



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI GENOVA

SCUOLA DI SCIENZE SOCIALI

Dipartimento di Giurisprudenza

Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza

Tesi di laurea in Diritto Finanziario

La disciplina impositiva dei dividendi e degli interessi nel contesto europeo e internazionale

Relatore:

Chiar.mo Prof. Avv. Alberto Marcheselli

Candidato: Massimiliano Alloise

Anno Accademico 2021/2022

Indice

Introduzione	VI
---------------------------	----

Capitolo I – Una panoramica sulla disciplina fiscale dei dividendi e degli interessi nell’ordinamento italiano

1.1 La tassazione delle attività finanziarie: cenni storici e introduttivi.....	1
1.2 La tassazione delle attività finanziarie: redditi di capitale e redditi diversi nell’attuale ordinamento.....	4
1.3 Redditi di capitale: considerazioni generali.....	11
1.4 La tassazione dei dividendi delle persone fisiche non operanti attività d’impresa.....	13
1.5 Il principio di attrazione dei redditi d’impresa.....	16
1.6 La tassazione dei dividendi delle persone fisiche nell’esercizio d’impresa.....	17
1.7 La tassazione dei dividendi per i soggetti Ires.....	19
1.8 La tassazione prevista per la categoria degli interessi.....	21

Capitolo II – il regime fiscale dei dividendi e degli interessi in ambito intra UE

1.1 Il sistema delle fonti del diritto europeo.....	23
1.2 Le competenze dell’Unione Europea in materia tributaria.....	25
2.1 La nozione di doppia imposizione(internazionale).....	29
2.2 I fenomeni all’origine della Doppia imposizione e i criteri di collegamento.....	31
2.3 Una possibile soluzione? La proposta CCCTB.....	35
2.4 Il divieto di Doppia imposizione nel diritto dell’Unione Europea.....	37
3.1 Le linee guida per la disciplina degli interessi e dei dividendi europei.....	40

4.1	La disciplina delle <i>Controlled Foreign companies</i> (CFC).....	42
4.2	L'ambito di applicazione della disciplina.....	45
4.3	Le circostanze esimenti.....	47
4.4	Le condizioni necessarie per l'uscita dal regime CFC.....	49
4.5	Il calcolo del l'ETR e del IVTR ai fini CFC nel caso particolare di trasferimento estero su estero.....	50
5.1	La Direttiva madre-figlia: l'importanza che riveste nel diritto UE.....	51
5.2	Il contesto in cui è stata ideata la Direttiva e il suo sviluppo successivo.....	53
5.3	L'ambito di applicazione della Direttiva.....	54
5.3.1	I requisiti per essere considerati soggetti localizzati nei paesi membri.....	55
5.3.2	La nozione di stabile organizzazione ai fini della Direttiva.....	56
5.4	I diversi temi interpretativi sollevati.....	56
5.4.1	Il tema dell'assoggettamento ad imposizione.....	56
6.1	La Direttiva Interessi-canoni.....	60
6.2	I requisiti per l'applicazione della Direttiva.....	62
7.1	L'elusione fiscale nel coordinamento tra diritto interno ed UE: le clausole generali antielusione.....	63
7.2	le clausole del beneficiario effettivo e la differenza con le clausole generali antielusione.....	64
7.3	La (non facilmente inquadrabile) nozione di beneficiario effettivo.....	65
7.4	Il concetto di beneficiario effettivo nella giurisprudenza di legittimità italiana.....	66
7.5	il concetto di beneficiario effettivo nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea.....	68
7.6	Le Sentenze Danesi.....	68
7.7	I risvolti delle Sentenze Danesi sull'ordinamento italiano: un caso esemplificativo.....	72

Capitolo III – il regime fiscale dei dividendi e degli interessi internazionali ed extra UE

1.1 Diritto tributario internazionale e Diritto internazionale tributario.....	73
1.2 La disciplina specifica italiana dei dividendi e interessi in relazione a fattispecie con elementi non meramente interni.....	74
1.2.1 I dividendi e gli interessi di fonte estera percepiti da soggetti residenti.....	75
1.2.2 I dividendi e gli interessi di fonte italiana percepiti da soggetti non residenti.....	76
1.2.3 Il regime derogatorio.....	78
1.2.4 L’eliminazione della discriminazione fiscale verso i fondi extra UE.....	79
1.2.5 Le sentenze gemelle del luglio 2022 e l’estensione delle agevolazioni ai fondi di <i>private equity</i> extra UE.....	81
2.1 Il sistema delle fonti sovranazionali e internazionali nei rapporti tributari.....	82
2.2 Le Convenzioni internazionali (bilaterali e multilaterali) in ambito tributario.....	84
3.1 Il Modello di Convenzione OCSE.....	90
3.2 Il ruolo del Commentario ai fini interpretativi.....	93
3.3 I dividendi nel Modello OCSE (l’articolo 10).....	95
3.3.1 Il regime di tassazione previsto dal Modello: il credito d’imposta nel rapporto tra convenzioni e Direttiva Madre-figlia.....	96
3.3.2 Il regime di tassazione previsto dal Modello: il tema del beneficiario effettivo nei dividendi.....	97
3.4 Gli interessi nel Modello OCSE (l’articolo 11)	101
3.4.1 Il regime di tassazione previsto dal Modello.....	102
3.4.2 La clausola del beneficiario effettivo nella tassazione degli interessi.....	103
3.4.3 Alcune riflessioni sul rapporto tra interessi e il concetto di stabile organizzazione....	104
4.1 Brevi cenni ai modelli statunitense, Onu e sudamericano.....	105

5.1 il Progetto BEPS e la sua funzionalità nel contrasto all'elusione in materia di dividendi e interessi.....106

5.2 L'*action 6* e il *Treaty Shopping*.....107

Conclusioni: considerazioni sulle dinamiche attuali e prospettive *de jure condendo*..110

Bibliografia.....113

Introduzione

Le tematiche oggetto di questa trattazione non ricoprono un ruolo fondamentale solo nel mondo globalizzato e interconnesso dei giorni nostri ma, storicamente, hanno goduto di un'attenzione particolare, da parte di giuristi e operatori economici, fin dagli inizi del secolo scorso, quando è avvenuto il passaggio da una dimensione in cui gli scambi commerciali tra paesi differenti riguardavano le sole merci, ad uno sviluppo in cui a trasferirsi da uno stato all'altro erano le attività economiche e le imprese stesse.

Questo cambio di paradigma economico ha comportato, come spesso avviene è il diritto a seguire i mutamenti economici, il sorgere di nuove questioni e problematiche giuridiche, tra cui possiamo indubbiamente annoverare la Doppia imposizione internazionale, sia economica che giuridica, e quanto ne deriva.

A fronte degli indubbi benefici apportati da tale trasformazione, sono sorte anche nuove problematiche, anche e soprattutto in ambito fiscale, a cui sono seguite le ricerche di nuove soluzioni, di cui si sono fatte carico nel corso del tempo diverse organizzazioni internazionali, e non sarebbe potuto essere altrimenti, a partire dalla Società delle Nazioni, con la sua attività volta alla stipula di convenzioni contro le doppie imposizioni(strumenti fondamentali per lo scopo) tra gli stati membri, sino ad arrivare, in tempi più recenti, ai modelli sviluppati dall' OCSE, che in ciò ha forse il suo *core business*, dall' Onu e dalla stessa Unione Europea, che ha nella libera circolazione delle merci, dei capitali e dei servizi e nel principio di non discriminazione, anche da un punto di vista fiscale, i suoi valori (*rectius*: libertà) fondamentali.

Fatte queste dovute premesse è il momento di rivolgerci e introdurre l'argomento specifico che si andrà ad analizzare e cioè la disciplina impositiva dei dividendi e degli interessi in ambito europeo e internazionale, legata indubbiamente alle problematiche relative la Doppia imposizione in precedenza citata. La tassazione degli utili da partecipazione e degli interessi realizzati trans-nazionalmente si presta, per definizione, al verificarsi della doppia imposizione in quanto la potestà impositiva, soprattutto e tipicamente nei paesi dell'Europa continentale in cui opera il principio della *World Wide Taxation*, è ascrivibile sia allo stato in cui i redditi sono prodotti sia a quello in cui ha la residenza il percettore.

Nei prossimi capitoli, dopo una prima analisi del panorama nazionale per correttezza metodologica, approfondiremo come queste tematiche e problematiche siano affrontate sia da un punto di vista intra UE, sia più prettamente internazionale, osservando anche l'evoluzione degli orientamenti giurisprudenziali (grande spazio sarà dedicato alle pronunce relative la cd. Direttiva madre figlia) delle Corti interessate e puntando la nostra attenzione anche su quelle situazioni patologiche di

elusione, evasione e pianificazione fiscale aggressiva, in particolare attuate dai grandi gruppi multinazionali, a cui alcune soluzioni normative hanno dato origine e alla cui risoluzione sono diretti gli sforzi di quelle organizzazioni internazionali e sovranazionali di cui abbiamo sottolineato l'importanza in precedenza.

Capitolo I – Una panoramica sulla disciplina fiscale dei dividendi e degli interessi nell’ordinamento italiano

1.1 La tassazione delle attività finanziarie: cenni storici e introduttivi

Per comprendere la disciplina impositiva dei dividendi e degli interessi, seguendo un approccio che dal generale volge al particolare, è necessario approfondire innanzitutto il differente inquadramento che l’ordinamento tributario italiano prevede per tali strumenti economici rispetto ad altre fattispecie date da differenti attività finanziarie.

Infatti, nel nostro ordinamento sussiste un *unicum*, se si fa riferimento a ciò che avviene nella maggior parte dei paesi occidentali e non, per cui i guadagni frutto dell’investimento di capitale si trovano inquadrati in due differenti classificazioni reddituali: la categoria dei redditi di capitale, derivanti da forme statiche di collocamento e assoggettati a un’imposta lorda, e quella residuale dei redditi diversi, derivanti da forme dinamiche, aleatorie o nozionali di impiego e assoggettati ad un’imposta netta in compensazione con minusvalenze e perdite di ugual natura.

Tale suddivisione risulta da sempre oggetto di critica, trovando infatti, oltre a chi scrive, l’opinione maggioritaria degli operatori e della dottrina concordi nel riconoscerne l’anti storicità¹, la problematicità e l’irrazionalità.

Ciò in particolare si ricava facendo riferimento alla previsione di tre diverse forme di tassazione e delle diverse aliquote proporzionali la cui diversificazione non sembra essere basata su *rationes* oggettive.

Facendo un breve *excursus* storico si può affermare che questa doppia categorizzazione reddituale e le sue conseguenti criticità risalgano all’imposta sulla ricchezza mobile, istituita nel periodo post-unitario e la cui impostazione venne confermata anche a partire dalla seconda metà degli anni ’60, quando si fece sempre più stringente la necessità di una riforma del sistema tributario italiano che portasse all’attuazione *in primis* di una tassazione al cui centro vi fosse l’imposta personale progressiva basata sul reddito complessivo, anche nell’ottica di un adeguamento rispetto agli altri paesi europei, e *in secundis* che dotasse il nostro paese di un’ Amministrazione Finanziaria efficiente da un punto di vista organizzativo e operativo².

In questi anni si susseguirono i lavori della Commissione Cosciani prima e di quella presieduta da Visentini poi, a cui si deve l’elaborazione di una prima relazione. In questo rapporto si farà

¹ MURATORI, *tassazione dei redditi finanziari in Italia: anomalie ed effetti distorsivi del sistema*, in *Il Fisco*, 2021,8, p.708

² BOSI, GUERRA, *I tributi nell’ economia italiana*, ed. 2019, Bologna, Il Mulino, 2019, p. 17

referimento, per quanto riguarda le attività finanziarie, ad una loro inclusione nell'imposta personale e di conseguenza in un meccanismo progressivo.

Ai lavori delle due commissioni, tuttavia, non seguirà un'immediata riforma, che si concretizzerà solo nel 1971 con la legge delega e nel biennio 1973/1974 con l'entrata in vigore delle disposizioni, nella forma di decreti delegati, sulle imposte indirette prima (tra cui l'IVA) e su quelle dirette dopo. Con l'attuazione della legge delega si porterà a compimento un mutamento di importanza sostanziale per quanto riguarda i redditi delle attività finanziarie, in quel momento storico in forte sviluppo per gli alti tassi nominali e l'espansione del debito pubblico, che a partire da questo momento fino ai giorni nostri saranno soggette non più, come previsto dal disegno originale, al principio di progressività ma bensì resteranno assoggettate ad un sistema a imposizione sostitutiva. La crisi economica e gli sviluppi successivi porteranno alla fine degli anni '80 alla crisi del modello tributario introdotto con la riforma del 1973. In particolare, la normativa fiscale comportava problematiche tra la struttura finanziaria e l'attività d'impresa.

La suddivisione e il diverso trattamento tra redditi diversi e redditi di capitale, con i primi soggetti in alcuni casi, come per gli interessi passivi a completa deducibilità e i secondi, soprattutto i dividendi, sottoposti invece ad aliquote elevate, iniziavano a creare sperequazioni, da un lato in termini di elusione fiscale, dall'altro per quanto concerne lo sviluppo del mercato azionario, essendo per le aziende più conveniente finanziarsi contraendo debito piuttosto che emettendo azioni o ancora utilizzando proprio capitale.

Partendo da questo contesto si arriverà alla riforma Visco (d.lgs. n. 461 del 1997), durante il primo governo Prodi, che introdusse i regimi del risparmio amministrato e del risparmio gestito e tra i cui propositi vi era il raggiungimento di una generalità e omogeneità nella tassazione dei redditi frutto di attività finanziarie. Per quanto riguarda il primo obiettivo non si può negare che sia stato raggiunto, avendo esteso l'oggetto della tassazione anche alle plusvalenze non azionarie e ai proventi di prodotti derivati che in precedenza sfuggivano al prelievo, attraverso l'utilizzo della tecnica legislativa delle norme di chiusura, da affiancare alla passata elencazione casistica delle fattispecie, poco efficiente rispetto alla innegabile dinamicità dei mercati finanziari. Facendo riferimento invece all'obiettivo della omogeneità, viceversa, non si può dire che sia avvenuto altrettanto, essendo rimaste in vigore diverse aliquote per diverse fattispecie oltre alla previsione di tempistiche differenti di tassazione e di deducibilità delle minusvalenze.

Questo progetto di riforma venne tuttavia interrotto con il successivo governo, ideologicamente orientato verso politiche fiscali conservatrici e quindi più propense al sistema della *flat tax* e della conferma dei regimi proporzionali sostitutivi nel campo delle attività finanziarie, uniformato all'epoca con un'aliquota del 12,5%, portata poi dai successivi governi al 20% nel 2011 e ancora al

26% nel 2016(D.L. 24 aprile 2014, n. 66) , seppur con innumerevoli regimi speciali ad annacquare il tutto e sempre con l'esclusione di alcune fattispecie tra cui quella dei titoli pubblici che conservavano un'imposizione al 12,5%(vedi *infra*).

Riprendendo quanto detto in riferimento a quest'ultimo punto dobbiamo notare che nel corso degli anni come si è sviluppata una dialettica circa la dicotomia progressività/ proporzionalità così anche sulla ripartizione redditi di capitale/redditi diversi si è proposto di intervenire con propositi di razionalizzazione.” Il tema della “unificazione” non è inedito”.³ Già all'art. 3, lettera c), n. 5) e 6), lettera d), n. 1), nonché all'art. 4, lettere c), d) ed e) della l. 80/2003(Riforma Tremonti) si prevedeva, oltre all'eliminazione del meccanismo del credito d'imposta in favore di quello dell'esenzione, di accorpate l'imposizione di tutti i redditi di natura finanziaria, indipendentemente da come e con quali strumenti giuridici si fossero realizzati. Questo tentativo non ha però mai visto la luce non essendosi mai concretizzato il decreto legislativo di attuazione.

Successivamente, nel 2006, il MEF istituì la cd. Commissione Guerra con lo scopo di approfondire lo studio sulla tassazione dei redditi di capitale e dei redditi finanziari diversi e di preparare le basi di una futura riforma. Questa giunse all'elaborazione di due diverse strade percorribili: o l'estensione della imposizione al realizzo, estesa al risparmio gestito, o viceversa, l'uniformazione al criterio della maturazione per il regime amministrato e dichiarativo. Il limite di queste proposte era dato dal non tenere in conto i crediti di imposta che avrebbero maturato i soggetti tassati nei cicli di borsa negativi e nel passaggio da un intermediario all'altro.⁴

Altro buco nell'acqua in tal senso è stato il d.l. n. 138/2011 con cui si è introdotta l'aliquota unica sui rendimenti prodotti dai diversi strumenti finanziari ma che non è intervenuta sul punto, lasciando una diversa disciplina, ad esempio, per le minusvalenze e altre componenti negative, di conseguenza non compensabili.

Ancora, nel 2014, è stata la Commissione Gallo a proporre un disegno di riforma, che andasse nella direzione di dar vita ad un'unica categoria reddituale nel TUIR per i redditi finanziari, di eliminare i cd. Titoli atipici (vedi. *Infra*) e l'*omogeneizzazione* della base imponibile⁵. Il limite più evidente era

³ CORASANITI, *Redditi di capitale e redditi diversi, una divisione da superare in Diritto e Pratica tributaria*, 2019, 6, p. 2463

⁴ MURATORI, *Tassazione dei redditi finanziari in Italia, i tratti comuni delle proposte di riforma*, in *Il Fisco*, 2021, 9, p. 809

⁵ MURATORI, *Tassazione dei redditi finanziari in Italia, i tratti comuni delle proposte di riforma*, in *Il Fisco*, 2021, 9, p. 810

la previsione della tassazione per maturazione nel solo risparmio gestito e l'incentivo al ricorso di strumenti "contenitore" a causa della previsione nelle tempistiche del prelievo.

Citiamo anche la proposta datata 2016 dell'Associazione Nazionale Professori Diritto Tributario (Aipdt) che proponeva l'inclusione dei redditi finanziari più elevati nell'imponibile del reddito complessivo, l'inserimento del criterio di progressività nell'imposta sostitutiva, il superamento della bipartizione redditi di capitale e diversi e creando la categoria del risparmio "intermediato" con contestuale abolizione del regime del risparmio amministrato e gestito, dal punto di vista della modalità di prelievo. La proposta aveva però il difetto di non eliminare la diversa tempistica del prelievo nei tre regimi e di portare ad una diminuzione del gettito per lo stato.

Abbiamo, infine, da analizzare il più recente disegno di legge in materia di riforma fiscale ossia quello approvato alla sola Camera in data 22 giugno 2022 che non vedrà però la luce in questa legislatura, ciò senza però quantomeno comportare ripercussioni sull'erogazione di fondi al nostro paese nell'ambito del Pnnr⁶, non essendo la riforma tributaria vincolante ma bensì inquadrabile nei "progetti di accompagnamento"⁷. I punti salienti di questa proposta sono/erano il raggiungimento della eliminazione della dicotomia sulle due categorie reddituali mettendo a punto un'unica categoria sui redditi finanziari e prevedendo l'estensione al risparmio gestito del criterio di calcolo della base imponibile sul risultato di realizzo,

1.2 La tassazione delle attività finanziarie: redditi di capitale e redditi diversi nell'attuale ordinamento

Terminata questa breve disamina storica è possibile concentrare la nostra attenzione su quelli che sono gli elementi focali e fautori di problematicità attuali nell'imposizione delle attività finanziarie, analizzare quello che è lo stato dell'arte e riflettere sulle future proposte di riforma, che potrebbero essere incentivate nel quadro di attuazione del Pnnr e del Next Generation EU.

Non è infatti in dubbio che dopo tutti i tentativi e progetti di riforma del passato, anche in tempi più recenti si sia provveduto all'elaborazione di proposte di riforma che permettano di *"conseguire una maggiore equità", una più corretta allocazione dei capitali, un efficace funzionamento dei mercati*

⁶ Piano nazionale di ripresa e resilienza

⁷ CORASANITI, *Rinviata alla prossima legislatura la creazione della categoria unica dei "redditi finanziari"*, in *Il Fisco*, n°32-33, 2022, p. 3115

finanziari e, in definitiva, una migliore competitività”⁸ attraverso la razionalizzazione e la colmatura delle lacune presenti in “termini di mera coerenza interna rispetto a parametri di equità , semplicità applicativa e neutralità “⁹.

Ciò si rende ancor più necessario facendo riferimento alla disciplina attuale che ricapitoliamo in breve: abbiamo infatti un’aliquota unica al 26%, diversa però da altre aliquote proporzionali previste dall’ordinamento e affievolita dalla presenza di innumerevoli eccezioni, tra cui spiccano:

- i cosiddetti titoli di Stato, risparmio postale e interessi dei project bond (12,5%);
- PIR (esenti, se mantenuti per cinque anni);
- partecipazione qualificata detenuta da un titolare di reddito di impresa;
- partecipazione a Organismi di Investimento Collettivo del Risparmio, se la quota di partecipazione è superiore al 5% (tassati in Irpef)¹⁰.

Abbiamo inoltre tre differenti discipline anche dal punto di vista della modalità di prelievo, semplificata, nei primi due casi che citeremo per il contribuente, attraverso l’azione di intermediari abilitati:

- Regime del risparmio amministrato
- Regime del risparmio gestito
- Regime dichiarativo

Il primo è caratterizzato dal fatto che il prelievo sia attuato dagli intermediari o sui proventi delle singole operazioni o attraverso una specifica provvista. Questo meccanismo sconta un’imposizione per cassa, ossia al momento dell’effettivo incasso. Requisiti di attuazione sono il fatto che sia svolta con intermediari con cui si intrattengano rapporti stabili e a cui non sia affidata la gestione del capitale e per redditi che non siano frutto di partecipazioni in società residenti in paesi *black list*. Non è richiesto, così come per il sistema gestito, l’inserimento nella Dichiarazione dei redditi.

Il regime gestito prende il nome dal fatto che la gestione del patrimonio finanziario è affidata all’intermediario qualificato che opera il prelievo sul risultato complessivo del portafoglio di un

⁸ MURATORI, *Tassazione redditi finanziari: anomalie*, in *Il Fisco*, 2021, 8, p. 707

⁹ MURATORI, *Tassazione redditi finanziari: anomalie*, in *Il Fisco*, 2021, 8, p. 707

¹⁰ La tassazione delle rendite finanziarie, Focus, Camera dei deputati, 31 marzo 2021

soggetto conseguito in un dato periodo. Va inoltre citata la differenza tra regime gestito collettivo e individuale¹¹ che è riassumibile nel fatto che la tassazione sui redditi di capitale e le plusvalenze non è in capo al fondo ma nei confronti di colui che detiene una quota di partecipazione al fondo nel momento in cui realizza una plusvalenza per la cessione o riscatto della partecipazione o nel frangente in cui vi sia distribuzione degli utili. Anche qui vi è come presupposto per la scelta di tale regime il fatto che la partecipazione non sia riferibile a un paese a fiscalità privilegiata. Non sono previste forme di monitoraggio.

Abbiamo per concludere il regime dichiarativo¹², scelta necessitata per chi non si affida a intermediari qualificati e opzionale per chi potrebbe ma non vuole avvalersi degli altri regimi.

I redditi di capitale qui sono soggetti alla tassazione sostitutiva mentre i redditi diversi vanno indicati in modo puntuale nella dichiarazione Irpef. Sono tassati nel momento della realizzazione al netto di minusvalenze e altre voci negative, con un'aliquota del 26% e con la peculiarità delle plusvalenze da titoli pubblici che sono imponibili per il solo 48,08% del loro ammontare. (vi è equivalenza con quella che sarebbe un'aliquota del 12,5% se fossero imponibili al 100%). Per le minusvalenze, in questo regime, è ammessa la deduzione anche se dovute a partecipazioni di società residenti in paradisi fiscali. Sono previste però disposizioni tese a rendere possibile il monitoraggio dell'Amministrazione finanziaria.

Disciplina a parte è prevista, infine, per le partecipazioni di OICR (organismi di investimento collettivo del risparmio) italiani, di diritto UE o aderenti allo spazio economico europeo con adeguato scambio di informazioni (L. 234/2021), per cui con l'art. 2 del D.L. 225/2010 si è passati dall'imposizione per maturazione sul risultato finale all'imposizione per cassa con ritenuta applicata sull'ammontare dei proventi distribuiti in costanza di partecipazione al fondo e dei proventi derivanti dalla differenza tra il valore di rimborso, liquidazione o cessione delle quote e il costo medio ponderato di sottoscrizione o acquisto delle quote medesime¹³

Infine, ex D.Lgs. 12 dicembre 2003, n. 344, abbiamo la suddivisione degli strumenti finanziari in tre diverse fattispecie:

- Titoli azionari e similari
- Titoli obbligazionari e similari

¹¹ MARINELLO, *Redditi di capitale e redditi di diversa natura finanziaria*, I ed., Torino, Giappichelli, 2018 p.389

¹² MARINELLO, *Redditi di capitale e redditi di diversa natura finanziaria*, I ed., Torino, Giappichelli, 2018 p.383

¹³ La tassazione delle rendite finanziarie, Focus, Camera dei deputati, 31 marzo 2021

- Titoli atipici (categoria residuale)

Tale ripartizione va letta in combinatoria con quanto introdotto in materia di Diritto societario con la riforma prevista dal D.Lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, avente lo scopo di semplificare il reperimento di risorse finanziarie da parte delle Spa, in ossequio al principio della più ampia autonomia privata, aumentando il numero di strumenti idonei alla raccolta di capitale per le imprese ma portando al contempo ad alcune ripercussioni sul piano fiscale, dovute alla commistione nell'utilizzo dei criteri di ordinazione per remunerazione e per rischio.

Il legislatore è intervenuto quindi sul TUIR lasciando invariate le nozioni fiscali di obbligazioni e azioni e intervenendo rispettivamente sulle nozioni di titoli simili alle azioni e obbligazioni, disciplinate dall' art. 44 c.2 lett. a (per le prime) e b (per le seconde). Tali disposizioni non risultano però in grado di comprendere tutti gli strumenti finanziari:” *sono, infatti, privi di disciplina i titoli la cui remunerazione è parzialmente parametrata all'andamento economico della società o sono privi di remunerazione (sicché non possono essere ricondotti tra i titoli simili alle azioni) e non contengono entrambi o uno soltanto dei due requisiti posti dalla menzionata lettera c) (così da non poter essere annoverati neppure tra quelli simili alle obbligazioni)*”¹⁴. A questa problematica l'Agenzia delle Entrate ha risposto con le circolari n° 26/e del 2004 e 10/e del 2005 affermando l'assoggettamento alla disciplina dei titoli atipici.

Nel nostro ordinamento, la dicotomia redditi di capitale e redditi diversi si basa a sua volta rispettivamente sui concetti di reddito prodotto e reddito entrata, meritevoli di una breve digressione essendo elementi centrali nella teoria economica e pienamente ascrivibili tra i principi di Finanza Pubblica.

Questi si differenziano sia dalla nozione economica “base” di reddito ossia il flusso in aumento di ricchezza in capo a un dato soggetto che porta ad un incremento di patrimonio in un dato periodo di tempo¹⁵ sia dalla nozione autonoma e prettamente tecnica del Diritto tributario per cui reddito è ciò che, come tale, è qualificato dalla legge ex artt. 1 e 72 TUIR, non esistendone una definizione nell'ordinamento italiano e dovendosi “*rinunciare alla pretesa di leggere e ricostruire il senso delle norme giuridiche di diritto tributario con gli occhiali deformanti dei concetti economici.*”¹⁶

¹⁴ RASI, *Lacune nella nozione di redditi finanziari*, in *Rassegna Tributaria*, 2007, 5, p. 1423

¹⁵ MARONGIU, MARCHESELLI, *Lezioni di diritto tributario*, V ed., Torino, Giappichelli, 2018, p. 196

¹⁶ FALSITTA, *Manuale di Diritto tributario*, X ed., Assago, Wolters Kluwer, Padova, Cedam, 2017

Infatti, il reddito prodotto si distingue per essere il corrispettivo frutto di attività produttiva ottenuto in uno specifico arco di tempo o, secondo la definizione testuale del già citato Prof.re Cesare Cosciani, come l'aumento di valore dei beni in presenza de “*La predisposizione da parte dell'individuo di una volontà e di un disegno preordinato a voler conseguire quel maggior valore*”¹⁷. La sua base imponibile può essere determinata, nel settore che a noi più interessa, ad esempio con i proventi dell'impiego di capitali finanziari e rendite finanziarie. Proprio in questo ambito tale concetto di reddito esprime le maggiori criticità da un punto di vista equitativo, essendo possibile sottrarre alla base imponibile, ad esempio, interessi che in quanto tali sarebbero tassati, mutandoli in plusvalenze, non ricomprese invece nel reddito prodotto¹⁸.

Anche per evitare tali fenomeni elusivi è stato successivamente elaborata la nozione di reddito entrata, conosciuta nel mondo anglosassone anche come Haig-Simmons *comprehensive income*¹⁹, dal nome di coloro che più vi contribuirono a cavallo tra gli anni '20 e '30 del secolo scorso²⁰.

Qui ad essere rilevanti non sono solo gli arricchimenti dovuti alla capacità produttiva di cose o attività ma vengono considerati manifestazione di capacità contributiva le plusvalenze patrimoniali come azioni e obbligazioni, i differenziali positivi da contratti derivati, le eventuali vincite, gli asset ereditari e quanto derivante da atti di liberalità come le donazioni (queste ultime solitamente non sono in realtà considerate, essendo gravate da tributi a sé stanti di natura patrimoniale). In poche parole, è definibile come l'ammontare massimo che può essere consumato alla fine di un periodo dato, senza che la ricchezza complessiva del soggetto in esame scenda, in seguito a tale spesa, sotto il valore che aveva all'inizio del periodo.²¹

L'adozione di questa nozione e criterio prevede la tassazione di tutte le entrate ma porta con sé anche alcune problematiche, per lo più di carattere pratico, ponendo grande risalto, a differenza del reddito prodotto, sulle plusvalenze, che sono però di difficile accertamento se in riferimento a soggetti non imprenditori, non gravati da particolari obblighi contabili e se colpite alla maturazione, come previsto dalla Riforma Visco, in particolare per le plusvalenze finanziarie.

¹⁷ COSCIANI, *Stato dei lavori della Commissione per lo studio della riforma tributaria*, Milano, Giuffrè, 1966, p. 214

¹⁸ BOSI, GUERRA, *I tributi nell' economia italiana*, ed. 2019, Bologna, Il Mulino, 2019, p.56

¹⁹ HULTEN, SCHWAB, *A Haig-Simmons-Tiebout comprehensive income tax*, in *National Tax Journal*, 1991, Vol. 44 n°1, p. 67 ss

²⁰ BOSI, GUERRA, *I tributi nell' economia italiana*, ed. 2019, Bologna, Il Mulino, 2019, p.56

²¹ MARONGIU, MARCHESELLI, *Lezioni di Diritto Tributario*, V ed., Torino, Giappichelli, 2018, p.197

Per ovviare a ciò gli stati utilizzano per lo più il criterio del realizzo per colpire le plusvalenze, con la controindicazione di dar luogo a comportamenti elusivi attraverso la compensazione con le minusvalenze e dando adito ad effetti di *lock-in*²², tesi al rinvio del pagamento dell'imposta.

Non risulta invece necessario in questa sede e ai fini della nostra trattazione approfondire il concetto di reddito consumo o spesa, che esclude la tassazione del risparmio e che tra l'altro è di rara diffusione nella maggior parte degli ordinamenti statali.

Una volta definito il quadro normativo vigente è possibile rendersi conto, così come evidenziato dalla dottrina, delle disfunzioni e dei disallineamenti di tale sistemica, inefficiente di fronte agli sviluppi sempre più frenetici e tecnologici della finanza pubblica e privata, del *private equity* in particolare, e che necessiterebbe indubbiamente di alcune riforme di sistema per evitare un'ulteriore diminuzione di *appeal* e capacità attrattiva del nostro paese nel campo degli investimenti di fonte estera oltre all'efficienza del mercato finanziario in sé.

Tra queste discrasie possiamo sicuramente sottolineare quella per cui, se non nel regime del risparmio gestito, non è possibile attuare una compensazione tra i proventi inseriti nei redditi di capitale e le minusvalenze o risultati negativi incasellati nei redditi diversi, andandosi così ad escludere da un'equa imposizione il premio al rischio, componente più alta più è alta la possibilità di non rientrare dell'investimento attraverso la remunerazione. Qualora questo rischio si concretizzi il soggetto investitore, tipicamente medio piccolo, se l'investimento è attuato nel solo campo dei redditi di capitale, registra una perdita di cui però il sistema tributario non tiene conto.

Inoltre, quando si procede alla stipula di contratti derivati con finalità di copertura rispetto al già menzionato rischio si vanno a generare ugualmente fattori appartenenti ai redditi diversi e ugualmente non compensabili²³.

Icto oculi tale meccanismo è iniquo e improduttivo, andando a penalizzare la propensione al rischio e rendendo più onerosi i *rounds* di finanziamento di attività particolarmente rischiose come ad esempio le *start up*. Queste risultano essere inoltre particolarmente penalizzate per la tipologia di *mercato* e la natura di coloro che vi investono: si tratta per lo più di *players* che in gergo vengono chiamati *business angel*, ossia investitori informali, ad un livello più basso dei *venture capital*, che

²² "Fenomeno che si verifica quando un agente, un insieme di agenti, o un intero settore economico sono intrappolati all'interno di una scelta o di un equilibrio economico dai quali è difficile uscire, anche se sono disponibili alternative potenzialmente più efficienti". "Lock in", in *Dizionario di Economia e Finanza*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, 2012

²³ MURATORI, *Tassazione dei redditi finanziari in Italia, i tratti comuni delle proposte di riforma*, in *Il Fisco*, 2021,9, p. 807

attuano l'investimento non solo attraverso l'apporto di capitali ma anche di conoscenze manageriali. Per natura e modello di *business* tali operatori vengono fiscalmente penalizzati dall'impossibilità di compensare i proventi derivanti dalle poche (ma spesso redditizie) realtà di successo con le perdite (più frequenti) derivanti invece da progetti falliti.

Ancora, altre deviazioni sono rappresentate dal meccanismo previsto per le obbligazioni acquistate sopra la pari²⁴, dove gli interessi sono subito tassati tra i redditi di capitale mentre il minor capitale successivamente rimborsato, per i maggiori flussi cedolari già staccatisi, sarà compensabile con i redditi diversi, non ancora sottoposti a imposizione però.

Si potrebbe proseguire con gli esempi ma è opportuno procedere oltre e considerare un'ulteriore distorsione frutto di questa dicotomia ossia quella relativa al *timing* del prelievo dove la tassazione periodica è evidentemente disincentivante rispetto a quella prevista per i regimi amministrato e dichiarativo²⁵ che comunque a loro volta presentano punti deboli.

Al termine di questa analisi è doveroso guardare all'imposizione delle attività finanziarie come ad un settore bisognoso di importanti interventi riformativi in un'ottica di *favor* non solo per gli investitori istituzionali o comunque di più grandi dimensioni ma anche nei confronti del piccolo risparmio familiare, che in Italia ha sempre fatto fatica ad essere impiegato a fini d'investimento e che ha indubbiamente rallentato lo sviluppo delle imprese del nostro paese.

A nostro avviso tali interventi dovrebbero concretizzare i tratti comuni e più volte evidenziati nelle varie e già citate proposte di riforma. Facciamo dunque riferimento all'improcrastinabile unificazione delle due categorie di reddito, dalla cui "fusione" si ricaverebbe un'unica categoria riconducibile al concetto di reddito prodotto, alla conseguente possibilità di compensazione con plusvalenze e minusvalenze, all'abolizione dei cd. Titoli atipici, in un'ottica di semplificazione applicativa e coordinata a quanto fatto per il reddito d'impresa, e infine ad un effettivo approdo al sistema cd. Duale, con la previsione di una medesima aliquota per i redditi derivanti dall'utilizzo di capitale anche se realizzati nell'ambito d'impresa o del lavoro autonomo da parte di soggetti non Ires²⁶. Per quanto riguarda il binomio tassazione per realizzo o maturazione invece non si registra un'opinione univoca

²⁴ Quotazione di mercato di un titolo, o il suo prezzo di emissione, quando sono inferiori al valore nominale. Viceversa, se si ha un livello superiore al valore nominale, si dice 'sopra la pari', mentre si definisce 'alla pari' se i due valori coincidono. La differenza positiva tra il prezzo di emissione e il valore nominale è detta 'soprapprezzo' o 'sovrapprezzo' (art. 2430 c.c.). "Sotto la pari", in Dizionario di Economia e Finanza, in Encicl. Giur. Treccani, 2012

²⁵ MURATORI, *Tassazione redditi finanziari: anomalie*, in *Il Fisco*, 2021, 8, p., 713

²⁶ CORASANITI, *Rinviata alla prossima legislatura la creazione della categoria unica dei "redditi finanziari"*, in *Il Fisco*, n°32-33, 2022, p. 3116

presentando entrambe pregi e difetti bilanciabili. Molti di questi propositi erano contenuti nel già citato D.D.L. approvato alla Camera dei deputati in data 22 giugno 2022(vedi *supra*) ma che a causa della caduta del governo Draghi non è stato licenziato anche dal Senato e che pertanto potrà solo svolgere una funzione di base di partenza per una tanto attesa nuova riforma fiscale da attuarsi auspicabilmente nella prossima Legislatura.

1.3 Redditi di capitale: considerazioni generali

Dopo aver trattato la ripartizione in tema di attività finanziarie tra la categoria dei redditi di capitale e quella dei redditi diversi approfondiamo adesso la prima, essendo questa il contenitore principale di quelli che sono i protagonisti di questa trattazione ossia i dividendi e gli interessi, che vedremo in prima battuta nel contesto delle fattispecie esclusivamente interne e successivamente nella disciplina prevista per i rapporti aventi elementi europei e transnazionali.

Questi sono disciplinati in una pluralità di provvedimenti normativi sedimentatisi nel tempo, in un vasto insieme di fonti, in particolare nel cd. Decreto sull' accertamento (DPR 600/73) e infine all'interno del TUIR tra l'articolo 44 e l'articolo 48. I redditi di capitale non sono definiti in via generale ma sono individuati secondo un'elencazione casistica²⁷. Possono, tuttavia, essere indicati superficialmente ed in prima battuta come la ricchezza che si ritrae dall'investimento di denaro²⁸. Da questa definizione è quindi possibile risalire alle sottocategorie che vi rientrano e che la dottrina suddivide, a volte nelle due semplici categorie degli a) utili e b) interessi, in altri casi nelle tre dei: a) i dividendi e altri proventi dati dalla partecipazione in società b) gli interessi e gli altri proventi derivanti da mutui e diverse forme di impiego del capitale e c) altri proventi finanziari come ad esempio rendite e prestazioni perpetue ex artt 1861e 1869 del Codice Civile, compensi derivanti da fideiussioni, proventi derivanti da operazioni di riporti o pronti contro termine o, infine, come espresso nell' art. 44 lett. h TUIR, tutti i proventi derivanti da altri rapporti aventi per oggetto l'impiego di capitale. In riferimento a questo ultimo punto è interessante notare come la formulazione della norma di chiusura sia stata modificata: nella formulazione previgente, infatti, si faceva riferimento ai proventi in misura definita escludendo quindi quelli che non lo fossero. Questa

²⁷ TESAURO, *Compendio di Diritto Tributario*, VIII ed., Milano, Utet, 2020, p. 299

²⁸ MARONGIU, MARCHESELLI, *Lezioni di Dir. Trib.*, V° ed., Torino, Giappichelli, 2018, p. 227

espressione implicava che tale reddito fosse inteso come predeterminato o predeterminabile e quindi atteso perché voluto dalle parti²⁹. Da sottolineare come restassero in ogni caso esclusi i rapporti che avessero natura aleatoria come, ad esempio, i *cross currency swap*, ossia contratti giocati sull'oscillazione dei tassi di interesse delle differenti valute con cui vengono scambiati i capitali e che pertanto possono dar vita a differenziali positivi o negativi in modo del tutto non prevedibile.

La frammentarietà e complessità di tale materia riflette, come abbiamo già potuto osservare, la parimenti complessa e in costante evoluzione realtà delle forme di investimento finanziario³⁰ mentre la legislazione alluvionale in materia rispecchia le diverse sensibilità politiche essendo la tassazione di tali ambiti un efficace strumento per spostare gli equilibri politico-economici di volta in volta più a destra o più a sinistra.

La categoria dei redditi di capitale sconta storicamente un'imposizione lorda, non essendo deducibili i costi relativi (art. 45 c.1 TUIR). Se si tratta di redditi in natura saranno conteggiati in base al valore normale. Ciò è dovuto all'idea o meglio pregiudizio per cui non sarebbe necessaria alcuna attività ad opera del contribuente. Non viene tenuto quindi conto delle sempre più evidenti spese di gestione che richiede l'investimento di capitali al giorno d'oggi. La mancata previsione dell'imposizione al netto comporta anche l'insensibilità della tassazione nei confronti del fenomeno inflazionistico e del *fiscal drag* causato dal deprezzamento della moneta e conseguente svilimento del capitale dato a mutuo, che seppur negli ultimi decenni non ha creato particolari problemi, sta tornando prepotentemente alla ribalta nel periodo post covid e contemporaneo alla Guerra in Ucraina, influenzando l'andamento economico globale, a partire dall'innalzamento dei tassi di interesse operato dalla Banca Centrale Europea. Alla luce di tali osservazioni possiamo dire di trovarci quindi di fronte ad un'altra ed ennesima distorsione anacronistica e disincentivante del sistema tributario italiano.

Altro punto comune ai redditi di capitale nel loro complesso, come abbiamo già visto, è la determinazione del momento impositivo secondo il principio di cassa, ad eccezione del solo regime a risparmio gestito e dei derivanti dati a mutuo per cui gli interessi si presumono percepiti alle scadenze e in misura pari a quanto segnato in una scrittura. In caso non vi siano risultanze scritte si presumeranno percepiti nel periodo d'imposta e in corrispondenza con il tasso legale, nel 2022 pari all' 1,25% ma notoriamente soggetto a forti oscillazioni. Si tratta comunque di presunzioni relative e pertanto confutabili dal contribuente.

²⁹ FALSITTA, *Estratto dal manuale di Diritto Tributario - Parte speciale, XII ed.*, Milano, Wolters Kluwer, 2019, p. 52

³⁰ FALSITTA, *Manuale di Diritto Tributario - Parte speciale, XI ed.*, Milano, Wolters Kluwer, 2016, p. 177

Ciò detto, non scontato risulta anche circoscrivere e inquadrare la nozione stessa di dividendo che si intreccia tra diritto tributario e societario: consideriamo che non vi è infatti nel nostro ordinamento una chiara definizione di dividendo quanto piuttosto solo quella di utile da partecipazione, e che con l'evoluzione dei mercati finanziari anche i vari strumenti d'investimento si sono evoluti tanto da non avere più margini ben definiti ed evidenti differenze l'uno dall'altro. Si può dire che la distinzione tra semplice finanziatore e socio sia entrata in difficoltà³¹ comportando così anche chiare difficoltà per il legislatore, sia a livello nazionale che internazionale, sempre in rincorsa per colmare possibili lacune normative e/o distorsioni. La nozione tributaria di dividendo se vogliamo ci è fornita non da un punto di vista formale, come in campo civilistico, quanto più sostanziale, il che permette di non rendere fiscalmente irrilevanti tre fattispecie relative gli utili fittizi ossia quelli conseguiti solo formalmente, gli utili cd. extracontabili, tipici delle società a ristretta base azionaria e infine i cd. *Deemed dividends* (letteralmente i dividendi stimati) ossia quelli che il socio consegue attraverso operazioni di scambio con la società ottenendo condizioni favorevoli per sé e costi antieconomici per la società.

