere partecipate”; in *Riv di Dir Trib*, 2000, II.

G. MAISTO, *Iscrizione anagrafica e residenza fiscale ai fini dell'imposta sul reddito delle persone fisiche*, in *Riv. Dir. Trib.*, 1998

A. MANZITTI, *Considerazioni in tema di residenza fiscale delle società*, in *Riv. Dir. Trib.*, 1998,

I. MANZONI, *Il principio della capacità contributiva nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 1965

G. MARINI, voce residenza (dir.trib.) in *Enc.Giur.Treccani*, 2009

G. MARINO, *La residenza nel diritto tributario*, Padova, 1999

G. MARINO, *La Residenza*, in *Corso di diritto tributario internazionale*, coordinato da V. Uckmar, Padova, 1999

G. MARONGIU, *Royalties ed imprese estere*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1980

S. MAYR, *La disciplina del credito d'imposta per i redditi esteri*, in *Bollettino Tributario* n. 10, 2005

S. MAYR, *Riforma Tremonti: le società commerciali residenti con o senza stabile organizzazione in Italia*, in *Boll. Trib.*, 2003

G. MELIS, *L'interpretazione delle convenzioni internazionali sul reddito e sul patrimonio*, in *Rass. Trib.*, 1995

G. MELIS, *La nozione di residenza fiscale delle persone fisiche nell'ordinamento tributario italiano*, in *Rass. Trib.*, 1995

G. MELIS, *La residenza fiscale dei soggetti ires e l'inversione dell'onere probatorio di cui all'art. 73 commi 5-bis e 5-ter Tuir*, in *Dir. Prat. Trib.*, 2007

G. MELIS, *Trasferimento della residenza fiscale e imposizione sui redditi* Milano 2009

N. MELOT, *Territorial and Worldwide Tax Systems: Should France Adopt the US System?*, *International Journal*, 2004

P.MERRIL et al, *Restructuring Foreign Source Income Taxation: U.S. Territorial Tax Proposals and the International Experience*, *Tax Analysts*, May 15 2006

G.A. MICHELI, *Corso di diritto tributario*, Torino, 1986

G.A. MICHELI, *Problemi attuali di diritto tributario nei rapporti internazionali*, in *Dir. Prat. Trib.*, I, ora in *Opere minori di diritto tributario*, Milano, 1982

G.A. MICHELI, *Legge (diritto tributario.)*, in *Enc. Dir.*, XXIII, Milano, 1973

Modello di Convenzione contro le doppie imposizioni OCSE e relativo Commentario

R. MONACO, *Diritto internazionale privato*, in *Nov.mo Dig. It.*, V, Torino, 1960

F. MOSCHETTI, *Il principio della capacità contributiva*, Cedam, 1973

J.M. MOSSNER, *Why and how to compare law*, in *Liber Amicorum*, a cura di L. HINNEKENS, Bruxelles, 2002

- P. MULLINS, *Moving to territoriality? Implications for The US and the Rest of the World*, in *Tax Notes International*, September 4, 2006
- F. NOBILI, *Il credito d'imposta per le imposte assolte all'estero*, in A-A.VV a cura di G. MARINO, *La nuova imposta sul reddito delle società*, Milano, 2004
- G. NOVARA, *Residenza di enti e società nell'imposizione personale sui redditi*, in *Boll. Trib.*, 1990
- OCSE *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*, OCSE report del 1998
- OCSE, *The impact of the Communications Revolution on the Application of "Place of effective Management" as a Tie-Breaker Rule*, Febbraio 2001
- OCSE, *Tax Effects on Foreign Direct Investment: Recent Evidence and Policy Analysis*, 2007
- A.M. OTTOSEN, E M. NOREMARK, *Denmark: New Joint Taxation regime, Territoriality principle and reduction of the corporate tax rate*, in *Bulletin of Fiscal Documentation*, 2005, Vol. 11
- C.H. PANAYI, *The Common Consolidated Corporate Tax Base – Issues form member States opting out and Third countries*, in *European Taxation*, 2008, n. 3
- M. PIAZZA, *Guida alla fiscalità internazionale*, Milano, 2007
- D. PINTO, *Exclusive source or residence based taxation – is a new and simpler world tax order possible?*, in *Bulletin for International Taxation*, 2007, n. 7
- P. PISTONE, *The impact of EU Law on tax treaties, Issues and solutions*, Kluwer Law International, 2002
- A. PIZZORUSSO, *Artt. 1-4*, in *Commentario al codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. GALGANO, Bologna-Roma, 1988

