

**UNIVERSITA' DEGLI STUDI "G.
D'ANNUNZIO"
CHIETI-PESCARA**

FACOLTA' DI SCIENZE MANAGERIALI

**CORSO DI LAUREA SPECIALISTICA IN ECONOMIA E
MANAGEMENT**

**TESI DI LAUREA
IN
DIRITTO TRIBUTARIO COMPARATO**

**IL PRINCIPIO DI NON DISCRIMINAZIONE –
LA LIBERTA' DI STABILIMENTO: IL CASO
FOKUS BANK**

Laureando

**Giuseppe Milo
Geronimo Cardia
matr. 3056482**

Relatore

Chiar.mo Prof.

Anno Accademico 2006 – 2007

Introduzione
pag. 2

CAPITOLO PRIMO

“L’Armonizzazione fiscale”

1.1. Dalla politica protezionista degli Stati al libero scambio ...
pag. 7

1.2 L’armonizzazione fiscale nell’UE.....
pag. 12

1.3 Il principio di uguaglianza
pag. 20

1.4 L’indirizzo comunitario in materia fiscale
pag. 23

1.5 Il principio di non discriminazione fiscale –
La concorrenza fiscale
pag. 26

1.6 La concorrenza fiscale dannosa e il divieto
degli aiuti di stato
pag. 31

1.7 Reports/Resolutions ECOFIN e OCSE
pag. 37

CAPITOLO SECONDO

“Il Principio di Non Discriminazione”

2.1 Il principio di non discriminazione e l’ordinamento interno
pag. 50

2.2 Il principio di non discriminazione e l'UE.....	
<i>pag.</i> 53	
2.3 I motivi di giustificazione di eventuali discriminazioni	<i>pag.</i>
60	
2.4 Il mancato riconoscimento delle agevolazioni fiscali come causa di discriminazione.....	<i>pag.</i>
63	
2.5 L'attuazione del principio di non discriminazione	<i>pag.</i>
67	

CAPITOLO TERZO

“Le libertà fondamentali tutelate dal Trattato U.E.”

3.1 Diritto internazionale	<i>pag.</i>
69	
3.2 Libertà di stabilimento	<i>pag.</i>
	75
3.3 Le altre libertà : circolazione dei lavoratori e circolazione dei capitali	<i>pag.</i>
	80
3.3.1 Libera circolazione dei lavoratori.....	<i>pag.</i>
	80
3.3.2 Libera circolazione dei capitali	<i>pag.</i>
	83

CAPITOLO QUARTO

“Le limitazioni alle Libertà del Trattato nella tassazione dei Dividendi”

4.1 L’influenza dei principi generali della normativa comunitaria nell’imposizione diretta.....	<i>pag.</i>
	86
4.2 La violazione della libertà di circolazione di capitali e della libertà di stabilimento nella Sentenza DENKAVIT	<i>pag.</i>
89	

4.3 La violazione della libertà di circolazione di capitali: il caso FOKUS BANK.....	<i>pag.</i> 106
4.4 Strategie difensive dell'Amministrazione Finanziaria	<i>pag.</i> 110
4.5 La giurisprudenza di merito: un caso concreto	<i>pag.</i> 125
<i>Conclusioni</i>	<i>pag.</i> 133
<i>Bibliografia</i>	<i>pag.</i> 139

Introduzione

In ogni contesto economico organizzato la politica tributaria assume una evidente importanza sociale.

In ambito Comunitario il principio guida presente nel Trattato di Roma è rappresentato dal divieto agli Stati membri di creare, ovvero conservare, delle barriere di natura fiscale che di fatto siano di ostacolo alla realizzazione delle politiche Comunitarie.

Dunque le disposizioni del Trattato si traducono in un vincolo per le politiche e le scelte dei governi nazionali in materia. Tale vincolo si ricollega soprattutto all'obiettivo di costituire il mercato unico che ha avuto inizio il 1° gennaio 1993, in corrispondenza dell'abolizione delle frontiere fiscali.

Dal Trattato si evince il concetto di armonizzazione; l'armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri è sempre stata considerata essenziale ai fini della realizzazione del mercato unico e dell'instaurazione di un regime di libera concorrenza; secondo qualificata dottrina¹ “si è assegnato all'armonizzazione fiscale il preciso ruolo di garantire l'instaurazione ed il funzionamento di uno spazio senza frontiere...

¹A. Fantozzi: *“Il sistema tributario italiano verso il mercato unico europeo”*, in *Rassegna Tributaria*, 1988, 551 e ss.

con particolare riguardo alle imposte indirette, ossia a quei tributi che possono creare una distorsione della concorrenza”.

Il sistema fiscale adottato dalla Comunità mira a garantire un regime di libera concorrenza nell’ambito comunitario mediante il principio della tassazione nel Paese di destinazione e quello della non discriminazione fiscale.

Il principio della tassazione nel Paese d’origine è stato applicato come principio cardine nelle imposte dirette e la logica di tale scelta è di tutta evidenza: solo lo Stato di appartenenza può determinare il reddito effettivo e tassarlo secondo i criteri della *capacità contributiva* e della *progressività* dell’imposizione.

Per il principio della tassazione nel Paese di destinazione, invece, ogni bene viene tassato nel Paese dove è consumato evitando così problemi di doppia imposizione.

Si è preferito adottare questo sistema alle imposte indirette le quali, come è noto, incidono direttamente sul prezzo finale del singolo bene.

Con l’apertura delle frontiere doganali, l’Europa è divenuta così un’unica area di scambio nella quale i beni degli Stati membri possono circolare liberamente senza subire controlli di sorta e la CE costituisce un “corpo unitario” nei confronti dei Paesi terzi.

Di qui l'abolizione di diritti di confine negli scambi comunitari ed una regolamentazione del sistema comune d'imposta sul valore aggiunto.

In questa fase di adattamento fu introdotto un sistema transitorio, ed individuato, in ambito IVA, un nuovo presupposto d'imposta consistente nell'acquisto intracomunitario, per cui il tributo veniva applicato ancora con riferimento al paese di destinazione.

A partire dall'01.01.2000, si è passati al regime definitivo degli scambi fra Stati membri fondato sulla tassazione nel paese di origine. Al fine di superare gli intralci e i costi connessi all'eliminazione delle barriere alle frontiere e per favorire la libera circolazione delle merci, l'area comunitaria appare così come un *unicum* nei rapporti con i Paesi estranei alla CE, da qui le nuove nozioni di importazione ed esportazione:

- importazione è l'introduzione, in qualsiasi Stato membro di beni provenienti da Paesi terzi estranei alla Comunità;
- esportazione è soltanto la cessione di beni effettuata al di fuori della Comunità.

Gli obiettivi primari del Trattato di Roma non prevedono una politica fiscale comune, ma sono previste azioni comuni da parte della Comunità europea volte ad imporre agli Stati membri un obbligo di *non facere* (evitare

il ricorso a strumenti fiscali discriminatori volti alla protezione dei singoli mercati nazionali).

La neutralità fiscale degli scambi assume, in tale prospettiva, la funzione di evitare che questi ultimi subiscano conseguenze pregiudizievoli, ai fini del corretto funzionamento del “mercato comune”, per effetto di norme tributarie suscettibili di produrre delle distorsioni che falsano la concorrenza nell’ambito della Comunità Europea e di agevolare il perseguimento degli obiettivi primari del Trattato istitutivo emerge emblematicamente una connotazione tipica del campo fiscale comunitario, costituita da una politica “*negativa*” fatta in pratica di divieti, riconducibili tutti al generale principio di non discriminazione fiscale, funzionalmente preordinata ad eliminare tutte le misure che possano ostacolare la libera circolazione, all’interno della Comunità, delle merci delle persone, dei servizi e dei capitali.

Conseguenze dirette di questo “divieto del protezionismo” sono:

- il divieto di imporre tributi nei confronti di un solo Paese membro a vantaggio di altri;
- il divieto di creare tributi discriminatori per merci di Stati membri;

- il divieto di mascherare sotto forma di rimborsi di imposta i premi all'esportazione, per far scendere artificiosamente i costi delle imprese e svilire il principio di sana concorrenza.

I popoli europei nel creare tra loro un'unione europea sempre più stretta hanno deciso di condividere un futuro di pace fondato su valori comuni.

L'Unione, consapevole del suo patrimonio morale e spirituale, si fonda sui valori indivisibili e universali di dignità umana, di libertà, di uguaglianza e di solidarietà.

L'Unione si basa sui principi di democrazia e dello Stato di diritto, pone la persona al centro della sua azione, istituendo la cittadinanza dell'Unione e creando uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, contribuisce al mantenimento di questi valori comuni, nel rispetto delle diversità delle culture e delle tradizioni dei popoli europei, dell'identità nazionale degli stati membri e dell'ordinamento dei loro pubblici poteri a livello nazionale; cerca di promuovere uno sviluppo equilibrato e sostenibile ed assicura la libera circolazione dei beni, dei servizi e dei capitali nonché la libertà di stabilimento.

Oggetto di questo elaborato non vuole essere un esame particolareggiato di tutte le disposizioni che hanno interessato il principio di non discriminazione

e la libertà di stabilimento, ma l'illustrazione del processo di affermazione e di evoluzione che ha caratterizzato la materia attraverso i casi più significativi in guisa tale da enucleare quelle sentenze che hanno dato l'impulso per accelerare le modifiche agli ordinamenti dei singoli Stati in funzione del processo di ravvicinamento delle legislazioni, nella prospettiva dell'instaurazione di un regime armonizzato definitivo.

La tesi è suddivisa in quattro capitoli, di cui il primo a carattere introduttivo: si parte dalle problematiche nate con il Mercato Unico, il fenomeno della concorrenza e l'esigenza di armonizzazione dei sistemi fiscali attraverso i principi fondamentali del Trattato di Roma; Trattato con il quale, si sono gettate le basi per la realizzazione dell'armonizzazione fiscale.

Nei capitoli successivi sono state approfondite le diverse tappe del processo di armonizzazione attraverso un'ideale scansione temporale costituita dal succedersi delle sentenze della CGE che a mano a mano hanno avuto quale *thema decidendi* i principi oggetto della trattazione, ossia il principio di non discriminazione e quello della libertà di stabilimento.

Nel secondo e terzo capitolo infatti vengono identificati i due principi, e le fattispecie di violazione al loro manifestarsi, le esigenze ed il rapporto degli ordinamenti interni con l'UE.

Nel quarto ed ultimo capitolo viene affrontata la problematica delle limitazioni alle libertà del Trattato costituite dalle esigenze, e quindi dalle resistenze, dei singoli Stati attraverso due recenti sentenze della CGE : le Sentenze DENKAVIT e FOKUS BANK.

CAPITOLO PRIMO

IL PROCESSO DI ARMONIZZAZIONE E L'INDIRIZZO COMUNITARIO IN MATERIA FISCALE

§ 1.1 Dalla politica protezionista degli Stati al libero scambio

IL protezionismo può essere inteso sia come l'insieme dei principi secondo cui lo Stato difende, tutela e protegge la propria economia, sia come l'insieme dei mezzi o delle forme e dei sistemi con cui tale protezione può essere attuata o esercitata.

A seconda che la protezione riguardi l'industria o l'agricoltura o il mondo del lavoro, esso può prendere il nome di industriale, agrario, operaio.

Una forma tipica di politica protezionistica è il *mercantilismo*. Questo sistema è mosso dall'intento di creare e sviluppare una forte struttura economica per fini militari e politici, generando e diffondendo una supervalutazione del denaro e del commercio di esportazione.