In riferimento al quadro appena fornito è possibile affermare che *“Il tema della qualificazione dei dividendi, lungi dall'essere giunto ad un approdo definitivo, si presenta dunque ancora aperto e bisognoso di ulteriori riflessioni.”*³²

1.4 La tassazione dei dividendi delle persone fisiche non operanti attività d'impresa

Esaurita questa breve introduzione generica è ora possibile affrontare il diritto vivente in materia, suddividendo la nostra trattazione secondo i criteri standard adottati dalla dottrina e nella manualistica e cioè sia sulla base dei soggetti percettori, che siano persone fisiche o persone giuridiche, sia sul fatto che svolgano o meno attività d'impresa, tenendo a mente l'esistenza del principio di attrazione nel reddito d'impresa (vedi *infra*).

Iniziamo quindi dai soggetti passivi inquadrabili come persone fisiche non svolgenti attività d'impresa, la cui disciplina si individua nell'art. 47 TUIR.

³¹ MELIS, *La nozione di dividendo tra la normativa tributaria ed evoluzione del diritto delle società*, in *Diritto e Pratica tributaria*, n°5, 2013, p. 1032

³² MELIS, *La nozione di dividendo tra la normativa tributaria ed evoluzione del diritto delle società*, in *Diritto e Pratica tributaria*, n°5, 2013

Per questi soggetti occorre innanzitutto evidenziare come la tassazione sfugga alla logica della progressività³³ in favore del sistema delle aliquote uniche.

Bisogna inoltre osservare come la distinzione tra dividendi dovuti a partecipazioni qualificate e non qualificate, prevista dall'art 67 TUIR, in forza della Legge di Bilancio 2018 (l. 205/2017) non trovi più applicazione, essendo stata equiparate le due fattispecie con la previsione di una trattenuta a titolo d'imposta e l'unificazione in un'unica aliquota pari al 26%, in vigore per gli utili distribuiti dopo l'1 gennaio 2018 (quelli realizzati negli esercizi precedenti al 2007 scontavano un'imposizione pari al 40%, quelli prodotti tra il 2007 e 2016 pari al 49,72% e infine quelli tra il 2016 e 31 dicembre 2017 pari al 58,14, con contestuale abbassamento dell'aliquota in capo alla società dal 27,5 al 24%). Tale nuova percentuale si applica anche ai *capital gains*, disciplinati ex art. 68 TUIR, che ricordiamo non rientrare però nella categoria dei redditi di capitale. Per completezza riportiamo comunque i criteri con cui si distinguono le partecipazioni qualificate da quelle non: si parla delle prime se **1**) per le Spa quotate in borsa o al mercato ristretto le partecipazioni sono superiori al 2% dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria oppure superiori al 5% del capitale o patrimonio; **2**) per le Spa non quotate e per le altre società di capitali le partecipazioni sono superiori al 20% dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria oppure superiori al 25% del capitale o patrimonio; **3**) per le società di persone le partecipazioni sono superiori al 25% del patrimonio.

Tale previsione è comunque in divenire ed è pertanto in vigore al momento un regime transitorio che differenzia a seconda del periodo d'imposta in cui si sono realizzati gli utili. In riferimento all'applicabilità del regime transitorio, che ricordiamo essere in scadenza nel 2022, sono sorte alcune questioni in seguito alla redazione di una risposta ad interpello fornita dall'Agenzia delle Entrate in cui oltre all'unico criterio letterale presente nella disposizione ossia quella per cui il regime transitorio sarebbe applicabile in presenza della sola delibera assembleare di distribuzione entro il suddetto anno, l'Ufficio richiederebbe anche la materiale distribuzione dei dividendi. Tale orientamento ci riporta alla mente il fenomeno che affligge il nostro sistema tributario per cui l'autorità preposta all'accertamento è anche titolare di potestà in materia di interpretazione³⁴, sebbene questa deriva sia

³³ BOSI, *I tributi nell'economia italiana*, ed. 2019, Bologna, Il Mulino, 2019, p. 189

³⁴ CASTIGLIONI, TRETTEL, *Regime transitorio dei dividendi: oltre alla delibera assembleare è necessaria anche l'erogazione entro la fine del 2022?* in *Il Fisco*, n° 36, 2022, p. 3420

in parte limitata dalla giurisprudenza di legittimità che attribuisce valore non vincolante ai cd. Documenti di prassi dell'Agenzia³⁵.

Il comma 1006 della L. 205 del 2017 contiene un'apposita disciplina transitoria ai sensi della quale, alle distribuzioni di dividendi di natura qualificata deliberate tra il primo gennaio 2018 e il trentuno dicembre 2022 e aventi ad oggetto utili prodotti fino all'esercizio in corso al 31 dicembre 2017 continuano ad applicarsi le norme del DM 26.5.2017. Tale previsione intende salvaguardare la più favorevole tassazione del socio che deriva dall'adozione delle vecchie regole per i periodi dal 2018 al 2022. Quindi, riepilogando:

- agli utili prodotti fino al 2017 distribuiti (deliberati) dall'1.1.2018 al 31.12.2022 a soci persone fisiche non in regime d'impresa, che detengono partecipazioni qualificate, risultano applicabili le percentuali di concorrenza al reddito complessivo esposte nella tabella sopra;
- dagli utili prodotti dal 2018 è applicabile la nuova disposizione con assoggettamento quindi a ritenuta del 26% a prescindere dalla tipologia di partecipazione posseduta.³⁶

Nel caso in cui il reddito sia generato dai dividendi distribuiti da una società di capitali ad una persona fisica si va a subire una doppia tassazione per il medesimo utile, in un primo momento in capo alla società e in seconda battuta in capo alla persona fisica. Per cercare di limitare gli effetti negativi di tale previsione si è appunto deciso di escluderli dalla base imponibile dell'Irpef e di applicare un'aliquota unica (o cedolare secca) pari al 26% nei confronti del socio. Sommando tale aliquota a quella prevista per i soggetti Ires si otterrà l'imposta complessiva. Questa disciplina comporta il rischio di disincentivare gli investimenti in ambito azionario. Si colloca in un'ottica di rimedio la norma introdotta nel 2017 che prevede per le sole persone fisiche di adottare i Piani di risparmio a lungo termine³⁷, a carattere sia azionario che obbligazionario, con l'incentivo dato dall'esenzione da qualsiasi imposta così da avere uno strumento efficiente di finanziamento alle imprese.

³⁵ GAVELLI, *Meglio separare chi accerta da chi interpreta*, in *Il sole 24 ore*, 8 agosto 2022, p. 16

³⁶ <https://www.fiscoetasse.com/approfondimenti/13339-la-delibera-di-distribuzione-degli-utili-2019-iter-procedurale.html>

³⁷ Piani per cui al risparmiatore è data la possibilità di investire, in regime di risparmio amministrato o con polizze vita, capitali fino a centocinquantamila euro in fondi di investimento comuni che abbiano determinati requisiti per un periodo di almeno cinque anni.

Tutto ciò va detto è applicabile e valido per i soli dividendi dati dalla partecipazione in società residenti e non residenti, anche appartenenti a paesi a fiscalità privilegiata purché negoziate in mercati regolamentati. Nel caso in cui non siano rispettati tali requisiti la tassazione è integrale.

1.5 Il principio di attrazione nel reddito d'impresa

Prima di affrontare le successive categorie merita di essere approfondito il cd. Principio di attrazione del reddito d'impresa. *In primis*, esplichiamo la nozione tributaria di impresa, diversa e molto più ampia di quella civilistica contenuta nell'articolo 2195 del Codice civile, intesa come quella contenuta in combinatoria negli articoli 3,6,55,73 e 81 TUIR, dove si fa riferimento a un criterio soggettivo, per cui i soggetti sono impresa in quanto appartenenti alle categorie di società tipizzate dalla legge, e uno oggettivo, per cui è richiesta la concretizzazione di due differenti criteri:

1) un'attività abituale

2) un'attività oggettivamente imprenditoriale

Se per il primo criterio non si pongono particolari problematiche, per accertare la sussistenza della seconda bisogna che siano soddisfatti degli altri "sotto" requisiti ossia che si tratti di un'attività ricompresa nell'ambito dell'art. 2195 c.c. (non è necessaria l'esistenza di una organizzazione in forma d'impresa), che sia un'attività nel campo dei servizi esclusa dall' art. 2195 c.c. ma che allora abbia forma d'impresa e infine i casi forse più residuali ossia che si tratti di attività d'impresa agricola di dimensioni maggiori rispetto a quanto stabilito dall' art. 32 TUIR ovvero di redditi prodotti dallo sfruttamento di miniere, cave etc.

Detto ciò, analizziamo il suddetto principio che prevede che non costituiscano redditi di capitale gli interessi, gli utili e gli altri proventi conseguiti nell'esercizio di imprese commerciali, il che comporta alcuni vantaggi, come la deducibilità degli interessi passivi³⁸ ed ha ripercussioni anche per il soggetto che eroga e che deve attuare la tassazione alla fonte in qualità di sostituto d'imposta³⁹. Vengono esclusi da questa previsione quindi i redditi di capitale realizzati nell'esercizio di arti e professioni che non concorrono quindi alla formazione del reddito nell'ambito professionale⁴⁰. Quest' ultimo punto ha prodotto alcune ambiguità per i redditi prodotti da società di professionisti: l'orientamento più recente della Corte di cassazione risolve la questione se si tratti di reddito appartenente alla categoria del lavoro autonomo o del reddito d'impresa sulla base

³⁸ MARONGIU, MARCHESELLI, *Lezioni di Diritto Tributario*, V ed., Torino, Giappichelli, 2018, p. 229

³⁹ FALSITTA, *Manuale di Diritto Tributario - Parte speciale*, XI ed., Milano, Wolters Kluwer, 2016, p.184

⁴⁰ AA, VV, *Fisco 2022, Ipsa in pratica*, Milano, Wolters Kluwer, 2022, p. 265

di un accertamento in concreto. Tuttavia, non si ritiene soddisfacente questa soluzione, che rischia di creare problemi nel sistema tributario, in quanto, ad esempio, la sussistenza di un contratto in cui si attesti l'esistenza di un'organizzazione d'impresa dovrebbe portare inevitabilmente ad assoggettare la ricchezza prodotta alle sole regole del reddito d'impresa⁴¹.

1.6 La tassazione dei dividendi delle persone fisiche nell'esercizio d'impresa

Analizziamo adesso la seconda categoria di redditi di capitale, disciplinata sulla base del soggetto percipiente e regolata dall' articolo 59 del TUIR: parliamo quindi dei dividendi e interessi conseguiti nell'esercizio d'impresa da persone fisiche, società in nome collettivo, in accomandita semplice o ad esse equiparate.

Per questa categoria, non essendo le società di persone soggetti passivi d'imposta, è utilizzata la tassazione per trasparenza (art. 5 TUIR) in capo a coloro che risultino soci alla chiusura del periodo d'imposta relativo, in proporzione alla quota di partecipazione all'inizio del già menzionato periodo, indipendentemente dall'effettiva distribuzione e secondo i regimi fiscali ad esso corrispondenti. Questo strumento fiscale pone l'accento sulla persona del socio su cui è "cucita" la struttura societaria con lo scopo di evitarne la doppia imposizione.

Non sono applicabili le già viste norme introdotte dall'art. 1 c. 1000-1006 l. 205/2017 e pertanto non è applicata alcuna ritenuta e concorrono alla formazione del reddito complessivo nell'esercizio in cui sono percepiti per una misura pari al 58,14 del loro ammontare, *ex* Decreto ministeriale 26 maggio 2017. In precedenza, la base imponibile era inferiore ma con la riduzione delle aliquote Ires si è in modo inversamente proporzionale e consequenzialmente allargata.

Tale meccanismo prende il nome di *Participation Exemption* (Pex), regolata dall' art. 87 TUIR, abrogata in favore della ritenuta alla fonte del 26% per le persone fisiche non svolgenti attività d'impresa, e invece tutt'ora vigente per questa seconda categoria che stiamo analizzando, essendo andata a sostituire il meccanismo del credito d'imposta, in vigore in Italia negli anni '90 e andato appunto in disuso in seguito alla sempre più forte integrazione del mercato unico europeo e alle indicazioni dell'Unione Europea.

Riassumendo, la *ratio* di questo istituto giuridico, che si applica anche alle stabili organizzazioni in Italia di società non residenti, è declinabile in più esigenze: innanzitutto rendere anche il nostro

⁴¹ MICELI, *La natura del reddito prodotto dalle società commerciali tra professionisti, nota a Corte di Cassazione*, 17 marzo 2021, n°7407, in *Diritto e Pratica tributaria*, 2021, n° 6, p. 2270

sistema attrattivo nel confronto con quanto stabilito da altri ordinamenti, in cui era già garantita la detassazione delle plusvalenze.⁴²

Secondariamente altra contingenza è quella di impedire che si perfezioni una doppia imposizione in riferimento al medesimo utile, andandosi ad attuare il prelievo sia in capo alla società che al socio, a fronte della stessa base imponibile e dello stesso presupposto. Se si fosse voluta eliminare completamente la doppia imposizione si avrebbe fatto ricorso all'esonero della plusvalenza nei limiti delle riserve di utili non distribuite. Qui però non si tiene in considerazione la modalità in cui si è formata la plusvalenza per far sì che il nostro ordinamento non risulti disallineato rispetto ad altri e per ragioni di praticità, che con una valutazione analitica, e non basata sull'*id quod plerumque accidit*⁴³, sarebbe venuta meno.

Infine, altre due ragioni, sottostanti la *ratio* nel suo insieme, sono il proposito di rendere possibile la circolazione di complessi aziendali attraverso l'acquisto e cessione di partecipazioni e la volontà di evitare un effetto distorsivo dato dalla mancanza di neutralità nel caso di mancato coordinamento tra l'imposizione sui soci e sulla società.

Tra i requisiti necessari per poterne usufruire abbiamo quelli rientranti nel proposito di rendere esenti plusvalenze che abbiano effettivamente già subito imposizione, riassumibili nell'obbligo di possesso per un periodo minimo di un anno, l'inserimento della partecipazione tra le immobilizzazioni finanziarie (to *hold*) e per ultimo la residenza in uno stato che preveda una tassazione assimilabile a quella italiana.

Come ultimo requisito abbiamo quello dell'esercizio effettivo di un'attività commerciale della società le cui azioni sono cedute⁴⁴, per un periodo di almeno tre anni dall'acquisto della partecipazione, il tutto con l'esplicita esclusione delle società immobiliari, con il proposito di evitare fenomeni elusivi come il conferimento di singoli beni aziendali in società di comodo e mero godimento, slegati quindi dalla nozione di azienda e di struttura produttiva. Questo requisito non sempre è facilmente riscontrabile in quelle società con carattere di *start up*. L'agenzia delle Entrate ha chiarito come tale carattere non integri la commercialità ma in alcuni casi, elencati a titolo esemplificativo e non tassativo, è stata equiparata l'attività preparatoria, seppur non seguita da una effettiva operatività, alla commercialità, come espresso, ad esempio, nella risposta all'interpello n. 354/2022, riguardante una *start up* nel campo dell'edilizia residenziale che a causa della crisi economica non aveva poi potuto dare seguito ai propri propositi imprenditoriali.

⁴² NICOLOSI, *Commercialità, attività preparatorie e start up nella Pex*, in *Il Fisco* n. 35, 2022, p.3333

⁴³ VIOTTO, *Il regime tributario delle plusvalenze su partecipazioni*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 153

⁴⁴ NICOLOSI, *Commercialità, attività preparatorie e start up nella Pex*, in *Il Fisco* n. 35, 2022, p.3332

In materia di Pex si ritiene opportuno discostarsi brevemente dall'oggetto specifico qui trattato per dare spazio all'analisi di un inedito e recente orientamento della Corte di Cassazione a proposito non solo delle conseguenze amministrative derivanti dall'elusione fiscale ma soprattutto ed in particolare delle conseguenze penali dell'indebito utilizzo del regime Pex: la Suprema Corte, nell'affrontare un'impugnazione avverso un provvedimento cautelare, ha infatti riconosciuto come l'utilizzo di tale regime in casi in cui non sia ricompreso e in combinatoria con comportamenti fraudolenti, come nel caso specifico, costituisca, in ordine crescente di gravità e multi lesività, il reato di dichiarazione infedele, *ex art. 4 d.lgs. 74/2000* e di dichiarazione fraudolenta semplice, *ex art. 3 d.lgs. 74/2000*(legge sui reati tributari)⁴⁵.

1.7 La tassazione dei dividendi dei soggetti Ires

Quest'ultima categoria, che andiamo ad analizzare su base soggettiva, ricomprende *ex art. 44 c.1 lett. e D.p.r. n° 917/1086* i proventi che siano contropartita di una partecipazione al capitale sociale o al patrimonio di enti e società in regime Ires⁴⁶.

Nell'introdurre questa categoria ricordiamo in prima battuta come non costituiscano utili le distribuzioni di riserve di capitale, siano esse sotto forma di beni o somme di denaro, e le ripartizioni di altre disponibilità come soprapprezzi di emissione delle quote, versamenti a fondo perduto o in conto capitale, saldi di rivalutazione monetaria e interessi di conguaglio. Si qualifica come utile e quindi come reddito di capitale il *surplus* che ecceda il costo fiscale della partecipazione, non essendo inquadrabile in altri redditi di natura finanziaria, ricompresi nei redditi diversi⁴⁷.

Secondariamente, non citiamo tra gli utili le eventuali variazioni di capitale adoperate attraverso riserve o altri fondi e quindi attraverso l'emissione o l'aumento del valore nominale delle azioni a titolo gratuito per i soci presenti. Costituiranno però utili i proventi distribuiti in riduzione del capitale esuberante, così come le somme ricevute in caso di recesso tipico (se svolto con modalità diverse produce redditi diversi), liquidazione concorsuale e non, esclusione del socio o riscatto delle azioni, nella parte in cui eccedano il prezzo di acquisto o la sottoscrizione delle quote o azioni venute poi meno⁴⁸.

⁴⁵ SANTORIELLO, *L'indebito ricorso alla Pex non è mera elusione ma evasione penalmente rilevante, nota a Cass., 20 maggio 2021, n° 20001, in Il Fisco, n° 25, 2021, p. 2479-2483*

⁴⁶ AA, VV, *Fisco 2022, Ipsa in pratica, Milano, Wolters Kluwer, 2022, p. 265*

⁴⁷ AA, VV, *Fisco 2022, Ipsa in pratica, Milano, Wolters Kluwer, 2022, p. 266*

⁴⁸ AA, VV, *Fisco 2022, Ipsa in pratica, Milano, Wolters Kluwer, 2022, p. 266*

La disciplina applicabile è riportata dall' articolo 89 c. 2 TUIR, il quale predispone che tali utili siano tassati per un ammontare pari al 5% e una conseguente esclusione pari al 95%. Non è prevista questa riduzione per le società residenti nei *tax haven* a cui si impone una tassazione integrale secondo la disciplina cfc cosa che avviene in egual misura anche per i soggetti che applicano i criteri Ias per la redazione del bilancio. Per gli enti non commerciali si applica una ritenuta del 26% su un ammontare del 100% degli utili (conseguiti a partire dal 1 gennaio 2017).

Questo regime di favore, previsto in una evidente ottica anti-doppia imposizione, non richiede alcuna condizione per essere applicabile: non è neppure necessario che i dividendi in questione siano già stati assoggettati ad imposizione.

Ulteriore fattore sicuramente positivo è quello per cui è ammessa, a differenza di quanto previsto per gli utili distribuiti a persone fisiche non esercenti attività d'impresa alla cui fattispecie agli occhi di chi scrive andrebbe invece estesa, la deduzione dei costi di gestione ordinaria delle partecipazioni, con l'esclusione invece di quelle non ordinarie, *ex art.* 109 c. 5-8 TUIR, come i costi relativi l'acquisto dell'usufrutto sulle partecipazioni o diritti similari, che però non trova applicazione per le operazioni di *venture capital*, in cui secondo quanto previsto dalla circolare n° 32/2004 di Assonime, non vi rientrerebbe la costituzione di usufrutto in cui non vi sia trasferimento di titolarità sui dividendi.⁴⁹

Infine, non è possibile, di regola, adottare il regime della trasparenza, sia per ovvie ragioni pratiche date dalla complessità delle strutture societarie sia per motivi prettamente giuridici riconducibili all'autonomia patrimoniale di queste società rispetto a soci e terzi.

Tuttavia, è possibile anche per le società di capitali adottare il regime in questione: gli articoli 115 e 116 d.p.r. 917/1986 prevedono la facoltà di imputare in capo ai soci il reddito prodotto dalla società, indipendentemente dall'effettiva percezione e in modo proporzionale alla quota detenuta. L'art. 115 richiama l'art. 73 c.1 lett. a per individuare i soggetti ammessi che si risolvono in società per azioni, società in accomandita semplice, società a responsabilità limitata, società cooperative e società di mutua assicurazione. Non è necessariamente richiesta la residenza nel territorio dello Stato a patto che le società richiedenti non siano soggette all'obbligo di ritenuta alla fonte per gli utili e soddisfino i requisiti previsti per le società residenti. Tali requisiti si concretizzano nella necessità che tutti i soci siano a loro volta Spa, S.r.l., Sapa e che ognuno abbia una quota di partecipazioni a cui corrisponda una percentuale di diritti di voto non inferiore al 10% e non superiore al 50%.

L'opzione della trasparenza non può esercitarsi se già si fruisce della riduzione dell'Ires e se sia stata esercitata l'opzione al consolidato nazionale e mondiale⁵⁰ sia come controllata che come controllante, essendo la coesistenza dei due regimi incompatibile.

⁴⁹ <http://claconsulting.it/wp-content/uploads/2018/03/Strumento-Cla-I-redditi-di-capitale.it>

⁵⁰ AA, VV, *Fisco 2022, Ipsa in pratica, Milano, Wolters Kluwer, 2022, p. 651*

1.8 La tassazione prevista per la categoria degli interessi

La disciplina prevista per gli interessi e gli altri rapporti derivanti da mutui o finanziamenti risulta essere speculare e metodologicamente allineata a quanto abbiamo visto sin ora per i dividendi.

Bisogna *in primis* specificare che nei redditi di capitale rientrano, secondo la ripartizione formulata dalla dottrina civilistica, seppur non unanime, a) gli interessi corrispettivi, b) gli interessi di mora solo se maturati su crediti appartenenti a questa categoria reddituale; sono invece esclusi gli interessi da dilazione e compensativi, questi ultimi definiti nella importante sentenza della Corte di Cassazione 761/1959 e confermati dal filone successivo sviluppatosi negli anni come gli interessi che non costituiscono nuova ricchezza, avendo funzione risarcitoria di un patrimonio andato distrutto.

Occorre innanzitutto circoscrivere il perimetro di questa categoria in cui, secondo la suddivisione bipartita, rientrano *ex art. 44 TUIR* una serie di redditi differenti:

1. i mutui
2. mutui di titoli garantiti
3. i depositi o conti correnti
4. obbligazioni, titoli simili alle obbligazioni e cd. Titoli atipici (ad esempio obbligazioni indicizzate⁵¹, convertibili, *zero coupons bond*⁵², *drop locks bond*⁵³, obbligazioni con *warrant*⁵⁴, obbligazioni a rata costante⁵⁵)
5. *peer to peer lending*⁵⁶ (nel caso in cui si tratti di prestiti erogati mediante piattaforme per soggetti finanziatori non professionali)
6. rendite perpetue
7. fondi comuni d'investimento
8. associazioni in partecipazione (se non si tratta di mere prestazioni di lavoro)
9. fideiussioni o altre garanzie (pegno, ipoteca, anticresi, avallo)
10. gestione di masse patrimoniali

⁵¹ Prevedono una maggiore remunerazione in funzione di contrasto all'inflazione.

⁵² Titolo di credito emesso a valore nominale in cui sono conteggiati indici di rendimento, non prevedendo interessi che sono compresi nello scarto d'emissione.

⁵³ Obbligazioni a tasso variabile con la previsione di una clausola per cui vi sia conversione automatica a tasso fisso nel momento in cui il rendimento sia pari o inferiore a rendimento modello.

⁵⁴ Obbligazioni a cui si accompagna la facoltà di sottoscrivere ulteriori azioni o obbligazioni della medesima società o di altre.

⁵⁵ Prevedono un incasso che prescinde dalle oscillazioni dei tassi d'interesse.

⁵⁶ AA, VV, *Fisco 2022, Ipsa in pratica, Milano, Wolters Kluwer, 2022, p. 268*

11. pronti contro termine e riporti
12. polizze vita
13. benefici economici dei trust
14. pensioni e rendite da vitalizio
15. altri interessi derivanti da altri impieghi di capitale (norma di chiusura)⁵⁷

Gli interessi prodotti da queste fonti scontano per lo più (per i rendimenti pensionistici è pari al 20%) un'imposizione con aliquota al 26%, a meno che non si tratti, similmente a quanto previsto per i dividendi, di interessi prodotti da obbligazioni e da titoli di debito pubblico (italiani e/o di stati che garantiscano, attraverso un adeguato scambio di informazioni, l'efficacia della tassazione) ed equiparati. Costituisce una particolarità l'aliquota prevista per i titoli di risparmio per l'economia meridionale (cd. Trem bond) pari al solo 5%. Sono del tutto esenti quelli frutto di Piani di risparmio a lungo termine (Pir)

Il prelievo è attuato attraverso un prelievo sostitutivo a titolo di acconto se il soggetto passivo è un'impresa mentre è a titolo di imposta se il soggetto percettore è una persona fisica non esercente attività d'impresa.

Quanto detto finora circa questi regimi impositivi è ovviamente appannaggio dei redditi prodotti da società non residenti in paesi a fiscalità privilegiata, nel il cui caso è invece prevista una tassazione integrale, come nel caso dei trust esteri "opachi" per i quali i beneficiari italiani non siano in grado di distinguere i proventi appartenenti al patrimonio o al reddito del trust.

⁵⁷ FALSITTA, *Manuale di Diritto Tributario - Parte speciale, XI ed.*, Milano, Wolters Kluwer, 2016, p. 198

Capitolo II – Il regime fiscale dei dividendi e degli interessi in ambito intra UE

1.1 Il sistema delle fonti del diritto europeo

Riprendendo quanto detto nella premessa di questa trattazione, la realtà economica, politica e sociale contemporanea, frutto di un'evoluzione iniziata nel secolo scorso, ha raggiunto una condizione pienamente interconnessa e globalizzata. I risultati di questo fenomeno sono pienamente visibili all'interno della dimensione europea, che ha anzi probabilmente anticipato i tempi.

Si può affermare, quindi, che la nascita di una organizzazione e di un soggetto politico sovranazionale come l'Unione Europea sia stata favorita da questo contesto, oltre che dal ricordo ancora fresco di quanto prodotto dai due conflitti mondiali nel continente europeo.

Il processo che ha portato alla nascita dell'Unione Europea, facendo un rapido recap storico, ha preso piede a partire dall'ideazione, da parte di Italia, Francia, Germania e del cd. Benelux, della Comunità del Carbone e dell'Acciaio con il Trattato di Parigi del 1951, si è poi consolidata con la creazione della Comunità Economica Europea e dell'Agenzia per l'energia atomica Euratom con i Trattati di Roma del 1957 e, infine, con il trattato di Maastricht si è giunti alla costituzione dell'Unione Europea, in un lungo ma dinamico processo che non ha avuto solamente sviluppi politici ma che ha conseguentemente portato anche alla creazione del mercato unico europeo e pertanto, in un'ottica di regolazione e tutela della libera concorrenza, anche di una normativa nuova, da porre in relazione con gli ordinamenti interni dei singoli stati membri. Questo rapporto ha portato alla stratificazione del sistema delle fonti al cui vertice, ad eccezione dei principi costituzionali supremi teorizzati nella famosa sentenza Tesouro del 2014, troviamo le norme contenute nei Trattati, quelle ricavabili nei principi generali del diritto e le altre norme primarie situate nelle fonti del diritto dell'Unione⁵⁸. Possiamo quindi affermare che, partendo da un progetto di sviluppo delle interazioni economico commerciali tra i primi stati fondatori si sia poi giunti, come in realtà già si prevedeva ed auspicava sin dall'inizio, a una caratterizzazione pienamente politica e giuridica. Tale organizzazione è stata resa possibile attraverso un'organizzazione "costituzionale", (seppur ricordiamo non essere mai entrata in vigore la Costituzione per L'Europa in seguito ai referendum contrari in Francia e Paesi Bassi) realizzata anche con fonti ,come gli accordi con stati terzi , non ascrivibili alla mera distinzione tra diritto derivato e diritto primario, questo ultimo identificabile nei tre Trattati fondamentali ossia il Trattato sull' Unione Europea, il Trattato sul Funzionamento dell'

⁵⁸ ADAM, TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione Europea, II ed., Torino, Giappichelli, 2017, p. 138*

Unione Europea e il Trattato di Nizza, entrato in vigore nel 2003 con lo scopo di regolare l'ampliamento del numero di stati membri, aumentato in seguito alla fine della Guerra Fredda e della caduta del comunismo nel blocco orientale, con gli stati che erano, all'epoca, pronti ad aprirsi al capitalismo e al mercato unico. Questi Trattati hanno poi subito una profonda riforma con il Trattato di Lisbona del 2007, il cui obiettivo principale era la revisione di alcuni aspetti istituzionali. Nel diritto primario possiamo annoverare anche, con una rilevanza tutt'altro che secondaria⁵⁹, i Protocolli, con cui si persegue a volte la finalità di non appesantire eccessivamente il contenuto dei trattati, altre volte di disporre discipline transitorie, o ancora, per introdurre regolazioni differenziate per i singoli stati membri rispetto determinati settori di competenza dell'Unione.⁶⁰ Conservano lo stesso valore giuridico del trattato a cui fanno riferimento, così come previsto dall' art. 51 TUE. Nel Trattato sull'Unione troviamo anche un esplicito riferimento ai Principi generali del diritto, elaborati però per lo più dalla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, le cui funzioni primarie sono l'integrazione delle lacune fisiologiche circa il funzionamento ordinamentale dell'Unione e la tutela dei diritti fondamentali della persona umana. In un'ottica di rispetto dei diritti umani si pone anche la Carta dei diritti fondamentali dell'uomo (cdfue), con cui l'Unione si è dotata di uno strumento in linea con quanto previsto dalla CEDU, a cui già faceva riferimento con l'articolo 6 del TUE, ma a carattere autonomo, elaborata attraverso una procedura speciale mai utilizzata prima con un organo creato *ad hoc*, chiamato Convenzione e rappresentativo delle istituzioni nazionali ed europee e non frutto di trattative intergovernative, con cui sono stati codificati quei diritti che erano stati elaborati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia in più fasi riconducibili alle singole sentenze, in ordine cronologico, "*Stouder*", "*Internationale handelqesekkschaf*", "*Rutili*" e ,per ultima, "*Nold*" e nella carta così riportati e suddivisi in sei titoli riconducibili ai superprincipi:

- Dignità (artt. 1-5)
- Libertà (artt. 6-19)
- Eguaglianza (artt. 20-26)
- Solidarietà (artt. 27-38)
- Cittadinanza (artt. 39-46)
- Giustizia (artt. 47-50)

Per quanto riguarda, invece, il diritto derivato si fa riferimento alla produzione normativa delle istituzioni, i cui atti adottabili indicati dall'art. 288 TFUE, sono regolamenti, direttive e decisioni,

⁵⁹ ADAM, TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione Europea, II ed., Torino, Giappichelli, 2017, p. 139*

⁶⁰ ADAM, TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione Europea, II ed., Torino, Giappichelli, 2017, p. 139*

privi di ordine gerarchico tra di loro e tutti caratterizzati da differenti specificità: il regolamento ha portata generale, è obbligatorio e direttamente applicabile nell'ordinamento di ogni singolo paese, nel senso di poter produrre situazioni giuridiche soggettive in capo ai privati, sia nei rapporti orizzontali con altri privati che in rapporti verticali con lo stato.⁶¹ La direttiva è vincolante solo limitatamente al fine da raggiungere ma il mezzo è costituito dal provvedimento deciso da ogni singolo stato. Queste norme non possono produrre diritti individuali da esercitare verso altri privati ma solo esercitabili nei confronti dello stato, anche qualora questi non abbia proceduto a trasporre il contenuto nel proprio ordinamento. La decisione condivide con il regolamento il carattere dell'obbligatorietà ma è direttamente efficace all'interno dei membri a seconda che abbia carattere generale o individuale.

Per concludere questa breve analisi delle fonti del diritto UE dobbiamo citare anche gli altri atti tipici, previsti quindi dai trattati, e gli atti atipici, frutto della prassi delle istituzioni.

Appartengono indubbiamente alla prima categoria, ex art. 288 TFUE, i pareri e le raccomandazioni mentre sempre più spesso la Commissione e il Consiglio ricorrono a strumenti non codificati nei trattati come conclusioni o risoluzioni.

1.2 Le competenze dell'Unione Europea in materia tributaria

Per quanto concerne le tematiche di nostro interesse, non è pienamente lecito affermare che nei Trattati siano contenute disposizioni direttamente applicabili al diritto tributario, di competenza in verità dei singoli stati, ma che ciò sia possibile solo in via indiretta⁶², attraverso l'applicazione di quelle libertà cardine del sistema europeo la cui applicazione può estendersi anche alla materia fiscale, come il principio di proporzionalità, del contraddittorio, della non discriminazione irragionevole in base alla nazionalità (art. 18 TFUE) e, di particolare attenzione ai nostri fini, il principio di libera circolazione dei capitali,(8 art. 63 TFUE), che, diversamente da quanto avviene negli altri casi citati, non è riservato solo ai cittadini europei ma è rivolto , in via oggettiva, anche nei rapporti tra paesi membri e paesi terzi⁶³ che tipicamente le previsioni e normative fiscali dei singoli paesi, più o meno in mala fede, rischiano di comprimere e compromettere.

Molto "inflazionate" risultano essere, invece, le norme comunitarie derivate, consistenti in regolamenti (direttamente applicabili) e direttive (non applicabili direttamente) non solo in ambito tributario *stricto sensu*, come nel caso dell'Iva, tributo tipicamente armonizzato, ma anche e

⁶¹ ADAM, TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione Europea, II ed., Torino, Giappichelli, 2017, p.172*

⁶² MARCHESELLI, DOMINICI, *Giustizia tributaria e diritti fondamentali, Torino, Giappichelli, 2016, p. 11*

⁶³ TESAURO, *Compendio di dir. Trib. VIII ed., Milano, Utet, p. 529*

soprattutto in materia doganale, dove la creazione dell'unione doganale, attraverso l'adozione di un codice doganale unico⁶⁴(Reg. Cons. 2913/92, poi modificato dal Reg. 450/2008), ha abolito i dazi tra paesi membri e sviluppato una tariffa doganale comune nei confronti dei paesi terzi, rendendo evidente come il diritto interno abbia ormai un ruolo sempre più recessivo e residuale⁶⁵.

Tornando alla libera circolazione dei capitali, che tra le tante libertà previste dai trattati, risulta essere forse quella di maggior interesse ai fini di questa ricerca, occorre evidenziare come questa vada a distinguersi e ad occupare un altro spazio di influenza rispetto alla libertà di stabilimento, fondando la differenza sulla base del fatto che i capitali presi in considerazione, sotto forma di dividendi, siano espressione di partecipazioni possedute a mero fine d'investimento⁶⁶ e che non facciano riferimento a quote tali da implicare una “sicura influenza”⁶⁷ sulla società del caso.

A conferma di quanto detto finora e di quanto affermato circa l'incompatibilità di tali libertà con le norme interne dei singoli paesi, con fini più o meno “protezionistici”, è possibile fare riferimento a una serie di sentenze della Corte di Giustizia, che in ambito fiscale e non, svolge un importante ruolo di armonizzazione tra i vari ordinamenti, tra cui è indubbiamente necessario citare la sentenza Verkoojen, c- 35/98, dove è stato scolpito il principio per cui trattamenti di favore basati sul principio di residenza e stabilimento nello stato legislatore non sono ammissibili e non è quindi possibile attuare discriminazioni tra i dividendi in uscita e in entrata rispetto a quelli interni in cui sia la società che distributrice che il contribuente percettore sono residenti e che pertanto risulta essere esemplificativa e che riprenderemo anche successivamente.

Anche in riferimento a quanto appena detto, è opportuno quindi evidenziare il ruolo della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, che attraverso la propria giurisprudenza sta portando avanti una parallela iniziativa di armonizzazione tra gli ordinamenti fiscali dei paesi membri, anche laddove non vi siano specifiche norme di matrice legislativa.⁶⁸

Parlando di Giurisprudenza occorre però evidenziare che se da una parte la Corte di Giustizia UE e anche la nostra Corte costituzionale si coadiuvano, dall'altra vi sono altre corti supreme in Europa che, pur appartenendo a stati che hanno avuto un ruolo di traino per il progetto europeo, sembrano tirare verso un'altra direzione: è il caso della Corte Costituzionale Federale Tedesca che, in seguito al Trattato di Lisbona ha mutato il proprio orientamento storico, affermando come il diritto UE non costituisca un ordinamento a se stante ma piuttosto il frutto di una concessione degli stati membri su determinate aree del diritto mentre su altre ritenute maggiormente sensibili⁶⁹, tra cui quella tributaria

⁶⁴ FALSITTA, *Manuale di dir. Trib. -parte speciale*, XI ed., Assago, Wolters Kluwer, Padova, Cedam, 2016, p. 1207

⁶⁵ MARCHESELLI, MARONGIU, *Lezioni di dir. Trib.*, V ed., Torino, Giappichelli, 2018, p. 26

⁶⁶ TESAURO, *Compendio di dir. Trib.* VIII ed., Milano, Utet, p. 529

⁶⁷ TESAURO, *Compendio di dir. Trib.* VIII ed., Milano, Utet, p. 529

⁶⁸ CORDEIRO GUERRA, *Diritto tributario internazionale*, II ed., Milano, Wolters Kluwer, 2016, p. 185

⁶⁹ CORDEIRO GUERRA, *Diritto tributario internazionale*, II ed., Milano, Wolters Kluwer, 2016, p. 186

e finanziaria, sono gli stati ad avere l'ultima parola. Bisogna però dire che successivamente la Corte tedesca è tornata su più miti consigli, in particolare nella sentenza *Mangold/Honeywell*, dove si è affermato che comunque il diritto interno debba necessariamente approcciarsi in modo "amichevole" agli atti giurisprudenziali e normativi unionali, considerato che questi possiedono un primato sugli ordinamenti nazionali.

Parlando di diritto tributario dell'Unione occorre poi effettuare una distinzione: infatti, con tale espressione indichiamo sia le norme emanate direttamente dagli organi dell'Unione, con lo scopo di armonizzare tra loro gli ordinamenti dei singoli stati membri, sia le norme volte a disciplinare l'apporto di risorse finanziarie proprie per assicurare la sostenibilità del bilancio dell'Unione Europea stessa, che ha tra i propri obiettivi l'autosufficienza finanziaria.

Alla prima coorte di norme facciamo riferimento quando prendiamo in considerazione l'articolo 113 del TFUE, in cui si afferma la competenza del Consiglio, su iniziativa della Commissione e con il parere del Parlamento e del Comitato economico sociale, attraverso l'emanazione di direttive all'unanimità, nell'armonizzazione delle legislazioni nazionali in materia di imposte indirette. In questo contesto sono state adottate direttive in materia di accise, iva e capitali.

Sicuramente ci interessa evidenziare in particolare l'armonizzazione avvenuta in materia di capitali e nello specifico di raccolta di capitale: è infatti stata prevista, con la direttiva 69/335 CE, abrogata e sostituita poi dalla 2008/7 CE, un'unica imposta sui conferimenti e inoltre uniformi aliquote in favore di operazioni societarie predeterminate, il tutto con lo scopo *in primis* di rendere effettivi il mercato unico europeo e la concorrenza e *in secundis* di diminuire, fino ad eliminare completamente, le imposte indirette sulle società.⁷⁰

Per quanto riguarda le imposte dirette, invece, come abbiamo detto l'UE non ha alcuna competenza a norma di Trattati. Tuttavia, *ex artt.* 114 e 115 TFUE le è possibile attuare un'armonizzazione parziale anche in questo campo: ciò è avvenuto nel caso della direttiva volta a favorire la cooperazione e la mutua collaborazione tra le autorità fiscali del 1977 o più di recente e da un punto di vista più sostanziale con le direttive, che saranno il *focus* principale di questo capitolo e di tutta la trattazione, in materia di utili e interessi di imprese legate e residenti in stati diversi. Questi ultimi due interventi sono entrambi riferibili alla fiscalità di *holding* e gruppi in ambito transfrontaliero.⁷¹

Rileva inoltre, anche in vista di quanto approfondiremo nel prossimo capitolo a proposito della disciplina prettamente internazionale ed extra UE, mettere in luce il problema della convivenza tra i trattati internazionali stipulati dal nostro paese, anche e soprattutto in materia tributaria, con gli obblighi assunti a livello europeo. La teoria con cui si è data soluzione a questo tema prevede che le

⁷⁰ FALSITTA, *Manuale di dir. Trib. -parte speciale*, XI ed., Assago, Wolters Kluwer, Padova, Cedam, 2016, p. 1213

⁷¹ TESAURO, *Compendio di dir. Trib. VIII ed.*, Milano, Utet, p. 535

disposizioni contenute nelle fonti pattizie debbano conformarsi a quanto previsto nelle fonti di diritto UE, ricoprendo le prime un ruolo gerarchico inferiore rispetto alla Costituzione, e di conseguenza, inferiore anche rispetto le disposizioni previste nelle fonti dell'Unione Europea.⁷² Ciò comporterà la disapplicazione delle suddette norme pattizie in favore di quelle europee.

Un esempio calzante di quanto appena affermato è quello in materia tributaria di Doppia imposizione⁷³, al cui riguardo la Corte di Lussemburgo si è pronunciata chiaramente, nelle sentenze *Denkavit* (c-170/05) e *Amurta* (c- 379/05) nel senso di non rendere lecito il richiamo di uno stato ad una convenzione contro le doppie imposizioni per non rispettare quanto previsto dai trattati. Quanto detto vale, in realtà, non solo limitatamente alle convenzioni contro le doppie imposizioni in campo fiscale ma per tutto il diritto internazionale, che non può prevaricare i principi Generali del diritto europeo. Tale procedimento rientra nel discorso più ampio riguardante il rapporto tra diritto interno e diritto unionale che si può così riassumere: “ *Di fatto, dunque, per uno Stato, come il nostro, membro dell’Unione, la ricerca della disciplina applicabile tanto a fattispecie interne, quanto a fattispecie con elementi di estraneità non può che partire dal riferimento al diritto dell’ Unione Europea, del tutto preminente come si è visto, per poi valutare se ed in che misura norme interne o pattizie possano con esso coordinarsi nel dettare la regolamentazione complessiva della fattispecie medesima* ”⁷⁴.