M. POULETTY e N. SMITH, *The Territoriality Principle as applied in Denmark, France and Hong Kong*, in *Tax Planning International Review*, 2005

A. POZZO, *I criteri per l'attribuzione della residenza ai fini dell'irpef*, in *Dir. Prat. Trib.*, 1999, II

F. A. GARCIA PRATS, *EC law and direct taxation: towards a coherent tax system?*, in *Accounting and Taxation & Assessment of ECJ Case law*, EATLP International Tax Series Volume 5 2007

President's Advisory Panel on Federal Tax Reform, *Simple, Fair & Pro-Growth: Proposal To Fix America's Tax System, Report of the President's Advisory Panel*, November 2005

Report on the Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations, adottato il 27 giugno 1995 dal Comitato degli Affari Fiscali dell'OCSE

F. ROCCATAGLIATA, in Uckmar Corso di diritto trib. Intern., Padova, 2005

J. ROIN, *Competition and Evasion: Another Perspective on International Tax Competition*, in *Georgetown Law Journal*, 2001

C. SACCHETTO, *Territorialità (diritto tributario)*, in *Enc. Dir.*, XLVI, Milano, 1992

C. SACCHETTO, *La Nuova disciplina in tema di tassazione dei redditi di imprese estere partecipate localizzate in Paesi a fiscalità privilegiata*, *Tax Planning* n. 18

C. SACCHETTO, *L'imposta sul reddito delle persone giuridiche*, in *Trattato di diritto tributario*, a cura di A. AMATUCCI, Padova, IV, 1994

C. SACCHETTO, *L'evoluzione del principio di territorialità e la crisi della tassazione del reddito mondiale nel paese di appartenenza*, in Riv. Dir. Trib. Int., 2001

C. SACCHETTO e Al., *Introduction to comparative tax law*, Collana del Dipartimento di Diritto dell'Economia, Istituto di diritto tributario dell'Università degli Studi di Torino, Rubbettino, 2008

C. SACCHETTO – G. Casertano, *Tributi*, in G. Greco e M.P. Chiti, *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parta speciale*, Milano, 1997

C. SACCHETTO, *Armonizzazione fiscale delle Comunità europee*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Vol. I, Roma

R. SACCO, *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1992

R. SCHIAVOLIN, *I soggetti passivi*, in *Imposta sul reddito delle persone fisiche*, a cura di F. TESAURO, I, Torino, 1995

A. SCHINDEL - A. ATCHABAHIAN, *General Report*, in *Cahiers de Droit Fiscal International*, Vol. 90a, IFA, 2004

D. SHAVIRO, *Fixing the U.S. International Tax Rules*, unpublished paper

S.E. SHAY, *Hearing on Fair and Equitable Tax Policy for America's Working Families*, September 6, 2007 (pag. 121, 135)

E. SIMONETTO, *Delle società costituite all'estero ed operanti all'estero (artt. 2498-2510)*, in *Commentario al codice civile*, a cura di SCIALOJA e BRANCA, Bologna-Roma, 1976

Staff of Joint Committee on Taxation, *Economic Efficiency and Structural Analysis of Alternative U.S. Tax Policies for Foreign Direct Investments*, JCX-55-08, 2008, 6

J.P. STEINES Jr., *Internal Aspects of U.S. Income taxation*, Fourth Edition, NYU Publications