Scopo pertanto del mercantilismo fu quello di ottenere una bilancia commerciale favorevole, intendendosi per bilancia del commercio, come s'è già detto, il rapporto tra il valore delle merci esportate e quello delle merci

importate. La politica mercantilistica consisteva nel favorire le industrie interne, si orientavano in un senso o nell'altro gli ostacoli doganali, si costruivano o si facilitavano vie di comunicazione, si abolivano i dazi all'esportazione e, se necessario, si promuoveva l'esportazione con premi, al contrario si ostacolava l'entrata di merci per mezzo di alti dazi o con divieti. Insomma, limitando le importazioni, il mercantilismo consentiva solo la libera importazione di materie prime in quanto queste potessero servire alle industrie di esportazione, e vietava le esportazioni di materie prime in quanto potessero più utilmente servire alle industrie interne.

Altri obiettivi propri della politica mercantilistica consistevano nell'acquisizione e nello sfruttamento di terre (colonie), nella costituzione di compagnie commerciali e nella concessione di favori particolari alla propria marina mercantile. Si giunse perfino ad eliminare le mercedi per determinare bassi costi di produzione.

Il mercantilismo vedeva nel denaro lo strumento atto a dare impulso al commercio e all'industria; perciò favoriva l'importazione di metalli preziosi e l'aumento di questi all'interno del Paese.

Al mercantilismo fece seguito la *fisiocrazia*, cioè un movimento di idee opposte a quelle mercantiliste. Essa rappresentò il passaggio dal mercantilismo al liberalismo, cioè un sistema secondo il quale la prosperità

di un Paese è data soprattutto dalla libertà degli scambi e dalla limitazione degli interventi dello Stato sulla vita economica e in particolare sugli scambi con l'estero.

Praticamente il protezionismo può avvenire con dazi e senza dazi, che rappresentano imposte indirette che nei primi tempi furono adottate ai fini fiscali e successivamente come mezzo di vero e proprio protezionismo, tanto è vero che vengono chiamati dazi protettivi o economici.

Il protezionismo senza dazi si realizza in diversi modi, questi furono fortemente applicati specialmente fra la contingentamenti di merci o di divise ed altri sistemi di scambio o di mezzi di pagamento.

La politica economica (in particolare quella commerciale) delineatasi in questo secondo dopoguerra trae origine dalla conferenza dell'Avana (1944) tendente alla liberalizzazione degli scambi e alla riduzione, se non alla eliminazione, dei sistemi di protezionismo. Conforme a questa tendenza è stata la creazione della Comunità Economica Europea sorta con il Trattato di Roma (1957).

Altre iniziative sono sorte, in questo dopo guerra, paragonabili al mercato comune, ma non con uguale disciplina e con sistemi identici. Tali forme comunitarie hanno avuto lo scopo di agevolare gli scambi fra i Paesi collegati e di avvantaggiare soprattutto i consumatori promuovendo la

competitività ed eliminando forme ritenute lesive degli interessi delle varie collettività.

Mettendo da parte i concetti relativi all'intervento dello Stato nella vita economica, che verranno esaminati nel seguito della trattazione come applicazione del principio della non discriminazione fiscale, qui si vuole esaminare come, sotto il profilo storico, si siano avuti, negli scambi, periodi di libertà alternati con periodi di interventi più o meno restrittivi.

Tali periodi hanno preso il nome di protezionismo, intendendosi per questo sia i principi ai quali si ispira l'intervento statale in materia di scambi sia le forme e gli scopi con cui il protezionismo si manifesta o viene praticato.

Fu dopo il mercantilismo che, ad opera dei fisiocrati (*Quesnay, Cantillon, De Gournay*) e più decisamente di Adam Smith, si teorizzarono i principi della libertà di scambio.

Non è che *Smith* e i suoi seguaci (*Ricardo e Mill*) non vedessero l'opportunità di forme di protezionismo, come i dazi stessi, ma essi gettarono in forma precisa le basi del liberismo economico e diedero veste scientifica alle loro teorie.

Gli stessi avvenimenti di natura economica contribuirono al prestigio di tali teorie: come la rivoluzione industriale, i nuovi mezzi di trasporto e di

comunicazione, l'incremento della popolazione, l'esigenza di favorire gli scambi e la stipulazione di trattati di commercio.

In pratica il libero scambio si affermò, ispirando la politica economica internazionale durante il secolo scorso e fino alla prima guerra mondiale, ancorché l'esigenza di consentire la nascita e il consolidamento di nuove industrie avesse imposto, o quanto meno consigliato, il ricorso a dazi doganali protettivi.

Non bisogna peraltro confondere la teoria del libero scambio con quella del liberismo economico, che ha un significato più ampio in quanto riferibile alla condotta dello Stato in ogni campo della vita economica, mentre la prima, come dice la parola, si riferisce agli scambi e più ancora agli scambi internazionali o, in altre parole, ai rapporti economici tra Stati.

Si può forse affermare che non è mai esistito un regime di scambi assolutamente liberi e che tra le forme estreme del libero scambio e del protezionismo si pone una vasta gamma di indirizzi di politica economica degli scambi (più o meno liberi o protettivi) a seconda delle condizioni economiche e delle situazioni particolari (come le guerre) in cui si sono trovati o possono trovarsi vari Paesi.

Naturalmente i fautori del libero scambio o del protezionismo sostengono come dal rispettivo sistema possano derivare maggiori benefici alla vita economica nazionale.

E' opportuno precisare che proprio gli eccessi del protezionismo hanno portato a preferire il libero scambio : questa è, d'altronde la tendenza oggi diffusa.

Il Trattato di Roma contiene opportunamente norme che disciplinano la concorrenza e pertanto la stessa liberalizzazione degli scambi ai fini della tutela degli interessi dei Paesi aderenti al mercato comune (il vecchio MEC). Ciò non toglie che non debbano essere curate tutte le forme di incentivi alla produzione e all'esportazione nell'interesse degli scambi e dei consumatori, ma è evidente che tutto ciò richiede una maggiore collaborazione fra le forze economiche all'interno dei Paesi e nei rapporti internazionali: è , infatti, raccomandata l'armonizzazione e la coordinazione delle politiche economiche.

§ 1.2 L'armonizzazione fiscale nell'UE

L'idea di un'Europa unita sul piano politico e culturale era già presente nelle menti illuminate di due secoli fa², ma le guerre e gli antagonismi nazionali ne hanno sempre ostacolato la realizzazione.

L'Unione europea è, probabilmente, oggi la realtà economico-sociale più ambiziosa nel panorama mondiale, nasce dalla fusione di due modelli istituzionali fra loro contrapposti, che hanno avuto in Altiero Spinelli e Jean Monnet³ i principali sostenitori: il primo, promotore di un <<costituzionalismo>> federale tra Stati, basato su articolazioni di competenze a livello locale, regionale, nazionale ed europeo; il secondo, ideatore di una strategia organizzativa di tipo <<funzionalista>>, basata su una delega graduale di parti di sovranità dagli Stati all'autorità sovranazionale costituita di comune accordo.

La materia tributaria interessa proprio quelle ipotesi di limiti alla delega di sovranità in favore di organismi comunitari, tale fenomeno riguarda non solo l'Italia ma tutti gli attori del processo di unificazione.

²In riferimento a quanto affermava G. Mazzini nello Statuto della *Giovine Europa*: <L'avvenire europeo armonizzerà le due idee fondamentali dell'epoca nuova: Patria ed Umanità>.

³ Figura d'enorme rilevanza nel processo di costruzione europea, artefice e fondatore insieme al ministro degli esteri francese Robert Schuman, dalla prima Comunità europea, la CECA nel 1950

L'armonizzazione fiscale tra gli Stati membri dell'Unione Europea costituisce quindi un passaggio obbligato, attraverso il quale deve necessariamente transitare qualsiasi impulso verso la convergenza europea.

La presenza di diversi sistemi tributari in ambito UE ha da sempre rappresentato un tangibile ostacolo alla realizzazione di un mercato comune europeo. In via preliminare occorre specificare che non esiste realmente, a livello europeo, un sistema di regole tali da potersi definire “*ordinamento fiscale*”⁴ comune a tutti gli Stati membri, e che i quattro Trattati fondamentali sui quali si basa la costruzione europea, vale a dire il Trattato di Roma, istitutivo della Comunità europea (1957) così come rivisto e corretto dall'Atto Unico del 1986, il Trattato di Maastricht sull'Unione Europea del 1992 e il Trattato di Amsterdam, non attribuiscono alle istituzioni comunitarie competenze tali da permettere la creazione di una propria imposta definendone la base imponibile nonché assicurarne la riscossione.

Si può quindi affermare “...che al concetto di *fiscalità comunitaria* corrisponda, più che un ordinamento fiscale vero e proprio, un sistema di regole europee a portata fiscale che hanno un'incidenza sulla struttura e

⁴ F. Roccatagliata in *Diritto Tributario Comunitario* – CEDAM 2002 pag. 782

l'evoluzione delle fiscalità nazionali degli Stati membri per il completamento degli obiettivi della costruzione europea"⁵.

L'armonizzazione fiscale costituisce dunque *species* del più ampio *genus* dell'armonizzazione delle legislazioni, che a sua volta rappresenta uno degli strumenti utilizzabili per il raggiungimento degli obiettivi fissati dal Trattato istitutivo della Comunità, specificati nell'art. 14 (*ex art. 7A*) del Trattato stesso nella libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali.

Ai fini di delimitare il concetto di armonizzazione, non è inopportuno precisare che essa è istituto diverso dal *ravvicinamento* delle legislazioni: tradizionalmente le due ipotesi sono state distinte sulla base della considerazione che il ravvicinamento concernerebbe l'eliminazione delle differenze nelle legislazioni derivanti da singole norme, mentre l'armonizzazione è riferita all'eliminazione delle differenze derivanti da complessi di norme⁶.

La distinzione è stata altresì fondata sui differenti strumenti legislativi utilizzabili per eliminare le differenze legislative negli ordinamenti degli Stati membri: il Trattato difatti prevede all'art. 93 (*ex art. 99*) l'adozione di

⁵ F. Roccagliata, Corso di Diritto Trib. op. cit. pag. 784

⁶ Così ADONNINO *Armonizzazione Fiscale nell'Unione Europea* p. 277

generiche *disposizioni* per ottenere l'armonizzazione; mentre riguardo al ravvicinamento l'art. 94 (*ex art. 100*) fa riferimento all'adozione di *direttive*. In realtà tale differenziazione terminologica non sembra avere rilevanza sostanziale, considerato che nella prassi comunitaria le direttive riguardanti l'armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri sono state in genere adottate sulla base di entrambe le citate disposizioni.

L'armonizzazione nel settore fiscale viene espressamente affrontata dal Trattato all'art. 93 (*ex art. 99*) laddove è stabilito che il Consiglio, su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento Europeo e del Comitato economico e sociale, "...adotta le disposizioni che riguardano l'armonizzazione delle legislazioni relative all'imposta sulla cifra d'affari, alle imposte di consumo ed altre imposte indirette, nella misura in cui tale armonizzazione sia necessaria per assicurare l'instaurazione ed il funzionamento del mercato comune".

L'armonizzazione è, come già anticipato, espressamente prevista solo per quel che concerne le imposte indirette, mentre per quel che concerne le imposte dirette il fondamento giuridico deve essere estrapolato e ricercato in via interpretativa da altre norme del Trattato.

A tal fine una prima norma cui fare riferimento può essere l'art. 293 (*ex art. 220*) del Trattato che, sebbene in via mediata ed indiretta, stabilisce

l'armonizzazione delle imposte dirette al solo fine di evitare le doppie imposizioni e con riferimento a pattuizioni convenzionali tra gli Stati membri.