Tale rapporto presenta poi delle peculiarità nel campo fiscale, in cui la competenza degli stati risulta ancora preminente seppur sempre più in recessione rispetto la normativa e soprattutto la produzione giurisprudenziale della Corte di Giustizia dell’Unione Europea, come dimostrato da recenti situazioni in cui è stato il legislatore nazionale ad adeguarsi alle interpretazioni fornite dalla Corte di Lussemburgo, con il risultato, a volte, di ottenere un effetto paradossale per cui la disciplina interna è risultata essersi cristallizzata su una determinata pronuncia non potendosi poi più conformare ai successivi e magari diversi orientamenti giurisprudenziali della stessa, se non in forza di altri provvedimenti legislativi, come avvenuto in materia di plusvalenze latenti appartenenti a società italiane che avessero voluto poi trasferire la residenza fiscale all’estero: il TUIR prevedeva, infatti, l’imposizione completa delle suddette plusvalenze ma ciò ovviamente contrastava con la libertà di stabilimento e movimento dei capitali. Il Parlamento ha quindi legiferato in accordo con i principi espressi dalla Corte di Giustizia UE nella sentenza *National Grid Indus BV* (c- 371/109) e solo successivamente ci si è resi conto che tale decisione e normazione presentavano evidenti limiti che sono poi stati, per l’appunto, ridisegnati e modificati con il decreto legislativo n. 147/2015.⁷⁵

⁷² CORDEIRO GUERRA, *Diritto tributario internazionale, II ed.*, Milano, Wolters Kluwer, 2016, p. 190

⁷³ CORDEIRO GUERRA, *Diritto tributario internazionale, II ed.*, Milano, Wolters Kluwer, 2016, p. 191

⁷⁴ CORDEIRO GUERRA, *Diritto tributario internazionale, II ed.*, Milano, Wolters Kluwer, 2016, p. 191

⁷⁵ CORDEIRO GUERRA, *Diritto tributario internazionale, II ed.*, Milano, Wolters Kluwer, 2016, p. 192

La questione fondamentale trattata in quest'ultima sentenza riguardava l'eventuale incompatibilità con la libertà di stabilimento della *exit tax* olandese sul trasferimento della sede di una società dai Paesi Bassi al Regno Unito. La Corte ha fornito una pronuncia positiva in questo senso, riscontrando tale incompatibilità con l'art. 49 TFUE, con cui è disciplinata la libertà di stabilimento. I principi elaborati dalla Corte di Lussemburgo sono riassumibili nel fatto che 1) uno stato membro sulla base della territorialità e residenza del contribuente nello stato in cui si originano le plusvalenze, possa tassare tali profitti senza incorrere in violazioni *ex* articolo 49 TFUE ma che 2) sulla base di tale presupposto non si possa attuare una riscossione immediata nel momento in cui il contribuente sposti la propria sede o residenza in altro stato membro, riscontrandosi anche una violazione del principio di proporzionalità rispetto la finalità dello stato in questione di evitare fenomeni evasivi, dovendosi quindi, da parte di questi, attendersi l'effettivo realizzo della plusvalenza⁷⁶.

Ricordiamo che la Corte di Giustizia UE si era già espressa su questo principio in precedenza, in particolare con la sentenza *De Lasteyrie du Sallant (c-9/02)* in cui ci si poneva il medesimo problema circa la tassazione delle plusvalenze mobiliari in caso di trasferimento, nel caso concreto dalla Francia al Belgio. Per la Corte, tale normativa non esprimeva direttamente il divieto di trasferimento all'estero ma nei fatti poneva delle condizioni e conseguenze tali da rendere tale spostamento antieconomico e sfavorevole rispetto al contribuente nella medesima situazione ma ancora residente sul territorio della Repubblica Francese.⁷⁷ Sempre su questa linea, in materia di interpretazione del principio di libertà di stabilimento, si è posta la sentenza c-470/04, in questo caso relativamente la legislazione fiscale olandese.

2.1 La nozione di doppia imposizione (internazionale)

Una volta affrontate le questioni e dinamiche introduttive riguardanti il sistema delle fonti e delle competenze dell'Unione Europea, è il momento di spostare l'attenzione su una delle tematiche cardine di questa trattazione ovvero il problema della Doppia imposizione, che affligge inevitabilmente la materia fiscale nel momento in cui intervengono più ordinamenti all'interno del medesimo rapporto tributario ma che si presenta anche nelle situazioni meramente interne, in particolare nel caso della tassazione operata sia sugli organismi societari che sui soci stessi di questi ultimi, come del resto abbiamo già potuto osservare.

⁷⁶ VALENTE, ALAGNA, *La sentenza National Grid Indus BV: l'exit tax nel caso di trasferimento all'estero*, in *Il Fisco*, I, n.20, 2012 p. 3120

⁷⁷ VALENTE, ALAGNA, *La sentenza National Grid Indus BV: l'exit tax nel caso di trasferimento all'estero*, in *Il Fisco*, I, n.20, 2012 p. 3113

Per evitare e risolvere tale dinamica sono stati approntati sistemi diversi, a livelli diversi e con risultati diversi.

In ambito europeo a tal proposito esiste un vero e proprio divieto di doppia imposizione, sempre sulla scorta di quanto visto finora, con l'obiettivo specifico di tutelare e favorire il mercato unico e le libertà fondamentali ad esso rivolte. Resta fermo, tuttavia, il fatto che tra i principi previsti a livello europeo, il divieto di Doppia imposizione sia tra i più volatili e per bocca degli stessi organi giurisdizionali, uno dei più incerti.⁷⁸

Prima di approfondire questo settore del diritto è però necessario partire dalla definizione di Doppia imposizione, in particolare quella data in ambito internazionale e di conseguenza europeo.

Inquadrare questa nozione, che ha una mera funzione descrittiva, non è semplice come potrebbe apparire ed infatti molti giuristi e studiosi, tra cui citiamo il Professor Victor Uckmar e il Professore Augusto Fantozzi, si sono cimentati in questo esercizio. Non è facile inquadrarla in quanto viene chiamata in causa per situazioni distinte sia da un punto di vista territoriale, sia dal punto di vista se si tratti di imposizione diretta o indiretta, su tributi armonizzati o meno, o ancora se si tratti di Doppia imposizione semplice o confiscatoria⁷⁹, ossia l'imposizione che comporta un onere fiscale, dovuto molto spesso ai tributi complementari previsti negli ordinamenti federali, così gravoso, soprattutto per quei soggetti che hanno ridotti margini di profitto, da comportare una diminuzione del patrimonio del contribuente, in barba a qualsiasi principio costituzionale in materia di tutela della proprietà privata, presente non solo nell' art. 42 della nostra Costituzione ma anche, ad esempio, nell'art. 26 della Costituzione federale elvetica.

La dottrina attualmente ha elaborato cinque criteri e requisiti la cui presenza sarebbe necessaria per il configurarsi di Doppia imposizione internazionale⁸⁰, intesa quale giuridica e non economica (questa si avrebbe nel caso in cui l'imposizione fosse in capo a soggetti diversi ma con presupposto la medesima espressione di capacità contributiva)⁸¹. Questi cinque requisiti sono:

- i. Applicazione di imposte comparabili e similari
- ii. Applicate da almeno due ordinamenti espressione di stati sovrani e indipendenti
- iii. Nei confronti del medesimo soggetto passivo, è richiesta l'identità soggettiva
- iv. Per il medesimo presupposto
- v. Per il medesimo periodo d'imposta

⁷⁸ TRAVERSA, https://dial.uclouvain.be/pr/boreal/object/boreal%3A142713/datastream/PDF_01/view, P. 327

⁷⁹ TRAVERSA, https://dial.uclouvain.be/pr/boreal/object/boreal%3A142713/datastream/PDF_01/view, P. 328

⁸⁰ UCKMAR, CORASANITI, DE CAPITANI DI VIMERCATE, CORRADO OLIVA, *Diritto tributario internazionale: manuale, II ed.*, Padova, Cedam, 2012, p. 45

⁸¹ UCKMAR, CORASANITI, DE CAPITANI DI VIMERCATE, CORRADO OLIVA, *Diritto tributario internazionale: manuale, II ed.*, Padova, Cedam, 2012, p. 46

Ulteriore requisito richiesto è che la somma degli importi dovuti a più stati non sia pari o inferiore a quello che sarebbe l'importo dovuto ad un singolo stato.

Può anche accadere però che si abbia tale fenomeno non solo nel caso in cui la base imponibile sia colpita su rilievo di una medesima fattispecie ma anche su indicazione di due o più presupposti diversi, così come può essere “presa di mira” non solo la ricchezza di un singolo contribuente ma anche di due soggetti diversi che abbiano tra loro una relazione, o meglio, un rapporto obbligatorio come quello che intercorre tra debitore e creditore⁸².

2.2 I fenomeni all'origine della Doppia imposizione e i criteri di collegamento

La doppia imposizione può verificarsi per più cause differenti e soprattutto in relazione a qualsiasi tipologia di imposta, sia dirette che indirette, sebbene la maggior parte di convenzioni contro questo fenomeno sia riferita alle sole imposte che colpiscono la ricchezza nel momento in cui è prodotta e non per quelle che la ricchezza la colpiscono nel momento in cui viene spesa. Tuttavia, è bene ricordare che effettivamente nella gran parte dei casi questa situazione viene alla luce per le imposte dirette sul patrimonio e sul reddito, poiché i criteri di collegamento territoriale previsti dagli ordinamenti statali vanno a sovrapporsi relativamente la medesima fattispecie.

Perché si abbia Doppia imposizione, come abbiamo detto, è necessario che i criteri di collegamento per l'imposizione, stabiliti da due differenti entità statali indipendenti, si intersechino in funzione di assoggettamento della medesima espressione di ricchezza.

Analizzare questi criteri di collegamento ha una grande importanza anche in considerazione dell'argomento oggetto del nostro interesse: infatti, questa problematica si riscontra a livello europeo e quindi di giurisprudenza europea, nell'ambito della tassazione di dividendi e interessi, in quanto, per i primi, così come avviene nelle fattispecie meramente interne, l'utile è tassato sicuramente in capo alla società, e di conseguenza la tassazione in capo al socio deve essere attentamente ponderata o eventualmente esclusa.

A livello internazionale e conseguentemente europeo i criteri per individuare le fattispecie tassabili da un ordinamento statale sono previsti nelle cd. *source rules*, a cui si contrappongono le *tax rules*

⁸² TRAVERSA, https://dial.uclouvain.be/pr/boreal/object/boreal%3A142713/datastream/PDF_01/view, P. 329

con cui viene individuato il regime impositivo.⁸³ Questa suddivisione di origine anglosassone non è però del tutto applicabile all'Italia⁸⁴.

Questi criteri possono essere circoscritti a due categorie: uno basato sulla natura personale del possibile contribuente e l'altro sulla base di un legame oggettivo con lo stato possibile impositore. Il primo criterio appartenente alla prima categoria, adottato negli stati con una tassazione personale evoluta, è quello del *Worldwide Principle*, dove, per l'appunto, vengono tassati tutti i redditi ovunque prodotti da quei soggetti che abbiano con lo stato in questione un collegamento personalistico e che pertanto abbiano anche un obbligo di contribuzione nei confronti della collettività che lo compone. Questo collegamento si concretizza, di norma, nella residenza del soggetto contribuente, scelta favorita anche dal fatto che si ritenga possa esistere una sola residenza legale o che comunque nei rari casi di doppia residenza sia comunque possibile una riduzione ad un'unica residenza ai fini dell'imposizione con l'utilizzo delle *tie-breaker rules*.⁸⁵

In Italia ricordiamo che la residenza fiscale è regolata dall'articolo 2 TUIR, limitatamente alle persone fisiche, per cui si ha residenza nel caso in cui per la parte maggiore del periodo d'imposta, pari a 183 giorni anche non continuativi, la persona in questione⁸⁶:

- Sia iscritta in un'anagrafe di un comune italiano
- Abbia il domicilio, ossia la sede principale degli affari e interessi, in Italia
- Abbia la dimora abituale in Italia

Per le persone giuridiche, invece, la residenza in Italia si ha nel caso in cui per la maggior parte del periodo d'imposta sia situata nel nostro paese:

- La sede legale
- La sede dell'amministrazione
- L'oggetto principale dell'attività, inteso *ex art. 73 c.4*, come *l'attività essenziale per realizzare direttamente gli scopi primari indicati dalla Legge, dall'atto costitutivo ovvero dallo statuto* (questi ultimi due rilevano solo se nelle forme dell'atto pubblico o scrittura privata autenticata).

Il secondo criterio invece, chiamato anche *source principle*, viene in rilievo solitamente quando non sia possibile utilizzare il primo o quando lo stato in questione sia tra quelli che adoperano un sistema di imposizione a carattere reale o cedolare, e prevede che la tassazione avvenga sulla base

⁸³ CORDEIRO GUERRA, *Diritto tributario internazionale, II ed.*, Milano, Wolters Kluwer, 2016, p. 41

⁸⁴ CORDEIRO GUERRA, *Diritto tributario internazionale, II ed.*, Milano, Wolters Kluwer, 2016, p. 41

⁸⁵ CORDEIRO GUERRA, *Diritto tributario internazionale, II ed.*, Milano, Wolters Kluwer, 2016, p. 43

⁸⁶ MARCHESELLI, MARONGIU, *Lezioni di dir. Trib.*, V ed., Torino, Giappichelli, 2016, p. 215

di un collegamento di natura oggettiva che si concretizza nella identità tra il territorio dello stato e il territorio in cui viene prodotto il reddito⁸⁷.

Questo criterio presenta degli elementi positivi come la semplicità con cui opera nell'individuazione dello stato competente o come la chiarezza della *ratio* sottostante l'imposizione ossia l'utilizzo delle infrastrutture, dei servizi e di altre utilità messe a disposizione dall'entità statale anche grazie ai proventi del fisco.

Vi sono però anche degli elementi di sfavore, che vengono in rilievo soprattutto considerando la materia specifica che stiamo analizzando e cioè dividendi, interessi ma anche *royalties* e altri strumenti immateriali, per cui non è sempre agevole risalire allo stato in cui hanno avuto origine.⁸⁸

Per concludere il discorso riguardo questi due criteri può essere utile osservare come nel corso del tempo si sia dibattuto circa la migliore efficacia dell'uno o dell'altro.

Infatti, su questo tema si è sviluppato un dibattito sin dall'Ottocento con, in particolare, un notevole contributo della dottrina tedesca fieramente divisa tra i sostenitori del *Worldwide Principle*, o meglio nello specifico *Welteinkommen*, con capofila Wagner e coloro che invece sostenevano il *Territorialatatsprinzip*, come Von Schanz, sulla base del fatto che il primo criterio avrebbe comportato anche la tassazione di soggetti che non avevano ricevuto alcuna utilità dallo stato, in termini di servizi e strutture.

Questa opposizione teorica tra studiosi è proseguita nel corso del Novecento sino ad arrivare ai giorni nostri dove, anzi, il dibattito si è fatto più serrato per via degli sviluppi globali dell'economia con la nascita e affermazione di gruppi multinazionali, la cui novità e strutturazione ha comportato necessariamente delle riflessioni e una generale rivisitazione di principi e criteri, come abbiamo appena visto, così risalenti nel tempo.

Questa problematica si è fatta sempre più contingente nell'ambito dei grandi gruppi *cross-border* attivi nel campo del digitale e della tecnologia dematerializzata quali ad esempio Google. Proprio partendo da questa azienda e dalla questione da essa sollevata presso la Corte di Giustizia UE, attraverso un rinvio pregiudiziale del giudice *a quo*, è possibile esaminare le soluzioni suggerite dall'Avvocato Generale Kokott, che danno una panoramica di quali potrebbero essere gli sviluppi in tema di criteri di collegamento con riferimento a questi giganti del web. L' A.G. Kokott nel suo intervento presso la corte nella causa *Google Ireland Limited (C-482/18)* suggerisce di rendere lecita l'imposizione di uno stato membro, in questo caso l'Ungheria, nei confronti di un'azienda che

⁸⁷ UCKMAR, CORASANITI, DE CAPITANI DI VIMERCATE, CORRADO OLIVA, *Diritto tributario internazionale: manuale, II ed.*, Padova, Cedam, 2012, p. 47

⁸⁸ CORDEIRO GUERRA, *Diritto tributario internazionale, II ed.*, Milano, Wolters Kluwer, 2016, p. 43

pur non avendo con essa connessione territoriale, neanche attraverso una stabile organizzazione, svolga però un'attività dematerializzata nella lingua ufficiale del paese membro sulla base di un *genuine link*⁸⁹.

Il modo in cui l'A.G. declina questo termine è lodevole per la volontà di porre una soluzione alla difficile attribuzione di potestà impositiva verso questi soggetti multinazionali ma risulta essere debole nel considerare la sussistenza di questo *link* nel solo utilizzo della lingua oltre che forse troppo *tranchant* con quello che si era inteso fino a quel momento, ossia una declinazione del concetto di stabile organizzazione, così come con tale accezione è intesa sia la nozione di “*significant digital presence*” elaborata dalla Commissione UE, sia il vocabolo “*nexus*” di matrice OCSE. Punto comune di entrambe, soluzione più condivisibili rispetto a quella di Kokott, è la connessione comunque al concetto di stabile organizzazione a cui è imputabile la creazione di valore e di reddito⁹⁰, seppur in via indiretta attraverso, ad esempio, la cessione di dati da parte dell'utente. Resta apprezzabile, comunque, l'aver sollevato la questione del necessario aggiornamento di questi criteri di localizzazione.

Infatti, lo sviluppo di questo dibattito dottrinale e giurisprudenziale ha influenzato anche le politiche fiscali dei vari stati che hanno dovuto mettere in discussione il criterio della residenza, un tempo legata a doppio filo al principio della progressività, sancito, ad esempio, nel nostro ordinamento dall'articolo 53 della Costituzione, perché di sempre più difficile attuazione e che anzi sta portando risultati paradossalmente contrari in termini di “sostanziale regressività”⁹¹, avendo le persone più benestanti e le società di più grosse dimensioni, magari multi statali, la capacità e possibilità di spostare ingenti capitali, di più complessa tracciabilità, al di fuori dei confini nazionali.

Porre un freno a queste distorsioni è stato un problema e una fonte di riflessioni sia a livello internazionale *stricto sensu*, come vedremo più avanti, sia a livello di Unione Europea. Proprio l'Unione si è fatta portabandiera e primo esempio di una strategia fiscale volta ad evitare tale problematica di carenza di progressività: con il cd. Codice di Condotta UE per la tassazione delle imprese, che ricordiamo essere un importante strumento dell'UE volto a promuovere una concorrenza fiscale leale, sia all'interno che all'esterno dell'UE⁹², si è da una parte stabilito di contrastare la

⁸⁹ DORIGO, *Il superamento dei criteri di collegamento “tradizionali” nell'epoca dell'economia digitale: le conclusioni dell'A.G. Kokott nella causa Google e la problematica localizzazione del reddito d'impresa*, in *Rivista telematica diritto tributario*, 2019, p. 4

⁹⁰ DORIGO, *Il superamento dei criteri di collegamento “tradizionali” nell'epoca dell'economia digitale: le conclusioni dell'A.G. Kokott nella causa Google e la problematica localizzazione del reddito d'impresa*, in *Rivista telematica diritto tributario*, 2019, p.8

⁹¹ CORDEIRO GUERRA, *Diritto tributario internazionale*, II ed., Milano, Wolters Kluwer, 2016, p. 46

⁹² <https://www.consilium.europa.eu/it/council-eu/preparatory-bodies/code-conduct-group/>

possibilità di usufruire di regimi impositivi agevolati in paesi a bassa fiscalità e dall'altra si è provato ad armonizzare i diversi regimi fiscali e aliquote previste nei diversi paesi membri, quantomeno in riferimento alle già viste fattispecie riguardanti le attività immateriali come i redditi di capitale.

Va tuttavia evidenziato che questa strada intrapresa a livello unionale non ha dato i frutti sperati, anzi.

Si è quindi deciso di percorrere altre strade, (tenuto considerato anche il fatto che l'entità del prelievo fiscale rimane competenza di ciascun singolo paese, non rientrando in nessun aspetto del mercato unico) in ordine quantomeno all'eliminazione della concorrenza fiscale dannosa e lo si è fatto in più fasi, alcune delle quali ancora in divenire. Si è proposto di adottare accordi per evitare o lenire il *transfer pricing* o attraverso l'adozione di convenzioni contro la Doppia imposizione sulla scorta dell'elaborazione di un modello⁹³ per l'Unione Europea o di una uniformazione della base imponibile per le imprese, sulla base d'un'adozione facoltativa per queste ultime.⁹⁴

2.3 Una possibile soluzione? La proposta CCCTB

Sulla scia di questa idea di una unica base imponibile per l'imposta sulle società si è posta in un primo momento una proposta di Direttiva, formulata dalla Commissione nel 2011 con lo scopo di creare in un secondo momento una "*Common consolidated corporate tax*" indicata con l'acronimo CCCTB.

Questo progetto, messo da parte dopo la prima proposta del 2011, è stato ripreso nel 2016.

Ma in cosa consiste la CCCTB? Il soggetto che l'ha elaborata e proposta, ossia la Commissione Europea, la definisce come "*a single set of rules to calculate companies' taxable profits in the EU*"⁹⁵, con lo scopo di facilitare anche la *compliance* per le grandi aziende trans nazionali nell'ambito del calcolo dei redditi tassabili, sottoposti ad un unico regime comune in Europa e non più alle norme appartenenti alle diverse legislazioni nazionali.

Citando testualmente il sito della Commissione, il funzionamento del meccanismo può essere così riassunto: "*Companies can file one tax return for all of their EU activities, and offset losses in one Member State against profits in another.*

The consolidated taxable profits will be shared between the Member States in which the group is active, using an apportionment formula. Each Member State will then tax its share of the profits at its own national tax rate".

⁹³ RUST, *Double taxation within the European Union*, Wolters Kluwer, 2011, capitolo 8

⁹⁴ CORDEIRO GUERRA, *Diritto tributario internazionale*, II ed., Milano, Wolters Kluwer, 2016, p. 55

⁹⁵ https://taxation-customs.ec.europa.eu/common-consolidated-corporate-tax-base-ccctb_en

I benefici previsti dall'adozione di tale disciplina, a fronte di possibili *malus*, sono riassumibili **a)** nel miglioramento ed efficientamento del mercato unico, attraverso una più facile *compliance*, una maggiore certezza del diritto, possibilità di affidamento e soprattutto la possibilità di compensare i profitti in uno stato membro con le perdite in un altro; **b)** nel contrasto all'evasione ed elusione fiscale, con l'eliminazione *del base erosion shifting* e il venir meno dell'utilità del *transfer pricing* dei grandi gruppi multinazionali che operano all'interno delle disfunzioni tra i vari ordinamenti fiscali attraverso una pianificazione fiscale aggressiva; **c)** l'applicazione di questa normativa porterebbe una crescita calcolata nell' 1,2% e un aumento degli investimenti pari al 3,4% e anche una maggiore stabilità finanziaria dell'Unione.

Facendo un piccolo *excursus* a proposito del punto b) è bene ricordare che la Doppia imposizione potrebbe essere originata dalle norme anti elusive stesse, e ciò avviene saltuariamente con le norme in materia di *transfer pricing* e normativa sulle *Controlled foreign companies*, come hanno evidenziato la Commissione europea nella comunicazione COM (2007)785 "L'applicazione di misure antiabuso nel settore dell'imposizione diretta – all'interno dell'UE e nei confronti dei paesi terzi" e la Corte di Strasburgo, per esempio, nella sentenza *Thin Cap Group Litigation* (c-524/04)

Per concludere questa analisi della CCCTB, osserviamo la struttura e le fasi con cui dovrebbe entrare in vigore secondo la proposta del 2016: una prima fase prevede l'implemento della base imponibile comune e una seconda una consolidazione riguardante le sole società specificatamente membri di un gruppo, che dovrebbe portare all'entrata in vigore di queste regole in via obbligatoria (a differenza della prima proposta che prevedeva un'adesione facoltativa) per i grandi gruppi e le grandi imprese *cross-border*, restando facoltativa per coloro non inclusi in tale classificazione. Questa introduzione porterebbe benefici anche in termini di ricerca e sviluppo a livello di deduzioni e al contempo agevolazioni fiscali per la crescita e lo sviluppo.⁹⁶

Tuttavia, "Sette Camere nazionali dell'UE hanno espresso sulle proposte un parere motivato per il mancato rispetto del principio di sussidiarietà. In estrema sintesi, gli elementi di criticità rilevati riguardano la violazione delle competenze degli Stati membri e un incremento della complessità del sistema in virtù della giustapposizione di due diversi sistemi fiscali - quello unionale accanto a quelli nazionali - operanti in parallelo"⁹⁷ e tutto ciò costituisce un problema se consideriamo che

⁹⁶ https://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/17/DOSSIER/0/1007914/index.html?part=dossier_dossier1-sezione_sezione12-h2_h26

⁹⁷ https://www.senato.it/japp/bgt/showdoc/17/DOSSIER/0/1007914/index.html?part=dossier_dossier1-sezione_sezione12-h2_h26

andando ad incidere sulla materia fiscale, questa riforma sarebbe possibile solo attraverso l'adozione in via intergovernativa di una decisione del Consiglio all'unanimità.

Va comunque ricordato che questo proposito non è stato abbandonato e anzi nel 2015 si è provveduti a redigere un Action Plan, sul modello del Progetto BEPS elaborato dall'OCSE, per colmare le lacune in materia di transfer pricing, che insieme alla disomogeneità delle aliquote è uno dei problemi fiscali maggiori, e riallacciare il rapporto presupposto tra attività economica svolta nella Unione Europea e tassazione nella stessa.

Quanto detto finora avrebbe comunque rilevanza per le imprese di maggiori dimensioni mentre per le piccole e medie imprese, che nel nostro paese costituiscono il tessuto imprenditoriale e sociale prevalente, è stato studiato e proposto un diverso sistema chiamato *Home State Taxation*, o HST, con lo scopo annunciato di diminuire la disparità di trattamento fiscale, dovuta anche agli adempimenti burocratici richiesti oltre che ai regimi tributari in quanto tali, che ostacolano inevitabilmente anche lo sviluppo di una sana e leale concorrenza svolta in condizioni di parità di partenza e di conseguenza anche lo sviluppo del mercato unico.

L'approccio con cui si vuole attuare questa semplificazione per permettere alle PMI di operare in un contesto equo e soprattutto di poter estendere le proprie attività in altri stati membri prevede, semplificando, di poter usufruire dell'applicazione delle sole disposizioni, limitatamente all'imposizione delle società, dello stato di residenza, senza doversi raccapazzare con quelle degli altri stati in cui si attua l'espansione.

Ciò permetterebbe una evidente semplificazione del processo con cui viene circoscritto l'utile e quindi la base imponibile che sarebbe quindi quello indicato dalla disciplina dello stato di residenza. Una volta più facilmente calcolata la base imponibile, questa sarebbe suddivisa tra i vari stati in cui la società madre ha le proprie stabili organizzazioni e infine, conseguentemente tassata secondo le aliquote previste dai diversi stati⁹⁸.

2.4 Il divieto di Doppia imposizione nel diritto dell'Unione Europea

Questi provvedimenti proposti fino ad ora per evitare la concorrenza fiscale dannosa e soprattutto la Doppia imposizione trovano spazio sin dagli albori della Comunità Europea, in particolare con la prescrizione che era fornita dall'art. 293 TrCE per cui “*gli stati membri avvieranno tra loro, per quanto occorra, negoziati intesi a garantire, a favore dei loro cittadini l'eliminazione della doppia*

⁹⁸ UCKMAR, CORASANITI, DE CAPITANI DI VIMERCATE, CORRADO OLIVA, *Diritto tributario internazionale: manuale, II ed., Padova, Cedam, 2012, p. 225*

imposizione fiscale all' interno della Comunità". Tale norma metteva in relazione l'eliminazione della Doppia imposizione con la possibilità di raggiungere gli scopi prefissati dal Trattato, ponendo in capo agli stati che avessero aderito un obbligo *de contrahendo*⁹⁹, il che sicuramente era sintomo di un nobile intento, forse però depotenziato, non essendo previsto alcun intervento in tale direzione delle istituzioni europee dell'epoca, ma lasciando quantomeno uno spiraglio nell'ottica di un intervento censore da parte degli organi giurisdizionali dell'allora Comunità nel caso in cui questi accordi non fossero stati stipulati dagli stati membri in ossequio a quanto prescritto dal Trattato sulla Comunità Europea.

La Corte si è pronunciata nel corso del tempo in diversi ambiti in cui può aversi Doppia imposizione: in materia di iva, tributo armonizzato per eccellenza e sottoposto a un regime fiscale di neutralità, in alcuni casi chiave come la causa *Gaston Schul* (c-47/84), *EGN* (377/08) e *EMAG* (c-245/04) in cui si affermava la sussistenza di Doppia imposizione nel caso in cui l'importazione in uno stato membro fosse tassata in assenza di uno sgravio dell'iva scontata nel paese di esportazione¹⁰⁰ o nel caso in cui, come da ultima sentenza riportata, nelle operazioni "a catena" il trasporto sia conteggiato in più cessioni.

Inoltre, altre pronunce ha invece affrontato la questione dal punto di vista di altre imposte indirette in particolare nel campo delle imposte sui capitali, che, come abbiamo già detto, sono tra i più esposti a tale distorsione, dove si è cercato di raggiungere addirittura la non imposizione in situazioni quali il conferimenti, il momento in cui si avvia un'attività in forma di società di capitali, la modifica della forma stessa, lo spostamento della sede legale o dell'amministrazione da uno stato all'altro, come tra l'altro previsto nella direttiva 2007/08 EC.

Ugualmente, la disciplina volta a impedire la Doppia imposizione a livello di imposte dirette è riscontrabile nella direttiva 2009/33 CE, in materia di operazioni straordinarie di riorganizzazione e ristrutturazione delle imprese o nella direttiva 2011/96 UE, meglio nota come direttiva "Madre-figlia", riguardante i dividendi infragruppo (che costituirà l'oggetto di studio principale delle prossime pagine) e ancora nella direttiva gemella 2003/48 CE, in materia di interessi. Non si può però affermare che i principi della neutralità fiscale e del divieto di Doppia imposizione siano stati perfettamente recepiti come principi generali del diritto né dal legislatore né dalla giurisprudenza europea¹⁰¹. Ciò è dimostrato anche dalla linea seguita dalla Corte in relazione alle imposte dirette,

⁹⁹ UCKMAR, CORASANITI, DE CAPITANI DI VIMERCATE, CORRADO OLIVA, *Diritto tributario internazionale: manuale, II ed.*, Padova, Cedam, 2012, p. 204

¹⁰⁰ TRAVERSA, https://dial.uclouvain.be/pr/boreal/object/boreal%3A142713/datastream/PDF_01/view, P. 334

¹⁰¹ TRAVERSA, https://dial.uclouvain.be/pr/boreal/object/boreal%3A142713/datastream/PDF_01/view, P. 341

specificatamente sui dividendi: possiamo prendere a esempio la sentenza *Société Generale* (c-403/19), che ci permette un importante approfondimento a 360 gradi sul tema, in cui, nello specifico, la questione pregiudiziale sollevata verteva sull'interpretazione dell'articolo 63 TFUE e in particolare ci si chiedeva se secondo l'interpretazione della Corte potesse essere di ostacolo alla normativa di uno stato membro che accordasse una compensazione limitata rispetto alla tassazione subita dalla medesima società da parte di un altro stato membro. La Corte tratta quindi la questione riguardante una struttura *holding* in cui la società madre di un gruppo fiscale di cui faceva parte la SGAM *Banque* era la denominata *Société Generale SA*. La SGAM era una società di diritto francese che operava ricevendo dividendi da società stabilite in Italia, Paesi Bassi e Regno Unito, paesi con cui la Repubblica Francese aveva stipulato convenzioni contro le Doppie imposizioni (vedi *infra*). Questa operatività transnazionale comportava l'imposizione sia nei paesi fonte che applicavano il sistema *withholding tax* sia in Francia, paese di residenza della compagnia. La controversia è sorta in quanto la società per evitare il doppio onere dichiarava un credito d'imposta pari a quanto tassato nei paesi fonte mentre la disciplina francese concedeva un credito d'imposta pari all'aliquota applicata alle imposte sulle società prevista in Francia, tra l'altro con l'ulteriore problema che nei paesi fonte l'imposta era calcolata al lordo mentre nello stato di residenza al netto, provocando un disallineamento tra utile netto e lordo¹⁰². Queste previsioni non erano prive di una *ratio* fondante in quanto lo scopo era quello di contrastare il cd. *dividend stripping*, ossia la pratica adoperata dalle società che non hanno un sufficiente imponibile per poter usufruire del *foreign tax credit*, sussistente in operazioni finanziarie inquadrabili nel prestito di titoli: "Nel caso in esame, la società francese SGAM *Banque* realizzava operazioni di prestito di titoli comportanti la consegna, da parte del mutuatario, di azioni destinate a garantire le somme concesse in prestito dalla banca cosicché quest'ultima diveniva temporaneamente proprietaria delle partecipazioni consegnate"¹⁰³. Allo stesso tempo operava nell'ambito della gestione di panieri di azioni, i cd. *equity baskets*, dove riceveva dividendi che per contratto girava ai suoi partners in cambio di una remunerazione.¹⁰⁴

Il quadro delle operazioni è stato qui fornito per poi arrivare al punto focale della questione: infatti, come già segnalato, questa situazione per il giudice del rinvio era passibile di illegittimità dal punto di vista del diritto dell'Unione Europea, in particolare per la violazione della libertà di movimento dei capitali sancita dall'art. 63 TFUE, essendo la partecipazione in società residenti più conveniente

¹⁰² SCIANCALEPORE, *Doppia imposizione giuridica internazionale diritto europeo nel caso Societe Generale*, in *Diritto e Pratica tributaria internazionale*, n.2, 2021, p.900

¹⁰³ SCIANCALEPORE, *Doppia imposizione giuridica internazionale diritto europeo nel caso Societe Generale*, in *Diritto e Pratica tributaria internazionale*, n.2, 2021, p.902

¹⁰⁴ SCIANCALEPORE, *Doppia imposizione giuridica internazionale diritto europeo nel caso Societe Generale*, in *Diritto e Pratica tributaria internazionale*, n.2, 2021, p.902

rispetto a quella in società di altri stati membri. La Corte tuttavia, non ha riscontrato questo elemento ostativo in quanto questo trattamento doppiamente impositivo non era tale in quanto frutto di elementi discriminatori, che altrimenti si sarebbero stati censurati, ma era semplicemente espressione del proprio potere impositivo; e ugualmente ciò è lecito anche quando questo potere sia esercitato parallelamente da altri stati, come stabilito in una copiosa giurisprudenza precedente, a cui la Corte si è attenuta in questo specifico caso, tra cui possiamo citare la sentenza *Mark Kerckhaert e Bernadette Morres* (c-513/04) o *Damseaux* (c-128/08) o infine la sentenza *Baudinet* (c-194/15), concernente proprio il regime del *foreign tax credit* in Italia¹⁰⁵.

Con il trattato di Lisbona e la mancata riproposizione della norma 293 TrCE si può ritenere che quest'obbligo in capo agli stati membri sia stato assorbito nel divieto generale e nella contrarietà al diritto europeo della Doppia imposizione e che la vigilanza sul rispetto di queste prescrizioni non sia più affidato tanto alla Corte di Giustizia UE quanto agli organi politici come la Commissione.

3.1 Le linee guida per la disciplina degli interessi e dei dividendi europei

Come abbiamo già detto parlando di Doppia imposizione, l'ambito dei redditi di capitale, siano essi dividendi o interessi, è stato oggetto del *focus* sia del legislatore che del giudice europeo, essendo una categoria di reddito particolarmente sensibile ai movimenti in entrata e uscita, data la maggiore facilità con cui ciò può avvenire rispetto ad altri proventi frutto di altre fonti reddituali.

In particolare, la Corte di Giustizia UE ha sbrogliato questa intricata materia, partendo sia dal punto di vista dello stato di residenza del contribuente fruitore della distribuzione (*Home State Perspective*) che dall'ottica dello stato fonte in cui la società distributrice ha sede (*Host State Perspective*)¹⁰⁶, in alcuni casi ponendosi in entrambi i panni, come nella sentenza *Eurowings* (c-294/97).

Questa doppia prospettiva rileva nel momento in cui deve accordarsi una effettiva tutela ad una delle parti coinvolte: quando nel bilanciamento tra posizioni giuridiche a prevalere è il primo approccio la protezione è indirizzata verso il socio investitore, nel senso di non permettere restrizioni o disposizioni equivalenti nell'esercizio delle libertà fondamentali, in questo caso la libertà di movimento dei capitali, da parte dello stato di residenza. Quando invece la Corte si è posta nella visuale dello stato della fonte ha supportato il *Market equality approach* per evitare le discriminazioni date da un diverso regime previsto per i soggetti nazionali e quelli non, come è avvenuto nella già citata sentenza *Denkavit*. Quest'ultimo approccio è stato anche oggetto di altre elaborazioni da parte

¹⁰⁵ SCIANCALEPORE, *Doppia imposizione giuridica internazionale diritto europeo nel caso Societe Generale*, in *Diritto e Pratica tributaria internazionale*, n.2, 2021, p.910

¹⁰⁶ MAISTO, *La tassazione dei dividendi intersocietari*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 510

della giurisprudenza che ne ha confezionato una sorta di ulteriore sfaccettatura per cui a venire in rilievo nella comparazione non è più solo il trattamento riservato ai soggetti nazionali ma anche quello che è previsto nell'ordinamento dell'altro stato membro¹⁰⁷, come avvenuto nei casi *CLT-UFA* (c-253/03) e la famosa *Cadbury Schweppes* (c-196/04), dove comunque sottolineiamo il criterio scelto per eliminare la discriminazione orizzontale, ossia quella che interviene quando a fronte di più cittadini di altri stati membri uno di questi sia sottoposto a un trattamento svantaggioso a causa di una convenzione contro la Doppia imposizione stipulata, non è stato quello di individuare e applicare la normativa dello stato che la prevedesse più vantaggiosa per il contribuente rispetto all'altro stato considerato nel rapporto (*Most Favoured nation clause*). La Corte è intervenuta in materia con la sentenza *D. Case* in cui un cittadino tedesco lamentava la violazione dell'articolo 12 TCE (oggi 18 TFUE) e del mercato unico europeo, essendo soggetto ad una imposizione maggiore a parità di condizioni rispetto ad un cittadino belga nel momento in cui operava un investimento nei Paesi Bassi. Si è trattata della prima occasione in cui la Corte si è occupata di una discriminazione non sulla base di un diverso trattamento usando come *terzium comparationis* la disciplina per il residente ma quella prevista per i cittadini di altri membri. Per alcuni, alla base di questo filone giurisprudenziale si pongono le sentenze *Saint Gobain* (c-307/97) e *Gottardo* (c-55/00); In seguito a quest'ultima pronuncia sottolineiamo che è stata anche prodotta una raccomandazione¹⁰⁸ in cui si afferma che la protezione sociale concessa sulla base di una convenzione tra uno stato membro e uno stato terzo deve essere estesa anche ai cittadini di altri stati membri.

Tornando alla sentenza *D-case*, in questo caso la *Most Favoured nation clause* non è stata applicata, forse per timore di aprire un "vaso di Pandora" dove i contribuenti avrebbero potuto scegliere il trattamento più agevole tra quelli previsti dalle decine di convenzioni internazionali dando così il la a innumerevoli elusioni, evasioni e situazioni non solo di non Doppia imposizione, cosa positiva, ma di Doppia non imposizione, con evidenti scompensi finanziari per gli stati UE.

Quindi, seppur la sentenza *Gottardo* e *D. Case* possano sembrare simili e sulla stessa scia occorre segnalare che gli esiti in parte diversi siano proprio ascrivibili al fatto che nella prima la censura della Corte di Giustizia dell'Unione Europea si basava sulla diversa previsione tra cittadini italiani e cittadini non residenti mentre nella seconda sentenza il cittadino della Repubblica federale tedesca chiedeva un regime uguale non a quello di un residente in Olanda ma di quello di un cittadino del Belgio, con cui i Paesi Bassi avevano stipulato condizioni più favorevoli con un accordo bilaterale. La questione che *prima facie*¹⁰⁹ può sembrare toccare gli stessi punti in realtà vede applicarsi due

¹⁰⁷ MAISTO, *La tassazione dei dividendi intersocietari*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 511

¹⁰⁸ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A32010H0424%2801%29>

¹⁰⁹ GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, in *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Milano, Giuffrè, 2011, p.94

principi diversi: quello di parità di trattamento per residenti e non quello della clausola della nazione più favorita¹¹⁰.

4.1 La disciplina delle *Controlled Foreign Companies* (CFC)

Nelle pagine precedenti abbiamo fatto spesso riferimento alla normativa relativa la distribuzione di dividendi e interessi coinvolgenti soggetti non residenti. Nel parlarne abbiamo sempre operato il distinguo tra i proventi derivanti da rapporti con società residenti nei paesi membri dell'Unione Europea e/o aderenti allo Spazio economico europeo e quelli, invece, riconducibili a paesi inseriti nella cd. *Black List* o comunque considerabili a fiscalità privilegiata o ancora chiamati *Tax haven*.

Icto oculi per questi è infatti previsto un regime indubbiamente meno favorevole, il tutto per evidenti ragioni di equità e soprattutto per le altrettante finalità di disincentivazione della localizzazione di imprese controllate in tali paesi.¹¹¹ Questa disciplina si pone come obiettivo quello di arginare il cd. *Tax deferral*, ossia quelle pratiche elusive con cui si posterga nel tempo la distribuzione di utili e la relativa imposizione italiana a fronte di una quasi nulla tassazione nel paese estero.

Per la seconda categoria di questa bipartizione è stata approntata in passato la disciplina individuata dall'acronimo CFC. Con il passare del tempo, però, si è ritenuto di non limitare tale normativa al solo contrasto delle situazioni patologiche esterne ma si è deciso di estendere la previsione dell'articolo 127 *bis*, in cui era contenuta la disciplina, anche ai soggetti con residenza in paesi a fiscalità ordinaria, in linea con quanto richiesto a determinati stati, tra cui anche l'Italia, dall'OCSE¹¹². Questa estensione è stata finalizzata alla fine del 2000 con il cosiddetto "collegato ordinamentale fiscale" alla legge Finanziaria n. 342/2000 con cui si è inserito l'art. 127 *bis* nel D.P.R. 917/1986 e il decreto ministeriale n. 429/2001,¹¹³ che tra le altre cose forniva un elenco, suddiviso in tre parti, dei regimi tributari qualificabili come a fiscalità privilegiata così strutturato: I) costituito da una serie di paesi i cui contribuenti sono, indipendentemente dalle circostanze, sempre soggetti alla normativa meno favorevole del Testo Unico delle Imposte sul Reddito.

II) uno formato da tutti gli enti, tranne quelli esplicitati, da considerarsi residenti in paradisi fiscali.

¹¹⁰ UCKMAR, CORASANITI, DE CAPITANI DI VIMERCATE, CORRADO OLIVA, *Diritto tributario internazionale: manuale, II ed.*, Padova, Cedam, 2012, p. 35

¹¹¹ CORDEIRO GUERRA, *Diritto trib. Internazionale: istituzioni, II ed.*, Milano, Wolters Kluwer, 2016, p. 545

¹¹² OECD, *Harmful tax competition: an emerging global issue*, Parigi, 1998

¹¹³ MAISTO, *La tassazione dei dividendi intresocietari*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 331

III) nell'ultimo sono paradisi fiscali gli enti esplicitamente elencati in modo tassativo.

In questo quadro evolutivo della disciplina ci sembra opportuno tratteggiare anche la normativa odierna in tema di paesi *Black List*: mentre per quanto riguarda il trasferimento all'estero di persone fisiche è ancora in vigore, con lo scopo di individuare i casi in cui l'onere della prova ricade sul contribuente con un'inversione, quanto stabilito dal decreto 4 maggio 1999, modificato poi dal D.M. n. 45/2014(si rimanda alla tabella sottostante¹¹⁴), per quanto concerne le imprese, invece, la disciplina è stata oggetto di più numerosi interventi nel corso del tempo: in seguito alla stipulazione di trattati contro la Doppia imposizione e per lo scambio di informazioni numerosi stati sono usciti dalla “ lista nera” e ciò ha comportato interventi in ottica di adeguamento dello stato italiano, in accordo con la normativa dell'Unione Europea e dell' OCSE.