D. STEVANATO, *Controlled Foreign Companies: concetto di controllo e imputazione del reddito*, in Riv. Dir. Trib., 2000

D. STEVANATO, *Delocalizzazioni produttive e metamorfosi della disciplina CFC: dalla tassazione dei “passive income” alla penalizzazione dei “business income”*, in Dialoghi Trib., 2009

D. STEVANATO, *La delega fiscale e la CFC legislation*, in Il Fisco, 2002

Toward tax reform, recommendations for President Obama’s Task Force, in Tax Analyst, 2009

B. TERRA – P. WATTEL, *European tax law*, The Hague, quinta edizione, 2008

F. TESAURO, *Istituzioni di diritto tributario, Parte generale*, Torino, 2003

M.B. TITTLE, *Achieving a Territorial Result Without Switching to a Territorial System*, Tax Notes International, July 3, 2006

V. UCKMAR, *Corso di diritto tributario internazionale*, coordinato da V. UCKMAR, Padova, 1999

V. UCKMAR, *La tassazione degli stranieri in Italia*, Padova, 1955

M. UDINA, *Il diritto internazionale tributario*, Padova, 1949

United States Treasury Dept., *Approaches to Improve the Competitiveness of the U.S. Business Tax System for the 21st Century*, Report, 2007

K. VAN RAAD, *Five fundamental rules in applying tax treaties*, in Liber Amicorum Luc Hinnekens, Bruxelles, 2002

K. VAN RAAD, *Fractional Taxation of Multi-State income of EU Resident Individuals – A Proposal*, in Liber Amicorum Sven Olof Lodin, Kluwer Law Intern’l, 2001

E. VANONI, *Diritto all'imposta e formazione delle leggi finanziarie*, in Opere giuridiche, Padova, 1962

E. VANONI, *Natura e interpretazione delle leggi tributarie (1932)*, in Opere giuridiche, Vol. I, Milano, 1962

K. VOGEL on Double Taxation Convention, *A Commentary to the OECD and US Model Convention for the Avoidance of Double Taxation of Income and Capital. With Particular Reference to German Treaty Practice*, Third Edition, Kluwer Law International

K. VOGEL, *Il diritto tributario internazionale*, in Trattato di diritto tributario, diretto da A. AMATUCCI, I, Padova, 1994

K. VOGEL, *Taxation of foreign income, Principles and Practice*, in Bulletin for International Fiscal Documentation, n. 39, 1985

K. VOGEL, *Worldwide or source taxation of income?*, in Rass. Trib., 1988, I

K. VOGEL, *Worldwide vs source taxation of income – A review and re-evaluation of arguments*, pubblicato in tre parti: Parte I, Intertax, 1988, n. 8/9, parte II, Intertax, 1988, n. 10, Parte III, Intertax, 1988, n. 11

P. WARNER, M. SCHMITZ, *Luxembourg in International Tax Planning*, second edition, IBFD, 2004

P. WATTEL, *Corporate tax jurisdiction in the EU with respect to branches and subsidiaries; dislocation distinguished from discrimination and disparity; a plea of territoriality*, in EC Tax Review, 2003/4

P.J. WATTEL, *Fiscal Cohesion, Fiscal Territoriality and Preservation of the (Balance) Allocation of Taxing Power; What is the difference?*, in The Influence of European Law on Direct Taxation, Recent and Future Developments, Kluwer Law International, The Netherlands, 2007

D. WEBER, *The Bosal Holding Case: Analysis and Critique*, in EC Tax Review, n. 4, 2003

D. Weber, *Is the limitation of tax jurisdiction a restriction on the freedom of movement?* in Accounting and Taxation & Assessment of ECJ Case law, EATLP International Tax Series Volume 5

G. ZIZZO, *Reddito delle persone giuridiche*, in Riv. Dir. Trib. 1994, I

G. ZIZZO, *L'imposta sul reddito delle società*, in G. FALSITTA, Manuale di diritto tributario, Parte speciale, Padova, 2009

K. ZWEIGERT, H. KOTZ, *Introduzione al diritto comparato*, Milano, 1998