Parte della dottrina ha ritenuto di rinvenire il fondamento normativo dell'armonizzazione delle imposte dirette nelle previsioni degli artt. 94, 96 e 97 (*ex artt. 100, 101 e 102*) del Trattato.

In particolare, l'art. 94, nel considerare necessario l'avvicinamento delle legislazioni tra gli Stati membri quando interferiscono sul funzionamento del mercato comune e del libero stabilimento, sembra riconoscere implicitamente la necessità di intervenire sulla imposizione diretta.

In proposito va osservato in via preliminare - per la rilevanza che assume rispetto a qualsiasi progresso verso l'armonizzazione della fiscalità diretta - la inapplicabilità della previsione di cui all'art. 95 (*ex art 100 A*), in base alla quale determinate decisioni comunitarie relative al funzionamento del mercato comune possono essere adottate a maggioranza qualificata del Consiglio; la stessa norma, difatti, in maniera esplicita, stabilisce che detta regola è inapplicabile alle disposizioni fiscali⁷.

Occorre altresì rilevare che, gli articoli 96 e 97 (*ex artt. 101 e 102*) relativi alla necessità di avvicinamento delle legislazioni europee, quando attraverso le stesse siano possibili distorsioni alla libera concorrenza nel mercato

⁷ Cfr. LANG, I presupposti costituzionali nell'armonizzazione del diritto tributario 767

comune ostacolando, risultano entrambi ugualmente utilizzabili per intervenire sulla politica fiscale degli Stati membri anche in materia di imposte dirette.

Ai fini di una puntuale disamina del fondamento giuridico dell'armonizzazione fiscale, non può tuttavia trascurarsi che tali norme attengono al ravvicinamento delle legislazioni, istituto che, come abbiamo visto, può essere considerato sostanzialmente diverso rispetto all'armonizzazione, sebbene costituisca una singola fase di essa.

L'armonizzazione in materia di imposte dirette sembra quindi trovare fondamento normativo solo nel principio di sussidiarietà: ed infatti, l'art. 5 (*ex 3B*)⁸ del Trattato statuisce che la Comunità agisce nei limiti delle competenze che le sono conferite e degli obiettivi che le sono assegnati nel Trattato e che nei settori che non sono di sua esclusiva competenza la Comunità interviene, secondo il principio della sussidiarietà, soltanto se e nella misura in cui gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri e possono dunque, a causa delle dimensioni o degli effetti dell'azione in questione, essere realizzate meglio a livello comunitario.

⁸ L'art. 3B stabilisce che : "l'azione della Comunità non va al di là di quanto necessario per il raggiungimento degli obiettivi del Trattato" e che "la Comunità interviene soltanto se e nella misura in cui gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere sufficientemente realizzati dagli Stato membri e possono essere realizzati meglio a livello comunitario"

In base a tale norma, sebbene la Comunità resti vincolata a quanto strettamente necessario a raggiungere gli obiettivi fissati dal Trattato, appare evidente che essa possa rimuovere gli ostacoli posti dalla normativa vigente in materia di imposte dirette negli Stati membri, al fine della realizzazione della libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali. Sulla base delle esposte considerazioni, si può dunque addivenire ad una prima definizione di armonizzazione fiscale: essa sarà costituita da quella attività legislativa del Consiglio finalizzata alla eliminazione delle differenze normative negli ordinamenti degli Stati membri da cui possono originare distorsioni fiscali contrarie ai principi di libera concorrenza, di non discriminazione e di libera circolazione delle persone, delle merci e dei capitali⁹.

Armonizzare, dunque, non significa unificare ogni norma legislativa o amministrativa regolante una imposta o un sistema tributario, ma solo adeguarsi ad un tipo comune ed eliminare quelle divergenze che per la loro natura possono costituire ostacolo per il perseguimento degli obiettivi del Trattato¹⁰.

⁹ ADONNINO cfr. op.ult.cit

¹⁰ In questo senso cfr. Sacchetto in Armonizzazione fiscale nella Comunità Europea.

Quali, peraltro, gli strumenti disponibili per perseguire l'armonizzazione fiscale? Condividendo autorevole dottrina¹¹, si ritiene che il principale strumento sia il Trattato stesso, mentre gli altri siano i regolamenti, le direttive e le pattuizioni convenzionali.

La fonte primaria dell'armonizzazione dei diritti in materia tributaria può essere considerato lo stesso Trattato, atteso che, come insegna la Corte di giustizia, il diritto comunitario, indipendentemente dagli Stati membri, crea degli obblighi e, in taluni casi, dei diritti soggettivi perfetti per le persone fisiche.

Sugli altri strumenti per perseguire l'armonizzazione non è il caso di dilungarsi, poiché non si differenziano da quelli utilizzabili in altri rami del diritto se non per la necessità (comune alla legislazione interna di molti Stati) che le direttive e regolamenti in materia fiscale siano estremamente dettagliati e precisi.

Rilevante è stato il ruolo della Corte di Giustizia nel perseguimento dell'armonizzazione fiscale. Sia nella sua funzione interpretativa del diritto comunitario sia in quella integrativa dello stesso, la Corte ha costituito e costituisce il maggiore impulso all'armonizzazione fiscale, reso ancor più immediato dalla diretta efficacia delle sue sentenze negli ordinamenti dei singoli stati membri.

¹¹ ADONNINO op.ult.cit

Esaminata la fonte giuridica ed il complesso degli strumenti utilizzabili, è opportuno illustrare brevemente la concreta esplicazione dell'armonizzazione fiscale.

Come è stato acutamente rilevato¹², l'armonizzazione fiscale, sotto il profilo tecnico, si traduce in un procedimento legislativo interno agli Stati che in un lasso di tempo determinato modificano parte del loro sistema di prelievo tributario adeguandolo a modelli previamente concordati con gli altri Stati.

In seguito all'armonizzazione, dunque, non cambia la natura nazionale dei singoli tributi, che trovano in ciascun ordinamento il loro fondamento, né la destinazione del gettito, che rimane di esclusiva pertinenza nazionale.

Difatti, come sopra illustrato, il fine dell'armonizzazione fiscale è quello di ottenere una omogeneizzazione della struttura normativa di determinati tributi che sono comuni agli Stati membri e di eliminare tramite questo procedimento le distorsioni di origine fiscale ritenute di ostacolo alla realizzazione di un mercato di libera concorrenza, e non già di determinare un unico ordinamento tributario europeo.

Quali i risultati finora raggiunti nel processo di armonizzazione fiscale e quali i limiti dell'armonizzazione stessa? E' noto che il settore delle imposte sugli scambi, ovvero di quelle che immediatamente incidono sulla

¹² Sacchetto cfr. op.ul.cit

realizzazione del mercato unico, è quello nel quale sono stati raggiunti i risultati più concreti. Pur senza avere risolto tutti gli inconvenienti tecnici, l'adozione di una imposta sugli scambi unificata secondo il metodo dell'IVA ha ottenuto l'abolizione delle barriere fisiche e la sostanziale attuazione del libero mercato.

Non altrettanto sviluppato si manifesta il processo di armonizzazione delle imposte dirette.

Ciò è stato dovuto indubbiamente anche alla carenza di un fondamento giuridico immediato legittimante il potere generale di armonizzazione degli organi comunitari, dall'altro dalla più sfumata rilevanza della fiscalità diretta all'attuazione delle libertà fondamentali statuite dal Trattato.

In tale ambito, sulla scorta delle conclusioni del Rapporto Ruding, si è dato impulso alla armonizzazione delle imposte sui redditi delle società, tralasciando sostanzialmente qualsiasi intervento nelle altre aree dell'imposizione diretta.

I limiti dell'armonizzazione sono insiti nella sua stessa ragion d'essere. Esso ha senso solo se si assume che la diversità delle normative fiscali degli Stati membri siano suscettibili di provocare delle distorsioni e degli ostacoli alle libertà di circolazione previste dal trattato: dunque ben potranno essere tollerate e permanere quelle differenze che non creino tali distorsioni.

Peraltro, essendo l'armonizzazione anche l'attuazione concreta del principio di non discriminazione, i suoi limiti potranno essere meglio compresi affrontando specificamente tale tematica.

§ 1.3 Il principio di uguaglianza

Nel ventesimo secolo, parallelamente all'affermazione del fondamentale principio giuridico dell'eguaglianza, sorge la scienza del diritto tributario: significativi sono i presupposti comuni allo sviluppo di tale scienza e del principio di eguaglianza, per le rilevanti interrelazioni tra di essi esistenti.

E' possibile, infatti, affermare che l'arricchimento di questo principio, consistente nell'acquisizione di un contenuto sostanziale, appare in tutto il suo significato se è studiato in relazione alla legge tributaria.

All'esclusiva visione formale dell'eguaglianza di tutti i cittadini alla legge si aggiunge una concezione sostanziale che individua, nella legge tributaria, le potenzialità di uno strumento efficace per rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e la effettiva partecipazione alla vita politica, economica e sociale del Paese.

In tal senso il sostanziamiento del principio di eguaglianza attraverso la legge tributaria è assicurato, sul piano statico dall'eguale trattamento riservato ad identiche fattispecie e a livello dinamico dalla differenziazione disciplinare di situazioni diverse.

In un'ottica tributaria l'evoluzione del principio di uguaglianza si è articolato in senso verticale attraverso lo strumento dell'imposizione progressiva, inteso come idoneo mezzo di redistribuzione dei redditi; in senso orizzontale, invece, il principio si è sostanziato nel rifiuto di discriminazioni fiscali in base al sesso, alla razza, alla lingua, alla religione, alle opinioni politiche, alle condizioni personali e sociali. Non è irrilevante sottolineare come tale processo di evoluzione ed intersecazione tra principio di eguaglianza e diritto tributario abbia natura internazionale.

Sono pertanto configurabili due tipi di eguaglianza: quella *Statica*, che si realizza attraverso il trattamento uguale in situazioni identiche; quella dinamica, cui si perviene, invece, attraverso trattamenti diversificati basati sulle differenti posizioni iniziali.

La mancata realizzazione di una di queste due situazioni può determinare discriminazione, soprattutto se la diversa regolamentazione di situazioni identiche o l'eguale disciplina di casi diversi sia irragionevole, arbitraria ed irrilevante.

I concetti di eguaglianza e di non discriminazione, pertanto, sono equivalenti, anche se a livello internazionale la discriminazione fiscale costituisce un fenomeno cui non è stata attribuita significativa rilevanza, fin

quando risultava scarsa l'interdipendenza tra i mercati interni ed appariva ampia l'autonomia delle politiche economiche delle singole Nazioni.

Con lo svilupparsi delle relazioni, dei traffici e del commercio internazionale, la discriminazione in materia tributaria ha spesso costituito uno strumento di politica protezionistica, gestito da uno Stato nei confronti di altri con i quali non erano stati stipulati accordi internazionali sui rapporti commerciali¹³.

La disciplina discriminatoria più comune consiste nell'ingiustificata differenziazione nell'ambito di un ordinamento interno tra la pressione fiscale sopportata dai cittadini stranieri e la pressione più lieve che grava sui cittadini nazionali o nella maggiore imposizione sulle merci importate rispetto a quelle nazionali.

¹³ Cfr. Adonnino, in *Non discrimination rules in international taxation*, cit., pag. 24. Gli Stati che adottano provvedimenti aventi natura protezionistica determinano spesso una situazione di discriminazione fiscale, che talvolta può esprimere una politica di difesa contro le pratiche commerciali inique di altri Stati. Per tale motivo si pone il problema relativo all'opportunità di eliminare la discriminazione fiscale internazionale e stabilire regole concrete contro tale fenomeno.