Alderney	Andorra	Antigua e Barbuda	Antille Olandesi
Aruba	Bahama	Bahreïn	Barbados
Belize	Bermuda	Brunei	Costa Rica
Dominica	Emirati Arabi Uniti	Ecuador	Filippine
Gibilterra	Gibuti	Grenada	Guernsey
Hong Kong	Isola di Man	Isole Cayman	Isola Cook
Isole Marshall	Isole Vergini Britanniche	Jersey	Libano
Liberia	Liechtenstein	Macao	Malaysia
Maldive	Mauritius	Monserrat	Nauru
Niue	Oman	Panama	Polinesia Francese
Principato di Monaco	Sark	Seicelle	Singapore
Saint Kitts e Nevis	Saint Lucia	Saint Vincent e Grenadine	Svizzera
Taiwan	Tonga	Turks e Caicos	Tuvalu

¹¹⁴ <https://fiscomania.com/paesi-black-list-paradisi-fiscali/>

Uruguay	Vanuatu	Samoa	
---------	---------	-------	--

La metodologia con cui si individuano i paesi a fiscalità privilegiata è quindi cambiata nel corso del tempo ed attualmente questi si individuano, come abbiamo già visto, con un criterio unico stabilito *ex lege*, per cui per essere considerati paesi non *White List* è necessario prevedere un livello di tassazione nominale inferiore al 50% di quello nostrano e/o essere inseriti nel Decreto del Ministero delle Finanze e/o nell'elenco, non tassativo, formato dal Direttore Generale dell'Agenzia delle Entrate.

Con la riforma del 2003 con cui è stata introdotta l'Ires, la disposizione è trasmigrata nell'articolo 167 TUIR ed è stato inoltre approntato l'articolo 168 con cui si è estesa la disciplina alle società estere collegate, non sulla base dei diritti di voto esercitabili secondo la nozione civilistica *ex art. 2359 c. 3 Cc* ma secondo la percentuale di partecipazione agli utili pari o superiore al 20% (per le società quotate pari o superiore al 10%).

Questo articolo è però entrato in vigore solo nel 2006 con il Decreto Ministeriale n. 268/2006 ma è necessario evidenziare come abbia avuto vita breve: infatti, il concetto di collegamento è per definizione differente da quello di controllo. La *ratio* della *CFC rule* è fondamentalmente quella di scoraggiare e disincentivare la localizzazione di imprese e/o il differimento della distribuzione di utili in paesi a fiscalità privilegiata, decisione che indubbiamente potrebbe essere assunta da chi su tali società e utili esercitasse il controllo. Ciò però non può essere esteso a chi non si trovi in una posizione di controllo ma di collegamento, non avendo poteri direttivi tali da influire su questi aspetti ma anzi potendoli subire¹¹⁵. Per queste problematiche congenite e per allinearsi con le raccomandazioni provenienti dalla comunità internazionale si è provveduto con il cd. Decreto Internazionalizzazione all'abrogazione del suddetto art. 168.

Successivamente, altro ribaltamento si è avuto, sulla prospettiva nella forma più che nella sostanza, passando da un sistema in cui a contare era l'inserimento nella *Black List* a uno in cui a rilevare era l'esclusione dalla cd. *White List*¹¹⁶.

La riforma più rilevante è però indubbiamente quella sanzionata nel 2009 con cui si è introdotto l'articolo 8 bis che ha esteso la disciplina anche alle controllate estere residenti in stati non

¹¹⁵ MAISTO, *L'estensione della normativa CFC alle imprese estere collegate*, in *Rivista di Diritto Trib. n. 10, 2005*, p. 242 ss.

¹¹⁶ MAISTO, *La tassazione dei dividendi intresocietari*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 332

considerabili a fiscalità privilegiata, con un'ulteriore serie di specificazioni e requisiti tra cui quelli per cui si richiede che queste abbiano una percentuale dei redditi percepiti, pari ad 1/3, attribuibile a *passive income* e servizi scambiati all'interno del gruppo societario, soggetti inoltre a una tassazione che sia inferiore a una cifra più alta rispetto alla metà di quella a cui sarebbero imponibili nel nostro paese.¹¹⁷ Ancora, è necessario che siano qualificabili come *Wholly artificial arrangement*¹¹⁸.

Riportiamo nella tabella sottostante¹¹⁹, per esigenze di semplificazione, le differenze tra l'attuale normativa e quella passata:

VECCHIO REGIME		NUOVO REGIME		
	Condizioni	Esimenti	Condizioni	Esimente
CFC Black list	<ul style="list-style-type: none"> • Extra UE/SEE • Tassazione nominale < al 50% anche per regimi speciali (IRES + IRAP) 	Effettiva attività industriale commerciale; o Mancata localizzazione del reddito in un territorio Black list	<input type="checkbox"/> Passive income > 1/3 <input type="checkbox"/> Tassazione effettiva < 50% (solo IRES)	Attività economica effettiva mediante l'impiego di personale, attrezzature, attivi e locali
CFC White list	<ul style="list-style-type: none"> • Passive income > 50% • Tassazione effettiva < 50% (solo IRES) 	Assenza di una costruzione artificiosa per conseguire un vantaggio fiscale indebito		

4.2 L'ambito di applicazione della disciplina CFC

Una volta conclusa l'analisi dello sviluppo della normativa si può entrare all'interno dei gangli strutturali e di funzionamento di questo meccanismo.

Perché questa disciplina sia applicabile, dal punto di vista soggettivo, è, infatti, necessario che i soggetti interessati siano compresi all'interno di un gruppo societario transnazionale, in un rapporto

¹¹⁷ SACCARDO, *L'estensione della disciplina CFC alle società controllate localizzate in stati o territori non black list*, in *Bollettino Trib.* 2010, p. 427 ss

¹¹⁸ Questa locuzione indica le strutture puramente artificiali costituite nel paese ospitante con cui si raggiungono indebiti vantaggi fiscali

¹¹⁹ Tratta da <https://claconsulting.it/wp-content/uploads/2019/05/Strumento-CLA-CFC.pdf>

controllante-controllata e che la *holding*, ex art. 2359 c. 1 e 2 Cc, sia una persona fisica, un soggetto Ires o un soggetto equiparato ex art. 5 TUIR. Il soggetto controllato, invece, può essere una società o un diverso ente. Sono inoltre soggette a questa disciplina le stabili organizzazioni italiane di società o altri enti, tra cui anche i trust, non residenti nel territorio dello Stato che però controllino per l'appunto una controllata estera sotto regime CFC, nel limite delle quote detenute dalla sola stabile organizzazione. Al contempo sono escluse da questo regime, come previsto dalle modifiche apportate dal D.lgs. 142/2018, i fondi amministrati armonizzati a norma delle direttive CEE 611/85 e CE 65/2009, gli OICR residenti o assoggettati a vigilanza in stati membri UE o SEE o ancora, gli OICR non in linea con i precedenti requisiti ma comunque appartenenti a stati *White List* che assicurino lo scambio di informazioni con l'autorità fiscale.

Specifichiamo che il controllo sulla società estera è verificato in base alla situazione in essere al momento in cui si chiude il periodo di gestione o di esercizio della controllata e può essere sia diretto che indiretto: in breve, il controllo diretto può essere: a) di diritto, circostanza che si verifica nel momento in cui la controllante dispone della maggioranza dei voti in assemblea ordinaria;

b) di fatto, nel caso in cui i voti esercitabili in assemblea ordinaria consentano un'"influenza dominante, contando anche quelli espressi da fiduciarie, altre controllate o comunque di soggetti non terzi

c) di tipo contrattuale, ossia nel caso in cui l'esercizio del dominio sulla controllata sia fondato su vincoli contrattuali e su un pur minimo contatto con l'utile della società estera.

Nella legislazione internazionale e intra UE viene citata anche una quarta tipologia di controllo, esercitato attraverso la percentuale di partecipazione agli utili. Nell'ambito giuridico italiano, invece, questo quarto tipo non è considerato, essendo fatto rientrare dalla dottrina nel secondo tipo analizzato ossia nel controllo di fatto, sulla considerazione che alla percentuale di partecipazione agli utili corrisponda anche una "fetta" di azioni che possa portare alla maggioranza in sede di assemblea ordinaria.

Il controllo indiretto, invece, è quello esercitato, più semplicemente, attraverso società fiduciarie o interposte persone, intese anche quelle giuridiche, e/o da società a loro volta controllate dalla società residente in Italia, in uno schema che viene definito a catena o a cascata. In quest'ultimo caso opera una presunzione assoluta, non confutabile, per cui i dividendi dell'ultima società della catena di partecipazioni si contabilizzano con gli utili prodotti e distribuiti dalla CFC.

Nel momento in cui il controllo sia esercitato con queste ultime modalità elencate, la tassazione, per trasparenza ricordiamo, sarà in capo a tutte le società residenti di cui si avvale la *holding* mentre se il

controllo (sempre indiretto) è esercitato con altre società estere, sarà allora totalmente in capo alla società residente.

Con l'introduzione dell'art. 8 *bis* abbiamo visto che non è più necessario che la partecipata sia situata in un paese a fiscalità privilegiata ma è sufficiente che siano presenti i requisiti previsti da questa disposizione anche in capo ad una controllata residente in un paese a fiscalità ordinaria.¹²⁰ Il meccanismo prevede l'imputazione per trasparenza in capo al socio residente, come se tali proventi, attraverso una *fictio* giuridica, fossero stati percepiti dalla società residente del socio con una stabile organizzazione estera, applicando per il calcolo dell'imponibile la normativa italiana (ottenendo così il *tax rate* domestico virtuale) (con l'esclusione dell'art. 86 c.4 TUIR, in materia di rateizzazione delle plusvalenze per far sì che vi sia equivalenza tra la base imponibile del reddito italiano e quella del reddito estero, nonostante la diversa opzione di tassazione¹²¹) in modo tale che il reddito complessivo sia soggetto ad una aliquota media non inferiore a quella ordinaria Ires, e con la possibile detrazione definitiva delle pur blande tasse pagate all'estero.¹²² In merito a queste circostanze possiamo citare la recente sentenza della Corte di Giustizia Tributaria di I grado della Lombardia n. 4567/2022 con cui è stato riconosciuto che in caso di tassazione per trasparenza già avvenuta, non è possibile tassare nuovamente in capo alla controllante italiana i dividendi realizzati dal controllato soggetto regime CFC¹²³. I giudici hanno infatti rilevato che la disciplina prevista dall'art. 167 TUIR debba coordinarsi con quella prevista dagli artt. 47 *bis* e 89 c. 3, così come impone proprio l'art. 167 al comma 10, con l'intento di scongiurare una duplice imposizione sugli utili "della CFC". L'imposizione per trasparenza esaurisce quindi la pretesa e il rapporto tributario.¹²⁴

4.3 Le circostanze esimenti

Sono previste però anche delle esimenti dall'applicazione di questo regime al ricorrere di due disgiunte e alternative situazioni: I) che la partecipata e controllata sia residente in uno stato estero ma che abbia l'attività principale commerciale o industriale nello stato d'insediamento.

II) che il possesso delle partecipazioni non comporti l'allocatione dei redditi in territori a fiscalità privilegiata.

¹²⁰ CORDEIRO GUERRA, *Diritto trib. Internazionale: istituzioni, II ed., Milano, Wolters Kluwer, 2016, p. 545*

¹²¹ Questo proposito è indicato nella relativa Relazione ministeriale

¹²² CORDEIRO GUERRA, *Diritto trib. Internazionale: istituzioni, II ed., Milano, Wolters Kluwer, 2016, p. 552*

¹²³ AVOLIO, PIAZZA, *Per le CFC istruzioni dall' Agenzia delle Entrate con vista sulle "catene societarie"*, in *Il Fisco*, n. 7, 2022, p. 650 ss

¹²⁴ GALLIO, *Intassabili i dividendi distribuiti dalla controllata CFC già tassata per trasparenza*, in *Il Fisco* n. 23, 2022, p. 2289 ss.

Alla controllante residente è poi concesso e riconosciuto un credito d'imposta sulle imposte pagate all'estero: secondo l'art. 167 c. 9 TUIR e l'art. 3 c.3 del regolamento di attuazione il credito d'imposta è riconosciuto in relazione alle tasse pagate dalla partecipata sui propri redditi prodotti all'estero ed è detraibile dalle tasse pagate per trasparenza dalla partecipante, calcolandolo secondo le modalità previste dall' art. 165 TUIR ma con la specificazione che il rapporto tra il reddito prodotto all'estero e quello prodotto totale sarà sempre pari ad unità. Il credito d'imposta è anche previsto per le imposte già scontate dalla controllante per gli utili distribuitigli dalla controllata nei limiti dell'imposta pagata separatamente *ex art.* 167 c. 10 TUIR e art. 3 c.4 del regolamento attuativo. Per evitare che sia percepito un doppio credito d'imposta è comunque previsto che sia presa in considerazione l'imposta italiana, sottraendovi il credito d'imposta riconosciuto secondo quanto disciplinato nel caso precedente: quindi, quello concesso per le imposte imputate per trasparenza e pagate dalla partecipata sul suo reddito.

Altra previsione, più di carattere formale rispetto le precedenti è quella relativa il regime dichiarativo riservato alle CFC: Nel cosiddetto quadro FC della propria dichiarazione dei redditi è infatti dovere del soggetto residente indicare i redditi relativi la *Controlled Foreign company* tassati per trasparenza, così come indicato nel bilancio della società estera, redatto secondo le norme dello stato estero. Non sussiste quindi obbligo di tenere scritture contabili in Italia. Tuttavia, qualora le norme dell'altro stato non prevedano la redazione delle scritture contabili per determinate società allora il soggetto residente in Italia dovrà redigere un prospetto in ossequio alla legge italiana.

Questo obbligo viene ovviamente meno nel momento in cui la disciplina CFC è disapplicata, anche in seguito all'interpello presentato con esito favorevole all'Autorità finanziaria, nel rispetto di quanto previsto dalla Circolare 35/E del 2016. In questa circolare si è inoltre esplicitata una differenziazione riguardo le modalità di controllo diretto e indiretto (vedi *supra*) e la previsione di ulteriori adempimenti. Nei casi di controllo diretto, anche se esercitato da soggetti che non svolgono attività d'impresa, la partecipazione in CFC sarà da segnalarsi ugualmente in dichiarazione dei redditi corrispondente.

Qualora, invece, il controllo indiretto sia tale per conto di un soggetto non titolare di reddito d'impresa che lo eserciti attraverso persone giuridiche interposte, siano esse società o enti, l'obbligo di segnalazione nel riquadro FC in dichiarazione dei redditi ricade proprio su questi ultimi¹²⁵.

Per le situazioni in cui il controllo è esercitato in via indiretta all'interno di una cd. catena societaria, solo il controllante alla base di questa è tenuto ad indicare la partecipazione in dichiarazione dei redditi.

4.4 Le condizioni necessarie per l'uscita dal regime CFC

Ovviamente, è da sottolinearsi come l'iscrizione nel regime delle *Controlled Foreign companies* non sia *ad nutum* o irrevocabile. Proprio di recente l'Agenzia delle Entrate è tornata sul punto con la Circolare n. 29/E del luglio 2022, in cui si affronta anche il tema dello spostamento di sede e le operazioni straordinarie che fanno confluire la CFC nella sfera della *Holding*, anche con lo scopo, in aggiunta alle modifiche portate dal D.lgs n. 142/2018, di rendere la disciplina dell'art. 167 TUIR conforme alla cd. Direttiva Atad.¹²⁶

Con questa circolare l'Ufficio è tornato sui suoi passi rispetto alla circolare dell'anno precedente in cui era prevista una disciplina oltre che contraria alla ATAD¹²⁷ anche più stringente e severa per poter uscire dal regime CFC¹²⁸.

La novità della nuova interpretazione dell'Agenzia permette, finalmente, di poter essere esonerati dal regime CFC a seconda dell'andamento riscontrato nell'*Effective Tax Rate (ETR) test* (ex art. 167 c. 4 lett. a), definibile in termini anglosassoni come “ *the actual amount of tax paid as a percentage of taxable income or profit*”, le cui modalità di calcolo sono state disciplinate dal Provvedimento del Direttore dell'Agenzia delle Entrate n. 376652/2021 e nel *Passive income test* che non è altro che la verifica dell'eventuale superamento dei proventi, considerati al lordo e riscossi dalla CFC, appartenenti a una delle categorie, dette appunto “*passive income*” previste al comma quarto lett. b dell'art. 167 TUIR; queste sono: a) interessi o qualsiasi altro reddito generato da attivi finanziari;

b) canoni o qualsiasi altro reddito generato da proprietà intellettuale;

c) dividendi e redditi derivanti dalla cessione di partecipazioni;

d) redditi da leasing finanziario;

e) redditi da attività assicurativa, bancaria e altre attività finanziarie;

f) proventi derivanti da operazioni di compravendita di beni con valore economico aggiunto scarso o nullo, effettuate con soggetti che, direttamente o indirettamente, controllano il soggetto controllato non residente, ne sono controllati o sono controllati dallo stesso soggetto che controlla il soggetto non residente;

g) proventi derivanti da prestazioni di servizi, con valore economico aggiunto scarso o nullo, effettuate a favore di soggetti che, direttamente o indirettamente, controllano il soggetto controllato

¹²⁶ Direttiva Anti Elusione del 2019

¹²⁷ PIAZZA, *Regime CFC dopo il Decreto ATAD: i presupposti per l'applicazione*, in *Il Fisco*, n. 31, 2021, p. 3059 ss

¹²⁸ AVOLIO, MAZZARELLA, PIAZZA, TEMPESTINI, *L'Agenzia delle Entrate rivede la sua posizione sul “regime ad intermittenza” delle CFC*, in *Il Fisco* n. 36, 2022, p. 3457 ss.

non residente, ne sono controllati o sono controllati dallo stesso soggetto che controlla il soggetto non residente¹²⁹.

4.5 Il calcolo del l'ETR e del IVTR ai fini CFC nel caso particolare di trasferimento estero su estero

Ricollegandoci all'*Effective Tax rate* e all'*Italian virtual tax rate* possiamo anche analizzare un caso particolare che ci permette anche di parlare della cd. *Exit Tax* ossia l'eventualità in cui una società controllata sotto CFC si trasferisca in continuità giuridica in altro paese estero¹³⁰. Questo argomento di nicchia all'interno del più ampio regime CFC è stato oggetto di una recente risposta ad interpello dell'Ufficio. Nel caso concreto una società di diritto lussemburghese si è trasferita in Svizzera, realizzando dei plusvalori sulle partecipazioni latenti e venendo quindi assoggettata ad *exit tax*. Dal punto di vista svizzero invece non sono stati riconosciuti tutti i valori delle attività finanziarie. La società controllante ha quindi chiesto che non venissero calcolati indici positivi da questo trasferimento da sottoporre al regime per le società controllate estere e quali fossero i valori fiscali attribuibili ai beni societari. L'Agenzia ha risposto negando l'applicabilità della "tassa d'uscita" italiana ex art. 166 TUIR e che i valori dei beni sono quelli riconosciuti in Svizzera. Questa indicazione rileva anche, come detto in precedenza, ai fini del calcolo dell'*Effective e Virtual tax rate*, non potendosi appunto applicare la *exit tax* a queste fattispecie. Tutto ciò sembra però essere condizionato, secondo il nostro parere in modo condivisibile, al fatto che non vi sia un'interruzione della continuità giuridica.

Il problema si pone invece, quando a non rilevare è l'applicazione della tassa in uscita nello stato da cui proviene la controllata. In questo caso andrebbe conteggiata nell'ETR o nell'IEE¹³¹? Potrebbe far fuoriuscire dal regime CFC? Sarebbe accreditabile e detraibile ex art. 167 c. 9 TUIR? Sul primo punto sia la dottrina che la giurisprudenza¹³² non riscontrano ostacoli normativi al calcolo della *exit tax* nell'imposizione patita dalla cfc. Per la seconda questione, qualora tale tassazione non facesse uscire dal regime CFC, l'imposizione in uscita estera sarebbe accreditabile.

¹²⁹ <https://claconsulting.it/wp-content/uploads/2019/05/Strumento-CLA-CFC.pdf>

¹³⁰ ¹³⁰ MICHELUTTI, IASCONI, *Implicazioni fiscali del trasferimento di residenza (estero su estero) di CFC. Considerazioni a margine della risposta ad interpello 694 del 2021*, in *Rivista di dir. Trib.*, novembre 2021,

¹³¹ Imposta Effettiva estera

¹³² MICHELUTTI, IASCONI, *Implicazioni fiscali del trasferimento di residenza (estero su estero) di CFC. Considerazioni a margine della risposta ad interpello 694 del 2021*, in *Rivista di dir. Trib.*, novembre 2021,

5.1 La Direttiva Madre-figlia: l'importanza che riveste nel diritto UE

Nel paragrafo precedente abbiamo osservato come il nostro ordinamento, similmente a molti altri, reagisce attraverso l'applicazione della disciplina delle *Controlled Foreign companies* ad eventuali condotte elusive o direttamente riconducibili a fenomeni di evasione fiscale poste in essere nell'ambito di rapporti infragruppo, tra società controllanti interne e controllate estere.

Vediamo adesso, invece, quale disciplina fiscale è stata approntata per i rapporti interni ai gruppi societari non a livello del singolo ordinamento statale ma nella più ampia ottica del diritto dell'Unione Europea.

Stiamo evidentemente parlando nell'ambito dei dividendi della Direttiva n. 90/435 CEE, poi aggiornata con la Direttiva n. 123/2003 CE rifiuta infine, nella 96/2011 UE, meglio nota come "Direttiva Madre-figlia" e nell'ambito degli interessi della "Direttiva Interessi-canonici" n. 49/2003 CE.

Queste due prime direttive sono nate nel momento in cui ci si rese conto che le diverse normative dei diversi paesi membri, prevedendo in larga parte l'applicazione di ritenute sia sui dividendi che sugli interessi, confliggevano con uno degli obiettivi primari della Comunità prima e dell'Unione poi, ossia la creazione del mercato unico e il processo d'integrazione dei diversi operatori economici, legati indissolubilmente anche al concetto di libera concorrenza su cui le diverse previsioni fiscali non potevano che influire negativamente.

Per questo motivo si è stabilito di escludere, in presenza di determinate condizioni come la localizzazione in diversi tati membri, eventuali ritenute alla fonte, sia a titolo d'acconto sia a titolo d'imposta, nell'ambito delle distribuzioni di utili da parte di società cosiddette "figlie" alle società dette a loro volta "madri",

Questa normativa è inoltre nata sia con lo scopo di favorire il raggruppamento di società situate in diversi stati membri¹³³ sia di eliminare la Doppia imposizione, che può venire in essere quando si opera nell'ambito di gruppi costituiti da società transnazionali che seppur all' interno dell'Unione Europea sono comunque soggetti a ordinamenti statali diversi e quindi per definizione passibili di Doppia imposizione per la medesima fattispecie e il medesimo presupposto.

¹³³ CGE, 25 settembre 2003, causa C-58/01, Océ van der Grinten NV, punto 57; Id., 3 aprile 2008, causa C-27/07, Banque Fédérative du Crédit Mutuel, punto 27; Id., 17 maggio 2017, causa C-68/15,

Con Doppia imposizione intendiamo dire che il legislatore comunitario si propose, all'epoca, di eliminarne entrambe le tipologie e quindi sia la doppia tassazione giuridica che quella economica¹³⁴. La prima, che abbiamo già visto verificarsi nel momento in cui il medesimo reddito di uno stesso soggetto è tassato in due stati differenti, si è inteso neutralizzarla con l'esenzione dalla ritenuta alla fonte, che al contrario, avrebbe colpito il reddito della società figlia nel suo paese di residenza, e ponendosi in correlazione con la successiva imposizione del paese di residenza della società madre dei dividendi distribuiti, avrebbe appunto comportato un doppio prelievo.

La Doppia imposizione economica, che diversamente si concretizza con la tassazione dello stesso reddito ma in capo a soggetti diversi, è solita presentarsi in relazione agli utili societari che di norma subiscono un primo prelievo in capo alla società che li realizza e che poi, in un secondo momento, sono soggetti ad una seconda imposizione in capo al socio che li percepisce come dividendi¹³⁵. La soluzione adottata è stata quella, molto diffusa ovunque, di utilizzare il credito d'imposta e/o l'esenzione.

Possiamo anticipare però che questi propositi non sono andati del tutto a buon fine, per: 1) la discrezionalità dei singoli stati nel recepimento e 2) anche per le diverse interpretazioni prodotte dai giudici interni dei vari paesi.

A riprova del primo punto possiamo citare, ad esempio, il trattamento degli utili da liquidazione in uscita, che in alcuni paesi sono stati inclusi nella disciplina e che quindi non sono tassati, mentre altri paesi applicano ugualmente la ritenuta alla fonte su questa tipologia di utili¹³⁶. Questo aspetto è stato di conseguenza al centro del dibattito tra chi sosteneva l'estensione dell'applicazione a questi utili e chi invece la negava facendo perno sulla *ratio* più profonda della direttiva ossia il favorire le integrazioni societarie nella sfera della Comunità Europea. La seconda opzione, a nostro avviso, non sembra tanto condivisibile quanto la prima poiché *in primis* lo scopo della direttiva non è solamente quello di promuovere il compattarsi e mescolarsi dei gruppi societari ma si promette anche di limitare la Doppia imposizione che secondo la seconda teoria dottrinale non verrebbe presa in considerazione. Altra critica, ugualmente sottoscrivibile, è mossa sulla base dei *considerando* delle versioni più aggiornate della Direttiva per cui si fa riferimento ad alcuni "utili non ordinari" a cui andrebbe estesa l'esenzione e che pare logico interpretare come gli utili da liquidazione. L'Agenzia delle Entrate pare non accogliere queste censure ritenendo non applicabile l'esenzione.

¹³⁴ LAMENSCH, VAN THIEL, *The elimination of double taxation of dividends in the EU: Cobelfret Means the End of Belgium's Final Taxation*, in *Intertax*, Vol. 37, 2009, p. 473 ss

¹³⁵ UCKMAR, CORASANITI, DE CAPITANI DI VIMERCATE, CORRADO OLIVA, *Diritto tributario internazionale: manuale, II ed.*, Padova, Cedam, 2012, p. 200

¹³⁶ UCKMAR, CORASANITI, DE CAPITANI DI VIMERCATE, CORRADO OLIVA, *Diritto tributario internazionale: manuale, II ed.*, Padova, Cedam, 2012, p. 201

Per il secondo punto possiamo portare a testimonianza la sentenza n. 25264/2020 della Cassazione con cui si è espresso il concetto per cui la mancata tassazione della società madre olandese (sulla base di una convenzione contro le doppie imposizioni Italia-Paesi Bassi) non permette il rimborso della ritenuta alla fonte operato dalla società figlia italiana. Questa decisione è stata presa, con molte ripercussioni sugli innumerevoli ricorsi pendenti in materia, a causa dell'ambiguità del concetto di *subject to tax* riferito alla controllante, che vedremo approfonditamente più avanti che nel caso di specie, nella convenzione con l'Olanda, non essendo espressamente previsto in forma contraria, in quanto non vi era alcuna norma che vietasse la Doppia non imposizione, ha portato, pertanto, i giudici a così statuire, senza approfondimenti sul regime effettivo olandese, ritenuto un mero elemento appartenente alla sfera impositiva di questo stato¹³⁷.

5.2 Il contesto in cui è stata ideata la Direttiva e il suo sviluppo successivo

Occorre anche sottolineare, in questo paragrafo introduttivo, che la prima versione della Direttiva n. 90/435 CEE ha subito alcuni interventi modificativi con la successiva modifica del 2003, non solo a livello comunitario ma anche ai singoli provvedimenti con cui nei diversi stati è stata recepita.

In origine, infatti, il contesto in cui è nata la prima stesura era assolutamente differente da quello della versione del 2003 e ancora di più da quello dell'ultima versione in vigore in cui sono state trasfuse¹³⁸ le precedenti ossia la Direttiva 96/2011

Nel 1990 la situazione politica e giuridica europea non era sicuramente ben delineata come quella raggiunta nei decenni successivi. Esistevano ancora forti discrepanze nelle normative fiscali dei singoli paesi (tema in realtà ancora attuale seppur in misura minore) che non permisero di adottare un documento sostanzialmente omogeneo ma ci si dovette accontentare di una maggiore eterogeneità dovuta all'ampio spazio lasciato ai singoli paesi nel momento del recepimento della direttiva con gli strumenti legislativi nazionali¹³⁹. Questo fattore di "libertà" comportò il mancato raggiungimento dell'eliminazione completa della Doppia imposizione¹⁴⁰.

Una modifica che possiamo citare a dimostrazione di quanto affermato e che si rese evidente già dal '92, ma che per divergenze tra gli stati non fu adottata fino al 2003, fu quella relativa l'elencazione tipizzata delle società rientranti nell'ambito di applicazione e delle categorie di imposte suscettibili

¹³⁷ ROCCATAGLIATA, *Ritenute alla fonte sui dividendi in uscita: quando la direttiva Madre-figlia non elimina la Doppia imposizione*, in *Rivista di Giurisprudenza Trib.*, n. 3, 2018, p. 226 ss.

¹³⁸ PAOLO TRAVERSO, *La società madre non tassata non può beneficiare del rimborso della ritenuta alla fonte*, in *Rivista di giurisprudenza Tributaria*, n. 3, 2018, p. 224

¹³⁹ LAMENSCH, VAN THIEL, *The elimination of double taxation of dividends in the EU: Cobelfret Means the End of Belgium's Final Taxation*, in *Intertax*, Vol. 37, 2009, p. 473 ss

¹⁴⁰ D'ALFONSO, *Le modifiche alla direttiva madre-figlia*, in *Amministrazione e Finanza*, n. 18, 2006, p. 21ss

di esserne investite. Queste previsioni evidentemente restringevano eccessivamente la portata della direttiva e pertanto si decise di estendere tutta la disciplina a qualsiasi società di capitali all'interno della Comunità. Inoltre, la direttiva del 2003 venne adottata per rendere *“more complete the mechanism for the elimination of double taxation of dividends received by a parent company located in one Member State from its subsidiary located in another”* in quanto *“the amending Directive deals with imputing tax paid by subsidiaries of these direct subsidiary companies. Member States must impute against the tax payable by the parent company any tax on profits paid by successive subsidiaries downstream of the direct subsidiary. This ensures that the objective of eliminating double taxation is better achieved”*¹⁴¹. Nel 2003, inoltre, si apportò la modifica per cui nell'ottica dell'ampliamento del raggio d'azione, si attuò il passaggio graduale da una quota partecipativa minima pari almeno al 25% ad una più ridotta pari al 10% necessaria per l'esercizio dei benefici recati dalla Direttiva.

5.3 L'ambito di applicazione della Direttiva

Ulteriori modifiche realizzatesi con l'adozione della direttiva 123/2003 furono quelle che ci portano ad affrontare l'ambito di applicazione soggettivo dell'odierna disciplina.

Infatti, la direttiva non era (ed è) più solo esercitabile per la distribuzione di utili percepiti da una società di uno stato membro provenienti da una sua filiale e viceversa¹⁴² ma si poteva (può) applicare ad un maggior numero di circostanze in cui sono coinvolti gli utili e cioè quando questi:

- 1) sono sempre percepiti da una società di uno stato membro su distribuzione di una sua controllata in un altro stato membro;
- 2) sono distribuiti da una persona giuridica di uno stato membro a società filiali della prima, residenti in altri stati membri;
- 3) sono percepiti da stabili organizzazioni in uno stato membro (ecco la novità principale!) ma di altre società situate in altri paesi membri e distribuiti da società figlie di nazioni europee differenti da quelle della stabile organizzazione;
- 4) sono distribuiti da una società di uno stato membro a stabili organizzazioni localizzate in un altro stato membro di società del medesimo paese membro di cui sono società figlie.

Questa estensione dell'efficacia della Direttiva anche alle stabili organizzazioni si è resa necessaria, come spesso è avvenuto in materia, soprattutto per gli *“interventi in materia della Corte di*

¹⁴¹ Commissione Europea, Parent Companies and their subsidiaries in Europe

¹⁴² D'ALFONSO, *Le modifiche alla direttiva madre-figlia*, in *Amministrazione e Finanza*, n. 18, 2006, p. 21

Giustizia delle Comunità Europee nella Sentenza del 28.1.1986, C- 270/83, Commissione vs. Francia ed in quella del 21.9.1999. C-307/97, Compagnie de Saint-Gobain vs. Finanzamt Aachen-Innenstadt (di cui abbiamo già visto il contenuto in precedenza), dove veniva ribadito che l'esclusione delle stabili organizzazioni dai benefici della Direttiva, costituiva una discriminazione ed una causa ostativa alla libera circolazione dei capitali e delle persone." ¹⁴³

5.3.1 I requisiti per essere considerati soggetti localizzati in paesi membri

Con il termine società di paese membro specificiamo che si intende: 1) qualsivoglia società che abbia una delle forme elencate nell'allegato della direttiva; in un'ottica di ampliamento dei soggetti interessati, si è modificato l'Allegato per inserirvi anche la Società Europea o *Societas Europaea*, creata nel 2001 con il regolamento CE 2157/2001 e la direttiva 86/2001 CE.

2) che sia considerabile, secondo la legislazione corrente di uno stato membro, come domiciliata o residente in tale stato e non al di fuori della Comunità, neanche in forza di convenzioni contro la Doppia imposizione stipulate con stati terzi;

3) che sia assoggettata, senza esenzioni, a una imposta presa in considerazione dalla direttiva¹⁴⁴.

L'interpretazione di questi ultimi due punti ha avuto varie vicissitudini nel tempo. Per quanto riguarda l'assoggettabilità vedremo nelle prossime pagine quali posizioni hanno assunto la dottrina e la giurisprudenza.

A proposito del secondo punto, ma anche del terzo in via indiretta, è possibile fare subito riferimento ad un recente caso affrontato dalla CGUE: parliamo della causa *GVC Service* (c-458/18) dove la Corte ha fatto propria una interpretazione assai restrittiva (contrastante anche con quella proposta dalla Commissione) per cui si è esclusa la possibilità di beneficiare dei vantaggi derivanti dall'applicazione della Direttiva per i soggetti residenti a Gibilterra, considerata sì territorio europeo ma evidentemente a (quasi!) tutti gli effetti¹⁴⁵. Tale anomala decisione è stata probabilmente "suggerita" dalle vicende legate alla *Brexit* e alle pressioni del governo bulgaro, stato di appartenenza della controllata, con cui

¹⁴³ D'ALFONSO, *Le modifiche alla direttiva madre-figlia*, in *Amministrazione e Finanza*, n. 18, 2006, p. 22

¹⁴⁴ D'ALFONSO, *Le modifiche alla direttiva madre-figlia*, in *Amministrazione e Finanza*, n. 18, 2006, p. 23

¹⁴⁵ SCIANCALEPORE, BASILE, *La direttiva Madre-figlia si arresta innanzi alle Colonne d'Ercole nel caso GVC Service*, in *Diritto e Pratica Trib.* n° 4, 2020, p. 1724 ss

si evidenziava la scarsa imposizione nell'enclave inglese¹⁴⁶, sconfinando però in questioni, come prima accennato, relative al terzo punto e cioè la *effective liability to tax* (vedi *infra*).

5.3.2 La nozione di stabile organizzazione ai fini della Direttiva

La nozione di stabile organizzazione, come individuata dall' art. 2 par. 2, è integrata quando si parla di “ *sede fissa di affari situata in uno Stato membro, attraverso la quale una società di un altro Stato membro esercita in tutto o in parte la sua attività, per quanto gli utili di quella sede di affari siano soggetti ad imposta nello Stato membro nel quale essa è situata ai sensi del pertinente trattato fiscale bilaterale o, in assenza di un siffatto trattato, ai sensi del diritto interno*¹⁴⁷”.

Ricordiamo, inoltre, che questa definizione è stata mutuata dal primo Modello OCSE nel nostro ordinamento solo nel 2004 con l'introduzione dell'articolo 162 D.P.R. 917/1986. In precedenza, si faceva riferimento alla nozione elaborata dalla consuetudine e dalla giurisprudenza di stampo internazionale.

5.4 I diversi temi interpretativi sollevati

Una volta illustrato il funzionamento della direttiva e i requisiti applicativi soggettivi ed oggettivi, è possibile portare all'attenzione la lunga serie di problematiche che ad essa si sono accompagnate dalla sua entrata in vigore in poi, passando dall'assoggettamento sino al concetto di beneficiario effettivo, tematiche di cui soprattutto la giurisprudenza europea e nazionale si sono occupate nel tentativo di fornirne un'interpretazione chiara e lineare, con alterne fortune.

5.4.1 Il tema dell'assoggettamento ad imposizione

Una prima *vexatissima questio* di cui si è occupata la giurisprudenza, ma non solo, riguarda il requisito dell'assoggettamento ad imposta previsto dall'art. 2 della Direttiva. In questa “*è singolare che il tema dell'assoggettamento ad imposizione nel paese di residenza non sia stato meglio disciplinato, in modo da fugare ogni dubbio sul punto*”¹⁴⁸. Questi dubbi hanno dato il via ad un dibattito, che trae origine dagli ambienti accademici e dottrinali e che ha poi chiamato la giurisprudenza a pronunciarsi sul punto, e che si incentra sull'interpretazione di questa clausola, su

¹⁴⁶ SCIANCALEPORE, BASILE, *La direttiva Madre-figlia si arresta innanzi alle Colonne d'Ercole nel caso GVC Service*, in *Diritto e Pratica Trib.* n° 4, 2020, p. 1731

¹⁴⁷ OCSE, Modello di Convenzione contro le Doppie imposizioni, art. 5 par. 1, 1927

¹⁴⁸ MANCA, *Persistenti (dis)interpretazioni della Direttiva Madre-figlia da parte dei giudici tributari italiani*, in *Rivista telematica Diritto Trib.*, 17 giugno 2019

cui vi sono coloro che, ritengono sufficiente “*la mera soggettività passiva*”¹⁴⁹ e coloro i quali, tra cui citiamo Schonewille, Raby e lo stesso Maisto¹⁵⁰, che hanno sempre sostenuto la necessità di una imposizione effettiva. La interpretazione della disposizione può essere fatta secondo i due criteri cardine dell’interpretazione ossia il criterio letterale, non correttivo, e il criterio teleologico, correttivo¹⁵¹.

In riferimento al primo criterio, nella giurisprudenza nazionale sin dal 1992¹⁵² il termine assoggettamento è stato posto in correlazione con il termine soggetto ritenendo che entrambi potessero indicare un prelievo effettivo o meno a seconda se riferiti al reddito o al soggetto passivo. La direttiva, contemplando il secondo caso sarebbe dunque da interpretarsi in modo da non richiedere l’effettiva imposizione. Questa certezza viene messa in dubbio se si procede con un’interpretazione argomentata secondo un parametro contestuale e di costanza terminologica¹⁵³ per cui, invece, vi sarebbe differenza tra il termine dell’Allegato “soggetto” inteso come soggetto passivo e l’aggettivo “assoggettato” che implicherebbe imposizione in concreto se si considerasse coerente nei termini la Direttiva, mentre qualora non si considerasse coerente si propenderebbe inevitabilmente per un uso improprio del termine “assoggettamento”, che sarebbe riferito quindi al reddito.

Occorre segnalare che negli altri ordinamenti, seguendo spunti esclusivamente ricognitivi, non vi è uniformità e pertanto il criterio letterale in forza di tali differenze terminologiche non sembra adeguatamente efficiente.

Il criterio teleologico, al contrario, pare escludere l’effettiva tassazione della società, soprattutto se, interpretato in un’ottica di coerenza sistematica, si osserva come il criterio fondamentale sia quello della residenza che in sé non richiede un assolvimento pratico del tributo ma che si riferisce invece al concetto di soggettività passiva in precedenza illustrato.

La complessità del tema e le oscillazioni dei giudici nelle loro decisioni possono essere testimoniate prendendo ad esempio *ex multis* la sentenza della Corte di Cassazione n. 32555/2018¹⁵⁴.

Ripercorrendo brevemente la parte in fatto, è possibile inquadrare l’oggetto della controversia in un diniego da parte del Centro Operativo di Pescara, ufficio competente in materia per l’Agenzia delle Entrate, della richiesta di rimborso della ritenuta sui suoi *outbound dividends* avanzato dalla controllata italiana in favore della propria controllante lussemburghese. La *ex* Commissione

¹⁴⁹ MAISTO, *La tassazione dei dividendi intrasocietari*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 566

¹⁵⁰ MAISTO, *Il regime tributario dei dividendi nei rapporti tra “società madri” e “società figlie”*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 27 ss e 124 ss

¹⁵¹ GUASTINI, *Interpretare e argomentare, Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 95

¹⁵² Corte di Cass., n. 4301/1992 poi ripresa in Corte di Cass. SS.UU. 17632/2003

¹⁵³ GUASTINI, *Interpretare e argomentare, Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 299

¹⁵⁴ ANTONINI, PAPOTTI, *Il requisito dell’assoggettamento a imposta per l’esenzione da ritenuta sugli utili da società non residente*, in *Corriere Trib.* n° 4, 2019, p. 376 ss

tributaria regionale dell'Abruzzo, (ora Corte di Giustizia di I grado), aveva rigettato tale pretesa. Gli ermellini, un po' a sorpresa, invece di cassare la sentenza di merito precedente l'hanno confermata motivando il dispositivo con riferimento alla mancata imposizione della società controllante (Luxco) che oggettivamente aveva goduto del regime di *dividend exemption* prevista dalla normativa del suo paese.

La Corte si è espressa in tal verso andando ad investigare la *ratio* della Direttiva e individuandola nella volontà di evitare qualsivoglia forma di Doppia imposizione, che nel fatto di specie effettivamente non era già di per sé presente.

Tuttavia, l'interpretazione del requisito della assoggettabilità è stata quella di intenderla come soggettività tributaria. Ciò perlomeno porta ad escludere dall'applicazione della Direttiva solo quelle situazioni di esenzione totale in ragione della natura del contribuente.¹⁵⁵

Un precedente della Corte di Giustizia dell'Unione europea, citato a torto anche nella sentenza di cui in analisi, è quello della sentenza *Wereldhave* (c- 448/15) in cui si è affermato un principio diverso e cioè che la non applicabilità della Direttiva si ha non solo nei casi sopra indicati di esenzione soggettiva ma anche in quelli di esenzione totale oggettiva (in concreto l'aliquota applicata era dello 0%), seppur a condizione di una concessione in astratto della legge¹⁵⁶.

Alla luce di questo precedente della CGUE, non sembra comunque condivisibile la soluzione proposta dalla Suprema Corte in quanto in palese violazione della Direttiva Madre-figlia: da un primo punto di vista perché quanto disposto dalla Corte non eliminerebbe la Doppia tassazione economica sugli utili prodotti dalla controllata nostrana e in secondo luogo perché, non individuando erroneamente le differenze con la sentenza c-448/15, si è interpretato in modo scorretto il requisito dell'assoggettamento, che non impedisce, nell'interpretazione corretta, l'applicabilità della Direttiva nei casi di esenzione parziale, qui dei soli dividendi. Questa sentenza della CGE è stata presa a modello anche in un altro "arresto giurisprudenziale"¹⁵⁷ del giudice tributario italiano: in un medesimo caso di mancato riconoscimento del rimborso della ritenuta ai sensi dell'art. 27 *bis* D.P.R. 600/1973 da parte dell'Amministrazione Fiscale di Pescara, i giudici hanno ritenuto congruente tale decisione sempre con riferimento al regime PEX sui dividendi accordato in Lussemburgo alla società controllante. Questa lettura sarebbe anche in contrasto con la Circolare n. 32/E del luglio 2011 che proprio sul tema era intervenuta in seguito alla sentenza c-

¹⁵⁵ ANTONINI, PAPOTTI, *Il requisito dell'assoggettamento a imposta per l'esenzione da ritenuta sugli utili da società non residente*, in *Corriere Trib.* n° 4, 2019, p. 379

¹⁵⁶ ARGINELLI, *La Corte di Giustizia UE si pronuncia sul requisito ad assoggettamento ad imposta previsto dalla Direttiva madre-figlia*, in *Rivista telematica dir. Trib.*, 2 aprile 2017

¹⁵⁷ MANCA, *Persistenti (dis)interpretazioni della Direttiva Madre-figlia da parte dei giudici tributari italiani*, in *Rivista telematica Diritto Trib.*, 17 giugno 2019

540/07 in cui la CGE si era espressa a favore della disciplina PEX per le società madri di altri paesi membri¹⁵⁸.

Regime che ricordiamo è ugualmente previsto in Italia in via alternativa al credito d'imposta.

Successivamente, con la sentenza 2313/2020 la Suprema Corte è tornata sui suoi passi, attuando un vero e proprio *overruling* rispetto a quanto visto con le ultime due sentenze analizzate.

In quest'ultima pronuncia, infatti, ha reinterpretato il concetto di neutralità fiscale dei dividendi transfrontalieri¹⁵⁹ ai sensi della Direttiva 96/2011. La Corte ha quindi ritenuto che i giudici debbano *“limitarsi ad applicare il principio di neutralità fiscale senza possibilità di addentrarsi in valutazioni extra territoriali, che, peraltro, non rientrano nella sua competenza o nelle sue facoltà istruttorie, limitandosi a verificare la mera assoggettabilità della società controllante alla relativa imposta sul reddito”*¹⁶⁰.

Questa pronuncia appare ulteriormente meritoria in quanto conforme a quanto sancito nella causa *Brussels Securities* (c-389/18) e cioè che *“occorre evitare non solo la tassazione diretta dei dividendi in capo alla società madre ma anche quella indiretta, intesa come conseguenza dell'applicazione di meccanismi che, sebbene accompagnati da esenzioni o deduzioni generati dalla volontà di tenere conto delle imposte pagate dalla società figlia nel proprio Stato in concreto potrebbero causare in capo alla società madre un trattamento deteriore rispetto a quello che spetterebbe qualora le due società (madre e figlia) fossero nello stesso Stato”*¹⁶¹.

A proposito di questa sentenza sembra opportuno evidenziarne alcuni punti salienti. La controversia, che ha avuto diverse ripercussioni anche sul nostro sistema tributario, è nata in riferimento ad un aspetto ancor più tecnico e di nicchia rispetto a quelli visti sinora ma sempre all'interno del medesimo contesto di imposizione della società madre. Il punto focale riguardava la disciplina belga post sentenza *Cobelfret* (c-138/07), dove già l'*European Court of Justice* aveva segnalato la non corretta trasposizione i termini e gli obiettivi della *Parent-Subsidiary Directive*¹⁶²,

¹⁵⁸ MANCA, *Persistenti (dis)interpretazioni della Direttiva Madre-figlia da parte dei giudici tributari italiani*, in *Rivista telematica Diritto Trib.*, 17 giugno 2019

¹⁵⁹ DI JACOPO, CORSELLO, *Revirement della Cassazione sui dividendi transfrontalieri: riconosciuta l'esenzione per la distribuzione da società figlia italiana nei confronti della madre comunitaria*, nota a Cass. n. 2313/2020, in *Rivista telematica di Diritto Trib.*, 8 maggio 2020

¹⁶⁰ DI JACOPO, CORSELLO, *Revirement della Cassazione sui dividendi transfrontalieri: riconosciuta l'esenzione per la distribuzione da società figlia italiana nei confronti della madre comunitaria*, nota a Cass. n. 2313/2020, in *Rivista telematica di Diritto Trib.*, 8 maggio 2020

¹⁶¹ CGUE, *Brussels Securities*, c-389/18

¹⁶² LAMENSCH, VAN THIEL, *The elimination of double taxation of dividends in the EU: Cobelfret Means the End of Belgium's Final Taxation*, in *Intertax*, Vol. 37, 2009, p. 473 ss

per cui i dividendi percepiti dalla controllante dovevano essere in un primo tempo calcolati nella base imponibile di questa e solo in un secondo momento essere resi deducibili con l'esenzione del 95% sul loro ammontare¹⁶³. Questa post deducibilità, nel caso concreto, andandosi ad applicare in combinatoria con alcune norme per cui, senza entrare eccessivamente nello specifico, vi sarebbe stato un ordine di deducibilità delle diverse voci avrebbe comportato uno svantaggio fiscale aumentando l'aliquota per i periodi d'imposta successivi che in assenza di questo mancato conteggio nella base imponibile o in assenza di dividendi esteri non si sarebbe avuto. Vi era quindi una mancanza di neutralità fiscale¹⁶⁴ "mascherata e indiretta".

La Corte di Lussemburgo si è espressa negando la conformità di questa normativa rispetto alla Direttiva e, di conseguenza, ha evidenziato come il diritto dell'Unione Europea osti ad una siffatta legislazione interna.

6.1 La Direttiva Interessi-canoni

Oltre alla disciplina dei dividendi, il legislatore europeo si è occupato di normare anche l'ambito degli interessi e dei canoni o *royalties*.

Infatti, per raggiungere gli scopi già prefissati con la Direttiva Madre-figlia di una integrazione effettiva dei soggetti economici e dei gruppi di imprese intra Unione Europea e, sempre in quest'ottica di *favor* per il mercato unico, di eliminazione della Doppia imposizione, si è reso necessario intervenire anche nel settore residuale dei redditi finanziari e di capitale.

Per normare fiscalmente questo settore nel 2003 è stata introdotta la Direttiva 49/2003 CE (recepita in Italia con il D.lgs. n. 143/2005).

Il principio generale espresso da questa Direttiva è riassumibile nel fatto che, in presenza di alcuni requisiti che analizzeremo analiticamente, i pagamenti di interessi e canoni provenienti da soggetti di uno stato membro sono esenti da tassazione tramite ritenuta alla fonte o accertamento fiscale in tale stato se diretti ad una società residente in un altro stato membro o ad una stabile organizzazione che siano *sine dubio* beneficiari di tali interessi e canoni. Lo scopo è quindi quello di eliminare la

¹⁶³ LOTITO FEDELE, *Il caso Brussels Securities della CGUE e l'interpretazione della direttiva sulle società madre-figlia: tre ordinamenti giuridici a confronto*, in *Diritto e Pratica Trib. internaz.*, n°1, 2021, p. 340

¹⁶⁴ LOTITO FEDELE, *Il caso Brussels Securities della CGUE e l'interpretazione della direttiva sulle società madre-figlia: tre ordinamenti giuridici a confronto*, in *Diritto e Pratica Trib. internaz.*, n°1, 2021, p. 344

sola Doppia imposizione giuridica, poiché essendo sempre deducibili dal reddito d'impresa i pagamenti di interessi e canoni, non potrebbe mai aversi anche Doppia imposizione economica.¹⁶⁵

Già da questa prima analisi è possibile inquadrare i requisiti e individuare le criticità interpretative della direttiva.

Essendo una Direttiva, non un regolamento, e lasciando pertanto un margine più ampio di manovra ai singoli stati, a questi è stata rimessa, ad esempio, la delimitazione dei concetti di interessi e di canoni, delineata nel complesso però dal legislatore comunitario.

In Italia, ad esempio, con il decreto d'attuazione e recepimento, si è deciso di replicare la definizione contenuta nell'art. 2 della Direttiva, a sua volta ispirato all'art. 11 del Modello di Convenzione OCSE contro la Doppia imposizione, per cui gli interessi sono designati come *“i redditi da crediti di qualsiasi natura, garantiti o non da ipoteca, e, in particolare, i redditi derivanti da titoli, da obbligazioni di prestiti, compresi i premi collegati a detti titoli”*¹⁶⁶. I canoni invece sono *“i compensi di qualsiasi natura percepiti per l'uso o la concessione in uso del diritto di autore su opere letterarie, artistiche o scientifiche, comprese le pellicole cinematografiche, e il software, di brevetti, marchi di fabbrica o di commercio, disegni o modelli, progetti, formule o processi segreti o per informazioni concernenti esperienze di carattere industriale, commerciale o scientifico; sono considerati canoni i compensi per l'uso o la concessione in uso di attrezzature industriali, commerciali o scientifiche”*¹⁶⁷.

Nel rispetto dello spazio di manovra concesso dalla Direttiva ai paesi membri, di cui abbiamo fatto cenno, l'Italia ha escluso dalle definizioni di interessi e canoni alcune fattispecie¹⁶⁸ tra cui: a) le remunerazioni dei finanziamenti eccedenti di cui all'art. 98 del T.U.I.R., direttamente erogati dal socio o dalle sue parti correlate;

b) gli utili indicati dall'art. 44, comma 1, lett. f), del T.U.I.R., e cioè quelli derivanti dai contratti di associazione in partecipazione e di cointeressenza; c) le remunerazioni dei titoli e degli strumenti finanziari individuati dall'art. 44, comma 2, lett. a), del T.U.I.R. e quelle previste dal successivo art. 109, comma 9, lett. a), anche per la quota che non comporta la partecipazione ai risultati economici della società emittente o di altre società appartenenti allo stesso gruppo o dell'affare in relazione al quale gli strumenti finanziari sono stati emessi; d) i pagamenti relativi a crediti che autorizzano il creditore a rinunciare al suo diritto agli interessi in cambio del diritto a partecipare

¹⁶⁵ CORASANITI, *L'evoluzione della nozione di beneficiario effettivo tra il modello di convenzione OCSE e la giurisprudenza della Corte di Cassazione e della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *Diritto e Pratica Trib.*, n° 6, 2021, p. 2513

¹⁶⁶ Art. 2 c.1 lett. a Direttiva 49/2003 CE

¹⁶⁷ Art. 2 c.1 lett. b Direttiva 49/2003

¹⁶⁸ RAIMONDO, *Il pagamento di interessi e canoni tra società consociate di stati UE*, in *Corriere Trib.*, n° 30, 2005, p. 2363

agli utili del debitore, nonché i pagamenti relativi a crediti che non contengono disposizioni per la restituzione del capitale o per i quali il rimborso debba essere effettuato trascorsi più di 50 anni dalla data di emissione¹⁶⁹.

6.2 I requisiti per l'applicazione della Direttiva

Perché la direttiva sia applicabile sono richiesti i soddisfacimenti di alcuni requisiti: *In primis* è necessario che tra le società vi sia un rapporto di consociazione espresso attraverso partecipazioni dirette non inferiori al 25% delle quote dei diritti di voto possedute ininterrottamente per almeno un anno. Tali società, sia quella pagatrice che quella percettrice, devono essere residenti in due diversi stati membri, essere soggette alle imposte sul reddito delle società e avere una delle forme giuridiche previste nell'Allegato della Direttiva.

Altro requisito chiaro è quello che la società che percepisce i proventi sia soggetta ad effettiva imposizione, sia cioè sottoposta a *effective liability to tax*¹⁷⁰. Possiamo osservare una chiara ed evidente differenza con la Direttiva Madre-figlia, in cui tale requisito della *liability to tax* non è richiesta essere necessariamente *effective*, quantomeno per l'interpretazione maggioritaria.

Inoltre, come ultimo elemento imprescindibile per l'applicazione dell'esenzione prevista dalla Direttiva e anch'esso non richiesto e menzionato nella Direttiva parallela sui dividendi, abbiamo il requisito del beneficiario effettivo che deve essere integrato dalle società o stabili organizzazioni percettrici degli interessi e *royalties*. Queste entità devono, infine, devono presentare un certificato che ne certifichi la residenza, se società, o l'esistenza stessa, se stabili organizzazioni, rilasciati dall'autorità fiscale del paese in cui sono situate¹⁷¹.

A proposito del concetto di beneficiario effettivo proporremo un'analisi più profonda nel prossimo paragrafo.

¹⁶⁹ RAIMONDO, *Il pagamento di interessi e canoni tra società consociate di stati UE*, in *Corriere Trib.*, n° 30, 2005, p. 2364

¹⁷⁰ CORASANITI, *L'evoluzione della nozione di beneficiario effettivo tra il modello di convenzione OCSE e la giurisprudenza della Corte di Cassazione e della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *Diritto e Pratica Trib.*, n° 6, 2021, p. 2512

¹⁷¹ RAIMONDO, *Il pagamento di interessi e canoni tra società consociate di stati UE*, in *Corriere Trib.*, n° 30, 2005, p. 2364

7.1 L'elusione fiscale nel coordinamento tra diritto interno ed UE: le clausole generali antielusione

Facendo un passo indietro alle prime sentenze della Corte di Cassazione relative al primo filone giurisprudenziale in cui si cercava di individuare il concetto di assoggettamento della società madre, in violazione con quanto evidentemente affermato dalla Direttiva e dal diritto UE a proposito dell'esenzione oggettiva dei dividendi, queste sono state probabilmente ispirate da un intento anti elusivo, che però non può essere favorevolmente accolto in quanto l'elusione fiscale è contrastata dalla Direttiva 96/2011 mediante apposite ed autonome clausole e non può, di certo, essere attuata restringendo l'interpretazione dei requisiti applicativi di questa.

I provvedimenti per il contrasto all'elusione e all'evasione fiscale a cui avrebbe potuto dare adito la normativa contenuta nella Direttiva Madre-figlia, sono stati infatti introdotti e inaspriti i già esistenti tra il 2014 e il 2015.

Con un breve interludio sull'elusione, occorre esplicitare che *“Il diritto UE non ammette l'utilizzo di pratiche che possano frustrare gli scopi perseguiti dal Trattato, piegando le norme comunitarie al perseguimento di scopi diversi e non tutelati dall'ordinamento UE”*¹⁷². Questa dichiarazione d'intenti è stata portata avanti nel tempo soprattutto dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea, l'unico organismo in grado di *“realizzare una osmosi tra le tradizioni giuridiche di molti ordinamenti degli Stati membri dell'Unione Europea ed un principio già intrinseco nel diritto sovranazionale, secondo cui la tutela giuridica del diritto dell'Unione Europea viene riservata alle sole situazioni in cui l'applicazione dello stesso venga invocata in buona fede”*¹⁷³ portando così a restituire al *“diritto degli Stati membri un istituto giuridico, quale l'abuso del diritto, capace di acquisire una fondamentale importanza per effetto del rango gerarchicamente sovraordinato che va riconosciuto al diritto sovranazionale negli ordinamenti giuridici degli Stati membri.”*¹⁷⁴

Tale istituto giuridico rileva, in relazione alle imposte indirette, in particolare, per l'imposta armonizzata per definizione ossia l'Imposta sul Valore Aggiunto (IVA/VAT), così come specificatamente ribadito nella sentenza *Halifax* del 2006.

¹⁷² UCKMAR, CORASANITI, DE CAPITANI DI VIMERCATE, CORRADO OLIVA, *Diritto tributario internazionale: manuale, II ed.*, Padova, Cedam, 2012, p. 214

¹⁷³ PISTONE, *L'abuso del diritto nella giurisprudenza tributaria della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *Diritto e Pratica Trib. Internaz.*, n° 2, 2012, p. 431

¹⁷⁴ PISTONE, *L'abuso del diritto nella giurisprudenza tributaria della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *Diritto e Pratica Trib. Internaz.*, n° 2, 2012, p. 431

Per quanto riguarda le imposte dirette, seppur non armonizzate ed estranee ad un ordinamento unico europeo, essendo la mancanza di una clausola generale antielusiva causa di disfunzioni per la realizzazione delle libertà fondamentali, si è progressivamente tentato di estendere anche ad esse il substrato di principi antielusivi espressi nella già menzionata sentenza. Nel nostro ordinamento lo spartiacque è stata la sentenza della Corte di Cassazione n. 21221/2006 (e successivamente anche la n. 8772/2008) in cui si è provato a sdoganare l'applicazione dei criteri cd. *Halifax* anche a tale tipologia di imposte, per cui *“I giudici di rinvio dovranno, quindi, procedere a nuova valutazione degli atti, negozi e comportamenti posti in essere, esaminando analiticamente tutti i rilievi contenuti nel processo verbale di constatazione e ripresi nel ricorso dell'Amministrazione, oltre alle ragioni svolte nella difesa della controricorrente, al fine di verificare se gli stessi, nella loro sequenza e connessione, costituiscano un abuso del diritto o di forme giuridiche, nel senso stabilito dalla Corte di Giustizia CE nella sentenza resa in causa C - 255/02, e precisamente:*

a) se il fine perseguito dalla società fosse quello di ottenere il riconoscimento della minusvalenza senza che ne esistessero i presupposti;

b) se le operazioni compiute fossero essenzialmente volte al conseguimento del vantaggio fiscale costituito dalla detta minusvalenza, o se esistessero ragioni economiche alternative o concorrenti di carattere non meramente marginale o teorico, le quali non avrebbero determinato il compimento delle operazioni; tale verifica deve essere condotta considerando che l'onere della prova circa l'esistenza, competenza ed inerenza dei componenti negativi del reddito, quale quello in contestazione, incombe al contribuente;”¹⁷⁵ e prendere di conseguenza le proprie determinazioni.

Queste pronunce sono però state successivamente sconfessate dalla stessa Corte di Giustizia UE con la sentenza *Kofoed* che ha rimesso, come previsto in origine, la previsione di clausole per il contrasto dell'elusione fiscale alle varie legislazioni nazionali, cosa che in Italia è stata fatta prima con l'art. 37 bis D.P.R. 600/73 (abrogato dal D.lgs. n. 128/2015 che ha contestualmente depenalizzato l'elusione) e poi con l'art. 10 bis dello Statuto del Contribuente (l. 212/2000).

7.2 Le clausole del beneficiario effettivo e la differenza con le clausole generali antielusione

Quanto detto rileva in materia di clausole generali antielusione che però non devono confondersi con quelle che sono le clausole sul beneficiario effettivo, concepite nei paesi di *common law* come norme

¹⁷⁵ Corte Cass. n. 21221 23 settembre 2006

di attribuzione del reddito¹⁷⁶ e in tempi più recenti adottate, anch'esse, nell'ambito del contrasto all'elusione ma con la prospettiva di prevenirla. Il loro sviluppo e diffusione nelle convenzioni internazionali sta inevitabilmente influenzando anche il diritto UE. La differenza tra queste due diverse categorie, oltre ad essere nelle fonti, nazionali, sovranazionali e convenzionali per le prime e solo convenzionali per le seconde, è rilevante in quanto per le prime è necessario ai fini probatori la sussistenza dell'elemento soggettivo elusivo, *onus probandi* non richiesto per la seconda tipologia e che pertanto potrebbe portarla ad essere utilizzata quale scorciatoia per le prime.¹⁷⁷

La mancata netta distinzione tra le due a livello giurisprudenziale e dottrinale ha portato ad una mescolanza eterogenea per cui le clausole del beneficiario effettivo sono state adottate come *test* nei meccanismi applicativi delle clausole generali antielusive, con un utilizzo ben differente da quello previsto al momento della loro formulazione nelle convenzioni internazionali.¹⁷⁸

Anticipando per un attimo quello che sarà il tema del prossimo capitolo vediamo innanzitutto quale è la definizione di beneficiario effettivo che è stata sviluppata per prima dall'OCSE sebbene non in forma chiara all'interno del Modello di Convenzione OCSE ma attraverso elementi sparsi nel Commentario, già dalla versione del 1977.

7.3 La (non facilmente inquadrabile) nozione di beneficiario effettivo

Un primo elemento utile, ricavabile anche dai lavori preparatori del Modello, è quello relativo la funzione del beneficiario effettivo e cioè la prevenzione dell'erosione della potestà impositiva sui *passive income* dello stato fonte attraverso l'interposizione fittizia di persona, mantenendo effettivo il riparto impositivo stabilito attraverso la convenzione internazionale di riferimento tra due diversi stati, distinguendosi quindi dalle norme antielusione che hanno la sola funzione di contrastare quest'ultima in circostanze specifiche.¹⁷⁹ Le clausole sul beneficiario effettivo vanno a colpire quindi le situazioni di *Treaty shopping*, di cui parleremo approfonditamente nel prossimo capitolo, e le società *conduits* ma solo di riflesso e, per questo motivo, non possono essere intese come antielusive

¹⁷⁶ REIMER, *Chapter 18: How to Conceptualize Beneficial Ownership in Beneficial Ownership: Recent Trends*, M. Lang et al. eds., IBFD, 2013, *Online Books*.

¹⁷⁷ PISTONE, *Beneficiario effettivo e clausole generali antielusione*, in *Diritto e Pratica Trib. Internaz.*, n°4,2020, p. 1552

¹⁷⁸ PISTONE, *Beneficiario effettivo e clausole generali antielusione*, in *Diritto e Pratica Trib. Internaz.*, n°4,2020, p. 1553

strictu sensu. La classificazione come clausole antielusive viene specificatamente in essere solo nella situazione in cui dividendi, interessi e *royalties* transitino per agenti, fiduciari, società *conduit o subholding* non qualificabili come possessori del reddito, a cui perciò sarà negata l'eventuale ritenuta minore prevista dalle convenzioni.

Definizioni più chiare, successive a quella del '77, sono state fornite con gli aggiornamenti del 2003 e 2014, sempre dall'OCSE, in seguito al grande sviluppo che queste clausole hanno avuto a partire dagli anni '70. In particolare, solo nel 2014 l'individuazione del beneficiario effettivo è stata messa in relazione con “gli effettivi poteri del soggetto di disporre e godere del reddito e il requisito della soggettività passiva di imposta non meramente astratta”¹⁸⁰ e quindi da un potere discrezionale effettivo e non meramente formale sulla sostanza economica (*substance over the form principle*)¹⁸¹

Questi provvedimenti però non hanno portato ad una maggiore chiarezza e certezza del diritto, ampliando in un primo momento il concetto sino a uniformarlo a quello delle norme antielusione e successivamente, tornando a più miti consigli, restringendolo. Queste oscillazioni hanno creato notevole confusione che si è riflessa anche sulla giurisprudenza, dove i profili più critici si sono segnalati in particolare in relazione alla figura del percettore del reddito, che nel momento in cui fosse qualificato come beneficiario effettivo dovrebbe comunque essere soggetto alla disciplina volta al contrasto dell'elusione ma che allo stesso tempo e modo, in caso non fosse qualificato come beneficiario effettivo dovrebbe solo essere esposto all'impossibilità di usufruire della ritenuta ridotta e non essere anche perseguibile per l'elusione sui redditi percepiti da questo soggetto.

7.4 Il concetto di beneficiario effettivo nella giurisprudenza di legittimità italiana

Vediamo adesso come i giudici sia interni sia europei si sono districati nel mezzo di queste problematiche e oscillazioni.

La giurisprudenza della Corte di Cassazione, di recente, ha abbracciato quanto asserito in sede OCSE e dalla Corte di Giustizia UE (vedremo in particolare le cd. sentenze danesi) e cioè che la clausola del beneficiario effettivo vigente nell'ordinamento internazionale e prevista dai trattati operi per il solo soggetto effettivamente nella disponibilità giuridica ed economica del reddito e sottoposto alla

¹⁸⁰ CORASANITI, *L'evoluzione della nozione di beneficiario effettivo tra il modello di convenzione OCSE e la giurisprudenza della Corte di Cassazione e della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *Diritto e Pratica Trib.*, n° 6, 2021, p. 2495

¹⁸¹ CORASANITI, *L'evoluzione della nozione di beneficiario effettivo tra il modello di convenzione OCSE e la giurisprudenza della Corte di Cassazione e della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *Diritto e Pratica Trib.*, n° 6, 2021, p. 2496

giurisdizione dello stato contraente.¹⁸² Tali requisiti devono essere accertati, in particolare quando vi sono di mezzo articolate strutture fiduciarie, dal giudice di merito su base sostanziale e concreta, caso per caso.

A questo orientamento fanno da contraltare altre pronunce minoritarie¹⁸³, criticate in dottrina,¹⁸⁴ per cui la clausola del beneficiario effettivo rientrerebbe nei principi generali del diritto dei trattati e pertanto non renderebbe applicabile il trattamento fiscale di favore in caso di *treaty abuse* anche quando non testualmente vietato.

Un esempio che fa un sincretismo tra questi due filoni giurisprudenziali può considerarsi la sentenza n. 27113/2016 con cui la Corte di Cassazione ha colto l'opportunità di pronunciarsi sul concetto di *beneficial owner* nei trattati contro le Doppie imposizioni. Brevemente, la vicenda ruota intorno a dei pagamenti di dividendi da parte di una controllata italiana alla sua controllante francese che riteneva di poter usufruire dei benefici dati dalla Convenzione Italia-Francia ma che allo stesso tempo sembrava essere, in realtà, una mera *subholding* di una società di diritto statunitense. L'Agenzia delle Entrate, quindi, si oppone alle istanze di rimborso avanzate sulla base di alcuni fattori che portavano a non ritenerla la beneficiaria effettiva di tali dividendi ma anzi una *conduit company*. La Corte ha risolto il caso da un lato riconducendo il concetto di beneficiario effettivo al "*precipitato normativo*" dell'art. 31 della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei Trattati¹⁸⁵ e dall'altro privandolo della sua portata di norma antielusiva, respingendo la tesi dell'Ufficio e accogliendo il ricorso sulla scorta delle considerazioni per cui la natura di *holding statica*, priva di dipendenti e struttura organizzativa, non è sufficiente a caratterizzarla come struttura fittizia, artificiosa e quindi soggetto attivo di operazioni abusive¹⁸⁶.

¹⁸² CORASANITI, *L'evoluzione della nozione di beneficiario effettivo tra il modello di convenzione OCSE e la giurisprudenza della Corte di Cassazione e della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *Diritto e Pratica Trib.*, n° 6, 2021, p. 2497

¹⁸³ *Ex multis*: Cass. n. 24287/2019

¹⁸⁴ DELLA VALLE, *Spetta al contribuente provare la natura di beneficiario effettivo del percipiente non residente*, in *Giurisprudenza Tributaria* –n°4, 2019, p. 65 ss

¹⁸⁵ TOMASSINI, SANDALO, *La Cassazione traccia i confini del concetto di beneficiario effettivo*, nota a Corte Cass. n. 27113 28 dicembre 2016, in *Giurisprudenza Trib.*, n°3, 2017, p. 240

¹⁸⁶ TOMASSINI, SANDALO, *La Cassazione traccia i confini del concetto di beneficiario effettivo*, nota a Corte Cass. n. 27113 28 dicembre 2016, in *Giurisprudenza Trib.*, n°3, 2017, p. 244

In altre decisioni¹⁸⁷, non del tutto ancora sconfessate, la qualifica di beneficiario sarebbe semplicemente desumibile dai certificati di residenza rilasciati dagli stati (*form over substance principle*). Vedremo tra poco, comunque, come le sentenze cd. Danesi hanno avuto ripercussioni sulla giurisprudenza interna.

7.5 Il concetto di beneficiario effettivo nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea

Parlando di beneficiario effettivo e giurisprudenza dell'Unione Europea occorre premettere che non si troveranno mai riferimenti al riguardo nella Direttiva Madre-figlia in quanto in essa si è voluto limitare non solo la Doppia imposizione giuridica ma anche quella economica¹⁸⁸, al contrario di quanto contenuto nella Direttiva Interessi-canonici dove occupandosi della sola Doppia tassazione giuridica è chiaramente richiamato il concetto di beneficiario effettivo

Per quanto concerne la Direttiva 196/2011 UE, infatti, “*Posto che il fine della Direttiva Madre-Figlia è quello di tassare l'utile una sola volta presso la società figlia e di esentare da ritenuta nello Stato della fonte i dividendi attinti e distribuiti da quel medesimo utile, si evince come, in questo caso, sia irrilevante che il percettore - il quale, a differenza di quanto avviene in ambito convenzionale, non deve essere assoggettato ad imposizione sui dividendi né nel Paese di origine né in quello di destinazione - integri i requisiti per essere considerato beneficiario effettivo*”¹⁸⁹.

Nel 2014 con la modifica introdotta dalla Direttiva 86/2014 UE si è introdotta una clausola generale antiabuso con lo scopo di evitare il *Directive shopping*.

7.6 Le Sentenze Danesi

Occorre invece, per affrontare il tema, riprendere i concetti precedentemente esposti in merito alle società qualificabili come *conduit* sulla base della mancanza di strutture organizzative che possano definirsi tali. La gran parte della giurisprudenza della Corte di Giustizia UE in argomento si concentra, infatti, su tali questioni. Il tema del *beneficial owner* e dell'abuso del diritto sono stati

¹⁸⁷ *Ex multis*. Cass. n. 32840/2018

¹⁸⁸ CORASANITI, *L'evoluzione della nozione di beneficiario effettivo tra il modello di convenzione OCSE e la giurisprudenza della Corte di Cassazione e della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *Diritto e Pratica Trib.*, n° 6, 2021, p. 2499

¹⁸⁹ CORASANITI, *L'evoluzione della nozione di beneficiario effettivo tra il modello di convenzione OCSE e la giurisprudenza della Corte di Cassazione e della Corte di Giustizia dell'Unione europea*, in *Diritto e Pratica Trib.*, n° 6, 2021, p. 2502

affrontati con le cd. Sentenze Danesi, due sentenze gemelle in cui sono state riunite più cause rispettivamente in materia di dividendi (c-116/16 e c-117/16) e interessi (c-115/16, c-118/16, c-119/16 e c-219/16) soprattutto nel *private equity*¹⁹⁰, che hanno avuto importanti risvolti sull'interpretazione della direttiva 435/90 CEE, nella versione antecedente alla rifusione avvenuta con la direttiva 96/2011 UE, e della direttiva 49/2003 CE.

Presentiamo, brevemente, la parte in fatto di queste importanti pronunce: Le questioni pregiudiziali sono state sollevate e rimesse alla Corte di Giustizia UE, costituita in Grande Sezione, dall'Alta Corte della Danimarca che si era posta il problema della legittimità del rifiuto, da parte dell'amministrazione finanziaria danese, di riconoscere l'esenzione della ritenuta alla fonte su dividendi e interessi distribuiti e pagati da società residenti in Danimarca a soggetti *holding*, invece, residenti in Lussemburgo, Svezia e Cipro. La richiesta di vedersi riconosciuta l'esenzione era stata formulata da queste secondo quanto previsto dalle direttive Madre-figlia e Interessi-*royalties*¹⁹¹.

Il problema si è posto non tanto da un punto di vista formale, essendo rispettati i requisiti richiesti, quanto da un punto di vista sostanziale: infatti, il fisco danese, per quanto concerne i dividendi, ha ritenuto la complicata struttura societaria dei gruppi in questione possibile compagine idonea a compiere abuso del diritto, così come previsto dalle generali clausole antiabuso date dal diritto interno, in cui era fatta rientrare anche la clausola del beneficiario effettivo, stipulata dalla Danimarca nelle Convenzioni con proprio Cipro e Lussemburgo. Per quanto riguarda gli interessi, l'amministrazione danese ha negato l'esenzione della ritenuta qualificando i soggetti percettori non come beneficiari effettivi ma quali entità *conduit* e perciò privi della condizione costitutiva richiesta dalla Direttiva 49/2003.

La Corte ha premesso che la valutazione dei fatti concreti (paragrafi 99 e 126) sia di spettanza del giudice *a quo*. Detto ciò, ha poi affrontato nel merito concettuale le questioni così come vedremo di seguito.

A fronte di una serie di quesiti articolati presentati dal giudice del rinvio¹⁹², tra cui la rilevanza della clausola del beneficiario effettivo nella Direttiva 435/90 CEE (a cui i giudici non hanno risposto)¹⁹³,

¹⁹⁰ TENORE, LUBRANO, *Spunti di riflessione sulle sentenze della Corte di Giustizia nelle cd. cause danesi alla luce della giurisprudenza italiana*, in *Rivista telematica diritto Trib.*, 13 Marzo 2020

¹⁹¹ ROSSI, PORCARELLI, <https://www.ipsoa.it/documents/quotidiano/2019/02/27/ritenute-fiscali-dividendi-interessi-rileva-status-beneficiario-effettivo>

¹⁹² DELLA VALLE, FRANCONI, *Beneficiario effettivo e divieto di pratiche abusive nelle sentenze "danesi"*, in *Il Fisco*, n° 16, 2019, p. 1552

¹⁹³ DELLA VALLE, FRANCONI, *Beneficiario effettivo e divieto di pratiche abusive nelle sentenze "danesi"*, in *Il Fisco*, n° 16, 2019, p. 1555

possiamo così riassumere i principi di diritto espressi dalla Corte di Giustizia UE, partendo dalla sentenza in materia di dividendi. In tale sentenza i giudici hanno affrontato il tema dell'abuso del diritto, statuendo che esiste un principio generale del diritto UE per cui i singoli privati non possono avvalersi di norme di diritto derivato attraverso pratiche abusive o fraudolente. Perché una pratica sia abusiva occorre che sia integrato un elemento oggettivo per cui, pur nel rispetto formale della norma, non sia conseguito l'obiettivo posto dalla *ratio legis*. Inoltre, con una rilevante differenza rispetto alle clausole del beneficiario effettivo, è richiesto che si configuri anche l'elemento soggettivo per cui il contribuente agisca in modo da crearsi artificialmente le condizioni idonee a sfruttare il diritto dell'Unione. La sussistenza, per l'appunto, di strutture societarie articolate e artificiose rientra tra quelli elementi indiziari concordanti e oggettivi per cui può ritenersi concretizzato l'abuso e che perciò impediscono di fruire dell'esenzione prevista dalla Direttiva madre-figlia.

Nella sentenza in materia di interessi, invece, i giudici hanno inquadrato il beneficiario effettivo come quel soggetto che gode economicamente degli interessi percepiti e che ne ha piena disponibilità di destinazione. Nei punti successivi è poi ribadito l'ostacolo del principio generale antiabuso del diritto dell'Unione alla concessione dell'esenzione da ritenuta sugli interessi in uscita.

Si evince come la Corte abbia assunto una posizione conservativa rispetto all'interpretazione del principio esprime il divieto di pratiche abusive, a cui fa ampio riferimento nella soluzione delle questioni pregiudiziali sollevate. Questa posizione è espressa anche con l'indicazione di specifici "segnali d'allarme" per l'individuazione delle fattispecie poste in essere per l'ottenimento di vantaggi fiscali indebiti. Questi indicatori di abuso del diritto¹⁹⁴ possono essere l'esistenza delle già citate strutture societarie complesse, dove i soggetti percettori, privi di personale, attrezzature e costi di gestione, hanno come unica attività economica quella di ritrasferire in breve tempo i proventi, "a fronte di un utile insignificante", ad altri soggetti che non potrebbero godere dei benefici dati dalle direttive (magari perché extra-UE) magari in forza di pattuizioni intra gruppo. Tra questi assume evidentemente un ruolo anche il concetto di *beneficial owner* che nell'interpretazione dei giudici europei, non del tutto in linea con l'OCSE¹⁹⁵, non ricopre più né la funzione di prevenzione di eventuali abusi né la funzione di clausola speciale antiabuso, alternativa alle clausole generali¹⁹⁶, ma

¹⁹⁴ DELLA VALLE, FRANCONI, *Beneficiario effettivo e divieto di pratiche abusive nelle sentenze "danesi"*, in *Il Fisco*, n° 16, 2019, p. 1555

¹⁹⁵ AVOLIO, GIANNELLI, *La responsabilità del sostituto d'imposta ai fini della clausola del beneficiario effettivo*, in *Il Fisco* n°17, 2021, p. 1609

¹⁹⁶ DELLA VALLE, FRANCONI, *Beneficiario effettivo e divieto di pratiche abusive nelle sentenze "danesi"*, in *Il Fisco*, n° 16, 2019, p. 1553

piuttosto, appunto, elemento da integrarsi per avere l'abuso del diritto. L'esistenza, quindi, di società interposte non qualificabili come beneficiari effettivi diventa sintomo dell'esistenza di una pratica elusiva, anche quando tale qualifica, esempio lampante evidenziato nelle sue conclusioni anche dall'Avvocato Generale Kokott¹⁹⁷ è la Direttiva madre-figlia, non è previsto come requisito per il riconoscimento dei benefici fiscali!

Ulteriore approfondimento merita la questione se il divieto di pratiche abusive così come enunciato nelle Sentenze Danesi sia corrispondente a quello proposto nella già citata (a proposito della disciplina CFC) Direttiva ATAD e a quello inserito nel 2015 nella Direttiva 96/2011. La dottrina si è divisa, in particolare, sul punto riguardante il vantaggio fiscale, nelle direttive considerato come uno dei possibili scopi mentre nella giurisprudenza come lo scopo essenziale della fattispecie. Altro punto discusso è relativo la mancanza di valide ragioni commerciali e la presenza di una "costruzione di puro artificio". Il fatto che per le direttive sia sufficiente solo il primo elemento si pone in contrasto con quanto richiesto, invece, dalla giurisprudenza UE (si pensi alla sentenza *Cadbury Schweppes*) ma soprattutto sembra contrapporsi all'esercizio della libertà di stabilimento¹⁹⁸, esercitabile anche ai soli fini fiscali. Questa seconda interpretazione risulta essere quella espressa anche nella norma antielusiva generale prevista nel nostro ordinamento, contenuta nell'articolo 10 *bis* della l. 212/2000 in cui si parla di "operazioni prive di sostanza economica".

Il riferimento all'articolo 10 *bis* ci permette di concludere l'analisi della pronuncia dei giudici europei analizzando come l'onere della prova sia stato ripartito in modo simile a questa nostra disposizione. La Corte, in linea con la propria giurisprudenza precedente, ha statuito che l'Amministrazione finanziaria abbia l'*onus probandi* della effettiva esistenza degli elementi tipici dell'abuso e del fatto che il preteso beneficiario effettivo non sia in realtà tale¹⁹⁹ senza però dover poi indicare quale sia l'effettivo *beneficial owner*. Nell'ipotesi in cui però il fisco fosse a conoscenza del beneficiario effettivo e questi fosse idoneo ad usufruire dei benefici previsti dalle direttive non potrebbe far altro che riconoscerli.

¹⁹⁷ BAERENTZEN, *Cross border dividend and interest Payments and Holding Companies - An Analysis of Advocate General Kokott's Opinions in the Danish Beneficial Ownership Cases*, in *European Taxation*, Vol. 58, n°8, 2018,

¹⁹⁸ DELLA VALLE, FRANCONI, *Beneficiario effettivo e divieto di pratiche abusive nelle sentenze "danesi"*, in *Il Fisco*, n° 16, 2019, p. 1554

¹⁹⁹ DELLA VALLE, FRANCONI, *Beneficiario effettivo e divieto di pratiche abusive nelle sentenze "danesi"*, in *Il Fisco*, n° 16, 2019, p. 1561

7.7 I risvolti delle sentenze Danesi sull'ordinamento italiano: un caso esemplificativo

Una volta trattate le sentenze danesi nel loro complesso possiamo analizzare quali risvolti, a distanza di ormai tre anni, hanno avuto sulla giurisprudenza nostrana. Per farlo possiamo analizzare la sentenza CTP 27/2020 in cui sono stati applicati i principi espressi nelle sentenze danesi.

La controversia concreta nasce, come nella maggior parte dei casi analizzati, dal diniego opposto dall'Ufficio all'istanza di rimborso richiesta da una controllante tedesca rispetto i dividendi distribuiti dalla sua controllata italiana. Il problema si è posto per il fatto che la controllante tedesca avesse immediatamente ridistribuito i dividendi ad un soggetto costituente *holding* capogruppo situato in territorio extra UE e perciò individuato come beneficiario effettivo.

I giudici tributari italiani hanno accolto il ricorso della società di diritto tedesco e lo hanno fatto rifacendosi ai principi espressi nelle sentenze danesi e nello specifico in quella relativa i dividendi: infatti, in linea con quanto espresso nei paragrafi 94 e 95, l'Agenzia delle Entrate avrebbe dovuto contestare l'abuso del diritto fondato sulla non genuina struttura societaria e non, come invece fatto dall'Ufficio, la mancanza della qualifica di beneficiario effettivo.²⁰⁰ Quest ultimo elemento infatti avrebbe un solo carattere indiziario rispetto alla possibile sussistenza dell'abuso del diritto che andrebbe quindi contestato *ex art. 10 bis* dello Statuto del Contribuente. La sentenza di cui in analisi è rilevante perché in un momento successivo ma prossimo alla pronuncia delle sentenze danesi dimostra come l'adesione della giurisprudenza italiana (ma anche europea) sia stata piena.

²⁰⁰ CATUCCI, GIANNICO, *Operazioni conduit sui pagamenti di dividendi: la giurisprudenza di merito fa proprie le indicazioni delle cd. sentenze danesi, nota a CTP Pescara n. 27 18 febbraio 2020, in Rivista telematica diritto Trib.*, 31 luglio 2020

Capitolo III – Il regime fiscale dei dividendi e degli interessi internazionali ed extra UE

1.1 Diritto tributario internazionale e Diritto internazionale tributario

Nel terzo ed ultimo capitolo della trattazione si affronterà la disciplina prevista per l'imposizione dei dividendi e degli interessi nel contesto internazionale *lato sensu*. Abbiamo già accennato alcuni concetti ed espressioni propri di tale ambito parlando di questa materia nel contesto del diritto dell'Unione Europea ma che, *a fortiori*, sarebbe impossibile non ritrovare e approfondire in un'ottica ancor più ampia. Così come per la disciplina europea abbiamo evidenziato l'importanza di alcuni strumenti e testi giuridici, come le direttive Madre-figlia e Interessi-canonici, parallelamente, per parlare di ciò che avviene anche al di fuori dei confini UE, analizzeremo il diritto internazionale tributario e le Convenzioni internazionali, considerabili come lo strumento più importante a disposizione sia della Comunità Internazionale per la disciplina dei flussi di redditi, in particolare dei redditi finanziari, e per l'eliminazione quantomeno ideale della Doppia imposizione, sia per i contribuenti e investitori attraverso il collaterale arbitraggio e pianificazione fiscale²⁰¹.

Prima di addentrarci nel sistema delle fonti e dei meccanismi che regolano l'imposizione e la riscossione dei tributi caratterizzati dal coinvolgimento di più entità statali è doveroso riflettere su di una distinzione terminologica e ontologica sviluppatasi nella più rilevante dottrina italiana²⁰²: stiamo parlando della distinzione tra diritto tributario internazionale e diritto internazionale tributario. La differenza tra i due concetti è riassumibile così: a) il diritto tributario internazionale è costituito da quell'insieme di norme previste da un singolo ordinamento statale per disciplinare le fattispecie impositive aventi elementi esteri e di estraneità; b) il diritto internazionale tributario è invece formato dall'insieme di norme frutto di accordi internazionali che riflettono i propri effetti sui singoli ordinamenti.

Con le prime il singolo paese limita la propria potestà impositiva mentre con le seconde gli stati ripartiscono nell'ordinamento internazionale il diritto ad esercitare l'imposizione e il prelievo²⁰³.

²⁰¹ VALENTE, *Convenzioni internazionali contro le Doppie imposizioni*, in *Ipsa Manuali*, Milano, Wolters Kluwer, 2016, p. V

²⁰² UDINA, *Il diritto internazionale tributario*, in FEDOZZI - ROMANO (a cura di), *Trattato di diritto internazionale*, vol. X, Padova, 1949 e UCKMAR, CORASANITI, DE CAPITANI DI VIMERCATE, OLIVA, *Manuale di Dir. Trib. internazionale*, II ed. Milano, Wolters Kluwer, 2012, p. 3, MELIS, *Lezioni di diritto tributario*, III ed., Torino, Giappichelli, 2015, p. 10

²⁰³ CORDEIRO GUERRA, *Diritto Trib. Internazionale*, II ed., Milano, Wolters Kluwer, 2016, p.18

Questa dicotomia è un prodotto proprio e unico del nostro paese, non essendo mai stata replicata con ugual vigore in nessun altro paese. Alcuni riferimenti sporadici e meramente linguistici si sono avuti in alcuni ordinamenti come quello tedesco, dove per le norme tributarie di fonte convenzionale e quelle di fonte interna disciplinanti fattispecie esterne esistono due termini differenti²⁰⁴.