§ 1.4 L'indirizzo comunitario in materia fiscale

L'indirizzo comunitario in materia fiscale si attua in due direzioni.

Per un verso, stabilisce dei vincoli, il cui obiettivo, peraltro, non afferisce alla struttura del sistema tributario, ma riguarda, piuttosto, il principio generale della libera circolazione delle merci, che viene garantito sulla base del trattamento impositivo uniforme delle merci stesse, qualunque ne sia il paese di origine.

Ad evitare poi che il sistema tributario nel suo complesso alteri, in qualche modo, gli equilibri fra gli Stati, con forme di finanziamenti occulti, l'art. 9 stabilisce che “i prodotti esportati nel territorio di uno degli Stati membri non possono beneficiare di alcun ristorno di imposizioni interne che sia superiore alle imposizioni ad essi applicate direttamente o indirettamente”.

L'ultimo comma dell'art. 95¹⁴, infine, prevede l'adeguamento degli ordinamenti nazionali, mediante l'abolizione o la modificazione delle disposizioni esistenti al momento dell'entrata in vigore del trattato stesso, quando siano contrarie ai commi precedenti.

Gli artt. 95 e 96 contengono, praticamente, dei limiti all'azione legislativa degli stessi Stati.

¹⁴ L'art. 95 obbliga, infatti gli Stati membri a non applicare “direttamente o indirettamente ai prodotti degli Stati membri, imposizioni interne di qualsiasi natura, superiori a quelle applicate direttamente o indirettamente ai prodotti nazionali”

Senza soffermarci troppo sugli artt. 97 e 98 che hanno perduto interesse, giova sottolineare l'art. 99, che ha natura propositiva: in base a tale norma, "la Commissione esamina in qual modo sia possibile armonizzare, nell'interesse del mercato comune, le legislazioni dei singoli Stati membri relative alle imposte sulla cifra d'affari, alle imposte di consumo ed altre imposte indirette, ivi comprese le misure di compensazione applicabili agli scambi fra gli Stati membri".

Tale norma, nonostante il contenuto programmatico, resta pur sempre circoscritta nell'ambito delle disposizioni precedenti, onde darne concreta attuazione.

Alla Commissione, infatti, compete l'esame delle legislazioni dei singoli Stati membri, al fine di armonizzarle.

L'art. 100 stabilisce che il Consiglio, deliberando sulle proposte della Commissione, "stabilisce direttive volte al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che abbiano un'incidenza diretta sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato comune".

Evidente è, però, come, anche in questo caso, lo scopo dell'estensore del Trattato non è quello di costituire in sistema fiscale, ma di tutelare la libertà degli scambi.

Delineando le esigenze di un diritto tributario europeo, sono state indicate le condizioni che dovrebbero essere rispettate:

- a) eguaglianza della pressione tributaria globale negli Stati membri;
- b) eguaglianza nella ripartizione del carico fiscale complessivo fra diversi rami dell'imposizione (imposta sul reddito, sul consumo, sul movimento e lo scambio di beni);
- c) eguaglianza nella struttura delle singole imposte o, almeno, delle più importanti.

Si tratta di obiettivi non privi di validità, ma certamente inadeguati a fondare un sistema impositivo comunitario.

Seppure il Trattato di Roma appare carente, in quanto l'obiettivo ultimo non è di natura fiscale, rimane sempre un corretto punto di partenza.

Infatti, in questa opera di armonizzazione non rilevano i valori globali oppure le modalità in cui il prelievo è distribuito fra i diversi rami del sistema, ma il modo in cui le singole situazioni soggettive concorrono al finanziamento dei servizi pubblici senza provocare distorsioni nel sistema-comunità.

Di grande interesse risultano, a riguardo, le direttive che hanno esercitato grande influenza sui sistemi tributari degli Stati membri, segnatamente in materia di cifra d'affari. Particolarmente rilevante è la prima direttiva in base

alla quale “gli Stati membri sostituiscono il loro sistema attuale di imposte sulla cifra d'affari con il sistema comune d'imposta sul valore aggiunto”.

Il sistema comune d'imposta sul valore aggiunto consiste nell'applicare ai beni ed ai servizi un'imposta generale sui consumi esattamente proporzionale al prezzo dei beni e dei servizi, qualunque sia il numero di transazioni intervenute nel processo di produzione e distribuzione antecedente alla fase dell'opposizione¹⁵.

Altri principi posti a base dei sistemi fiscali dei Paesi membri riguardano la coerenza e la generalità, in quanto ogni imposta “non deve venire compromessa da adattamenti o da concessioni troppo numerose a situazioni particolari”; ma il nostro legislatore non sembra molto sensibile a questi principi e continua in una produzione legislativa alluvionale e disorganica.

Va, altresì, ricordato il principio dell'autonomia, sotto il profilo delle entrate di bilancio e del margine di azione, onde consentire interventi differenziati nell'economia dei singoli Paesi, anche se ciò deve avere luogo nell'ambito della politica comunitaria.

¹⁵ Va ricordato, inoltre, che con il D. Lgs. 313/1997 è stata disposta l'armonizzazione delle disposizioni in materia di IVA con quelle recate da direttive CEE. Sull'evoluzione dell'armonizzazione comunitaria in materia di IVA, vedi: U. Forte, Il diritto comunitario e l'armonizzazione fiscale, in *Rass. Trib.*, n.5, 1991, pp. 141 ss

§ 1.5 Il principio di non discriminazione fiscale – La concorrenza fiscale

Il principio di non discriminazione assume particolare rilievo e si manifesta denso di implicazioni economiche e sociali, rappresentando da un lato un parametro degli ordinamenti giuridici tributari nazionali e costituendo dall'altro la giustificazione logico/razionale degli sforzi di avvicinamento e di armonizzazione delle normative nazionali in chiave comunitaria.

In via generale il principio di non discriminazione costituisce il riflesso del principio di eguaglianza che è presente in tutti gli ordinamenti moderni ed in particolare in quelli di tutti gli Stati membri dell'Unione, e in relazione al quale può dirsi che esso imponga che lo stesso trattamento sia riservato a situazioni che evidenziano sostanziali situazioni comuni e, al contrario, che a situazioni giuridiche diverse corrispondano discipline normative eterogenee.¹⁶

Questa regola generale non ha mancato di influenzare anche il Trattato Ce. Anzi, può dirsi come tale principio sia rappresentato, nel Trattato, proprio dal divieto di discriminazione di cui all'art. 12 (ex art. 6) comma 1, secondo cui *"nel campo di applicazione del presente Trattato, e senza pregiudizio*

¹⁶ R. Ragazzi : dispensa Diritto Comparato Tributario

delle disposizioni particolari dallo stesso previste, è vietata ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità".

Il principio di non discriminazione svolge quindi un ruolo analogo a quello rappresentato dal principio di uguaglianza nei singoli ordinamenti interni.

Così come quello di uguaglianza, il concetto di discriminazione presuppone ontologicamente una comparazione tra due o più rapporti, facendo però attenzione al fatto che non sempre una diversità di trattamento sulla base della nazionalità concreta una violazione del menzionato art. 12 del Trattato.

In particolare, secondo un consolidato indirizzo della Cge, si ha discriminazione sostanziale "sia nel trattamento diverso di situazioni simili, sia nello stesso trattamento di situazioni diverse", mentre la disparità di trattamento fra situazioni non comparabili si risolve, per contro, in una discriminazione "formale" che non contrasta con il dettato comunitario.

In proposito si ritiene che il principio di non discriminazione trovi nel Trattato espresso riconoscimento come divieto generale di discriminazione in base alla nazionalità (art. 6), tra produttori e consumatori in tema di organizzazione comune di mercati agricoli (art. 40), nonché come principio di parità di retribuzione tra lavoratori dei due sessi (art. 119)¹⁷.

¹⁷ cfr. MALHERBE L'égalité en Matière Fiscal dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, in Riv. Dir. Pubbl. Comunitario, 1994, 883

Ed è proprio basandosi su tali norme che la Corte di Giustizia ha ritenuto che il trincio in esame si concretizza, sotto il profilo fiscale, in un divieto rivolto agli Stati membri di esercitare la potestà tributaria con arbitrio e senza giustificazione; da ciò si evince che l'eguaglianza in materia tributaria costituisce una regola generale soggetta ad eccezioni, purché i trattamenti diversificati non siano arbitrari o ingiustificati: le differenze fra i sistemi tributari sono ammesse e ammissibili.

Da una prospettiva più allargata, il divieto di quo si riveste di una maggiore rilevanza simbolica, "poiché è dimostrato che la Comunità non è soltanto accordo commerciale tra i Governi dei Paesi membri ma è un'impresa comune a cui tutti i cittadini d'Europa sono capaci di partecipare come individui".

Questa funzione più ampia è stata rinforzata con l'introduzione negli articoli da 17 a 22 del Trattato dell'Unione Europea della nozione di cittadinanza. In questo senso, qualunque cittadino potrebbe fare affidamento sull'articolo 12 in tutte le situazioni che rientrano nell'ambito di applicazione materiale del Trattato(6).

Va precisato, tuttavia, che l'art. 12 ha un ruolo soltanto residuale rispetto agli analoghi criteri canonizzati nelle diverse aree del Trattato.

Ne consegue che esso trova applicazione autonoma nella misura in cui non è previsto uno specifico divieto di discriminazione nelle singole aree di codificazione.

Per converso, occorre precisare che il principio in esame non costituisce l'unico fattore verso l'abolizione delle norme e pratiche discriminatorie, ma viene a giocare un proprio ruolo nell'ambito più generale delle libertà fondamentali e della relativa evoluzione giurisprudenziale.

Al riguardo, occorre fare una precisazione preliminare in ordine ai rapporti tra le diverse libertà fondamentali, atteso che una stessa situazione può risultare rilevante sotto molteplici punti di vista.

Così, in relazione alle disposizioni sullo stabilimento la Corte ha comunque dato priorità alle stesse, considerando che non fosse necessario applicare le disposizioni sul capitale quando una legge nazionale fosse considerata incompatibile con le norme sullo stabilimento.

Allo stesso modo, è stato sostenuto che le disposizioni sul capitale dovrebbero essere applicate quando un provvedimento ha direttamente limitato il trasferimento di fondi, mentre se tale limitazione è stata solo indiretta e fondamentalmente ha realizzato una limitazione alla libertà di prestazione di servizi, la libertà rilevante sarebbe costituita da quest'ultima.

Si deve altresì osservare che, a differenza di quelle sui servizi e sullo stabilimento, le norme sul capitale si applicano anche, salvo alcuni limiti, alle relazioni con i Paesi terzi.

Ne consegue che in tali relazioni, dove il livello di integrazione è più basso rispetto a quello del mercato interno, la Corte può riconoscere agli Stati membri uno spazio più ampio nell'applicazione delle eccezioni.

Una seconda osservazione consiste nel rilevare come sia peraltro lo stesso Trattato ad ammettere delle limitazioni alle libertà fondamentali; in particolare:

- l'art. 30 prevede restrizioni alla libera circolazione dei beni per motivi di moralità pubblica, di ordine pubblico o pubblica sicurezza, di tutela della salute e della vita delle persone, degli animali e della vegetazione, di protezione del patrimonio artistico, storico o archeologico nazionale e di tutela della proprietà industriale e commerciale;
- gli artt. 46 e 55 statuiscono restrizioni alla libera circolazione di persone ed alla libertà di prestazioni di servizi sempre per motivi di ordine pubblico, pubblica sicurezza o sanità pubblica;

- gli art. 45 e 55 precisano che le disposizioni relative alle libertà *de quibus* non riguardano le attività che implicano l'esercizio di pubblici poteri.