Occorre segnalare che a proposito dell'utilità e del futuro di questa bipartizione, gli studiosi si sono più volte interrogati anche in tempi recenti. Alcuni ritengono tutt'ora valida ed efficace tale dicotomia.

Una parte della dottrina ritiene, al contrario, che tale classificazione fosse più consona ai tempi passati in cui, dopo una prima fase in cui il diritto internazionale tributario si riteneva limitato allo studio dei soli tributi provenienti da organismi sovranazionali, stavano venendo alla luce le prime convenzioni internazionali contro la Doppia imposizione e di conseguenza le prime digressioni circa le differenze tra le fonti pattizie e quelle interne, con le prime che nonostante l'assenza di tributi sovranazionali svolgevano un proprio ruolo nella distribuzione della potestà impositiva tra le entità statali. Questo filone dottrinale sostiene che ai giorni nostri, appurata l'esistenza e la dignità di queste norme, sia più opportuno approcciarsi alla materia tributaria internazionale in modo unitario²⁰⁵.

Al netto di queste divergenti opinioni bisogna considerare l'opportunità di identificare la materia tributaria internazionale come tale in ragione delle fattispecie che ne costituiscono l'oggetto ossia quelle disciplinanti le circostanze con elementi di estraneità rispetto al singolo ordinamento statale. Lo stesso metodo scientifico si trova applicato anche al diritto internazionale privato, che al dispetto della formulazione fuorviante (sarebbe più opportuno parlare di diritto privato internazionale) dovuta all'attrazione dal diritto internazionale pubblico²⁰⁶, si occupa non tanto delle fonti da cui le norme promanano ma piuttosto delle situazioni a carattere non puramente interno, anche se magari previste dalle norme nazionali stesse!

1.2 La disciplina specifica italiana dei dividendi e interessi in relazione a fattispecie con elementi non meramente interni

Appurate le caratteristiche e peculiarità di questa dicotomia, possiamo concentrare le nostre riflessioni sulla disciplina prettamente internazionale prevista per dividendi e interessi. Prima, però, pare opportuno analizzare rapidamente quello che abbiamo visto essere definito come diritto tributario

²⁰⁴ PISTONE, *Diritto tributario internazionale, III ed.*, Torino, Giappichelli, 2021, p. 4

²⁰⁵ CORDEIRO GUERRA, *Diritto Trib. Internazionale, II ed.*, Milano, Wolters Kluwer, 2016, p. 19

²⁰⁶ CORDEIRO GUERRA, *Diritto Trib. Internazionale, II ed.*, Milano, Wolters Kluwer, 2016, p. 19

internazionale e cioè quell'insieme di norme interne con cui vengono regolate le fattispecie con elementi di estraneità all'ordinamento. Vedremo anche come la normativa e i principi europei hanno influito su queste norme attraverso gli interventi più recenti della Corte di Cassazione ancor più che attraverso l'attività legislativa.

Una delle modalità con cui un può crearsi un collegamento tra il nostro paese e un soggetto non residente consiste, oltre che nello spostamento della residenza, anche nel trasferimento di una stabile organizzazione in Italia, per cui i redditi del soggetto non residente risultano comunque imponibili in forza di quanto previsto dagli artt. 151 c.2 e 153 c.2 TUIR che, a loro volta, prevedono l'attrazione dei redditi citati dall'art. 23 TUIR (nel cui elenco troviamo i redditi di capitale, esclusi depositi e conti correnti) nel reddito d'impresa. Una particolarità è data dal fatto che si tenga conto anche di plusvalenze e minusvalenze realizzate nel territorio dello stato, sebbene con l'esclusione, per ovvie ragioni, di quelle plusvalenze e di quegli utili non connessi con la stabile organizzazione²⁰⁷.

Passando ai rapporti prettamente relativi dividendi e interessi avanziamo un'analisi, come fatto nel primo capitolo per quelli interamente nazionali, distinguendo tra dividendi percepiti da persone fisiche e giuridiche, tra utili di fonte estera percepiti da soggetti residenti e dividendi invece distribuiti a soggetti non residenti, differenziando anche in base alla provenienza da paesi inseriti nelle *White list* e *Black list*, intendendo sempre questi ultimi come gli stati in cui sia previsto un livello di tassazione nominale inferiore del 50% rispetto a quello previsto in Italia.

1.2.1 I dividendi e gli interessi di fonte estera percepiti da soggetti residenti

Per le persone fisiche non esercenti attività d'impresa residenti e percettori di dividendi di fonte estera il trattamento fiscale previsto è analogo a quello previsto per i dividendi di fonte nazionale e quindi riassumendo, se relativi a utili realizzati a partire dal 1° gennaio 2018, saranno soggetti all'aliquota unica pari al 26%. Tale regime non è previsto per i dividendi distribuiti da società residenti in paesi a fiscalità privilegiata, per cui sarà applicata un'imposizione piena, come vedremo prossimamente parlando del regime Cfc²⁰⁸.

Per i dividendi distribuiti da società estere a persone fisiche esercenti attività d'impresa il trattamento è, anche per questa fattispecie, il medesimo previsto per quelli di fonte nazionale e quindi, secondo il

²⁰⁷ Circolare dell'Agenzia delle Entrate n. 165/ del 24 giugno 1998

²⁰⁸ <http://claconsulting.it/wp-content/uploads/2018/03/Strumento-Cla-I-redditi-di-capitale.pdf>

regime della *Participation Exemption*, si ha la tassazione in misura ridotta pari al 58,14, con la solita esclusione nel caso in cui si faccia riferimento a *tax haven*.

I dividendi e i proventi ad essi assimilati di fonte estera e i proventi equiparati distribuiti a soggetti Ires sono disciplinati dall'art. 89 del TUIR che, anche in questo caso, prescrive il medesimo trattamento riservato agli utili nazionali e quindi con un'imponibilità pari al solo 5%. Tale regime di esclusione del 95% dall'imponibile è previsto anche per le partecipazioni al capitale, al patrimonio, ai titoli e strumenti finanziari individuati ex art. 44 c. 2 lett. a e quindi emessi da società ed enti non residenti la cui remunerazione sia soggetta, con elementi certi a dimostrarlo, a un regime di indeducibilità nell'altro stato estero in cui risiede il soggetto distributore.²⁰⁹

Nel caso in cui la distribuzione sia operata da una società basata in uno stato *black list* era possibile sfuggire ad una piena imposizione solo nel caso in cui si fosse rivolto un'istanza di interpello all'Agenzia delle Entrate, provando di aver percepito redditi già sottoposti a tassazione in uno stato in cui vi sia imposizione ordinaria. Questo obbligo è stato abolito nel 2017.

1.2.2 I dividendi e interessi di fonte italiana percepiti da soggetti non residenti

Per concludere la disamina, vediamo il regime di tassazione degli utili di fonte italiana percepiti da soggetti che non siano residenti in Italia, sia in quanto titolari di partecipazioni qualificate sia di non qualificate. Ricordiamo che perché i redditi conseguiti da soggetti non residenti siano tassabili in Italia è necessario che in via generale, come stabilito negli articoli 3 e 151 TUIR, siano “prodotti nel territorio dello stato” e che in via particolare, a seconda della categoria reddituale cui si riferiscano, siano conformi ad altri parametri.²¹⁰ La questione assume poi particolare importanza in relazione alla categoria di nostro interesse e cioè i redditi di capitale: infatti, i dividendi e gli interessi, elementi principali di questa categoria, sono molto esposti al principio di attrazione del reddito d'impresa e ciò aveva portato, anche a seguito di una serie di pronunce della Cassazione in materia di royalties, all'elaborazione di tre differenti tesi: 1) La prima, di coloro che ritenevano i redditi percepiti da soggetti non residenti sempre attratti dalla *vis* del reddito d'impresa; 2) la seconda, di coloro che li ritenevano tali solo quando prodotti da attività per il tramite di stabili organizzazioni e infine, 3) La terza, di coloro che li ritenevano tali sono se tipicamente ascrivibili all'attività svolta, indifferentemente se nel nostro paese e se con o senza stabile organizzazione. Il conflitto tra queste tesi sembra essere risolto dall'art. 48 c. 2 TUIR che prevede l'esclusione dai redditi d'impresa degli

²⁰⁹ UCKMAR, CORASANITI, DE CAPITANI DI VIMERCATE, CORRADO OLIVA, *Diritto tributario internazionale: manuale, II ed.*, Padova, Cedam, 2012, p. 276

²¹⁰ MAISTO, *La tassazione dei dividendi intrasocietari*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 430

utili sottoposti a ritenuta alla fonte e pertanto escludendo anche i criteri di collegamento territoriali previsti per questa categoria reddituale, in favore di quelli previsti per i redditi di capitale. Ovviamente, nel caso in cui i dividendi siano relativi a stabili organizzazioni, non essendo queste soggette a ritenute alla fonte, potranno a buon diritto ricondursi al reddito d'impresa.

Detto ciò, la tassazione dei cd. dividendi "in uscita" o *outbound* è messa in campo attraverso un articolato sistema di ritenute alla fonte a titolo d'imposta, per cui il soggetto distributore assume il ruolo di sostituto d'imposta con cui compie il dovere tributario in capo al soggetto non residente. Troviamo un'unica eccezione a questo sistema nel caso di utili derivanti da partecipazioni in stabili organizzazioni, per cui è stato adottato il metodo dell'autoliquidazione in dichiarazione dei redditi, consistente quindi nel calcolo e versamento dell'imposta dovuta ad opera del contribuente

Il regime previsto dall'articolo 27 D.P.R. 600/73 comporta l'applicazione generale di un'aliquota del 26%, sottoforma di ritenuta a titolo d'imposta con obbligo di rivalsa. I soggetti gravati da questo obbligo sono quelli indicati dall'art. 73 c.1 TUIR e si tratta quindi società di capitali, società cooperative e di mutua assistenza, società europee ed enti commerciali residenti²¹¹. Questa elencazione casistica comporta l'esclusione di una serie di fattispecie come i dividendi distribuiti da società di persone ed enti non commerciali, le cui distribuzioni di proventi siano eppure qualificabili come dividendi, che, quindi, non assumono il ruolo di sostituti d'imposta, probabilmente per evitare aggravati di oneri che richiedano una organizzazione societaria e finanziaria maggiormente strutturata. Tutto ciò ha valore, ovviamente, fino a quando non si verifichi una trasformazione della forma della Spa in società di persone o ente non commerciale. In questo caso l'obbligo o meno di attuare la ritenuta dipenderebbe dall'indicazione propria o meno in bilancio delle riserve di utili ascrivibili al periodo precedente la trasformazione. Nel primo caso la ritenuta non è da farsi in quanto non vi sarebbe alcuna distribuzione, che se anche intervenisse in un secondo momento sarebbe soggetta a tassazione per trasparenza in capo ai soci. Nella seconda opzione, ugualmente, l'Ufficio con il parere espresso in una procedura di *Mutual Agreement Procedure* del 2006, si è espresso in favore dell'esclusione della ritenuta, interpretando letteralmente la disposizione dell'art. 27, attirandosi tuttavia la censura della Commissione Biasco, favorevole, invece, alla ritenuta per evitare alcune distorsioni paradossali e aggravati fiscali nei confronti dei soci.²¹²

Altri casi particolari riguardano le distribuzioni effettuate nell'ambito dell'ex Monte Titoli Spa, ora *Euronext securities Milan*, per cui non è prevista la ritenuta ma una imposta sostitutiva con la medesima aliquota e i proventi derivanti da contratti di associazione in partecipazione con

²¹¹ MAISTO, *La tassazione dei dividendi intrasocietari*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 399

²¹² MAISTO, *La tassazione dei dividendi intrasocietari*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 401

compartecipazione nel solo capitale o “misto”, sia di società di persone che di imprenditori individuali. Tali proventi rientrano ai fini fiscali nella categoria dei dividendi, come stabilito dal D.lgs. 247/2005 e perciò, dopo un periodo di incertezza precedente al decreto legislativo in questione, è chiaro che il regime da applicarsi sia quello della ritenuta, indipendentemente dal soggetto distributore, sia esso una società disciplinata dal comma primo dell’art. 73 TUIR lett.re a; b , o sia un imprenditore individuale o ancora una società di persone.

1.2.3 Il regime derogatorio

Tante critiche sono arrivate in relazione alla nostra disciplina interna anche dalle istituzioni comunitarie, (nel 2006 era stata avviata una procedura d’infrazione nei confronti del nostro paese per questa imposta “in uscita”) soprattutto in conseguenza alle modifiche apportate alla tassazione dei dividendi nazionali, in precedenza pienamente tassati in capo al percettore, ma che con la previsione di una tassazione limitata al solo 5% per i soggetti Ires e la modifica dell’articolo 89 TUIR²¹³ creava evidenti discriminazioni tra soggetti italiani e non , considerando anche che il confronto è pacifico non sia da farsi solo sull’aliquota ma “*Il confronto, deve basarsi, per i dividendi interni, sull’effetto combinato di qualsiasi ritenuta alla fonte nazionale e dell’imposta sul reddito nazionale, e per i dividendi in uscita sulla ritenuta alla fonte loro applicata.*”²¹⁴

Pertanto, si è deciso di introdurre un regime derogatorio in favore delle persone giuridiche che soddisfino questa serie di requisiti:

- 1) Non siano soggette all’applicazione della direttiva Madre-figlia (per il socio comunitario a cui si applica la direttiva si applica anche il regime agevolato, come stabilito nella sentenza *Denkavit*)²¹⁵
- 2) Siano residenti in uno stato membro dell’Unione o aderente allo Spazio economico europeo (SEE) e che garantisca un adeguato scambio di informazioni
- 3) nell’ipotesi in cui i destinatari degli utili siano organismi di investimento collettivo del risparmio (OICR) di diritto estero conformi alla direttiva 2009/65/CE e a OICR, non conformi alla citata direttiva 2009/65/CE, il cui gestore sia soggetto a forme di vigilanza nel Paese estero nel quale è istituito ai sensi della direttiva 2011/61/UE, istituiti negli Stati membri dell’Unione europea e

²¹³ GALLIO, *Rimborso delle maggiori ritenute subite su dividendi: il soggetto estero deve provare la soggettività passiva*, nota a Cass. 4 luglio 2022, n° 21159, in *Il Fisco*, n.31, 2022, p. 3078

²¹⁴ CARMINE, TUPPUTI, *Tassazione dei dividendi percepiti da persone fisiche: conflitto delle norme interne con quelle convenzionali e comunitarie*, in *Il Fisco*, n° 30, 2004, p. 4631

²¹⁵ UCKMAR, CORASANITI, DE CAPITANI DI VIMERCATE, CORRADO OLIVA, *Diritto tributario internazionale: manuale, II ed.*, Padova, Cedam, 2012, p. 277

negli Stati aderenti all'Accordo sullo spazio economico europeo che consentono un adeguato scambio di informazioni, per i quali la ritenuta non si applica in base all'articolo 27, comma 3, ultimo periodo²¹⁶

- 4) Siano soggetti passivi di una imposta di carattere generale sul reddito delle società prevista nell'ordinamento di residenza

Questo ultimo requisito è stato interpretato nel senso di considerare sufficiente, al fine di ottenere il rimborso della ritenuta maggiorata, non l'effettivo prelievo nel paese di residenza ma più semplicemente di essere astrattamente assoggettabile e di avere quindi soggettività passiva come stabilito.

Soddisfatti questi requisiti, il regime derogatorio prevede che l'aliquota applicabile sia pari all'1,20%.

“La ratio di tali modifiche, dunque, è stata in sostanza quella di livellare il carico impositivo dei dividendi di fonte italiana tra i soggetti IRES residenti che esercitano attività commerciale e gli analoghi soggetti residenti in Stati UE o in Stati SEE. Per quanto riguarda l'efficacia di tali nuove normative, soltanto a far data dal 1° gennaio 2008, con l'introduzione del comma 3-ter all'art. 27, il regime di tassazione dei dividendi corrisposti alle società UE e SEE si è allineato al regime interno, mediante applicazione di una ritenuta ridotta²¹⁷”

1.2.4 L'eliminazione della discriminazione fiscale nei confronti dei fondi extra UE

Una nota, essendo stata emanata di recente, può essere interessante farla con riferimento alla risposta all'interpello n. 338 del 23 giugno dell'anno corrente in cui si certifica la mancata possibilità di usufruire del regime agevolato per quei fondi previdenziali integrativi che non svolgano altra attività commerciale se non quella indicata. Questo perché, con il fine di diminuire lo scarto tra l'imposizione sui dividendi percepiti dai fondi di previdenza complementare italiani e quella prevista per i fondi pensione residenti in paesi dell'Unione Europea o aderenti al SEE, l'aliquota prevista era stata abbassata ma solo all'11%, attraverso la modifica dell'articolo 27 comma 3 del D.P.R. 600/1973 e tale è rimasta, escludendo quindi l'applicazione ancor più ridotta dell'aliquota pari all'1,20%.

²¹⁶ <https://www.ipsoa.it/documents/quotidiano/2022/06/24/dividendi-fonte-italiana-regime-fiscale-soggetto-estero-schema-previdenziale-complementare>

²¹⁷ GALLIO, *Rimborso delle maggiori ritenute subite su dividendi: il soggetto estero deve provare la soggettività passiva, nota a Cass. 4 luglio 2022, n° 21159, in Il Fisco, n.31, 2022, p. 3078*

La materia dei fondi pensione è spesso oggetto di pronunce giurisprudenziali come la recente Sent. n. 25963/2022, emessa dalla Corte di Cassazione. Riassumendo il contenuto, il tutto parte dall'iniziativa di un fondo pensione americano che nel 2008 e 2009 ha percepito dividendi da società italiane con la ritenuta al 27% in alcuni casi e al 15% in altri, secondo quanto stabilito dalla relativa convenzione contro la Doppia imposizione. Una volta adempiuto al versamento dovuto, il fondo ha chiesto il rimborso del differenziale tra l'aliquota applicata ad esso e quella applicata ai fondi pensione UE o SEE. Tale richiesta è stata respinta tramite silenzio-rigetto. Con caparbietà, la ricorrente, ha proposto quindi ricorso ottenendo, tuttavia, un rigetto in entrambi i gradi di merito sulla base di quanto previsto dall'art. 65 TFUE. Il “*plot twist*” si è avuto in Cassazione dove le ragioni del fondo previdenziale sono state accolte in considerazione di alcune riflessioni dei giudici di legittimità: *in primis*, si è riconosciuta la contrarietà al principio di libera circolazione dei capitali ex art. 63 TFUE e 18 TFUE in quanto non vi erano elementi ostativi: infatti, in forza della Convenzione Italia-USA vi sarebbe stato scambio di informazioni, poi, la differenza di regimi impositivi (negli Stati Uniti vige il tipo ETT in cui la tassazione è operata nel momento in cui vi è l'erogazione della rendita, comune ad altri stati UE a cui si applica l'aliquota agevolata dell'11% , mentre in Italia il sistema individua il momento impositivo nella realizzazione ed erogazione del rendimento) non avrebbe avuto ripercussioni sull'imposizione. Queste considerazioni sono, a nostro avviso, del tutto condivisibili non essendo presenti nel caso concreto motivi di interesse generale per andare nell'altra direzione.²¹⁸ Per quanto riguarda i fondi d'investimento, seppur immobiliari e non previdenziali, può essere rilevante considerare una pronuncia del 2018 (c-480/16) in cui la Corte di Lussemburgo ha preso posizione su un caso di disparità impositiva ad opera della Danimarca, dove l'aliquota prevista per gli OIVCM residenti e non è la medesima ma per i primi sono previste molte esclusioni. La sentenza è particolarmente importante ai nostri fini avendosi anche da noi un regime simile per gli Organismi di investimento collettivo in valori mobiliari, dove specularmente, quelli residenti sono esenti ai fini Ires mentre i secondi no. Questa disciplina non appare, perciò, compatibile con il diritto UE²¹⁹. Anche per i fondi d'investimento semplici extra Unione Europea la Corte di Giustizia UE si è confermata critica per la protratta discriminazione in essere, dal momento che il regime previsto per i fondi italiani è stato esteso a quelli localizzati in UE o nei paesi SEE e non anche ai fondi d'investimento extra UE²²⁰. Ancora, un differente tasso d'imposizione è assegnato ai dividendi distribuiti società SIIQ o SIINQ, ossia quei particolari tipi di Spa residenti operanti nel settore

²¹⁸ OSSERVATORIO FISCALITA' INTERNAZIONALE MORRI ROSSETTI, *nota a C. Cass. n. 25963, 2 settembre 2022*

²¹⁹ ANTONINI, SETTI DELLA VOLTA, *Ritenute sui dividendi in uscita e fondi d'investimento non residenti: ancora una incompatibilità UE, nota a Corte di Giustizia UE, c-480/16, 21 giugno 2018, in Corriere tributario, n° 30, 2018, p. 2339*

²²⁰ SETTEMBRE, *Fondi d'investimento extra UE discriminati sui dividendi, in Il Sole 24 ore, 10 gennaio 2022*

immobiliare, in particolare quello delle locazioni. Per questa tipologia di società è infatti prevista, ex art. 1 c. 119 l. 296/2006, definitivamente modificati dall'art. 1 c. 374 l. 244/2007, l'esenzione non indifferente dell'Ires e dell'Irap nel reddito d'impresa e la tassazione degli utili in capo ai partecipanti pari al 20%, o 15% se frutto di contratti di locazioni ad uso abitativo, mentre nel caso di utili derivanti da attività esterne alla cd. gestione esente¹ (che possono essere al massimo pari al 20% dell'attivo patrimoniale)¹ la percentuale impositiva è uguale al 26% stabilito per i casi non particolari.

1.2.5 Le sentenze gemelle del luglio 2022 a tutela dei fondi di *private equity* extra-UE

Oltre ai fondi d'investimento previdenziali e immobiliari, recentissimamente, la Suprema Corte ha ampliato la tutela fiscale in materia aliquote, e non solo, per i fondi di *private equity* extra UE.

Con le sentenze gemelle depositate nel luglio 2022 (n. 21454, 21475, 21479, 21480, 21481, 21482) la Cassazione è “*certamente destinata a lasciare un segno profondo nella interpretazione del diritto tributario unionale e internazionale.*”²²¹

L'ambito dei redditi prodotti da fondi non UE *equity related*, che fino alla pronuncia delle sentenze di cui in discussione poteva sembrare privo di sistematicità²²², è finalmente stato preso in considerazione dagli Ermellini.

Infatti, solo con la legge di Bilancio 2021 il Parlamento è intervenuto per porre fine all'ingiustificata violazione dell'art. 63 TFUE per cui erano previste disparità di trattamento tra fondi percettori italiani e fondi qualificati UE (o SEE). Tale legislazione ha sicuramente rappresentato un passo in avanti ma non è stata sicuramente considerabile come un punto d'arrivo. Questo è detto poiché sono stati colpevolmente esclusi dalla nuova disciplina i fondi non rientranti nell'UE ma comunque in Stati non *Black listed*. Nonostante le critiche degli studiosi e della maggior parte degli operatori²²³ direttamente coinvolti non è stata presa alcun provvedimento legislativo in questo senso. L'intervento lacunoso del legislatore non ha sicuramente favorito l'investimento in Italia di questi fondi, cosa che avrebbe indubbiamente giovato all'economia del nostro paese.

Pertanto, queste sentenze hanno avuto un ruolo assolutamente importante e positivo portando a prendere in considerazione la disapplicazione di questo regime sia da parte dell'Agenzia che dei giudici di merito. La vicenda nei casi concreti è poi sovrapponibile a quella vista per i fondi pensione

²²¹ ANDRIOLI, *Libera circolazione dei capitali e fondi di investimento USA*, in *Quotidianopiù*, Giuffrè, 11 luglio, 2022

²²² ROSSI, AMPOLILLA, TARDINI, *L'ormai necessaria tutela fiscale degli investimenti realizzati in Italia dai fondi di private equity extra UE*, in *Diritto Bancario*, agosto 2022, p. 1

²²³ VALZ, GINEVRA, LA PIETRA, *Italian Supreme Court rules that the withholding taxes levied on dividends distributed to german and US investment funds are incompatible with EU law*, in *PWC EUTDG Newsalert*, 12 luglio 2022

(cfr. Sent. n. 25963/2022) dove la questione ruotava intorno all'applicazione dell'aliquota del 15% (come previsto dalla convenzione bilaterale anti Doppia imposizione) e non del 12,5%, come previsto all'epoca per i fondi italiani. La decisione alla base delle sentenze gemelle si basa sull'art. 63 TFUE esteso anche ai rapporti con i paesi terzi. Con ciò si ribadisce che nell' momento in cui la normativa interna deve conformarsi obbligatoriamente a quella unitaria, allo stesso modo i giudici e l'Ufficio devono interpretarla secondo il diritto UE o se non possibile, disapplicarla.²²⁴

2.1 Il sistema delle fonti sovranazionali e internazionali nei rapporti tributari

Dopo l'analisi delle norme riconducibili al Diritto tributario internazionale affrontiamo il discorso afferente al Diritto internazionale tributario.

Nel momento in cui si prende in considerazione il sistema delle fonti del diritto internazionale, nell'ottica di applicarlo alla disciplina tributaria, bisogna premettere alcune caratteristiche peculiari di tale branca.

Il diritto internazionale, infatti, può essere distinto secondo una ripartizione tradizionale in diritto internazionale generale e diritto internazionale particolare²²⁵. Il primo è quello costituito da norme che trovano la propria ragion d'essere nella prassi (*diuturnitas*) e nel riconoscimento sociale (*opinio juris ac necessitatis*) da parte della totalità dei soggetti che vi si conformano. In altre parole, parliamo delle consuetudini. La seconda categoria comprende le norme frutto di atti di volontà riconducibili a soggetti appartenenti alla Comunità Internazionale che in tal modo vincolano solo loro stessi al rispetto di tali espressioni di volontà. Stiamo parlando del fenomeno pattizio²²⁶. Tra queste due tipologie di fonti non si ritiene sussistere una relazione gerarchica ma piuttosto un rapporto flessibile in cui le norme di fonte pattizia possono derogare alle norme consuetudinarie, escluse le norme esprimenti valori essenziali di *jus cogens*.

L'applicabilità del diritto internazionale generale e quindi delle consuetudini al diritto tributario è da sempre stata oggetto di studi e opinioni discordanti. Si è dibattuto, e tutt'ora si dibatte, se determinati comportamenti in materia fiscale tenuti dai diversi paesi possano rientrare nella mera prassi o essere classificati come consuetudini²²⁷.

²²⁴ ROSSI, AMPOLILLA, TARDINI, *L'ormai necessaria tutela fiscale degli investimenti realizzati in Italia dai fondi di private equity extra UE*, in *Diritto Bancario*, agosto 2022, p. 1

²²⁵ CARBONE, LUZZATTO, BARIATTI, *Istituzioni di diritto internazionale*, VI ed., Torino, Giappichelli, 2016, p. 50

²²⁶ CARBONE, LUZZATTO, BARIATTI, *Istituzioni di diritto internazionale*, VI ed., Torino, Giappichelli, 2016, p. 51

²²⁷ CORDEIRO GUERRA, *Diritto Trib. Internazionale*, II ed., Milano, Wolters Kluwer, 2016, p. 117

Di norme rientranti pacificamente nella seconda categoria possiamo trovarne una esigua quantità, non solo per questioni ontologiche ma perché gli stessi organi istituzionali hanno sempre strenuamente difeso la propria competenza esclusiva nella previsione delle prestazioni patrimoniali²²⁸.

Un esempio, comunque, può essere quella che esclude l'imposizione da parte dello stato ospitante dei redditi prodotti dai membri delle rappresentanze diplomatiche nell'esercizio delle loro funzioni²²⁹. Questa norma consuetudinaria è stata poi anche trasfusa e codificata negli articoli 34 della Convenzione di Vienna e 28 del Modello Ocse.

Non così pacifica è invece la qualificazione, ad esempio, del divieto di Doppia imposizione internazionale che costituisce indubbiamente un principio del Diritto dell'Unione Europea ma che la dottrina, a livello più ampio, tende a non includere nelle norme consuetudinarie benché sia l'elemento fondante di una enorme quantità di convenzioni stipulate da un altrettanto esteso numero di stati, a cui potrebbe essere attribuita a buona ragione un'*opinio juris* in tal senso²³⁰.

Al contrario, le norme di fonte pattizia sono lo strumento più diffuso e utilizzato dagli stati per tentare di dominare le dinamiche della globalizzazione, fatte di movimenti di persone, beni, servizi e capitali, e, dal punto di vista fiscale, per ripartire la potestà impositiva tra i diversi paesi e per contrastare i fenomeni elusivi ed evasivi, attraverso accordi di cooperazione e collaborazione tra le diverse autorità finanziarie.

Questo *modus operandi*, il cui carattere vincolante è assimilabile agli effetti prodotti dalla conclusione di contratti di diritto privato, ha preso sempre più piede a partire dalla prima metà del Novecento, con l'elaborazione non solo di convenzioni bilaterali ma anche di (seppur pochi) accordi multilaterali formulati da organizzazioni internazionali, quali la GATT del 1947, poi divenuta organizzazione Mondiale del Commercio (WTO), il già citato Trattato di Roma del 1957, il Mercosur, il NAFTA o il più recente accordo CETA, stipulato tra Unione Europea e Canada. Si avrà un occhio di riguardo, quindi, per quelle organizzazioni come l'Onu e l'OCSE che hanno svolto un'importante attività a tali fini, arrivando a predisporre dei modelli di convenzione ad uso e consumo degli stati e degli interpreti.

Nei prossimi paragrafi ci occuperemo di analizzarne la portata in relazione a quello che è l'oggetto della nostra trattazione ossia la disciplina impositiva dei dividendi e degli interessi.

Per concludere il discorso sulle fonti, dopo aver parlato di consuetudini e trattati, ascrivibili alla categoria della cd. *hard law*, è bene citare anche la *soft law*. Questa tipologia di atti, o *rectius*

²²⁸ PISTONE, *Diritto tributario internazionale*, III ed., Torino, Giappichelli, 2021, p. 16

²²⁹ Risoluzione n. 141/E 10 aprile 2008 Agenzia delle Entrate

²³⁰ CORDEIRO GUERRA, *Diritto Trib. Internazionale*, II ed., Milano, Wolters Kluwer, 2016, p. 119

documenti, sta acquisendo sempre più un'importanza centrale nella disciplina tributaria internazionale. Ciò sta avvenendo in quanto le decisioni più rilevanti circa lo sviluppo di questa materia, di pari passo con lo sviluppo della globalizzazione, sono sempre più affidate alle determinazioni assunte nelle riunioni informali quali il G20 o il G7, in cui non vi è il potere di emanare atti vincolanti ma vi è la possibilità di condizionare ed uniformare le successive scelte legislative, in un processo che per alcuni sta portando a poter parlare di *common tax law*²³¹. L'esempio più lampante di questa tendenza e quello che ne ha forse dato il là è rappresentato dal Progetto BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*), su cui torneremo con un paragrafo dedicato. Queste pratiche, tuttavia, presentano anche alcune controindicazioni quali la perdita di sovranità e il difetto del principio di rappresentanza democratica²³².

2.2 Le convenzioni internazionali (bilaterali e multilaterali) in ambito tributario

Quelli più rilevanti ai nostri fini e generalmente nel campo tributario risultano essere gli accordi in materia di doppia imposizione e contrasto all'elusione ed evasione.

Questa tipologia di trattato ha assunto nella maggioranza dei casi una natura e forma bilaterale, con le eccezioni della convenzione multilaterale intercorsa tra gli stati della Scandinavia del 1972 e la Convenzione sulla cooperazione tra le autorità fiscali del 1988.

Come detto, le convenzioni internazionali in materia tributaria hanno avuto un rapido sviluppo a partire dai primi del Novecento con la contestuale crescita della competizione nel commercio internazionale. Queste sono nate inizialmente con la sola funzione di limitare gli oneri fiscali degli operatori economici che, a causa dell'imposizione esercitata da più stati sulla medesima espressione reddituale, comportavano per i contribuenti oneri fiscali duplici nella migliore delle ipotesi, addirittura molteplici nella peggiore, con la conseguenza di una generale disincentivazione delle operazioni extranazionali che, ad esempio in paesi caratterizzati da una forte rilevanza dell' *export* come l'Italia, rallentava indubbiamente l'economia e la crescita. L'obiettivo era ed è, quindi, quello del raggiungimento della neutralità fiscale sia per l'importazione di capitali (*capital import neutrality*) sia dell'esportazione (*capital export neutrality*) attraverso l'applicazione dei principi di neutralità interna, accordando il medesimo trattamento dei soggetti a reddito interno ai soggetti con redditi prodotti all'estero, e della vicendevole neutralità fiscale esterna. Per inciso, questi due concetti non vanno confusi con la nozione di *tax equity* che non mira tanto ad una distribuzione più

²³¹ WOUTERS, MEUWISSEN, *Global Tax Governance: work in progress? In Kofler, Maduro, Pistone, Human Rights and taxation in Europe and the world, Amsterdam, 2011, p. 211 ss.*

²³² DEAN, *Philosopher kings and international tax: a new approach to tax havens, tax flight and international tax cooperation, in Hastings Law Journal, n° 5, vol. 58, 2007, p. 935*

efficiente delle risorse quanto al raggiungimento di obiettivi di equità e giustizia in relazione a soggetti diversi in situazioni diverse²³³.

Per tale motivo gli stati, consci dell'impotenza delle norme interne di fronte a questi fenomeni, hanno iniziato a dotarsi di strumenti più efficaci, contenuti appunto nelle convenzioni. I due più comuni ed utilizzati, previsti inizialmente come strumenti unilaterali e poi ripresi nelle convenzioni e anche nel modello OCSE, sono il metodo dell'esenzione per i redditi conseguiti all'estero e quello del credito d'imposta concesso nello stato di residenza per rendere possibile la detrazione di quanto assolto invece nello stato estero²³⁴. Questa è sicuramente la funzione delle convenzioni che più ci riguarda da vicino nell'analisi delle varie sfaccettature dell'imposizione intra-statale dei dividendi e degli interessi.

Non bisogna però ignorare le altre due finalità, con cui soprattutto in tempi recenti, sono state stipulate diverse convenzioni ossia lo scambio di informazioni in materia fiscale, con lo scopo di aumentare l'imponibile, e il contrasto, *in primis*, ai fenomeni di pura evasione e *in secundiis* al contrasto dell'elusione fiscale, portata avanti proprio attraverso lo sfruttamento dei disallineamenti e delle incongruenze presenti in trattati precedenti, sia ponendo in essere il fenomeno del *rule shopping* attraverso l'applicazione abusiva di singole norme contenute in trattati a cui il soggetto elusore effettivamente avrebbe diritto ad aderire, sia attuando il cosiddetto *forum shopping* con cui l'elusione si compie attraverso la messa in atto di azioni volte a creare surrettiziamente le condizioni necessarie al godimento dei benefici previsti da trattati a cui non si avrebbe proprio diritto di accedere²³⁵.

Risulta opportuno in questa prima parte introduttiva, anche ai fini dei prossimi paragrafi riguardanti l'interpretazione di questi accordi in materia tributaria, riportare il meccanismo con cui vengono stipulati ed integrati nei diversi ordinamenti statali, in particolare in Italia, in maniera quasi del tutto analoga a quanto avviene con tutte le convenzioni internazionali.

Il procedimento con cui i trattati e le convenzioni internazionali vengono stipulati e le condizioni per cui acquisiscono efficacia è disciplinato a sua volta nella Convenzione di Vienna del 1969, benché nel diritto internazionale si ritenga che qualsiasi manifestazione della volontà sia idonea a formalizzare un patto. Nel nostro ordinamento, comunque, è previsto dall'articolo 80 della Costituzione che venga seguita la forma solenne²³⁶.

²³³ VALENTE, *Convenzioni internazionali contro le Doppie imposizioni*, in *Ipsos Manuali*, Milano, Wolters Kluwer, 2016, p. 11

²³⁴ CORDEIRO GUERRA, *Diritto Trib. Internazionale*, II ed., Milano, Wolters Kluwer, 2016, p. 127

²³⁵ CORDEIRO GUERRA, *Diritto Trib. Internazionale*, II ed., Milano, Wolters Kluwer, 2016, p. 127

²³⁶ UCKMAR, CORASANITI, DE'CAPITANI DI VIMERCATE, OLIVA, *Diritto Trib. Internaz.*, II ed, Padova, Cedam, 2012, p. 5

Il processo di stipula di un trattato può quindi essere suddiviso in più fasi. In un primo momento si ha la fase dei lavori preparatori e della trattativa i cui ruoli e consultazione sono fondamentali, nel caso di specie della materia tributaria, per l'individuazione dei conflitti di "giurisdizione" relativi alla potestà impositiva che i diversi stati si propongono di risolvere e per la prevenzione delle possibili distorsioni. Altra funzione è quella di fornire una base per l'eventuale interpretazione secondo la volontà del legislatore²³⁷, caratteristica comune a tutti i lavori preparatori nell'ambito dei testi giuridici.

Terminata la fase della negoziazione a cui segue la stesura di un testo concordato, si passa alla cosiddetta autenticazione con l'apposizione delle sigle dei plenipotenziari che hanno partecipato alla formazione del trattato e che per l'Italia sono normalmente i membri della Direzione generale delle relazioni internazionali del MEF²³⁸. Solo successivamente si può procedere alla ratifica del trattato con cui questi diventa efficace ed assume piena esecuzione. In Italia, ex art. 87 c. 8 Costituzione, è previsto che, andando la convenzione contro la Doppia imposizione a toccare gli interessi fiscali e gli oneri finanziari dello Stato, tale procedimento segua necessariamente il procedimento per cui è obbligatoria l'approvazione del testo e l'autorizzazione a procedere al Capo dello stato per mano dei due rami del parlamento. Questo *modus operandi* soddisfa anche la riserva di legge prevista dall'art. 23 Costituzione in materia di prestazioni patrimoniali imposte.

Al termine di queste operazioni si ha la stipulazione con cui si procede allo scambio degli strumenti di ratifica. Come vedremo, ad esempio, per il modello OCSE tale scambio è attuato dai ministri degli esteri che procedono poi a redigere un verbale la cui data sarà presa in considerazione per l'entrata in vigore della convenzione.

Una volta esaminata l'insieme delle fasi che portano alla formazione di un trattato è opportuno concludere il discorso parlando di come le norme del trattato si inseriscono e dell'efficacia che queste riverberano poi nel singolo ordinamento statale.

L'adattamento delle norme del trattato nell'ordinamento può avvenire o in via ordinaria o in via speciale, a seconda che ciò avvenga attraverso un rinvio o per mezzo di una disposizione interna che ne imponga l'osservanza. Nel nostro ordinamento lo strumento più diffuso è l'ordine di esecuzione, dato normalmente con la stessa legge di ratifica. Perché vi sia la piena applicabilità è, infine necessario che, qualora le disposizioni non siano *self executing*, si proceda con l'integrazione per mezzo di disposizioni interne.

²³⁷ GUASTINI, *Interpretare e argomentare in Trattato di Dir. Civile e Commerciale*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 272

²³⁸ GARBARINO, *Le convenzioni contro la Doppia imposizione*, in AA.VV. *Materiali di diritto tributario internazionale*, Milano, 2002, p. 51 ss.

Dal punto di vista, invece, dell'efficacia e della prevalenza delle norme di origine pattizia rispetto a quelle interne occorre fare alcune riflessioni, nel rispetto dei diversi orientamenti dottrinali avvicendatisi nel tempo.

Ricordando che le norme convenzionali assumono il rango della fonte con cui entrano a far parte dell'ordinamento, si è a lungo discusso del come assicurare la resistenza della norma pattizia ad eventuali norme successive interne contrastanti. In passato si è sostenuto di poter estendere la previsione dell'articolo 10 della Costituzione anche ai trattati ma tale teoria non è mai stata accolta dalla Corte costituzionale. Ancora, si è fatto riferimento ai criteri interpretativi della successione delle leggi nel tempo e al criterio di specialità ma proprio la natura interpretativa non ha mai del tutto convinto. Vi sono stati anche diversi interventi legislativi, specificatamente in ambito tributario, come l'art. 75 del D.P.R. 600/73 in cui era sancita la prevalenza delle norme convenzionali nella tassazione dei redditi e alcune disposizioni contenute nella legge delega n. 80/2003 in previsione della stesura del codice tributario, tuttavia, mai avvenuta.

Con la riforma dell'articolo 117 della Costituzione si è infine giunti a quanto stabilito dalla Consulta con le sentenze n. 348 e 349 del 2007, per cui si è sancita definitivamente la prevalenza del diritto convenzionale su quello interno, attribuendo al primo il rango sub costituzionale con la conseguenza di porre le norme pattizie in una posizione gerarchicamente superiore alla legge ordinaria ma al contempo inferiore rispetto alle norme e principi costituzionali.

Questa decisione è poi stata ripresa anche dalla Corte di Cassazione nella sentenza n. 1138/2009²³⁹ e nella sentenza n. 14476/2016 in cui è espresso tale principio: *“non vi è alcun motivo né strumento logico e/o giuridico per ritenere che la previsione di una norma interna possa in qualche modo incidere sul chiaro disposto di una norma pattizia condizionandone la portata, con la conseguenza che la fattispecie deve essere regolata dalla norma convenzionale, gerarchicamente sovraordinata alla legge ordinaria interna”*.

Questo principio, tuttavia, può essere messo in discussione nel momento in cui si presenti un possibile contrasto o incongruenza tra una norma pattizia e una norma interna antielusione e/o antievasione. La soluzione a questa delicata questione è stata elaborata sia facendo riferimento all'intervento del 2003 dell'OCSE nel Commentario, sia attribuendo alle norme antielusive interne il rango di principi costituzionali così come avvenuto ad opera della Suprema Corte in riferimento all'abuso del diritto, ricondotto all'art. 53 Costituzione prima che venisse alla luce la clausola generale antielusiva contenuta nell'art. 10 *bis* della l. 212/2000. Più di recente si è preso in considerazione anche quanto contenuto nei trattati stessi: nella convenzione tra Italia e Svizzera del

²³⁹ <https://www.fiscooggi.it/rubrica/analisi-e-commenti/articolo/trattati-internazionali-non-sempre-prevalgono-sulle-norme>

1976, ad esempio, è prevista l'applicazione di tutte le norme interne volte a contrastare l'evasione e l'abuso del diritto ma, soprattutto, è previsto che, i benefici fiscali derivanti dal trattato siano fruibili solo per i contribuenti che non pongano in essere comportamenti scorretti. Sul punto si è espressa recentissimamente la Corte di Cassazione con la sentenza n. 19722/2022 in relazione ad un caso riguardante l'indeducibilità dei costi relativi operazioni con società residenti in paesi a fiscalità privilegiata. I giudici si sono espressi in favore dell'insussistenza del contrasto tra questa norma italiana e quanto contenuto nella convenzione in questione, interpretando quest'ultima secondo il principio della buona fede sancito dalla Convenzione di Vienna. Questa pronuncia permette quindi di escludere l'automatica subordinazione della norma interna antielusiva o antievasione dinnanzi alla norma pattizia²⁴⁰.

Nell'analisi del rapporto tra norme tributarie interne e pattizie bisogna rammentare il principio per cui il rispetto dei vincoli previsti nei trattati non impedisce, comunque, che in un'ottica di "favor rei" amministrativa, il contribuente possa richiedere l'applicazione della normativa interna se si rivela maggiormente favorevole²⁴¹. "La disciplina recata dalle convenzioni contro le Doppie imposizioni, dunque, è considerata alla stregua di una tutela minima per il contribuente, ampliabile anche in via unilaterale dal legislatore italiano."²⁴²

Per chiudere il cerchio in questa prima disamina delle convenzioni internazionali in materia tributaria non resta che avanzare sinteticamente l'analisi dell'interpretazione e delle tecniche interpretative adoperate a tal fine.

Soccorrono, a tale scopo, le previsioni contenute agli articoli 31-33 nella già menzionata Convenzione di Vienna, che però rivestono un carattere generale, e certamente non sono state costituite al fine di interpretare specificatamente le convenzioni in materia fiscale, così come sostenuto da Fantozzi e da Vogel, per i quali, ad esempio, data la finalità di ripartizione della potestà impositiva delle convenzioni contro la Doppia imposizione, è fondamentale che l'interpretazione sia la medesima per tutte le autorità fiscali coinvolte.

Detto ciò, la dottrina riconosce sostanzialmente tre criteri interpretativi applicabili ai trattati in generale ma pienamente trasferibili al campo tributario: per primo è opportuno rifarsi all'interpretazione autentica contenuta nel trattato stesso o nei lavori di accompagnamento, si può poi fare affidamento su eventuali accordi inter-amministrazioni finanziarie su casi di dettaglio e,

²⁴⁰ <https://www.fiscooggi.it/rubrica/analisi-e-commenti/articolo/trattati-internazionali-non-sempre-prevalgono-sulle-norme>

²⁴¹ UCKMAR, CORASANITI, DE'CAPITANI DI VIMERCATE, OLIVA, *Diritto Trib. Internaz., II ed, Padova, Cedam, 2012, p. 10*

²⁴² CORDEIRO GUERRA, *Diritto Trib. Internazionale, II ed., Milano, Wolters Kluwer, 2016, p. 151*

infine, rivolgersi ai principi generali del diritto tributario internazionale. *In primis*, l'approccio dell'interprete deve essere quello del criterio letterale, in accordo con quanto suggerito dal criterio cd. oggettivistico (o obiettivistico), che ha nel tempo, come dimostrato dalla stessa Convenzione di Vienna, superato il criterio soggettivistico (o subiettivistico)²⁴³, volto ad individuare la volontà delle parti. Questo ultimo criterio presenta delle problematiche nel momento in cui si prende in considerazione la doppia natura di una convenzione bilaterale (ma non solo) che, per l'appunto, opera sia sul piano interno che sul piano internazionale²⁴⁴.

A proposito di criterio soggettivistico e oggettivistico, si pone in controtendenza rispetto alla Convenzione di Vienna l'art. 3 del Modello OCSE, che dato il carattere speciale prevale su di essa generando alcune problematiche che osserveremo. Questo articolo contiene, precisamente al paragrafo 2, la cosiddetta *general revoi clause*, prevista per la prima volta nel trattato UK-USA del '45 e ad oggi adoperata da tutti i paesi aderenti all'OCSE, ad eccezione proprio degli Stati Uniti. La peculiarità di questa norma è la previsione, per i termini non definiti nel trattato del caso, del rinvio al significato ad essi attribuito dal diritto interno dello stato contraente, secondo un modello di interpretazione che, come nel diritto privato internazionale avviene per la *lex fori*, è definita non uniforme²⁴⁵. Una disposizione così formulata apre una serie di interrogativi: bisogna, per prima cosa, capire se il rinvio sia dinamico o statico, con la prevalenza sia dottrinale²⁴⁶ che giurisprudenziale della prima interpretazione, e se come diritto interno possano essere considerate anche altre convenzioni già "incorporate"²⁴⁷ nel diritto statale, cosa che però sembra essere da escludersi e, soprattutto, bisogna capire cosa realmente si intenda con diritto interno. L'applicazione del proprio diritto interno indistintamente ad opera di ogni stato contraente comporterebbe quasi inevitabilmente il venir meno dell'utilità del trattato, in quanto sarebbe molto elevato il rischio di creare "zone d'ombra" per determinate fattispecie che sarebbero o soggette a Doppia imposizione o non soggette ad imposizione *tout court* (Doppia non imposizione).

Per risolvere questo problema interpretativo, paradossalmente prodotto da una norma sull'interpretazione, si era pensato di individuare come diritto interno quello dello stato della fonte del reddito (principio della *domestic law*) ma tale soluzione non era possibile evincerla da nessun riferimento testuale nell'articolo. La risoluzione più efficace e condivisa della questione sembra

²⁴³ MIRAULO, *Doppia imposizione internazionale*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 145

²⁴⁴ ARGINELLI, *Spunti ricostruttivi in tema di qualificazione giuridica e rinvio formale al diritto interno nelle convenzioni bilaterali per evitare le doppie imposizioni. Riflessioni in chiave comparativa sulle soluzioni adottate nel diritto internazionale privato e nelle convenzioni di diritto materiale uniforme*, in *Diritto e Pratica Trib. Internaz.*, n°4, 2021, p. 1461

²⁴⁵ ARGINELLI, *Spunti ricostruttivi in tema di qualificazione giuridica e rinvio formale al diritto interno nelle convenzioni bilaterali per evitare le doppie imposizioni [..]*, in *Diritto e Pratica Trib. Internaz.*, n°4, 2021, p. 1484

²⁴⁶ Art. 3 par. 11 del Commentario al Modello OCSE

²⁴⁷ UCKMAR, CORASANITI, DE'CAPITANI DI VIMERCATE, OLIVA, *Diritto Trib. Internaz.*, II ed, Padova, Cedam, 2012, p. 140

essere quella facente riferimento al bilanciamento con il concetto di contesto, così come definito *ex art. 31* nella Convenzione di Vienna, per cui qualsiasi rinvio al diritto interno deve attenersi e rispettare lo scopo del trattato e non permettere il venire in essere di circostanze di Doppia imposizione. Non sembra, infine, che il Commentario al Modello OCSE, di cui parleremo approfonditamente nel prossimo paragrafo, possa intervenire in soccorso dell'interprete nell'interpretazione diretta, non essendo né un documento vincolante riferibile alla singola convenzione contro la Doppia imposizione né una norma generalmente riconosciuta di diritto internazionale²⁴⁸. La dottrina maggioritaria ritiene che la posizione manifestata nel Commentario possa e debba essere presa in considerazione per determinare se il contesto effettivamente richieda una interpretazione diversa da quella fornita dal diritto nazionale.

Quanto detto finora in relazione all'art. 3 c.2 del Modello OCSE è dirimente alla sola interpretazione non uniforme. Ai fini della nostra trattazione è comunque importante sottolineare che, ad esempio, l'interpretazione e circoscrizione dei termini "dividendi" e "interessi" è affidata all'interpretazione uniforme che ad essi attribuisce un significato preciso, rispettivamente agli articoli 10 c.3 e 11 c.3²⁴⁹.

3.1 Il modello di convenzione OCSE

Parlando di stesura e interpretazione delle convenzioni contro la Doppia imposizione è impossibile ignorare il Modello OCSE, il documento più diffuso e determinante che sia mai stato redatto in questa materia e con tali propositi.

Brevemente, riguardo la natura giuridica di questo relevantissimo punto di riferimento per gli stati nella stesura dei trattati in materia, è bene ricordare come non si tratti di una fonte del diritto internazionale né generale né particolare ma, al contrario, di una semplice raccomandazione non vincolante²⁵⁰ che, tuttavia, nella maggior parte dei casi viene seguita pedissequamente sia dagli stati aderenti all'OCSE sia da quelli non aderenti²⁵¹, non solo per quanto riguarda la fase antecedente alla conclusione dei trattati ma anche per quella successiva, essendo stato dotato del cd. Commentario,

²⁴⁸ VALENTE, *Convenzioni internazionali contro le Doppie imposizioni*, in *Ipsa Manuali*, Milano, Wolters Kluwer, 2016, p. 232

²⁴⁹ ARGINELLI, *Spunti ricostruttivi in tema di qualificazione giuridica e rinvio formale al diritto interno nelle convenzioni bilaterali per evitare le doppie imposizioni [..]*, in *Diritto e Pratica Trib. Internaz.*, n°4, 2021, p. 1489

²⁵⁰ VALENTE, *Convenzioni internazionali contro le Doppie imposizioni*, in *Ipsa Manuali*, Milano, Wolters Kluwer, 2016, p. 41

²⁵¹ MIRAULO, *Doppia imposizione internazionale*, Milano, Giuffrè, 1990, p. 152

uno strumento utilissimo ai fini interpretativi²⁵² di carattere neutrale e slegato da logiche di forza contrattuale²⁵³.

Il percorso che ha portato alle prime versioni del Modello è stato lungo e denso di tentativi più o meno riusciti.

Le prime iniziative in tal senso, infatti, furono portate avanti, a partire dai primi anni '20 del secolo scorso dalla Società delle Nazioni, con il grande contributo dei paesi del Sudamerica, che vedremo avere un ruolo importante nel complesso della materia avendo prodotto specificatamente un cd. Modello Sudamericano.

Il successivo passo venne fatto dal neo denominato OCSE nel 1963, con la pubblicazione del modello e relativo commentario intitolato: “*Draft Double Taxation Convention on Income and Capital*”, a cui contestualmente all’uscita si promettevano già future modifiche e revisioni. Queste vennero a concretizzarsi nel 1977 con la prima vera e propria versione di quello che conosciamo come Modello OCSE contro la Doppia imposizione. Le modifiche più rilevanti rispetto alla versione del '63 riguardavano, in realtà, non tanto il Modello in sé quanto piuttosto il Commentario, redatto con una funzione di accompagnamento e di interpretazione delle norme contenute nel primo.

Nel corso del tempo vennero compiuti ulteriori studi che, in concerto con la decisione del 1991 di adottare il principio della dinamicità e quindi a una revisione costante, portarono ad uno sviluppo sempre più rapido. Nel 1992 vide la luce un nuovo Modello che, così come avvenuto con il precedente, apportava sostanziali modifiche per lo più al solo Commentario.

Le ultime due versioni più recenti sono, infine, quella del 2003, quella del 2014 e quella del 2017, frammezzate da una serie di interventi occorsi fra l’uno e l’altro attraverso i cosiddetti *Drafts Contents*. I più rilevanti ai fini della nostra ricerca sono quelli del 2005, in cui state apportate delle modifiche all’art. 10 paragrafo 13, in materia di dividendi e all’articolo 11 paragrafi 7-17 e 30 per gli interessi. Nel 2008, invece, il Comitato per gli affari fiscali ha reinterpretato quanto contenuto nel Commentario, in riferimento all’articolo 10 del Modello nella parte relativa gli utili distribuiti da soggetti operanti nel settore del *Real Estate*. Importante sottolineare il fatto che i vari interventi e proposte contenuti nei *Drafts* sono poi stati in seguito accolti nella versione del 2014, con un esempio su tutti dato dalla proposta di revisione del concetto di Beneficiario effettivo avanzata nel

²⁵² D’AGNONE, *Sulla rilevanza a fini interpretativi del commentario al modello OCSE sulla Doppia imposizione fiscale: la Cassazione cambia orientamento, nota a Cass. n. 1811 17 gennaio 2014, in Rivista Diritto e Pratica Trib., n. 3, 2014, p. 1069*

²⁵³ VALENTE, *Convenzioni internazionali contro le Doppie imposizioni, in Ipsoa Manuali, Milano, Wolters Kluwer, 2016, p. 42*

2012 e appunto codificata nel Modello del 2014 e confermata nelle modifiche del 2017. Quest'ultima versione presenta, come novità, il coordinamento con le 15 *actions* previste dal progetto BEPS del 2013 e 2015. Il Modello 2017 è, infatti, stato elaborato seguendo il nuovo paradigma suggerito proprio dall'OCSE e in fase di attuazione anche da parte dei paesi del G20 con lo scopo di implementare gli strumenti multilaterali in modo da affiancarli a quelli bilaterali per incidere maggiormente sui fenomeni di Doppia imposizione²⁵⁴.

Terminati i cenni storici, proseguiamo nell'analisi del Modello e del ruolo del Commentario OCSE analizzandone la struttura. Esso è composto da 7 capitoli per complessivi 31 articoli. Andando per ordine in modo molto chiaro, nei primi due sono riportati i requisiti soggettivi e oggettivi per vedersi applicato il Modello. Successivamente, il già analizzato, articolo 3 elenca alcune definizioni generali per la comprensione e interpretazione del testo, lasciando poi a due separati e singoli articoli (il 4 e 5) il compito di disciplinare rispettivamente i fondamentali concetti di residenza e stabile organizzazione. Il capitolo successivo (cap. III) è dedicato alle singole categorie reddituali. Questo capitolo è, per chi scrive, il fulcro della funzione ultima del Modello, avendosi in queste pagine la distribuzione dei poteri impositivi tra i differenti stati in relazione ai differenti tipi di reddito. Tali poteri possono concernere uno solo dei paesi contraenti in via esclusiva ovvero essere esercitabili da tutti gli stati coinvolti, in misura piena o limitata a soglie prestabilite.

Il problema più rilevante si pone nel momento in cui è necessario qualificare alcune fattispecie dubbie all'interno delle singole e diverse categorie reddituali, un po' come visto, all'interno dell'ordinamento italiano, per la suddivisione dei proventi finanziari nelle categorie dei redditi di capitale e diversi.

In questo caso, però è lo stesso Modello a fornire, attraverso l'interpretazione uniforme e le definizioni generali del secondo capitolo, gli strumenti per muoversi in tale ambito, a meno che queste non facciano rinvio a norme interne dei singoli stati, attraverso l'interpretazione non uniforme, che potrebbero riservare qualificazioni reddituali diverse e fattispecie identiche²⁵⁵. Non si dirada del tutto la nebbia nel caso in cui i proventi coinvolti siano ascrivibili a situazioni *border line* tra il reddito d'impresa, disciplinato all'art. 7 e i redditi costituiti da plusvalenze, dividendi, e interessi, soggetti, ad esempio in Italia, al principio di attrazione del reddito d'impresa, ponendosi il dubbio se la relativa disciplina vada ricercata nell'articolo 7 o negli altri e quale disciplina debba prevalere in caso di contrasto. La questione è stata risolta in parte facendo riferimento a specifici articoli interpretativi del Modello stesso e in parte utilizzando la regola generale del "trattamento separato". Questo non prevede alcuna attrazione nel reddito d'impresa ma

²⁵⁴ VALENTE, *Il nuovo modello OCSE di Convenzione contro le doppie imposizioni: profili di novità*, in *Il Fisco*, n° 6, 2018, p. 558

²⁵⁵ CORDEIRO GUERRA, *Diritto Trib. Internazionale*, II ed., Milano, Wolters Kluwer, 2016, p. 426

anzi all'articolo 7 è lasciato un ruolo residuale, per cui nel caso degli utili, ad esempio, questi entreranno a far parte di questa categoria solo nel caso in cui non si tratti di tipologie di utili disciplinati da altre norme, come avviene per i dividendi e interessi agli articoli 10 e 11 del Modello per cui la disciplina sarà la medesima sia che siano percepiti da una persona fisica non esercente attività d'impresa sia quando siano percepiti da un soggetto che, invece, svolga attività d'impresa²⁵⁶. Si può dire, perciò, che ogni tipologia di reddito è disciplinata dal corrispondente articolo convenzionale ad essa dedicata.²⁵⁷

Bisogna, comunque, evidenziare che in alcuni casi sono previste da queste stesse norme speciali alcune deroghe, come nell'articolo 10 c.4 e nell'articolo 11 c.4, per cui alcune tipologie di dividendi e interessi percepiti da stabili organizzazioni (come qualificate dall'art. 5 Modello) nello stato della fonte, sono ricondotte alla disciplina imputata alla categoria dei redditi d'impresa, secondo il principio generale dell'attrazione nel reddito d'impresa.

I capitoli successivi, per concludere, sono dedicati nell'ordine alle imposte sul patrimonio (cap. IV), ai metodi contro la doppia imposizione e quindi esenzione e credito d'imposta (cap. V), ad alcuni principi cardine nonché alle procedure amichevoli e di cooperazione (cap. VI), e, per terminare, alle modalità di entrata in vigore e cessazione della validità (cap. VII).

3.2 Il ruolo del Commentario ai fini interpretativi

Il Modello OCSE ha avuto un'ampia diffusione ed utilizzazione non solo in quanto estremamente completo, efficace ed estremamente adattabile ma anche perché è stato accompagnato da un altrettanto efficiente testo interpretativo in cui ciascun articolo è illustrato, analizzato e posto in relazione a fattispecie di reale applicazione.

Tale Commentario riveste una particolare importanza essendo un raro esempio di documento di tal genere: infatti, nella stragrande maggioranza dei trattati i soli documenti di accompagnamento hanno, nella prassi, carattere illustrativo²⁵⁸. L'apporto del Commentario, essendo frutto dell'attività di esperti e non di un accordo o tantomeno di attività dei paesi contraenti, non è apprezzato in ugual misura da tutti i soggetti statali che vi entrano in contatto. Ogni entità statale e, più specificatamente ogni Corte di ogni stato, adopera il Commentario con più o meno disinvoltura, attribuendogli una maggiore o minore forza vincolante (che di per sé, ricordiamo, non avrebbe proprio). Come

²⁵⁶ CORDEIRO GUERRA, *Diritto Trib. Internazionale, II ed., Milano, Wolters Kluwer, 2016, p. 428*

²⁵⁷ CORDEIRO GUERRA, *Diritto Trib. Internazionale, II ed., Milano, Wolters Kluwer, 2016, p. 428*

²⁵⁸ Si veda, ad esempio, il Commentario alla Convenzione di Washington del 1965 in materia di investimenti

evidenzia Pistone²⁵⁹ i giudici di alcuni paesi come Olanda e Regno unito vi si avvicinano conformandosi strettamente mentre altri paesi gli attribuiscono una minore importanza e vi si sentono meno legati. A questa seconda categoria sembrava inserirsi il nostro paese. Di recente, però, la Suprema Corte sembra essersi discostata da questo orientamento per poi riavvicinarvisi: nella sentenza n. 1811 del 2014, infatti, i giudici di legittimità hanno risolto una questione riguardante un provvedimento di sequestro avverso una società capogruppo maltese controllante una società italiana, attenendosi a quanto prescritto dal Commentario OCSE nell'interpretazione della Convenzione bilaterale tra Italia e Malta, statuendo che *“i criteri e i principi stabiliti nella Convenzione OCSE e nel suo Commentario hanno costituito la base per la negoziazione e la stesura degli accordi internazionali sulla doppia imposizione stipulati tra i Paesi membri dell'organizzazione e, in questo modo, hanno assunto il rango di regole vincolanti per gli Stati firmatari, secondo i principi del diritto internazionale²⁶⁰”*. Questa interpretazione, a detta della dottrina maggioritaria²⁶¹, non sembra del tutto condivisibile in quanto conferisce al Commentario una valenza eccessiva, superiore a quella accordatagli anche dai paesi più spinti nella sua considerazione e soprattutto perché irrispettosa dei principi interpretativi, delle leggi internazionali e perché non proprio del Commentario stesso che al paragrafo 29 dell'Introduzione prevede che *“although the Commentaries are not designed to be annexed in any manner to the conventions signed by member countries, which unlike the Model are legally binding international instruments, they can nevertheless be of great assistance in the application and interpretation of the conventions and, in particular, in the settlement of any dispute”*. Tali considerazioni non vogliono comunque essere interpretate come ostili e ostative al riconoscimento di una ampia autorità per i testi elaborati all'interno dell'OCSE, soprattutto in materia di Doppia imposizione.

Pare opportuno riferire che, successivamente, la Corte sembra aver fatto marcia indietro, seppur parzialmente. Nella sentenza n. 10706 del 17 aprile 2019 i giudici hanno “ritrattato” il valore vincolante attribuito nella sentenza precedente al Commentario per abbracciare invece il valore meramente interpretativo dovuto alla sua natura di raccomandazione. La conclusione a cui si è arrivati è sicuramente più soddisfacente della precedente ma qualche appunto può essere mosso alla

²⁵⁹PISTONE, *General Report, in The impact of the OECD and UN Model Conventions on Bilateral Tax Treaties*, a cura di M. Lang, P. Pistone, J. Schuch, C. Staringer, Cambridge, 2012, 5.

²⁶⁰ Cass. n. 1811 17 gennaio 2014

²⁶¹ D'AGNONE, *Sulla rilevanza a fini interpretativi del commentario al modello OCSE sulla Doppia imposizione fiscale: la Cassazione cambia orientamento, nota a Cass. n. 1811 17 gennaio 2014*, in *Rivista Diritto e Pratica Trib.*, n. 3, 2014, p. 1069

motivazione attraverso la quale si è giunti al risultato²⁶². Gli Ermellini hanno fatto sì giustamente riferimento alla natura non vincolante del Commentario, dimenticando però inopinatamente il fatto che, a prescindere da ciò, la regolamentazione dell'interpretazione dei trattati dovrebbe essere disciplinata dagli articoli 31-33 della Convenzione di Ginevra, come più volte già osservato.

3.3. I dividendi nel Modello OCSE (l'articolo 10)

L'articolo 10 del Modello OCSE disciplina la ripartizione della potestà impositiva sui dividendi. Questi sono identificati *ex art.* 10 par. 3 come i redditi derivanti da: 1) azioni; 2) certificati di godimento; 3) quote di partecipazione minerarie; 4) quote di spettanza dei soci fondatori e di partecipazione agli utili diversi da prestiti e crediti; 5) redditi derivanti da altre quote equiparate a quelle azionarie nello stato della fonte. Alle azioni sono equiparati tutti i titoli comunque emessi dalle società in forza dei quali venga attribuito il godimento delle distribuzioni di utili.

I dividendi, poi, sono tutti intesi come utili distribuiti da Spa, Società in accomandita per azioni, Srl o ancora, da altri tipi di società di capitali. Vi rientrano anche le distribuzioni in valore monetario, quelle comunque suscettibili di valutazione economica, anche se ricevute a titolo gratuito o di bonus, le distribuzioni occulte di utili e, a differenza dell'ambiguità normativa della Direttiva Madre-figlia, anche i proventi derivanti da liquidazione.

Importante esclusione è quella relativa le distribuzioni di utili ad opera di società di persone che non vengono fatti rientrare nella nozione di dividendi, a meno che non siano soggette ad un regime di tassazione analogo a quello delle società di capitali, come avviene in Francia per i soggetti accomandatari nelle società in accomandita semplice²⁶³. Altra esclusione riguarda le distribuzioni di utili che comportino una riduzione dei diritti di voto e partecipazione dei soci come, ad esempio, i rimborsi di capitale, *ex* paragrafo 28 del Commentario.

Tra gli elementi disciplinati dall'articolo 10, il Commentario precisa²⁶⁴, sono da considerarsi anche i proventi percepiti in forma di interesse, dovuti a finanziamenti erogati alla società distributrice, in forza del criterio della partecipazione al rischio, inteso come subordinazione del ritorno economico all'andamento e all'attività dell'impresa.

²⁶² MORETTI, *Trattati contro le Doppie imposizioni: valenza del Commentario OCSE ai fini interpretativi e soggetti ammessi a beneficiare delle disposizioni convenzionali in una recente decisione della Cassazione, nota a Cass. n. 10706/17 aprile 2019*, in *Rivista telematica Dir. Trib.*, 19 agosto 2019

²⁶³ VALENTE, *Convenzioni internazionali contro le Doppie imposizioni*, in *Ipsos Manuali*, Milano, Wolters Kluwer, 2016, p. 452

²⁶⁴ GARBARINO, *Judicial interpretation of Tax Treaties: The use of the OECD Commentary*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2016, p. 107

Vi è, infine, quella che potrebbe essere considerata una norma di chiusura, per cui la nozione di dividendo, oltre ad integrare le fattispecie appena esposte, comprenderebbe anche quelle così identificate dalla normativa dei diversi stati contraenti.

Il Modello non attribuisce l'esclusività dell'imposizione a uno solo dei due stati contraenti, ma la suddivide con la limitazione del prelievo per lo stato della fonte. Non si è ritenuto di attribuire l'intera titolarità del diritto alla percezione dell'imposta allo stato della fonte in quanto diversi stati non prevedono imposizione, attraverso ritenuta, sui dividendi distribuiti, cosa che non si verifica, al contrario, per i dividendi percepiti, tassati in tutti i paesi. L'esclusiva imposizione in favore dello stato di residenza è invece stata messa da parte per la mancanza di convergenza politica di tutti i membri dell'OCSE.

3.3.1 Il regime di tassazione previsto dal Modello: il credito d'imposta nel rapporto tra convenzioni e Direttiva Madre-figlia

Analizzando la disciplina prevista dal Modello si capisce che nonostante non vi sia una ripartizione della potestà impositiva esclusiva in favore dell'uno o dell'altro stato contraente, è comunque, in prima battuta, riservata una certa prevalenza allo stato della fonte.

Un primo elemento del regime di tassazione previsto dall'art. 10 par. 2 è quello relativo il meccanismo scelto per eliminare la Doppia imposizione. Se nella Direttiva Madre-figlia si era scelta la strada dell'esenzione dalla ritenuta, nel Modello OCSE la soluzione prescelta è stata quella del riconoscimento del credito d'imposta da parte dello stato in cui è residente colui che percepisce i dividendi. Questo disallineamento nelle scelte dei metodi per evitare la Doppia imposizione ha tra le altre cose comportato anche delle problematiche nei casi in cui alla Direttiva si sovrapponevano anche disposizioni contenute in convenzioni bilaterali. La dottrina si era divisa sul punto tra coloro che sostenevano la cumulabilità dei due meccanismi²⁶⁵ e coloro che, invece, ne escludevano l'applicabilità congiunta²⁶⁶, richiamando l'abrogato comma 4 dell'art. 27 *bis* del D.P.R. n. 600/1973. Sul punto intervenne anche la stessa Agenzia delle Entrate non esprimendosi, tuttavia, in modo netto e univoco subordinando la cumulabilità di volta in volta a consultazioni bilaterali²⁶⁷, alimentando così il contenzioso in materia. La stessa giurisprudenza di legittimità si è trovata in

²⁶⁵ MAISTO, *Il regime tributario dei dividendi nei rapporti tra "società madri" e "società figlie"*, Milano, 1996, p. 269

²⁶⁶ ESCALAR, *Il rimborso di imposte a soci non residenti tra normativa "matri-figli" e accordi bilaterali*, in *Rassegna Tributaria*, n° 1, 1995, p. 71

²⁶⁷ SCHETTINI, GIANNELLI, *La Direttiva Madre-figlia e il credito d'imposta sui dividendi ai sensi della convenzione Italia-Francia*, nota a Cass. sentenza n. 23367, 6 ottobre 2017, in *Diritto Bancario*, 7 novembre 2017

difficoltà in tempi recenti rispetto a tali vertenze e a dimostrazione di ciò possiamo portare le oscillazioni nell'orientamento giurisprudenziale.

Ad esempio, nel 2017, con la sentenza n. 23367/2017 la Suprema Corte, analizzando nel concreto una fattispecie che oltre alla normativa europea coinvolgeva anche la convenzione Italia-Francia, in linea con altri precedenti si era espressa per la negazione della cumulabilità dei benefici previsti dai due meccanismi, sostenendo in particolare, come l'esenzione prevista dal diritto dell'Unione fosse sufficiente ad evitare fenomeni di Doppia imposizione e che, al contrario, l'ulteriore previsione di un credito d'imposta avrebbe comportato fenomeni di Doppia non imposizione, giudicati non compatibili con i fini della normativa europea²⁶⁸. Nel 2020, invece, la Corte di Cassazione è tornata sul punto, in relazione ad un caso in cui veniva in rilievo la convenzione Italia-UK, sconfessando l'orientamento precedente, per cui, appunto, il credito era automaticamente negato in caso di dividendi già sottoposti all'esenzione prevista dalla Direttiva 96/2011. Il nuovo orientamento, infatti, ha rimesso nelle mani del giudice del rinvio, di volta in volta, la valutazione dell'effettiva idoneità della disciplina dell'altro stato contraente ad evitare la Doppia imposizione e quindi di valutare l'effettiva imposta di cui i dividendi sono stati gravati. A detta di alcuni studiosi, si tratta però anche di un'occasione persa per affermare il principio dell'alternatività della scelta del contribuente tra il regime della Direttiva e il regime della convenzione di riferimento²⁶⁹.

3.3.2 Il regime di tassazione previsto dal Modello: il tema del beneficiario effettivo nei dividendi

L'imposizione dello stato in cui è residente la società erogante è tuttavia limitata nell'applicazione delle aliquote sulla ritenuta dalla effettività o meno del soggetto percettore nella qualifica di beneficiario.

Se infatti, per il soggetto che venga riconosciuto come beneficiario simulato è prevista un'aliquota pari al 15%, per il soggetto percettore che invece non sia considerato tale ma effettivo e che sia una società in possesso del 25% del capitale del soggetto distributore, l'aliquota si abbassa considerevolmente sino al 5%. Rispetto a tale previsione si possono riconoscere due differenze con la disciplina della Direttiva Madre-figlia: *in primis*, qui è richiesta una maggior presenza nelle quote della società controllata e, *in secundis*, lo diciamo adesso, non è previsto un periodo di tempo

²⁶⁸ SCHETTINI, GIANNELLI, *La Direttiva Madre-figlia e il credito d'imposta sui dividendi ai sensi della convenzione Italia-Francia*, nota a Cass. sentenza n. 23367, 6 ottobre 2017, in *Diritto Bancario*, 7 novembre 2017

²⁶⁹ MANZITTI, *La doppia imposizione internazionale nel difficile coordinamento tra convenzioni bilaterali e direttiva Madre-figlia*, nota a Cass. sentenza n. 2313 31 gennaio 2020, in *Rivista telematica Dir. Trib.*, 22 aprile 2020

minimo di possesso delle quote antecedente alla distribuzione. A rilevare, infatti, è semplicemente il possesso al momento in cui i dividendi sono distribuiti agli azionisti. Il periodo minimo di tempo prima della distribuzione potrebbe essere inserito facoltativamente in sede bilaterale ma il Modello non lo prevede per esigenze di semplicità celerità nell'accertamento dei requisiti. Questa *deregulation* può, però dar vita a fenomeni per cui gli aumenti di capitale per raggiungere la soglia del 25% potrebbero essere fatti solo nell'imminenza delle distribuzioni e l'unico modo per contrastarle e non riconoscere la riduzione dell'aliquota è, quindi, solo quello di appellarsi al divieto dell'abuso del diritto²⁷⁰.

Le aliquote sopraindicate possono comunque subire delle variazioni, essendo concesso agli stati inserire delle riserve, riportate ai paragrafi 69-81. Esempi possono essere la previsione australiana di tassare sempre a non meno del 15% i dividendi erogati a società residenti in Australia o la riserva del Canada nell'applicare un'imposta alla fonte con aliquota al 10% per le *holding*. L'Italia, invece, prevede l'aliquota del 5% solo per partecipazioni dirette superiori al 50% mentre per quelle inferiori applica la riserva.

Per quanto riguarda la modalità con cui attuare il prelievo, gli stati membri OCSE non hanno vincoli particolari in forza del Modello e possono alternativamente scegliere tra due opzioni: 1) attraverso la celeberrima ritenuta alla fonte a titolo d'imposta operata dalla società che eroga gli utili; 2) attraverso l'autoliquidazione indicandoli in dichiarazione dei redditi, attraverso l'aliquota "normale" prevista ottenendo il rimborso per la parte pari alla differenza tra questa e l'aliquota pattuita in sede convenzionale.

Passiamo ora a trattare una figura o un istituto che abbiamo già visto considerato, seppur attraverso modalità differenti, nelle Direttive 96/2011 e 49/2003. Stiamo parlando della clausola del *Beneficial owner*, che anche nel Modello OCSE riveste un ruolo rilevante per l'applicazione delle aliquote più favorevoli.

Il beneficiario effettivo ha nel Modello OCSE due scopi: in prima istanza, la funzione attribuita anche ad un'altra serie di clausole e cioè quella di fornire un efficace meccanismo antiabuso. Il suo scopo è, infatti, quello di impedire che soggetti che non avrebbero diritto ad un trattamento favorevole previsto da un trattato contro la Doppia imposizione, ne beneficino invece, interponendo tra il soggetto erogante e se stessi una società *conduit* o anche detta "passante" che risponda invece ai requisiti per l'agevolazione pur essendo però una mera beneficiaria simulata. Ha, in più, la

²⁷⁰ VALENTE, *Convenzioni internazionali contro le Doppie imposizioni*, in *Ipsa Manuali*, Milano, Wolters Kluwer, 2016, p. 582

finalità di far ricondurre nel reddito d'impresa, ex art. 7 Modello, i redditi percepiti dal beneficiario effettivo che nello stato della fonte eserciti la propria attività attraverso una stabile organizzazione. Questa clausola ha visto la sua prima apparizione nella versione del Modello del 2005. Nel corso del tempo è stata poi oggetto dell'attenzione di molti studiosi e operatori che hanno elaborato diverse teorie e proposte in merito. Queste indicazioni sono poi state accolte dall'OCSE nel Commentario del 2014, specificatamente, con l'intervento sugli articoli 10, 11, e 12 del Modello. Ricordiamo che la sua nozione è stata introdotta per chiarire il significato dell'espressione dell'art. 10 par. 2 "pagati... a un residente" e perciò, nel 2014 si è intervenuti indicando come l'interpretazione della clausola dovesse farsi nel rispetto del suo obiettivo primario. L'interpretazione è quindi quella di non prevedere un obbligo, per lo stato della fonte, di astensione dall'imposizione sui redditi in forma di dividendi percepiti direttamente da un soggetto residente in uno stato con cui abbia stipulato una convenzione.

Questa interpretazione suggerisce quindi una nozione a-tecnica e non restrittiva diversa da quella che potrebbe essere indicata dal diritto dello stato che la applica²⁷¹. Il significato dell'espressione va quindi individuato non attraverso il rinvio al diritto interno, che tra l'altro in alcuni casi come quello italiano non ne fornisce neanche una definizione specifica, secondo quanto sarebbe prescritto dall'art. 3 par. del Modello, ma facendo riferimento alla norma derogatoria per cui è il contesto a rilevare e, quindi, nel caso concreto, facendo riferimento alla nozione fornita nelle singole convenzioni e al suo scopo antielusivo che in esse ricopre e alla nozione, per i paesi membri dell'UE, fornita nella Direttiva Interessi-canonici. Quest'ultima definizione si discosta, però, da quella contenuta nel Commentario del 2014.

Ciò ha creato problemi anche alla stessa Corte di Cassazione che in un primo momento ha riconosciuto come valida la definizione del Commentario 2014, per poi discostarsi in più occasioni, affermando come il beneficiario effettivo sia colui che ha "*la disponibilità economica e giuridica del provento formalmente percepito*²⁷²". La confusione è evidente pensando a come nel Commentario "*la mera retrocessione del controvalore economico di dividendi, interessi e canoni non è sufficiente ad escludere la qualità di effettivo beneficiario del diretto percipiente, richiedendosi infatti che tale retrocessione sia anche "dipendente" dalla percezione di tali proventi*²⁷³". Solo successivamente si è ripresa la reale definizione del Commentario, evidenziando

²⁷¹ ESCALAR, *La nuova definizione OCSE di beneficiario effettivo*, in *Corriere Tributario*, n° 47, 2017, p. 3685

²⁷² Corte di Cass. n. 25281/2015

²⁷³ ESCALAR, *La nuova definizione OCSE di beneficiario effettivo*, in *Corriere Tributario*, n° 47, 2017, p.3689

che il soggetto a cui è riservato il godimento dei dividendi in questione sia il destinatario finale e non un semplice intermediario o agente.

Così come abbiamo visto anche in ambito europeo, vediamo adesso il rapporto tra le clausole antiabuso del diritto e la clausola del beneficiario effettivo.

Infatti, il riconoscimento della qualifica di beneficiario effettivo non implica che non possano essere applicate eventuali norme antiabuso, con il conseguente disconoscimento delle agevolazioni previste negli articoli 10,11,12 del Modello. Questo è ciò che prevede il paragrafo 12.5 del Commentario rispetto l'art. 10.

Il rispetto della clausola del beneficiario effettivo dimostra solamente che il percipiente non ha poi l'obbligo di ritrasferire i proventi ad un altro soggetto. Ciò non toglie, però, che siano realizzate altre condotte elusive. Allo stesso modo si può affermare che una condotta elusiva di altro genere non debba implicare il mancato riconoscimento del ruolo di beneficiario effettivo.

Il riconoscimento dei vantaggi prescritti dagli articoli 10, 11 e 12 potrebbe essere disconosciuto ad un soggetto che sia beneficiario effettivo solo in forza di una determinata norma antielusiva contenuta nel trattato. Il problema è che poche convenzioni bilaterali contengono tali norme non essendo stipulate con l'obiettivo primario di combattere la Doppia non imposizione e l'elusione e di tale problematica è ben conscia l'OCSE che sta, a tal proposito, spingendo per l'adozione di accordi multilaterali in tal senso, con norme antielusive di carattere generale come previsto dall'art. 7 della Convenzione multilaterale OCSE. L'importanza di norme antielusive previste a livello pattizio è riconducibile anche al fatto che le singole norme antielusive italiane non possono portare al disconoscimento dei vantaggi a colui che a livello internazionale sia il *beneficial owner* per il principio *pacta sunt servanda*, per gli articoli 26 e 27 della Convenzione di Vienna e per l'art. 75 del D.P.R. 600/1973.

Per concludere, la negazione dei vantaggi fiscali derivanti dallo *status* di beneficiario effettivo può avvenire solo per mano di specifiche norme antielusive a livello di fonti convenzionali ovvero ad opera di norme interne ma solo se capaci di disconoscere la qualificazione di effettivo percettore di tali dividendi.

3.4. Gli interessi nel Modello OCSE (l'articolo 11)

Come fatto per i dividendi, introduciamo l'analisi dell'articolo 11 del Modello e dei relativi paragrafi del Commentario, disciplinanti gli interessi, individuando le tipologie di proventi che in tale categoria rientrano. Premesso che il Commentario all'articolo 11 riconduce al termine "interessi" le remunerazioni di denaro o capitali mobiliari prestati²⁷⁴. Il terzo comma del suddetto articolo svolge questa funzione elencativa, comprendendo praticamente tutti i redditi considerati interessi nelle diverse normative statali, per cui sono interessi: 1) i crediti di ogni tipo garantiti o meno da ipoteca e recanti o meno un diritto di partecipazione agli utili del debitore; 2) titoli di stato, buoni e obbligazioni e i relativi premi e altri frutti connessi. Vi rientrano anche i differenziali sia positivi che negativi tra il prezzo di erogazione e di rimborso. Qualora il differenziale sia negativo, l'interesse è negativo e quindi è da considerarsi deducibile, come sancito dal paragrafo 20.

Sono esclusi da questa elencazione una serie di proventi: non costituiscono interessi, infatti, le cd. "annuities", trattate, *ex par.* 23 Commentario, dall'art. 18 Modello in cui rientrano le pensioni. Questo avviene perché queste rendite inglobano quote diverse di interessi a seconda che si riferiscano al capitale investito o al rimborso e che maturando giornalmente complicano per gli stati la loro ripartizione tra redditi di capitale e redditi sul rimborso del capitale²⁷⁵. Le convenzioni stipulate dal nostro paese in materia riportano poi una norma di chiusura in cui si specifica che: "ogni *altro provento assimilabile ai redditi di somme date in prestito in base alla legislazione fiscale dello Stato da cui i redditi provengono*". Questa disposizione non è scevra da problematiche di coordinamento tra normativa interna e convenzionale, ad esempio, per i redditi frutto di associazioni in partecipazione, considerati redditi di capitale solo se l'apporto dell'associato non si esaurisce in prestazioni lavorative.

Sono escluse, ancora, le penali dovute a pagamenti ritardati, sebbene sia concesso agli stati nelle negoziazioni trattarle come interessi, ignorando il par. 3 dell'art. 11. Nell'articolo 11 non rientrano neanche i pagamenti derivanti da strumenti finanziari non convenzionali come gli *interest rate swap*, in quanto non fondati su rapporti di credito preesistenti²⁷⁶, a meno che per la regola della prevalenza della sostanza sulla forma non vengano ricondotti alla categoria degli interessi.

²⁷⁴ CORDEIRO GUERRA, *Diritto Trib. Internazionale, II ed., Milano, Wolters Kluwer, 2016, p. 455*

²⁷⁵ VALENTE, *Convenzioni internazionali contro le Doppie imposizioni, in Ipsoa Manuali, Milano, Wolters Kluwer, 2016, p. 620*

²⁷⁶ VALENTE, *Convenzioni internazionali contro le Doppie imposizioni, in Ipsoa Manuali, Milano, Wolters Kluwer, 2016, p. 639*

Parlando di dividendi e articolo 10, abbiamo visto come i proventi, anche se forniti in forma di interesse, prestati all'interno di una partecipazione al rischio d'impresa siano da configurarsi appunto come dividendi. La distinzione rispetto agli interessi "classici" si basa, quindi, sul fatto che questi ultimi siano percepiti contrattualmente a titolo di prestito remunerato. Alcuni indici per operare la distinzione in favore di una qualificazione come dividendi sono: il fatto che il prestito sia in gran misura superiore ad altri contributi in conto capitale, che la restituzione del prestito sia subordinata alla distribuzione di dividendi che a sua volta dovrebbe essere subordinato alla realizzazione di profitti e, infine, che non sia prevista una scadenza al mutuo.

3.4.1 Il regime di tassazione previsto dal Modello

Come per i dividendi, anche per gli interessi il Modello non fornisce una soluzione univoca prevedendo la potestà impositiva in capo al solo stato della fonte o al solo stato di residenza del contribuente ma considera entrambe le ipotesi²⁷⁷.

Sostanzialmente, l'articolo 11 comma 1 attribuisce l'imponibilità degli interessi allo stato di residenza del beneficiario ma si concede ugualmente allo stato fonte di effettuare il prelievo se così è predisposto dalla normativa interna. Questo prelievo, tuttavia, è limitato ad un massimo del 10%, derogabile dai due stati contraenti solo al ribasso²⁷⁸, secondo quanto previsto dal paragrafo 3.

Tra le due ipotesi, comunque, quella maggiormente diffusa è la tassazione nello stato della fonte.

A differenza dei dividendi, però, la suddivisione della potestà impositiva potrebbe non essere idonea ad eliminare la Doppia imposizione: nel caso, non infrequente, in cui il percettore degli interessi abbia dovuto prendere a prestito del denaro per finanziare l'operazione con cui percepire gli interessi si troverebbe nella situazione per cui non potrebbe vedersi riconoscere un credito d'imposta pari a quanto parzialmente o interamente tassato nello stato della fonte. Oltre a subire il danno il beneficiario del caso, lo subirebbe anche il debitore del prestito a cui il primo inevitabilmente alzerebbe il tasso d'interesse. Questa circostanza andrebbe a creare un circolo vizioso dannoso per l'economia e il commercio prettamente internazionale²⁷⁹. Per evitare tali spiacevoli situazioni è concesso agli stati, in sede di negoziazione bilaterale, prevedere ulteriori clausole per cui dovrebbe essere previsto che, facendo salve le disposizioni del secondo paragrafo, riguardanti l'imposizione dello stato fonte, l'imposizione nello stato di residenza vi sia solo a condizioni che lì vi risieda il beneficiario effettivo

²⁷⁷ UCKMAR, CORASANITI, DE'CAPITANI DI VIMERCATE, OLIVA, *Diritto Trib. Internaz., II ed, Padova, Cedam, 2012, p. 85*

²⁷⁸ VALENTE, *Convenzioni internazionali contro le Doppie imposizioni, in Ipsoa Manuali, Milano, Wolters Kluwer, 2016, p. 622*

²⁷⁹ CORDEIRO GUERRA, *Diritto Trib. Internazionale, II ed., Milano, Wolters Kluwer, 2016, p. 458*

della categoria di interessi in rilievo²⁸⁰. Le categorie di interessi che potrebbero essere suscettibili di essere toccate da questa teorica disposizione sono indicate dal Commentario stesso che cita le banche centrali, gli stati stessi in qualità di percipienti o in qualità di erogatori di tali interessi e i loro enti giuridici, escludendo l'imposizione su di essi.