Un'ultima disposizione di natura restrittiva delle libertà in esame è quella dell'art. 58 del Trattato, il quale dispone che la libertà non pregiudica il diritto degli Stati membri, in primo luogo, di applicare le disposizioni della loro legislazione tributaria che distinguono tra contribuenti che non si trovano nella stessa situazione per quanto riguarda il loro luogo di residenza o il luogo in cui il loro capitale è investito e, in secondo luogo, di prendere tutte le misure necessarie per impedire le violazioni della normativa tributaria.

Tuttavia, l'articolo in esame precisa che tali misure non devono costituire un mezzo di discriminazione arbitraria o una restrizione dissimulata al libero movimento di capitali e di pagamenti.

§ 1.6 LA CONCORRENZA FISCALE DANNOSA E IL DIVIETO DEGLI AIUTI DI STATO

E' interessante esaminare e comprendere, in questo contesto, come le imprese possano utilizzare la leva fiscale per rendere più competitiva la loro azione sul mercato scegliendo tra ordinamenti diversi e sfruttando a pieno le incongruenze e le piccole e grandi incompatibilità dei differenti sistemi fiscali.

Per avere una puntuale idea della portata del predetto fattore di concorrenza, è necessario individuare, attraverso una attenta analisi delle sentenze della Corte di Giustizia:

- i principi di base che devono guidare gli Stati membri nella codificazione e nella revisione delle proprie regole di fiscalità diretta;
- tracciare il percorso che l'UE ha fissato per smantellare i meccanismi di tassazione che creano delle distorsioni al Mercato Unico e che generano dei fenomeni di "concorrenza fiscale dannosa".
- individuare, nella specifica logica di evitare la suddetta concorrenza, quali sono le soluzioni proposte per rimediare alle difformità attuali dei sistemi fiscali nazionali dei Paesi componenti.

Lasciando ad altri, per esigenze di trattazione, il compito di approfondire le specifiche tematiche sopra indicate, si ritiene utile, prima di analizzare i diversi profili oggetto del presente lavoro, cercare di sottolineare quale sia il ruolo che attualmente il fattore fiscale gioca nella concorrenza tra imprese.

Le imprese studiano in dettaglio quelle che sono, in base all'attività svolta, i vantaggi che si possono ottenere sviluppando la propria attività economica in uno Stato rispetto ad un altro.

In effetti, la scelta di localizzare un'impresa in un determinato territorio risente in modo diretto anche delle condizioni fiscali applicate in quello specifico territorio.

Non a caso molte imprese sono localizzate con *branch* o con stabili organizzazioni nei "cd paradisi fiscali" vale a dire quegli Stati che presentano un livello inferiore di tassazione ovvero una ridotta trasparenza, fondata sulla quasi totale assenza di scambio di informazioni.

Questa situazione non si crea solo a livello di Paesi terzi, ma il fenomeno si presenta in modo concreto anche a livello di Unione Europea.

Ecco perché gli Stati membri, nella logica di smantellare alcuni privilegi e alcuni fattori di distorsione, hanno sottoscritto un impegno programmatico di non introdurre più meccanismi agevolativi fiscali e di eliminare quelli esistenti.

Questo impegno dovrà essere presto tradotto in misure concrete che gli Stati membri dovranno mettere in piedi per cancellare vecchi meccanismi agevolativi.

Nel frattempo alcuni ordinamenti nazionali si proteggono in via unilaterale, come, ad esempio, nel caso italiano che dal 2002 ha introdotto la nuova disciplina delle CFC.

Volendo fare un'analisi verrebbe fuori in modo inequivocabile che il quadro normativo fiscale nazionale e comunitario è tuttora caratterizzato da evidenti elementi di disomogeneità strutturale che, nonostante la volontà espressa dagli Stati Membri, permarranno anche nel futuro. Questi elementi consentono alle imprese di realizzare attraverso una attenta pianificazione, dei vantaggi fiscali che, in alcuni casi, sono di notevole rilievo.

E' evidente che in questa logica il fattore fiscale diviene un elemento forte di concorrenza.

Tale concorrenza, che come sottolineato è generata dalle scelte degli operatori sulla base delle normative fiscali di ogni Stato membro, determina una inevitabile distorsione del mercato favorendo imprese multinazionali o imprese localizzate in un determinato Stato membro.

Questa situazione, però, si può determinare proprio a causa del comportamento degli Stati che, attraverso l'introduzione di specifiche misure

di agevolazione generano una vera e propria “attrazione fiscale” delle imprese localizzate in un altro Stato membro.

Il fenomeno, potrebbe, invece che ridursi, come sarebbe logico attendersi dall’analisi della politica fiscale comunitaria, anche espandersi se non si rendono coercitive le regole imposte dal codice di condotta.

Una parziale riprova di quanto qui sostenuto potrebbe derivare proprio dalla recenti decisioni, prese dalla Commissione Europea in materia di aiuti di Stato.

Infatti, la Commissione sulla base di un elenco di 66 misure individuate dal Gruppo di lavoro codice di condotta come misure potenzialmente ed effettivamente dannose né ha affrontate solo 15 pervenendo per quasi tutte all’individuazione di un’incompatibilità con il Trattato.

Vale la pena di ricordare che tra i principi di base del Trattato vi è l’obiettivo di realizzare, in condizioni di libera concorrenza, uno sviluppo armonioso ed equilibrato delle attività economiche nell’insieme della Comunità.

Essendo, però, scopo fondamentale del Trattato quello di garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno, non possono che risultare incompatibili con il mercato comune, nella misura in cui incidono sugli scambi tra gli Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante

risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza.

A questo principio, però, si accompagnano svariate deroghe, previste *ope legis* o autorizzabili di volta in volta dalla Commissione, di aiuti di Stato compatibili con il Trattato, connotate però tutte dal soddisfacimento dei principi-base della trasparenza (che considera incompatibili gli aiuti di cui non è possibile valutare a priori l'entità ed il campo di applicazione) e della neutralità (intesa nel senso che le deroghe possono trovare pratica attuazione soltanto nella misura in cui l'aiuto concesso dallo Stato porti ad una contropartita adeguata agli interessi della Comunità).

Muovendo dalla considerazione, a tutti nota, della circostanza che la Comunità, ancora oggi, abbia pochi poteri nell'ambito della politica sulla fiscalità diretta, ha consentito, molte volte, agli Stati membri di aggirare l'ostacolo dei rigidi controlli della Commissione nel campo degli aiuti di Stato ricorrendo, per l'appunto a concessioni, di natura fiscale promulgate a favore delle imprese nazionali confidando nella mancanza di poteri di intervento da parte della Commissione.

Negli ultimi anni, tuttavia, si è registrata un'accentuazione dell'attività di vigilanza, e delle connesse iniziative (in termini di indagini preliminari,

formali e di decisioni assunte), da parte della Commissione nella specifica materia degli aiuti di Stato concessi sotto forme di misure fiscali.

Invero, la legittimità e fondatezza di molte di queste iniziative, frutto del “nuovo corso” della Commissione, sono state e sono attualmente oggetto di vaglio della Corte di Giustizia (a seguito di impugnativa da parte dei destinatari delle decisioni) e, quindi, non può dirsi ancora certo il consolidarsi di nuovi principi e regole.

Al riguardo appare utile evidenziare come lo strumento base con il quale le autorità comunitarie possono intervenire nel caso di agevolazioni fiscali che possano essere interpretate come aggiramento della normativa sugli aiuti di stato sia quello relativo all'interpretazione del criterio di specificità, il che significa, in teoria, che un'agevolazione fiscale che sia concessa a tutte le imprese senza tenere conto del settore di attività, né della dimensione, né dell'ubicazione non possa costituire un aiuto di Stato in contrasto con il Trattato.

Lo specifico momento di transizione che condurrà nella specifica materia il diritto comunitario verso la creazione di nuovi principi o, meglio, verso la conferma o il rifiuto dei principi che proprio in questi ultimi anni la Commissione Europea, da una parte, e gli Stati membri dall'altra hanno via via formalizzato, risulta particolarmente importante per evitare che scelte

troppo restrittive ovvero troppo permissive consentano il verificarsi di fattori distorsivi del tutto incompatibili con il corretto funzionamento del Mercato Unico e con le regole imposte dal Trattato.

Quello che qui si vuole sottolineare è che l'assunzione di principi che rendano compatibili e incompatibili alcune misure potrebbero nella disomogeneità dei differenti sistemi fiscali dei singoli Stati membri determinare il perpetrarsi di provvedimenti nazionali che direttamente o indirettamente generano una concorrenza fiscale dannosa inaccettabile.

Il Consiglio Ecofin proprio per debellare questa concorrenza ha, il 1 dicembre 1997, approvato un "codice di condotta" che ancora oggi stenta a trovare una sua concreta attuazione.

La discussione che si è sviluppata proprio in materia di aiuti di Stato, connessa con i lavori svolti da appositi gruppi di lavoro istituiti per dar corpo al citato codice di condotta, ha portato ad accentuare la contrapposizione tra Stati che vogliono conservare la propria assoluta sovranità in materia fiscale, non accettando nella specifica materia l'ingerenza di nessuno e tanto meno dell'Unione.

In questo contesto è chiaro, come la stretta connessione tra le materie degli aiuti di Stato e della fiscalità diretta, possa condurre a difficili scelte che la Commissione Europea deve essere aiutata a fare con l'ausilio di tutti e, in

particolare, con l'impegno degli stessi Stati membri, al fine di evitare trattamenti disomogenei che, pur non volendo, favoriscano la creazione di fenomeni di elusione e di evasione transnazionale.

Ultima considerazione da fare è che questa tipologia di problemi saranno notevolmente amplificati in un Europa di 25 e più Stati che comporranno nel prossimo futuro l'Unione, ciò deve farci ulteriormente riflettere sull'importanza creare delle regole, chiare e univoche, che consentano il corretto funzionamento del Mercato Unico e il superamento di ogni forma di concorrenza fiscale dannosa.

§ 1.7 Reports/Resolutions ECOFIN e OCSE

L'armonizzazione fiscale e il principio di concorrenza fiscale dannosa sono temi affrontati - anche e soprattutto - a livello internazionale. E non solo comunitario.

Infatti sia l'ECOFIN (Consiglio dei Ministri dell'Economia e Finanza della U.E.) che l' OCSE (Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico) hanno analizzato tali questioni fornendo taluni criteri e raccomandazioni da seguire nell'obiettivo di eliminare le distorsioni che i vari sistemi fiscali provocano a livello di concorrenza sleale.

Tutto ciò, dunque, nello spirito di un'armonizzazione fiscale che elimini quelle differenze dannose tra i vari regimi fiscali e lasci spazio ad una concorrenza "sana e leale".

Di seguito vengono sintetizzati gli obiettivi che i due organismi si sono prefissati ed i mezzi che sono stati ritenuti idonei per realizzarli.

Rapporto ECOFIN

01/12/97-09/03/98

E' stato raggiunto il seguente accordo:

1. Creazione di un codice di condotta in materia di tassazione dalle imprese;
2. Approvazione del testo per la tassazione dei redditi da risparmio;
3. Proposta di direttiva sui pagamenti di interessi e di *royalties* tra imprese.

Codice di condotta

Al fine di contrastare le misure fiscali dannose considera i seguenti elementi:

1. Incidenza della fiscalità sull'ubicazione dell'attività imprenditoriale;
2. Livello di imposizione effettiva nettamente inferiore (oppure zero), tenuto conto anche delle aliquote nominali e/o delle modalità di definizione della base imponibile o di altri fattori significativi
3. Scambio reciproco fra gli Stati membri delle informazioni
4. Aiuti di Stato di carattere fiscale
5. Ripercussione sugli altri Stati delle agevolazioni previste per le zone svantaggiate

6. Contromisure contro l'evasione e la frode fiscale

7. Cooperazione contro l'evasione e la frode fiscale.

Tassazione del risparmio

Al fine di una tassazione minima effettiva del risparmio nell'ambito della Comunità, il Consiglio invita la Commissione a presentargli una proposta di direttiva in materia di tassazione del risparmio.

Il Consiglio ritiene che la proposta possa basarsi sui seguenti elementi:

1. l'ambito di applicazione potrebbe essere limitato agli interessi versati in uno Stato membro;
2. potrebbe essere basata sul cosiddetto "modello di coesistenza": ciascuno Stato membro applica una ritenuta alla fonte oppure fornisce agli stati membri informazioni sui redditi da risparmio;
3. dovrebbe tener conto della necessità di preservare la competitività dei mercati finanziari europei su scala mondiale.

Regime fiscale delle imprese

Attualmente sono in vigore due direttive ed una convenzione adottate, tutte, nella riunione del 23 luglio 1990.

I DIRETTIVA:

la “direttiva società madri e figlie” al fine di eliminare la doppia imposizione dei dividendi distribuiti dalle società figlie alle società madri situate in Stato membro diverso.

II DIRETTIVA:

al fine di istituire un regime fiscale comune in base al quale le plusvalenze derivanti da fusioni, scissioni, apporti di capitale o scambio di azioni sono tassate non al momento dell’operazione, ma soltanto al momento della loro effettiva realizzazione.

CODICE DI CONDOTTA: al fine di contribuire ad invertire l’incidenza che vede una sempre crescente pressione fiscale sul fattore lavoro, in modo da rendere i regimi fiscali nazionali più favorevoli all’occupazione. Peraltro, l’obiettivo perseguito non consiste nell’aumentare la pressione fiscale, il che pregiudicherebbe la competitività dell’Unione a livello internazionale, né nell’avviare un processo di armonizzazione fiscale generale, che, sarebbe incompatibile con il principio di sussidiarietà.

Approvando tale codice in materia di regime fiscale delle imprese, gli Stati membri si sono impegnati a:

1. non introdurre nuove misure fiscali nocive;
2. riesaminare le loro disposizioni attuali e pratiche in vigore e, se del caso, a modificarle, al fine di eliminare entro brevi termini le misure fiscali nocive;
3. effettuare uno scambio di informazioni relative alle misure fiscali che possono entrare nel campo di applicazione del codice;
4. promuovere l'adozione di principi intesi ad eliminare le misure fiscali nocive nei paesi terzi e nei territori in cui non si applica il trattato.

Il cosiddetto "Gruppo codice di condotta" è stato creato ufficialmente il 9 marzo 1998 in occasione del Consiglio dei ministri ECOFIN; le misure nocive dovranno di massima essere eliminate entro il 31 dicembre 2002.

Una prima lista contiene cinque diversi ambiti dove agire per eliminare la concorrenza dannosa:

1. servizi intragruppo;

2. servizi finanziari e società off-shore
3. altri regimi settoriali specifici
4. incentivi a carattere regionale
5. altre misure

Inoltre conformemente a quanto previsto dal codice di condotta, qualora determinate misure fiscali siano adottate al fine di sostenere lo sviluppo economico di specifiche aree geografiche, occorrerà valutare se tali misure siano realmente mirate a raggiungere l'obiettivo che si prefiggono e se siano proporzionate.

Rapporto OCSE del 9.4.1998

FORUM PERMANENTE DEL 13 E 15/10/1998

I Primi passi verso l'individualizzazione dei cosiddetti "paradisi fiscali", definiti "dannosi" dal rapporto OCSE, si sono mossi a partire con la riunione di Parigi (ottobre 1998).

E' stato un approccio per molti versi simile a quello che la Commissione europea aveva adottato nel dicembre 1997 con il "Codice di condotta in

materia di tassazione delle imprese”.

La strategia di azione che emergeva dal Rapporto prevedeva:

1. la definizione dei criteri di identificazione dei regimi fiscali “dannosi”;
2. l’elaborazione di una lista di regimi fiscali “dannosi”;
3. la concreta attuazione di interventi di revisione e “smantellamento” dei regimi fiscali “dannosi”.

Per i “regimi preferenziali” il requisito necessario è la presenza di un basso o nullo livello di tassazione.

In particolare, i fattori qualificanti i “paradisi fiscali” ed i “regimi fiscali preferenziali dannosi” sono:

1. un’imposizione effettiva nulla o comunque ridotta;
2. l’assenza di scambio di informazioni;
3. la mancanza di trasparenza;
4. l’assenza dei requisiti della “sostanza”;
5. l’isolamento” del regime fiscale agevolato nell’ambito del mercato domestico.

Oltre ai suddetti criteri, il Rapporto specifica come sia possibile far riferimento ad altri otto fattori:

1. la definizione “artificiale” della base imponibile;
2. la negoziabilità delle aliquote;
3. la presenza del segreto bancario;
4. il rifiuto ad aderire ai principi internazionali in materia di *transfer pricing*;
5. l’esenzione da tassazione dei redditi di fonte estera;
6. l’accesso ad un vasto network di trattati internazionali;
7. la pubblicizzazione del regime come strumento di minimizzazione del carico fiscale;
8. l’incentivazione ad operazioni puramente *tax driven*.

Le raccomandazioni OCSE

Nell'ottica di promuovere un'azione coordinata per sconfiggere i fenomeni di concorrenza fiscale "dannosa", il rapporto OCSE propone 19 raccomandazioni agli Stati membri con lo scopo di:

1. accrescere l'efficacia delle norme interne già esistenti;
2. evitare che l'applicazione delle norme convenzionali possa favorire fenomeni di concorrenza fiscale "dannosa";
3. intensificare la cooperazione internazionale.

Le 19 raccomandazioni sono:

1. Raccomandazione relativa alle regole applicabili alle società controllate estere (*Controlled Foreign Corporations*) o regole equivalenti: i Paesi che non hanno regole di questo tipo ne considerino l'adozione e quelli che già prevedono tali regole ne assicurino un'applicazione idonea ad eliminare la concorrenza fiscale dannosa.

2. Raccomandazione relativa alle regole applicabili ai fondi di investimento stranieri o regole equivalenti: i Paesi che non hanno regole di questo tipo ne considerino l'adozione e quelli che già prevedono tali regole ne considerino l'applicazione ai redditi e soggetti che usufruiscono di un trattamento fiscale quantificabile come forma di concorrenza fiscale dannosa.

3. Raccomandazione relativa ai limiti del regime di *participation exemption* ed altri sistemi di esenzione di redditi stranieri: i Paesi che applicano il metodo di esenzione per eliminare la doppia imposizione su redditi di fonte estera considerino l'adozione di regole che assicurino che i redditi esteri che abbiano beneficiato di un trattamento fiscale qualificabile come forma di concorrenza dannosa non abbiano diritto all'applicazione del metodo di esenzione.

4. Raccomandazione relativa alla comunicazione di informazioni su operazioni con l'estero: i Paesi che non hanno regole relative alla comunicazione di informazioni su tali operazioni condotte da contribuenti residenti considerino l'adozione di tale regole e si scambino reciprocamente le informazioni così ottenute.

5. Raccomandazione relativa alle procedure di *ruling*: i Paesi in cui le decisioni amministrative relative alla situazione particolare del contribuente possono essere ottenute in via anticipata rispetto alle transazioni programmate, rendano pubbliche le condizioni sotto le quali tali decisioni sono concesse, negate o revocate.

6. Raccomandazione relativa alle norme in materia di prezzi di trasferimento: i Paesi seguano i principi sanciti dal Rapporto OCSE del 1995 in materia di prezzi trasferimento e si astengano dall'applicare, o disapplicare, le proprie regole interne in materia di prezzi di trasferimento quando ciò costituisca una forma di concorrenza fiscale dannosa.

7. Raccomandazione relativa all'accesso alle informazioni bancarie: i Paesi riesaminino le proprie leggi, regole e pratiche amministrative che disciplinano l'accesso alle informazioni bancarie al fine di eliminare gli ostacoli all'accesso a queste informazioni da parte delle autorità fiscali.

8. Raccomandazione per un maggiore e più efficace utilizzo dello scambio di informazioni- i Paesi intensifichino lo scambio di informazioni relative alle transazioni condotte in paradisi fiscali e regimi fiscali preferenziali qualificabili come forme di concorrenza fiscale dannosa.

9. Raccomandazione relativa al diritto di usufruire dei benefici convenzionali: i Paesi considerino di includere nelle proprie convenzioni fiscali disposizioni volte a limitare l'accesso ai benefici convenzionali a redditi e soggetti che godono di un trattamento fiscale che costituisce forma di concorrenza fiscale dannosa e valutino come le disposizioni esistenti possano essere applicate allo stesso fine; il Modello di Convenzione OCSE sia modificato al fine di includere disposizioni e chiarimenti necessari in tal senso.

10. Raccomandazione relativa al chiarimento dello status delle norme antiabuso nelle convenzioni fiscali: venga chiarito il Commentario del Modello di Convenzione OCSE al fine di rimuovere ogni incertezza ed ambiguità riguardante la compatibilità delle disposizioni antiabuso nazionali ed il Modello di Convenzione stesso.

11. Raccomandazione concernente una lista di specifiche misure di esclusione nelle convenzioni fiscali: il Comitato per gli affari fiscali definisca e predisponga una lista delle disposizioni adottate dai Paesi per escludere alcune categorie di soggetti o redditi dall'accesso ai benefici convenzionali; tale lista sia utilizzata dai Paesi membri come riferimento in sede di negoziazione delle convenzioni e dal Forum come base di discussione.

12. Raccomandazione relativa alle convenzioni con paradisi fiscali: i Paesi considerino di rescindere le convenzioni fiscali in vigore con i paradisi fiscali e considerino di non concluderle in futuro.

13. Raccomandazione concernente sforzi di coordinamento e di integrazione: i Paesi considerino di attivare programmi coordinati di integrazione (verifiche simultanee, specifici progetti di scambio di informazioni e di addestramento congiunto) con riferimento a redditi e contribuenti che beneficiano di misure che costituiscono forme di concorrenza fiscale dannosa nel recupero di crediti fiscali.

14. Raccomandazione relativa: i Paesi siano incoraggiati a rivedere le proprie normative in materia di crediti fiscali di altri Paesi ed il Comitato prosegua il suo lavoro in tale contesto con l'obiettivo di elaborare disposizioni che possano includersi nelle convenzioni.

15. Raccomandazione relativa alle linee guida ed al Forum sulle misure fiscali dannose: i Paesi membri approvino le linee guida sui regimi fiscali dannosi e istituiscano un Forum che promuova l'adozione delle linee guida e delle altre raccomandazioni previste dal Rapporto.