Ancora, gli stati coinvolti potrebbero, e così effettivamente fanno in alcuni casi, creare programmi di *cd. export financing* con cui erogare direttamente finanziamenti o con cui offrire garanzie nei confronti degli istituti di credito, tutti esentasse.

Infine, nel caso in cui non si voglia prevedere un'esenzione piena, altra soluzione potrebbe essere la previsione di un'aliquota inferiore rispetto a quella prevista dallo stato della fonte, seppur non è considerata la composizione ottimale.

3.4.2 La clausola del beneficiario effettivo nella tassazione degli interessi

Di base è previsto, come più volte evidenziato nel paragrafo 2 dell'articolo 11, che gli interessi siano tassati nello stato del soggetto percettore con, però, la rilevante deroga dello stato della fonte qualora tale soggetto ne sia l'effettivo beneficiario. Un meccanismo che non ha nulla di nuovo rispetto a quanto visto per i dividendi disciplinati all'art. 10.

Anche qui, evidentemente, torna in auge il concetto di beneficiario effettivo e tutte le problematiche, soprattutto interpretative, che si trascina dietro. Per gli interessi è possibile fare le medesime considerazioni dei dividendi. Infatti, l'interpretazione di *beneficial owner* va ugualmente trattata come non restrittiva e tecnicamente vincolata al diritto interno ma, al contrario, autonomamente contestualizzata in rapporto ai fini delle convenzioni.

Anche in questo caso per individuare una genuina *ownership* si può fare riferimento ad alcuni parametri inseriti nei paragrafi 9 e seguenti dell'articolo 11, come dato dal Modello del 2017, per cui è beneficiario effettivo chi sostanzialmente non ha né l'obbligo contrattuale, o comunque legale, di ritrasferire gli interessi percepiti né l'obbligo derivante da una circostanza di fatto²⁸¹. Queste caratteristiche normalmente difettano nelle società *cd. conduit* o "passanti", negli agenti e negli intermediari.

Questi criteri sono stati ovviamente recepiti anche nel nostro paese, dove come esempio, si può portare una circolare della Guardia di Finanza, per l'esattezza la n. 1/2018 vol. III, in cui è operato un sincretismo tra le citate indicazioni OCSE e gli spunti forniti anche dall'Agenzia delle Entrate e dalla giurisprudenza di legittimità, arrivando all'elaborazione di una serie di parametri generali e

²⁸⁰ VALENTE, *Convenzioni internazionali contro le Doppie imposizioni*, in *Ipsa Manuali*, Milano, Wolters Kluwer, 2016, p. 623

²⁸¹ SELLA, *Il beneficiario effettivo di interessi*, in *Fiscalità e Commercio internazionale*, n°10, 2022, p. 47

definiti, ovviamente da cucire di volta in volta sul caso concreto²⁸². Gli indici individuati dalla Finanza sono: a) l'insussistenza della qualifica di delegato, intermediario o agente fiduciario, la disponibilità giuridica e soprattutto economica sui flussi reddituali, la sussistenza, invece, del rischio d'impresa e la disponibilità di garanzie per fronteggiare eventuali crisi e una vita societaria non limitata al solo sfruttamento delle agevolazioni previste dai trattati.

Qualora tali previsioni siano rispettate, tuttavia, non è automatica l'applicazione dei benefici previsti dalle convenzioni: infatti, come per i dividendi, si può arrivare alla disapplicazione delle norme di favore in presenza di altri fenomeni di abuso del diritto.

Il beneficiario effettivo è rilevante anche per individuare, *ex art. 11 par. 4*, le esclusioni, non subordinate a tentativi di elusione, ma tali in quanto previste dalle norme.

Infatti, è sancito che il beneficiario effettivo operante nello stato della fonte, anche in qualità di libero professionista, attraverso una stabile organizzazione o base fissa, sia escluso dall'applicabilità delle aliquote *ex* paragrafi 1 e 2.

Tale esclusione si verifica anche quando il credito generatore degli interessi sia connesso alla stabile organizzazione o base fissa. Si applica, quindi, l'articolo 7 del Modello riguardante gli utili d'impresa.

3.4.3 Alcune riflessioni sul rapporto tra interessi e il concetto di stabile organizzazione

Proprio il tema della stabile organizzazione, disciplinata dall'art. 5 del Modello, merita alcuni approfondimenti.

Il paragrafo 5 dell'articolo 11, infatti, derogando alla regola generale per cui gli interessi si considerano provenienti da uno stato fonte contraente quando il debitore è lo stesso stato residente o le altre sue "versioni" o quando in tale paese risiede il debitore, permette di individuare come stato di residenza rilevante non quello del debitore ma quello in cui opera la sua stabile organizzazione. Questa previsione è volta a concedere l'aliquota più favorevole anche quando il debitore erogante gli interessi è proprio una stabile organizzazione. Il mero legame economico è, perciò, sufficiente a far godere di questo beneficio²⁸³. Il paragrafo 27 del Commentario propone due differenti casi di legame economico tra stabile organizzazione e prestito: 1) quando questi è contratto dalla stabile organizzazione per esigenze della stabile organizzazione stessa; 2) quando è contratto dall'*headquarter* ma per fini riconducibili alla stabile organizzazione. Si indica anche un terzo caso, per certi versi simile ai primi due ma che in realtà non considera esistente il legame economico: 3)

²⁸² SELLA, *Il beneficiario effettivo di interessi*, in *Fiscalità e Commercio internazionale*, n°10, 2022, p. 48

²⁸³ VALENTE, *Convenzioni internazionali contro le Doppie imposizioni*, in *Ipsos Manuali*, Milano, Wolters Kluwer, 2016, p. 637

quando è l'*head office* ad indebitarsi ma i proventi non sono utilizzati per una bensì per più stabili organizzazioni.

Questa previsione, che presenta effettivamente una *ratio* comprensibile è, purtroppo, causa di problemi nel momento in cui lo stato del debitore non sia disposto a “cedere” la propria potestà impositiva alla nazione della stabile organizzazione, essendo tale “gentile concessione” non vincolabile da strumenti previsti dal Modello ma solo auspicabile. Per ovviare a questa carenza del Modello sarebbe opportuno prevedere trattati bilaterali, o ancora meglio multilaterali, che prevedano un meccanismo simile.

Infine, ultimo argomento che ci sembra opportuno toccare è quello del principio dell’*“arm’s length”*, in italiano “lunghezza del braccio”, con cui si disciplinano quelle fattispecie di *transfer pricing* degli interessi in cui rileva proprio il ruolo della stabile organizzazione o i rapporti nel prestito, ad esempio, tra controllanti e controllate o semplicemente anche nelle relazioni intra-familiari. Sostanzialmente, si prevede che l’aliquota inferiore si applichi solo agli interessi eccedenti il “valore normale” stabilito guardando a quanto avviene nel libero mercato tra soggetti privi di legami.

4.1 Brevi accenni ai Modelli Statunitense, ONU e Sudamericano

Per completezza pare opportuno fare qualche considerazione su altri tre modelli che insieme al Modello Ocse fungono da linee guida per le convenzioni contro la Doppia imposizione stipulate tra gli stati.

- Il Modello statunitense si caratterizza per essere stato scritto da un unico paese, in via unilaterale. Questa peculiarità fa venir, ovviamente, meno quella condizione di *par condicio* che dovrebbe ritrovarsi al momento della stipula di una convenzione tra due stati sovrani. L’ “imposizione”, intesa come prova di forza, non si limita a ciò ma si acuisce per la concessione di eventuali modifiche e disapplicazione unilaterali nel caso in cui le norme del trattato non siano più compatibili con altrettanto eventuali modifiche del diritto interno, statunitense *ça va sans dire*. Da un punto di vista maggiormente tecnico, invece, si caratterizza per la previsione di numerose e meglio studiate clausole antielusive, non previste in egual misura ed efficacia in nessun altro modello.²⁸⁴

- Altro modello è poi quello Onu, nato e sviluppato con la finalità di sostenere e porre in una posizione negoziale parificata i paesi in via di sviluppo. In tempi più recenti, comunque, questo modello ha assunto un carattere sempre meno autonomo, avvicinandosi piuttosto al più rinomato modello OCSE e ciò è dimostrato, in modo rilevante ai nostri fini, dalla circostanza per cui dividendi e interessi sono

²⁸⁴ UCKMAR, CORASANITI, DE’CAPITANI DI VIMERCATE, OLIVA, *Diritto Trib. Internaz., II ed, Padova, Cedam, 2012, p. 131*

disciplinati rispettivamente agli articoli 10 e 11, pedissequamente all'altro modello. Esiste, tuttavia, qualche eccezione per cui si preferisce questo modello come nel caso del trattato India-Messico dove si è optato per questo stile, seppur con quale distinzione, rispetto a quanto determinato dal Modello OCSE²⁸⁵.

▪ Infine, citiamo il Modello sudamericano, la cui elaborazione è stata promossa dai paesi di quell'area geografica, che ricordiamo, aver avuto un importante ruolo nello sviluppo di queste convenzioni, in particolare, agli albori quando i paesi europei e gli Usa erano impegnati nel primo conflitto mondiale. Questo modello ha come attributo principale quello di prendere posizione in modo netto in favore della imponibilità dello stato fonte, unitamente al criterio dell'esenzione. Essendo adattabile non solo alle convenzioni bilaterali, potrebbe fungere anche da spunto per la redazione delle convenzioni multilaterali in divenire²⁸⁶, che si stanno sempre più affermando come metodi efficaci per combattere la Doppia imposizione su più vasta scala e con maggiore proficuità.

5.1 Il progetto BEPS e la sua funzionalità nel contrasto all'elusione in materia di dividendi e interessi

Il Progetto BEPS è nato nel 2013 con la pubblicazione dell'OCSE "*Addressing Base Erosion and Profit Shifting*" in cui l'organizzazione, preso atto della sempre più spinta globalizzazione, internazionalizzazione dei commerci e, in particolar modo, dell'avvento e della sempre più crescente importanza dell'*e-commerce* e della digitalizzazione in generale, ha messo insieme una rilevante quantità di dati e studi relativi le problematiche fiscali più dirimenti e soprattutto una serie di azioni e provvedimenti da adottare nel contesto non del singolo stato ma del consesso internazionale per combattere l'elusione fiscale. In seguito a questo rapporto, sono state elaborate 15 "*Actions*" la cui attuazione e adozione, in particolare delle prime dieci, da parte non solo dei membri del G20 ma anche di altri 115 paesi, come concordato nel 2021²⁸⁷, mira a conservare la base imponibile degli stati messa a rischio²⁸⁸dall'interazione tra norme fiscali di stati differenti di cui alcuni soggetti, per lo più multinazionali, si avvantaggiano attraverso pianificazioni fiscali aggressive, in violazione dei principi della fiscalità internazionale e della finalità delle norme stesse²⁸⁹. Il rapporto BEPS, nello specifico,

²⁸⁵ <https://www.fiscooggi.it/rubrica/dal-mondo/articolo/convenzione-india-messico-stile-onu-prevale-sullocse>

²⁸⁶ UCKMAR, CORASANITI, DE'CAPITANI DI VIMERCATE, OLIVA, *Diritto Trib. Internaz., II ed, Padova, Cedam, 2012, p. 132*

²⁸⁷ <https://www.oecd.org/tax/beps/statement-on-a-two-pillar-solution-to-address-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-october-2021.pdf>

²⁸⁸ <https://tayros.bg/index.php/2021/04/05/ocse-g20-il-progetto-beps-base-erosion-and-profit-shifting/>

²⁸⁹ VALENTE, *Base erosion and profit shifting: l'action plan dell'OCSE, in Il Fisco n. 37, 2013, p. 5744*

ha individuato quattro circostanze tipiche in riferimento a cui il sistema può andare in crisi: a) *jurisdiction to tax*, b) *del transfer princing*, c) *leverage*, d) elusione fiscale.

Di questi quattro rilevano massimamente ai fini della nostra ricerca, il primo e l'ultimo.

Per realizzare ed attuare, quindi, lo scopo per cui il Progetto BEPS è venuto alla luce si è dovuto, come detto, adottare l'*Action Plan*. Delle 15 azioni previste da questi, le più interessanti in materia di dividendi e interessi internazionali, a cui è opportuno circoscrivere l'analisi sono le numero 3,4,5,6.

Con l'*action 3* si invitano gli stati a proseguire la lotta e la previsione di normative idonee a contrastare le *Controlled Foreign Companies* attraverso l'emanazione, necessariamente, di normative interne ma in un contesto armonizzato con le discipline degli altri stati.

L'*action 4* è volta, in coordinamento con le previsioni in materia di CFC a limitare l'erosione della base imponibile che si verifica nell'ambito della corresponsione di interessi passivi nelle operazioni intragruppo.

L'*action 5*, invece, si preoccupa di promuovere il contrasto a specifiche fattispecie come le *low taxed branches*, i *transfer pricing arrangements*²⁹⁰ e soprattutto le cd. società "passanti" o *conduit*, aventi il proposito di conseguire vantaggi fiscali indebiti.

5.2 L'*action 6* e il *Treaty Shopping*

Infine, l'*action 6*, denominata "*Preventing the Granting of Treaty Benefits in Inappropriate Circumstances*" si rivolge, specificatamente, alla problematica dell'abuso dei trattati. Il cd. *Treaty Shopping* che rappresenta una delle, se non la, forme di elusione fiscale maggiormente adoperate nell'ambito della fiscalità internazionale dei dividendi e interessi, può essere definito come "*una perniciosa forma di pianificazione fiscale internazionale che consente di ottenere, indebitamente, i vantaggi previsti dalle Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni sui redditi e dalle Direttive comunitarie*".²⁹¹

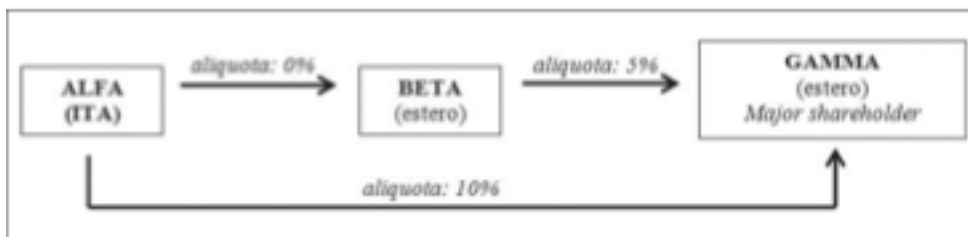
Questi vantaggi sono conseguiti attraverso meccanismi elusivi in cui ci si serve, per lo più, delle già viste società passanti o anche dette "tubo" per veicolare i proventi a soggetti che normalmente non potrebbero usufruire di tali vantaggi, andandosi a "posizionare" in quelle aree dove il contrasto alla Doppia imposizione genera, in realtà, fattispecie di Doppia non imposizione.

Nello schema²⁹² sottostante è illustrato un tipico esempio di *Treaty Shopping*:

²⁹⁰ VALENTE, *Base erosion and profit shifting: l'action plan dell'OCSE*, in *Il Fisco* n. 37, 2013, p. 5749

²⁹¹ BARGAGLI, CESARANO, *Treaty Shopping: il recente orientamento sostanzialistico della giurisprudenza*, in *Fiscalità e Commercio Internaz.*, n° 2, 2021, p. 14

²⁹² BARGAGLI, *Treaty Shopping: la recente evoluzione giurisprudenziale di riferimento e gli sviluppi in ambito OCSE*, in *Fiscalità e Commercio Internaz.*, n° 7, 2019, p. 6



Sull'articolo 6 è bene fare un ulteriore approfondimento considerando anche gli interventi successivi al 2013, in una dinamica simile a quella del Modello e Commentario OCSE, come il più recente documento “*Prevention of Treaty abuse on treaty shopping*” del 2020 in cui si analizzano le migliorie e gli sviluppi apportati dal Progetto BEPS e le prospettive future in materia.

In questo documento si è fatto un po' il punto della situazione, arrivando alla conclusione che l'applicazione delle linee guida dell'OCSE stanno dando i propri frutti a livello di singoli ordinamenti e singoli trattati mentre a livello complessivo e globale la strada per una ampia ed efficace armonizzazione è ancora lunga. Ci si concentra, nello specifico, nell'ampliamento e implementazione del cd. *minimum standard*, ossia misure minime di prevenzione, la cui attivazione è subordinata alla richiesta di un altro stato membro, e dell'inserimento di una delle tre apposite clausole antielusive perfezionate in accordo tra i contraenti nei vari trattati²⁹³.

Per quanto riguarda l'attuazione dello standard minimo si è partiti, nel 2017, individuando come elementi sufficienti per il rispetto di questo quesito la modifica dei trattati bilaterali in accordo con l'MLI, il *Multilateral Instrument* (vedi *infra*) e con la semplice aggiunta di una dichiarazione di volontà in favore del contrasto all'elusione. Attualmente questi requisiti sono soddisfatti quando gli stati contraenti attuano una modifica delle convenzioni bilaterali inserendovi appunto i) formule in grado di disincentivare l'elusione, come i *statement of non taxation*, ii) specifiche clausole che impediscano il godimento dei benefici in modo illimitato, come potrebbe essere la cd. clausola del beneficiario effettivo.

Proprio per quanta riguarda le clausole antiabusive ne sono prese in considerazione tre tipologie: a) PPT – *Principal Purpose Test*, ossia clausole antiabuso generali; b) LOB – *Limitation on Benefits*, ossia clausole specifiche; c) S LOB – *Simplified limitation on Benefits*, cioè clausole LOB semplificate. Lo scopo comune di questi codicilli è quello di subordinare l'applicabilità delle varie convenzioni bilaterali a requisiti come la forma societaria, l'attività svolta e l'effettivo collegamento tra il soggetto residente e lo stato.

²⁹³ VALENTE, *Contrasto al Treaty Shopping: report OCSE sull'implementazione dell'action 6 del Progetto BEPS*, in *il Fisco*, n° 34, 2020, p. 3255

Per fare un esempio concreto, nel Modello OCSE è stato inserito l'articolo 29, denominato *Entitlement to Benefits*, in cui sono contenute alcune disposizioni, per la verità molto complesse²⁹⁴, in cui si elencano alcuni elementi che il contribuente deve provare per potere godere dei benefici, attraverso, per l'appunto, una *LOB rule*.

²⁹⁴ VALENTE, *Contrasto al Treaty Shopping: report OCSE sull'implementazione dell'action 6 del Progetto BEPS*, in *il Fisco*, n° 34, 2020, p. 3257

Conclusioni: considerazioni sulle dinamiche attuali e sulle prospettive *de jure condendo*

Al termine di questa trattazione in cui abbiamo approfondito la disciplina impositiva dei dividendi e degli interessi nel contesto europeo e internazionale, dando anche un innegabile spazio introduttivo alla normativa italiana, sia prettamente interna sia ponendola in relazione alle fattispecie con elementi di estraneità, possiamo quindi trarre le nostre conclusioni.

Siamo partiti facendo alcune premesse, che abbiamo visto essere pienamente fondate e confermate, riguardanti il contesto in cui il legislatore, *lato sensu* inteso, si trova a dover agire promuovendo, quindi, una normativa capace di stare al passo con i tempi e con le rapide evoluzioni dettate da una sempre più frenetica corsa all'espansione commerciale, alla globalizzazione e alla riduzione di tutte quelle voci negative, comprese le imposte, in un'ottica di sempre più intensa concorrenza tra soggetti privati che comporta, con un effetto traslativo, anche una sempre più aggressiva concorrenza fiscale anche tra le stesse entità statali.

Un siffatto panorama non può che portarci a ritenere che alcuni dei fenomeni generatisi proprio di riflesso a questa situazione, tra cui indubbiamente il fenomeno della Doppia imposizione, possano sicuramente occupare ancora a lungo la scena del Diritto Tributario Internazionale.

Non è un caso quindi che sia gli stati sia le più importanti organizzazioni internazionali si siano adoperate e continuino ad adoperarsi per porre un freno o comunque per limitare al massimo delle proprie possibilità tali fattispecie.

Abbiamo visto che storicamente e attualmente, nella quasi totalità dei casi, questi tentativi sono portati avanti attraverso i trattati internazionali e in particolare attraverso le convenzioni bilaterali. Questi strumenti riflettono la struttura e le caratteristiche dei numerosi modelli a cui tendono a conformarsi, il più importante dei quali è sicuramente il *Model Tax Convention on Income and on Capital* (cd. Modello OCSE) e il suo Commentario, ampiamente analizzati in queste pagine.

In tempi recenti, si è però presa consapevolezza dei limiti di questi “arnesi del diritto” elaborati in un'epoca in cui si iniziavano ad incrementarsi importazioni ed esportazioni ma che non avevano niente a che fare con i tempi odierni e le dimensioni raggiunte con la globalizzazione. Precipuamente, la libera circolazione dei capitali, sviluppatasi contestualmente allo sviluppo del Progetto Europeo, non era contemplata e a dimostrazione di ciò è utile considerare che la piena liberalizzazione è stata raggiunta, in Europa, solo nel 1988 e che le restrizioni ai movimenti di capitali sono state vietate solo nel 2004²⁹⁵.

Per queste ragioni sta sempre più prendendo piede l'idea, in un'ottica d'integrazione e armonizzazione delle normative dei diversi stati, di affidarsi a convenzioni di più ampio respiro e

²⁹⁵ <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/it/sheet/39/libera-circolazione-dei-capitali>

più ampia efficacia, in breve, convenzioni multilaterali. Lo stesso OCSE ha preso, *in primis*, coscienza di ciò e ha espresso questa indicazione già nel contesto della redazione del Progetto BEPS (vedasi soprattutto l'*action 15*)²⁹⁶, per poi successivamente, ricoprire un ruolo attivo, ad esempio, con la redazione del *Multilateral Instruments* (MLI). Proprio lo sviluppo di un modello multilaterale, riflettendo sia da un punto di vista sul *de jure condendo* sia osservando quanto avvenuto in altri settori del diritto pubblico da un punto di vista del *de jure condito*, sembra essere il futuro della normativa in questa materia. Questo strumento presenta alcuni punti di forza rispetto ai trattati bilaterali: innanzitutto sono innegabili i benefici derivanti dalla concentrazione degli sforzi e dell'*expertise*²⁹⁷ delle istituzioni statali in un solo documento così come la riduzione dei contrasti e delle questioni interpretative, implementando anche la certezza dei rapporti giuridici, fattore assolutamente rilevante anche nell'ottica di attrazione di investimenti esteri. Senza dubbio vi sarebbero poi altre componenti positive come la maggior celerità e facilità di coordinamento. Proprio il coordinamento sembra l'esigenza principale per l'attuazione del Progetto BEPS, che in caso di sola sussistenza di convenzioni bilaterali sarebbe indubbiamente inficiato. Altri punti a favore sono poi il coinvolgimento dei paesi in via di sviluppo in una posizione maggiormente paritetica e la semplificazione nella risoluzione delle controversie internazionali, anche attraverso la *Mutual Agreement procedure* (MAP). Uno stimolo verso una maggior adozione di strumenti multilaterali sembra anche opportuno per contrastare i fenomeni elusivi: nel campo dei dividendi e interessi

questi si concretizzano in fenomeni di Doppia non imposizione che traggono linfa vitale proprio dall'esistenza, o meglio, coesistenza di migliaia di differenti convenzioni bilaterali.

Queste considerazioni valgono, ovviamente, per quanto riguarda le azioni da intraprendersi nel contesto della Comunità Internazionale.

Le medesime riflessioni possono essere fatte anche per l'Unione Europea e l'Italia stessa, dove per entrambe le giurisdizioni ci sembra opportuno che si giunga ad una maggiore chiarezza in quella che è diventata, anche a dispetto della sua natura originaria, la principale disposizione antielusiva e cioè la clausola del beneficiario effettivo, i cui confini non sono ben definiti e sono eccessivamente soggetti all'interpretazione giurisprudenziale, come abbiamo visto in queste pagine. Se in riferimento a tale previsione si ritiene che debba essere il legislatore ad esprimersi prima dei giudici, è anche vero che, in particolar modo per alcune fattispecie, le decisioni, o se vogliamo le

²⁹⁶ GARBARINO, ROLLE, *Verso il MLI: quali restrizioni rispetto al Modello OCSE? in Fiscalità e Commercio Internaz.*, n°11, 2020, p. 22

²⁹⁷ VALENTE, *Convenzioni internazionali contro le Doppie imposizioni*, in *Ipsos Manuali*, Milano, Wolters Kluwer, 2016, p. 46

apprezzabili “fughe in avanti”, di questi ultimi²⁹⁸ dovrebbero costituire preziosi spunti e “assist” per interventi legislativi tanto necessari quanto doverosi.

²⁹⁸ Si fa riferimento in particolar modo alle sentenze della Cassazione del Luglio 2022 in tema di discriminazione sui dividendi percepiti da soggetti interamente italiani e fondi d’investimento esteri.

Bibliografia

- AA. VV. *Fisco 2022, Ipsoa in pratica, Milano, Wolters Kluwer, 2022*
- ADAM, TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione Europea, II ed., Torino, Giappichelli, 2017*
- ANTONINI, PAPOTTI, *Il requisito dell'assoggettamento a imposta per l'esenzione da ritenuta sugli utili a società non residenti, nota a Cass. n. 32555, 13 dicembre 2018, in Corriere Trib., n°4, 2019*
- ANTONINI, SETTI DELLA VOLTA, *Ritenute sui dividendi in uscita e fondi d'investimento non residenti: ancora una incompatibilità UE, in Corriere Tributario, n°30, 2018*
- AVI-YONAH, SARTORI, MARIAM, *Global perspectives on income taxation law, I ed., Michigan, Oxford University Press, 2011*
- AVI-YONAH, *International tax as international law, I ed., Michigan, Cambridge University Press, 2007*
- ARGINELLI, *Il punto su dividendi transfrontalieri e diritto dell'Unione Europea: e pur si muove, in Rivista di Diritto Tributario, 2022*
- ARGINELLI, *Spunti ricostruttivi in tema di qualificazione giuridica e rinvio formale al diritto interno nelle Convenzioni bilaterali per evitare le doppie imposizioni. Riflessioni, in chiave comparativa sulle soluzioni adottate nel diritto internazionale privato e nelle convenzioni di diritto materiale uniforme, in Diritto e pratica tributaria internazionale, n°4, 2021.*
- ARGINELLI, *Riflessioni "a caldo" sulla nuova disciplina degli utili provenienti da paesi a fiscalità privilegiata, in Rivista di Diritto Tributario, 2018*
- ARGINELLI, *La Corte di Giustizia UE si pronuncia sul requisito ad assoggettamento ad imposta previsto dalla Direttiva madre-figlia, in Rivista telematica dir. Trib., 2 aprile 2017*

- ARGINELLI, *Riflessioni sull'interpretazione delle Convenzioni Bilaterali per evitare le doppie imposizioni conformi al modello OCSE*, in *Rivista Diritto Tributario*, n°1, 2016

- ARGINELLI, ZAIMAJ, *La CGUE sancisce il principio della cd. "tassazione netta" anche per gli interessi intra-ue corrisposti a soggetti non residenti*, in *Rivista telematica di Diritto Tributario*, 9 agosto 2016

- AVOLIO, MAZZARELLA, PIAZZA, TEMPESTINI, *L'Agenzia delle Entrate rivede la sua posizione sul "regime ad intermittenza" delle CFC*, in *Il Fisco* n. 36, 2022

- AVOLIO, GIANNELLI, *La responsabilità del sostituto d'imposta ai fini della clausola del "beneficiario effettivo"*, in *Il Fisco*, n°17, 2021

- BAERENTZEN, LEJOUR, VAN' TRIET, *Limitation of holding structures for intra-EU dividends: an end to tax avoidance*, in *World tax journal*, Vol. 12, n°2, 2020

- BAERENTZEN, *Cross border dividend and interest Payments and Holding Companies - An Analysis of Advocate General Kokott's Opinions in the Danish Beneficial Ownership Cases*, in *European Taxation*, Vol. 58, n°8, 2018

- BARGAGLI, CESARANO, *Treaty shopping: il recente orientamento sostanzialistico della giurisprudenza*, in *Fiscalità e Commercio internazionale*, n°2, 2021

- BARGAGLI, *Treaty shopping: la recente evoluzione giurisprudenziale di riferimento e gli sviluppi in ambito OCSE*, in *Fiscalità e Commercio internazionale*, n°7, 2019

- BOSI, GUERRA, *I tributi nell'economia italiana*, Bologna, Il mulino, 2019

- CARBONE, LUZZATTO, BARIATTI, *Istituzioni di diritto internazionale*, VI ed., Torino, Giappichelli, 2016

- CARMINE, TUPPUTI, *Tassazione dei dividendi percepiti da persone fisiche: Conflitto delle norme interne con quelle comunitarie e convenzionali*, in *Il Fisco*, n°30, 2004

- CASTIGLIONI, TRETTEL, *Regime transitorio dei dividendi: oltre alla delibera assembleare è necessaria anche l'erogazione entro la fine del 2022?* in *Il Fisco*, n°36, 2022

- CATUCCI, GIANNICO, *Operazioni conduit sui pagamenti di dividendi: la giurisprudenza di merito fa proprie le indicazioni delle c.d. sentenze danesi*, in *Rivista diritto tributario*, 2020

- CAZIERO, *The elimination of Economic Double Taxation in the European Union: non discrimination and beyond*, in *European Taxation*, Vol. 60, n°8, 2020

- CONTRINO, *Note in tema di dividendi intraeuropei e beneficiario effettivo*, in *Rivista diritto tributario*, 2020

- CORASANITI, *Rinviata alla prossima legislatura la creazione della categoria unica dei "redditi finanziari"*, in *Il Fisco*, n°32-33, 2022

- CORASANITI, *L'evoluzione della nozione di beneficiario effettivo tra il modello di convenzione OCSE e la giurisprudenza della Corte di Cassazione e della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *Diritto e Pratica tributaria*, n°6, 2021

- CORASANITI, *Redditi di capitale e redditi diversi, una divisione da superare*, in *Diritto e Pratica tributaria*, n°6, 2019

- CORDEIRO GUERRA, *Diritto tributario internazionale: istituzioni*, II ed., Assago, Wolters Kluwer, Padova, Cedam, 2016

- D'AGNONE, *Sulla rilevanza a fini interpretativi del Commentario al modello di convenzione OCSE sulla Doppia imposizione fiscale: La Cassazione cambia orientamento*, in *Diritto e Pratica tributaria internazionale*, n°3, 2014

- D'ALFONSO, *Le modifiche alla direttiva madre-figlia*, in *Amministrazione e Finanza*, n° 18, 2006,

- DORIGO, *Il superamento dei criteri di collegamento “tradizionali” nell’epoca dell’economia digitale: le conclusioni dell’AG Kokott nella causa Google e la problematica localizzazione del reddito d’impresa*, in *Rivista telematica diritto tributario*, <https://www.rivistadirittotributario.it/wp-content/uploads/2019/12/Dorigo.pdf>, 2019

- DORIGO, *Doppia imposizione internazionale e diritto dell’Unione Europea*, in <http://www.rivistatrimestraledirittotributario.it/>, 2013

- DRAGONETTI, PIACENTINI, *Manuale di fiscalità internazionale, IX ed.*, Vicenza, Ipsoa, 2022

- FALSITTA, *Estratto dal manuale di Diritto Tributario - Parte speciale, XII ed.*, Milano, Wolters Kluwer, 2019

- FALSITTA, *Manuale di diritto tributario – parte generale, XI ed.*, Assago, Wolters Kluwer, Padova, Cedam, 2016

- FRANZE’, *Profili tributari della distribuzione di dividendi a holding comunitarie*, in *Rassegna di giurisprudenza di diritto tributario italiano, Vol.5*, 2018

- FREGNI., *I dividendi*, in *AA.VV., TESAURO (a cura di), Imposta sul reddito delle società*, Bologna, 2007.

- GALLIO, *Rimborso delle maggiori ritenute subite su dividendi: il soggetto estero deve provare la soggettività passiva*, in *Il Fisco*, n° 31, 2022

- GALLIO, *Intassabili i dividendi distribuiti dalla controllata CFC già tassata per trasparenza*, in *Il Fisco* n°23, 2022

- GARBARINO, *La tassazione delle società e dei gruppi, II ed.*, Torino, Giappichelli, 2020

- GARBARINO, *Verso il MLI: quali restrizioni rispetto al modello OCSE*, in *Fiscalità e Commercio internazionali*, n°11, 2020

- GARBARINO, *Judicial interpretation of Tax Treaties: The use of the OECD Commentary*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2016

- GARBARINO, *Le Convenzioni internazionali in materia di imposte su reddito e patrimonio*, Milano, Egea, 2002

- GARBARINO, *La tassazione del reddito transnazionale, I serie*, Padova, Cedam, 1990

- GAVELLI, *Meglio separare chi accerta da chi interpreta*, in *Il sole 24 ore*, 8 agosto 2022

- GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, in *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, Milano, Giuffrè, 2011

- HULTEN, SCHWAB, *A Haig-Simmons-Tiebout comprehensive income tax*, in *National Tax Journal*, Vol. 44, n°1, 1991

- LAMENSCH, VAN THIEL, *The elimination of double taxation of dividends in the EU: Cobelfret Means the End of Belgium's Final Taxation*, in *Intertax*, Vol. 37, 2009

- LANCIA, *Il regime dei dividendi in entrata e l'istituto del credito di imposta alla luce della giurisprudenza europea*, in *Rivista internazionale diritto tributario*, pt. 1, 2021

- LOTITO FEDELE, *il caso Brussels securities della CGUE e l'interpretazione della Direttiva sulle società Madre-figlia: tre ordinamenti giuridici a confronto*, in *Diritto e Pratica tributaria internazionale*, n°1, 2021

- LOZZI, *Tassazione dei dividendi percepiti da società semplici: una questione ancora irrisolta*, in *IPSOA Quotidiano*, 2018

- MAISTO, *La tassazione dei dividendi intrasocietari: temi attuali di diritto tributario italiano, dell'Unione Europea e delle convenzioni internazionali*, I ed., Milano, Giuffrè, 2011

- MAISTO, *L'estensione della normativa CFC alle imprese estere collegate*, in *Rivista di Diritto Trib.* n°10, 2005

- MAISTO, *Il regime tributario dei dividendi nei rapporti tra "società madri" e "società figlie"*, Milano, Giuffrè, 1996

- MANCA, *Persistenti (dis)interpretazioni della Direttiva Madre-figlia da parte dei giudici tributari italiani*, in *Rivista telematica Diritto Trib.*, 17 giugno 2019

- MANZITTI, *La doppia imposizione internazionale nel difficile coordinamento tra convenzioni bilaterali e direttiva madre-figlia*, in *Rivista telematica diritto tributario*, 2020

- MARCHESELLI, MARONGIU, *Lezioni di diritto tributario, V ed.*, Torino, Giappichelli, 2018

- MARCHESELLI, DOMINICI, *Giustizia tributaria e diritti fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2016

- MARGINELLI, *Brexit: effetti sull'imposizione diretta delle persone giuridiche*, in *Il Finanziere*, maggio 2022

- MARINELLO, *L'imposizione sui dividendi di fonte italiana distribuiti a soggetti non residenti: inquadramento sistematico e profili ricostruttivi*, in *Diritto tributario italiano, Vol. III*, 2020

- MARINELLO, *Redditi di capitale e redditi di diversa natura finanziaria, I ed.*, Torino, Giappichelli, 2018

- MELIS, *La nozione di "dividendo" tra normativa tributaria ed evoluzione del diritto delle società*, in *Diritto e Pratica tributaria*, n°5, 2013

- MICELI, *La natura del reddito prodotto dalle società commerciali tra professionisti, nota a Corte di Cassazione, 17 marzo 2021, n°7407*, in *Diritto e Pratica tributaria*, 2021, n°6

- MICHELUTTI, MASI, *L'applicabilità della ritenuta ridotta ai dividendi pagati alle società britanniche dopo la Brexit*, in *Corriere Tributario*, n°8-9, 2021

- MICHELUTTI, IASCONE, *Implicazioni fiscali del trasferimento di residenza (estero su estero) di CFC. Considerazioni a margine della risposta ad interpello 694 del 2021*, in *Rivista di dir. Trib.*, novembre 2021

- MIRAULO, *Doppia imposizione internazionale*, Giuffrè, 1990

- MORETTI, *Trattati contro le doppie imposizioni: valenza del “Commentario OCSE” ai fini interpretativi e soggetti ammessi a beneficiare delle disposizioni convenzionali in una recente decisione della Cassazione*, in *Rivista diritto tributario*, 2019

- MULDER, CATTEL, *European Union – Abuse of Law under EU directives*, in *IBFD Publication*, vol 21, n°6, 2020

- MURATORI, *Tassazione dei redditi finanziari in Italia: anomalie ed effetti distorsivi del sistema*, in *Il Fisco*, n°8, 2021

- MURATORI, *Tassazione dei redditi finanziari in Italia: i tratti comuni delle proposte di riforma*, in *Il Fisco*, n°9, 2021

- NICOLOSI, *Commercialità, attività preparatorie e start up nella Pex*, in *Il Fisco* n°35, 2022

- OECD, *Commentary on article 10: Concerning the taxation of Dividends*, OECD library, 2019

- OECD, *Commentary on article 11: Concerning the taxation of Interest*, OECD library, 2019

- OECD, *Model double taxation Convention on Income and Capital*, OECD publishing, Parigi, 1977

- OECD, *Model tax Convention on Income and Capital 2017: condensed version*, Parigi, OECD publishing, 2017

- PALESTINI, *Legittimità dell'applicazione delle convenzioni contro la Doppia imposizione in assenza di duplicazione dell'imposta*, in *Fiscalità e Commercio internazionale*, n°8, 2019

- PANTEGHINI, *La tassazione delle società*, V ed., Bologna, Il Mulino, 2021

- PIAZZA, *Regime CFC dopo il Decreto ATAD: i presupposti per l'applicazione*, in *Il Fisco*, n°31, 2021

- PISTONE, *Beneficiario effettivo e clausole generali antielusione*, in *Diritto e Pratica tributaria internazionale*, n°4, 2020

- PISTONE, *Diritto tributario internazionale*, III ed., Torino, Giappichelli, 2021

- PISTONE, *L'abuso del diritto nella giurisprudenza tributaria della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *Diritto e Pratica tributaria internazionale*, n°2, 2012

- RAIMONDO, *Il pagamento di interessi e canoni tra società consociate di stati UE*, in *Corriere Trib.*, n°30, 2005

- ROCCATAGLIATA, *Direttiva Madre-figlia: vantaggi fiscali cumulabili con il metodo dell'esenzione della convenzione italo-tedesca*, in *Corriere Tributario*, n°3, 2020

- ROCCATAGLIATA, *Ritenute alla fonte sui dividendi in uscita: quando la direttiva "madre-figlia" non elimina la doppia imposizione*, in *GT- Rivista di Giurisprudenza tributaria*, n°3, 2018

- ROSSI, AMPOLILLA, TARDINI, *L'ormai necessaria tutela fiscale degli investimenti realizzati in Italia dai fondi di private equity extra UE*, in *Diritto Bancario*, agosto 2022

- ROSSI, PORCARELLI, *Ritenute fiscali su dividendi e interessi: quando rileva lo status di beneficiario effettivo*, in *IPSOA Quotidiano*, 2019

- RUST, *Double taxation within the European Union*, Wolters Kluwer, 2011

- SACCARDO, *L'estensione della disciplina CFC alle società controllate localizzate in stati o territori non black list*, in *Bollettino Trib.* 2010

- SANTORIELLO, *L'indebito ricorso alla Pex non è mera elusione ma evasione penalmente rilevante*, nota a Cass., 20 maggio 2021, n° 20001, in *Il Fisco*, n°25, 2021

- SARTORI, *Doppia non imposizione e convenzioni internazionali: note a margine di una recente e ineccepibile decisione della cassazione*, in *Rivista diritto tributario*, 2019

- SCHON, *interpreting European Law in the light of the OECD/g20 base erosion and profit shifting action plan*, in *Bulletin for international taxation*, Vol. 74, n°4/5, 2020

- SCIANCALEPORE, *Doppia imposizione giuridica internazionale e diritto europeo nel caso Société Générale*, in *Diritto e Pratica tributaria internazionale*, n°2, 2021

- SCIANCALEPORE, BASILE, *La direttiva Madre-figlia si arresta innanzi alle Colonne d'Ercole nel caso GVC Service*, in *Diritto e Pratica tributaria internazionale*, n°4, 2020

- SETTEMBRE, *Fondi d'investimento extra UE discriminati sui dividendi*, in *Il Sole 24 ore*, 10 gennaio 2022

- SELLA, *Il beneficiario effettivo di interessi*, in *Fiscalità e Commercio internazionale*, n°10, 2022

- SILLA, GALIMBERTI, *Il bilancio spiegato ai giuristi, II ed.*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2021

- TARELLO, *Trattato di Diritto Civile e Commerciale: l'interpretazione della legge*, Milano, Giuffrè, 1980

- TARIGO, *La doppia imposizione giuridica internazionale come fattispecie disciplinata nei trattati bilaterali*, Milano, Giuffrè, 2009

- TENORE, LUBRANO, *Spunti di riflessione sulle sentenze della Corte di Giustizia nelle c.d. cause danesi alla luce della giurisprudenza italiana*, in *Rivista telematica diritto tributario*, 2020

- TESAURO, *Compendio di Diritto Tributario, VIII ed.*, Milano, Utet, 2020

- TOMASSINI, SANDALO, *La Cassazione traccia i confini del concetto di beneficiario effettivo*, in *Rivista di Giurisprudenza tributaria*, n°3, 2017

- TOSI, BAGGIO, *Lineamenti di diritto tributario internazionali, IV ed.*, Padova, Cedam, 2013

- TRAVERSA, https://dial.uclouvain.be/pr/boreal/object/boreal%3A142713/datastream/PDF_01/view

- UCKMAR, CORASANITI, DE' CAPITANI DI VIMERCATE, CORRADO OLIVA, *Diritto Tributario Internazionale: Manuale, II ed.*, Padova, Cedam, 2012

- UCKMAR, *Corso di Diritto Tributario Internazionale, I ed.*, Padova, Cedam, 1999

- VALACCA, *I dividendi e le remunerazioni assimilate nell'ires*, in *Bollettino tributario*, 2004

- VALENTE, *Il nuovo modello OCSE di Convenzione contro le doppie imposizioni: profili di novità*, in *Il Fisco*, n°6, 2018

- VALENTE, *Contrasto all'elusione fiscale internazionale: il recepimento della Direttiva Atad I e successive modifiche*, in *Fiscalità e Commercio internazionale*, n°12, 2018

- VALENTE, *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni, VII ed., Ipsoa, 2016*
- VALENTE, ALAGNA, *La sentenza National Grid Indus BV: l'exit tax nel caso di trasferimento all'estero, in Il Fisco 1, n°20, 2012*
- VIOTTO, *Il regime tributario delle plusvalenze su partecipazioni, Torino, Giappichelli, 2013*