Le linee guida prevedano a loro volta che gli Stati membri:

- non introducano nuove misure fiscali, o estendano la portata di misure esistenti, che possono costituire forme di concorrenza dannosa come definita sulla base dei criteri esposti nel Rapporto;
- rivedano le misure fiscali esistenti per identificare eventuali misure fiscali dannose, che verranno valutate dal Forum e dovranno essere incluse, contro due anni dalla data di approvazione delle linee guida da parte del Consiglio, in una lista da aggiornare su base annua;

- rimuovano, entro cinque anni dalla stessa data, e comunque (per i benefici riconosciuti al 31 dicembre 2000) non oltre il 31 dicembre 2005, i regimi dannosi identificati nella predetta lista, sottopongano all'esame del Forum le misure esistenti, o di prospettata nuova introduzione, non incluse nella predetta lista, che possono costituire forme di concorrenza dannosa ai sensi del Rapporto; coordinino, attraverso il Forum, le proprie reazioni alle misure fiscali dannose adottate da altri Stati ed utilizzino il Forum per incoraggiare attivamente l'adozione di queste linee guida da parte degli Stati non appartenenti all'OCSE;

16. Raccomandazione per la predisposizione di una lista di paradisi fiscali: il Forum abbia quale mandato di redigere entro un anno dalla sua prima riunione una lista di paradisi fiscali sulla base dei fattori di identificazione previsti dal Rapporto.

17. Raccomandazione relativa ai rapporti con i paradisi fiscali: i Paesi che hanno particolari legami di natura politica, economica o di altra

specie con paradisi fiscali si adoperino affinché tali relazioni non contribuiscano alla promozione della concorrenza fiscale dannosa.

18. Raccomandazione per lo sviluppo e la promozione dei Principi di buona amministrazione fiscale: il Comitato sia responsabile dello sviluppo e della promozione di un insieme di principi destinati a guidare le amministrazioni fiscali nell'applicazione delle Raccomandazioni.

19. Raccomandazione relativa al dialogo con i Paesi non membri: il Forum apra un dialogo con i Paesi non membri dell'OCSE al fine di promuovere l'adozione delle raccomandazioni e delle linee guida anche da parte di tali Paesi.

CAPITOLO SECONDO

IL PRINCIPIO DI NON DISCRIMINAZIONE

§ 2.1 Il principio di non discriminazione e l'ordinamento interno.

Il principio di non discriminazione fiscale si fonda principalmente sui principi di eguaglianza e di capacità contributiva di cui agli artt 2, 3 e 53 della Carta Costituzionale.

L'art. 2 Cost. stabilendo che la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo, si riferisce a qualsiasi essere umano senza alcuna limitazione conseguente all'assenza di qualche condizione.

Le disposizioni fiscali molto raramente compiono una distinzione direttamente in base alla nazionalità (o alla cittadinanza).

Un diverso trattamento fondato sulla residenza - o sulla sede per le società – può costituire discriminazione dissimulata in base alla nazionalità poiché i non residenti in genere hanno la cittadinanza straniera.

La Corte di giustizia ha chiarito che il principio dell'uguaglianza di trattamento proibisce non solo le discriminazioni dirette o palesi (*overt discrimination*), ma altresì le discriminazioni indirette o dissimulate (*covert discrimination*) che, pur fondandosi su altri criteri di distinzione, pervengano in effetti al medesimo risultato.

L'art. 3 Cost. sancisce l'eguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge ma – come chiarito dalla Corte Costituzionale con Sent. N. 503/87 – si estende

anche agli stranieri per quel che concerne i diritti inviolabili che sono riconosciuti o che condizionano la natura democratica di un sistema.

Tale diritto quindi non tollera discriminazioni fra la posizione del cittadino e quella dello straniero.

Il medesimo art. 3 Cost. prevede infine l'intervento dello Stato per rimuovere, attraverso la legge, eventuali fattori che ne ostacolano l'effettiva applicazione, fattori che ostacolano quindi la libera partecipazione di tutti i cittadini alla vita sociale, economica e politica del paese.

E' proprio in tale ottica che risulta fondamentale l'attività finanziaria, attraverso la quale con il disegno e l'applicazione delle politiche di redistribuzione della ricchezza (progressività dell'imposizione e spesa sociale) provvede a rimuovere tali ostacoli.

In ambito fiscale quindi il principio di non discriminazione sembra determinare l'eguale trattamento di situazioni analoghe e la diversa disciplina di differenti situazioni, purché non vi siano ragioni di politica economica e sociale che la giustifichino.

Su tale principio si basa il criterio della conformità del prelievo all'effettiva potenzialità economica, con la conseguenza che soggetti aventi medesima capacità contributiva subiscono lo stesso trattamento fiscale (uguaglianza verticale o *vertical equity*); in carenza di tale eguaglianza il principio di

equità assume semplicemente un valore di garanzia nei confronti delle discriminazioni.

L'eguaglianza orizzontale (*horizontal equity*) contempla esclusivamente la non ammissibilità tra le altre delle discriminazioni fiscali in base alla razza, al sesso ed alla religione.

La Corte Costituzionale ha ritenuto operante il principio di eguaglianza previsto dall'art. 3 esclusivamente nei confronti di questioni fiscali interne, non riguardanti cittadini stranieri, fondando tale orientamento sulla differenza che esisterebbe tra tale principio e quello di non discriminazione sancito dal diritto comunitario.

Tale ultimo principio sarebbe riferito, a differenza del principio di eguaglianza, esclusivamente ai rapporti transfrontalieri tra i Paesi membri al fine di favorire le libertà fondamentali riconosciute dal Trattato CE ed è ritenuto non idoneo ad estendersi a situazione squisitamente interne.

Peraltro, appare evidente la difficoltà di valutare la sussistenza di una violazione del principio costituzionale di eguaglianza da parte di una norma interna che discrimina una categoria di individui a favore di un'altra nell'intento di realizzare un obiettivo economico e sociale.

Uno dei maggiori problemi, in caso di conflitto, è proprio quello della prevalenza tra tale principio e quello comunitario.

Con riferimento agli accordi internazionali che disciplinano esclusivamente il trattamento degli stranieri, la prevalenza potrebbe basarsi sul comma 2 dell'art. 10 Cost. che riconosce implicitamente l'illegittimità costituzionale delle leggi interne che, in sede di determinazione della condizione non si conformano ai trattati internazionali.

Tale tesi, comporta il rischio di possibili elusioni della norma costituzionale mediante accordi con altri Stati, nonché l'alterazione del contenuto di un trattato fiscale internazionale mediante leggi ordinarie¹⁸. Sembra allora più corretto rilevare la prevalenza degli accordi internazionali in materia tributaria in base al principio accolto dalla giurisprudenza che *lex specialis derogat generali*.

In tal caso difatti, la norma convenzionale, disciplinando un aspetto più specifico di quello interno e riferendosi a un ambito soggettivo più ristretto, nasce dalla volontà del legislatore di adempiere ad obblighi internazionali ed è pertanto considerata nel nostro ordinamento speciale e prevalente rispetto a quella interna.

§ 2.2 Il principio di non discriminazione e l'U.E.

¹⁸ In tal senso CANNIZZARO - "Gerarchia e competenza nei rapporti tra Trattati e leggi interne" Riv.dir. int 1993, 365

Quanto sinora evidenziato induce a ritenere che, per i paesi appartenenti all'Unione Europea, non si rinvenga un'esplicita disposizione fiscale comunitaria in materia di imposte dirette.

Del resto, è importante ricordare che la fiscalità non rientra, se non indirettamente, nei compiti principali della Comunità indicati nell'art. 2 del Trattato (ex B).

Le uniche importanti disposizioni a carattere fiscale, infatti, sono quelle contenute negli articoli da 90 a 93 (ex 95 - 99) - di cui alla parte terza del titolo VI - in materia di imposte indirette, in cui si statuisce una proibizione di ordine generale ad operare discriminazioni fiscali nei confronti di prodotti importati da altri Stati membri e si prevede, sempre limitatamente alle sole imposte indirette, l'armonizzazione delle legislazioni fiscali degli Stati Ue nella misura in cui essa sia necessaria per un corretto funzionamento del mercato interno (art. 93).

La rilevata mancanza di un'analogia previsione in materia di imposte dirette ha fatto sì che le iniziative in tale delicato settore facessero leva sul disposto dell'art. 94 (ex art. 100), il quale consente al Consiglio degli Stati membri di intervenire qualora reputi che le differenze tra le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative dei Paesi aderenti abbiano un'incidenza

diretta sul funzionamento del mercato comune. Ciò implicherebbe che ciascun Stato membro eserciti, in modo autonomo, la propria capacità impositiva.

Abbiamo già detto come in materia di imposizione diretta, tradizionalmente si manifesta una discreta resistenza da parte degli Stati e ciò è giustificato dalla considerazione che, attraverso tale forma di imposizione, gli Stati reperiscono i mezzi economici per fronteggiare i fabbisogni nazionali e, pertanto, non possono consentire alcuna compromissione della propria sovranità in materia.

Cosicché, ha trovato ampio spazio l'applicazione del c.d. *principio di sussidiarietà*, che demanda agli stati membri l'autonoma messa in atto delle politiche fiscali comunitarie.

Pertanto, la Comunità può intervenire nei settori che non appartengono alla sua esclusiva competenza solo se non è possibile conseguire l'armonizzazione con i principi e gli obiettivi comunitari attraverso la sola azione degli stati membri. In ogni caso, ciò non ha impedito l'emanazione di importanti norme comunitarie in materia di imposte dirette, fondate, oltre che sull'art. 94 – riguardante l'emanazione di direttive – anche, e soprattutto, sull'art 90 – affermate il principio di non discriminazione – da considerare fondamentale per l'intera “costruzione comunitaria”, risolvendosi nel

riconoscimento di una parità di trattamento concernente tutti i fattori della produzione (merci, persone, servizi e capitali) presenti all'interno della Comunità, e nel vietare agli Stati comunitari di porre in essere comportamenti discriminatori nei confronti di altri Paesi membri.

In materia tributaria, inoltre, occorre segnalare il fondamentale ruolo svolto dalla Corte di giustizia della Comunità Europea, intervenuta in problematiche che il mercato unico comunitario ha via via posto in evidenza, soprattutto per il divario tra l'unità europea dei commerci ed il frazionamento in 27 regimi fiscali diversi.

I maggiori progressi sono stati conseguiti attraverso l'applicazione, alle fattispecie di natura fiscale, delle cd "libertà fondamentali".

Su tale argomento, il Trattato CE, agli artt. 39, 43, 49 e 56, stabilisce – in materia di libera circolazione dei lavoratori – l'abolizione di qualsiasi discriminazione fondata sulla nazionalità tra i lavoratori degli stati membri, vietando restrizioni alla libertà di stabilimento di cittadini di uno stato membro nel territorio comunitario.

Si vietano, inoltre, restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno della comunità, nonché ai movimenti di capitali tra stati membri.

Su questo ultimo argomento, la Suprema Corte ha fornito un'interpretazione estensiva di queste norme, sottolineando che le libertà fondamentali

comunitarie non proibiscono soltanto le restrizioni e le discriminazioni dirette in ragione della nazionalità, ma qualsiasi forma di discriminazione¹⁹ che conduca al medesimo risultato (cd discriminazione indiretta).

I concetti di armonizzazione fiscale e di non discriminazione si riflettono, in maniera coerente, anche in materia ambientale.

Nell'esperienza comunitaria, infatti, sino ad ora è prevalsa l'applicazione della libera circolazione delle merci nella costruzione del Mercato Unico.

Cosicché, in ciascun settore della protezione ambientale sono state adottate, dalla Comunità, misure legislative sulla base dell'art. 95 (ex art.100A) e dell'art. 175 (ex art. 130 S).

La gran parte di tali misure hanno avuto un effetto di armonizzazione, stabilendo norme relative ai prodotti o ai processi industriali.

Tuttavia, è opportuno fissare un equilibrio, come già accennato, tra la necessità di armonizzare le misure fiscali adottate dai singoli stati, per garantire la libera circolazione delle merci, ed il principio di sussidiarietà, che consente ai Paesi membri di introdurre ulteriori restrizioni per proteggere l'ambiente.

¹⁹ Per la realizzazione degli obiettivi comunitari, non poteva essere trascurato lo strumento fiscale per la rilevanza che esso assume; esso è, infatti, il fattore economico in grado di influenzare la politica economica e quindi lo sviluppo dell'attività imprenditoriale. Carmini-Mainardi, Elementi di diritto tributario comunitario, CEDAM, Padova, 1996, pag. 47.

I vantaggi derivanti dall'armonizzazione comunitaria (quali la non discriminazione e le economie di scala) devono necessariamente essere raffrontati con quelli conseguibili dagli Stati membri lasciati liberi di applicare, a certe condizioni, gli strumenti fiscali, che spesso risultano più adeguati ad affrontare i problemi ambientali nazionali e riflettono meglio le strutture specifiche dei costi.

Da queste considerazioni, emerge chiaramente in ambito fiscale il superiore prevalere di una delle competenze fondamentali dello Stato: *la creazione e riscossione delle imposte, principale fonte di finanziamento e fondamento della sua stessa esistenza.*

A ciò si aggiunge che le imposte dirette, oltre a rappresentare la principale e più cospicua fonte impositiva degli Stati, costituiscono anche lo strumento consuetudinario di cui i governi si avvalgono per realizzare le proprie politiche fiscali.

Se ne deduce, pertanto, che sebbene lo sforzo armonizzatore delle legislazioni interne abbia investito in modo concreto la fiscalità indiretta, non ha prodotto gli stessi risultati in materia di fiscalità diretta, per le resistenze interne attuate dagli Stati membri che, in tal modo, hanno inteso difendere la propria sovranità in materia, giudicandola di tale interesse

nazionale da collocarsi in una posizione prioritaria anche rispetto al diritto comunitario.

Una delle maggiori resistenze si è verificata proprio in relazione alla necessità di fronteggiare in maniera efficace le cosiddette diseconomie esterne.

Con particolare riguardo al principio della residenza, nel settore tributario, il principio di non discriminazione è stato utilizzato da parte della Corte di giustizia soprattutto allo scopo di eliminare, o quantomeno ridurre, gli effetti pregiudizievoli e distorsivi scaturenti da fattori quali l'appartenenza dei soggetti passivi ad ordinamenti giuridici diversi, o la provenienza di merci da uno Stato della Comunità piuttosto che da un altro.

Tuttavia, l'azione comunitaria intrapresa in base a questa norma ha incontrato difficoltà ad affermarsi in quanto le distorsioni causate dalla semplice coesistenza di regimi fiscali differenti, non costituiscono di per sé una violazione dei principi comunitari.

La prospettiva di un'armonizzazione fiscale comunitaria nell'ambito delle imposte dirette è, dunque, complicata dall'incertezza circa la scelta dello strumento normativo più idoneo di integrazione positiva.

Proprio a causa di tali difficoltà, ha assunto un ruolo in tal senso sempre più importante la giurisprudenza della Corte di Giustizia, che, attraverso la

fondamentale collaborazione degli organi giurisdizionali nazionali, e su impulso della Commissione europea, ha giudicato in via pregiudiziale tutta una serie di problematiche che il completamento del mercato interno ha via via posto in evidenza.

Infatti, la situazione di un'Europa unita, ma ancora divisa in molteplici regimi fiscali diversi, ha fatto sì che emergessero svariate questioni di compatibilità delle disposizioni fiscali interne con i principi fondanti dell'Unione Europea, la cui risoluzione è stata rimessa al vaglio della Corte Comunitaria.

La Corte ha, infatti, provveduto a garantire la progressiva rimozione degli ostacoli fiscali percorrendo la strada della integrazione negativa (*negative integration*), sottoponendo, cioè, le disposizioni tributarie nazionali e convenzionali, al vaglio dei principi fondamentali del diritto Comunitario quali, appunto, il divieto di discriminazione e le c.d. libertà comunitarie.

Al riguardo, analizzando l'evoluzione giurisprudenziale della Corte in materia tributaria, un primo importante passo si è avuto con una serie di note sentenze emesse sulla conformità al menzionato principio comunitario della distinzione tra residenti e non residenti che, ai fini dell'applicazione delle norme in materia di imposizione diretta, è generalmente effettuata dalle legislazioni nazionali.

Come si può comprendere, le modalità di impostazione dei sistemi fiscali degli Stati aderenti alla Comunità sono suscettibili, in linea di principio, di determinare una violazione delle norme del Trattato che dispongono le quattro libertà fondamentali.

Questa situazione si può verificare in quanto un cittadino di uno Stato membro che svolge un'attività economica in un altro Stato membro senza tuttavia divenire, ai fini fiscali, residente dello stesso, può risultare discriminato rispetto ai cittadini dell'altro Stato che sono anche fiscalmente residenti nello stesso; ciò perché lo status di non residente potrebbe determinare un onere fiscale superiore pur in presenza dei medesimi presupposti (e, in particolare, del medesimo reddito conseguito).

§ 2.3 I motivi di giustificazione di eventuali discriminazioni

Il principio di non discriminazione in campo fiscale, fin qui esaminato, non può essere tuttavia letto in senso assoluto, atteso che sussiste più di un'ipotesi che, seppur non espressamente codificata, giustifica l'esistenza di situazioni discriminatorie.

Una prima fattispecie è quella della "coerenza del sistema fiscale", per la prima volta affermata in occasione della sentenza *Bachmann* del 1992.

La vicenda, infatti, riguardava una disposizione fiscale belga che impediva ai contribuenti di quello Stato la deduzione dei premi di un'assicurazione versati ad imprese di altri Stati.

La Corte, dopo aver escluso che le disposizioni in vigore in Belgio potessero giustificarsi in base all'esigenza di effettuare adeguati controlli fiscali, ha tuttavia ritenuto che la stessa potesse trovare fondamento nell'esigenza di assicurare la coerenza del sistema fiscale.

Sulla base di questa considerazione, la Corte ha ritenuto che "la coerenza di siffatto regime fiscale, la cui configurazione spetta a ciascuno Stato membro, presuppone, pertanto, che nell'ipotesi in cui sia obbligato ad ammettere la detrazione dei contributi d'assicurazione sulla vita versati in un altro Stato

membro, lo Stato in questione possa percepire l'imposta sulle somme dovute dagli assicuratori".

Peraltro, la Corte ha ritenuto necessario verificare ulteriormente se vi fosse una modalità alternativa che garantisse comunque la tassazione delle somme erogate dalle assicurazioni straniere.

Poiché nella fattispecie tale modalità non risultava verificata la Corte ha concluso che "le disposizioni come quelle della legge belga in questione sono giustificate dalla necessità di garantire la coerenza del regime fiscale cui esse fanno parte, e che non sono quindi contrarie all'art. 48 del Trattato".

E' comunque interessante notare che la Corte ha raggiunto la propria conclusione solo dopo aver esaminato in via specifica le caratteristiche del sistema fiscale belga e dopo aver rilevato che, nella fattispecie, non erano disponibili modalità alternative per assicurare la coerenza del sistema.

Una seconda ipotesi da verificare riguarda le disposizioni domestiche c.d. procedurali o, in senso lato di accertamento, mirate a prevenire l'evasione, nei confronti delle quali pure dovrebbe applicarsi il principio *de quo*.

Tali disposizioni, infatti, ben possono contrastare con le libertà comunitarie, *in primis* quella di circolazione di capitali e di stabilimento delle persone giuridiche.

Sotto tale profilo, la Corte ha fatto più volte applicazione del principio di proporzionalità, in base al quale, per usare l'espressione adottata dalla Corte nella sentenza *Bordessa* del 23 febbraio 1995, occorre "accertare se la misura nazionale controversa sia necessaria alla tutela degli scopi perseguiti e se detti scopi non possano essere perseguiti con criteri meno restrittivi della libera circolazione dei capitali".

In altri termini, in relazione al suddetto principio, le disposizioni antiabuso, per poter essere considerate legittime devono essere idonee allo scopo che si intende perseguire; contestualmente, poi, non devono essere eccessive rispetto a quanto strettamente necessario per il raggiungimento dello scopo che si intende perseguire.

La prima sentenza che in ordine di tempo si è occupata delle disposizioni antiabuso introdotte dagli Stati membri in occasione del recepimento di direttive comunitarie è quella concernente la causa *Denkavit*, di cui si dirà più approfonditamente.

Il principio di proporzionalità è stato poi implicitamente richiamato dalla Corte nella sentenza *Leur Bloem* del 1997.

Infine, esso ha trovato applicazione nella controversia relativa al divieto posto a carico delle persone fisiche residenti in Belgio, dal decreto (belga) di

emissione di un prestito pubblico (esente da ritenute sugli interessi), collocato in Germania.

La Corte ha, infatti, respinto, anche in base al principio di proporzionalità, le motivazioni del governo belga, secondo il quale il divieto trovava giustificazione nella necessità di impedire la (potenziale) evasione fiscale dei propri residenti.

§ 2.4 Il mancato riconoscimento delle agevolazioni fiscali come causa di discriminazione.

Particolarmente rilevante risulta il problema del riconoscimento delle agevolazioni fiscali, nei confronti di persone e beni provenienti da un diverso Paese; il mancato conferimento dei benefici fiscali, nei confronti di uno straniero o di un prodotto importato, trova spesso una sua giustificazione, in quanto il presupposto per la concessione delle stesse consiste nella conoscenza delle condizioni relative poste dall'ordinamento nazionale.

Tale conoscenza spesso non risulta agevole, in quanto ciascun Paese può ovviamente procedere ad accertamenti negli altri Paesi solo attraverso la cooperazione con le autorità.

E' evidente, quindi, lo scopo antielusivo ed antievasivo delle norme tributarie che non estendono ai non residenti le agevolazioni fiscali di cui possono godere i residenti: si vuole, infatti, evitare che i primi ne abusino, nel caso in cui non vantino i requisiti previsti da tali norme o nell'ipotesi in cui abbiano già beneficiato della stessa agevolazione nel Paese di residenza. Più in generale può dirsi che lo scopo antielusivo ed antievasivo costituisce

una delle principali ragioni del diverso trattamento fiscale dei non residenti previsto dall'ordinamento interno; tale finalità deriva dalla difficoltà che l'Amministrazione finanziaria di un Paese incontra nell'accertamento della situazione fiscale personale di un non residente che produce reddito nello Stato della fonte.

In materia di agevolazioni fiscali, il Modello OCSE delle convenzioni internazionali, dirette ad evitare la doppia imposizione, traccia dei limiti ben precisi, stabilendo che uno Stato contraente, che concede un'agevolazione fiscale a carattere personale ai propri residenti, non è obbligato a riservare lo stesso trattamento ai non residenti, ma è tenuto a concedere la medesima disciplina che viene riservata ai propri cittadini che risiedono nell'altro Stato contraente.

Un indice reale di individuazione degli elementi comuni in misure fiscali agevolative è il profilo funzionale; in quest'ottica si sostiene che si possono considerare agevolazioni solo quei trattamenti tributari ispirati unicamente a finalità di tipo economico, politico, sociale e che per essere tali si traducono in sovvenzioni mascherate.

Il trattamento tributario non è da ritenersi agevolativo qualora l'aspetto funzionale coesista con altri, determinandosi pertanto una tendenza ad equiparare le agevolazioni alle sovvenzioni.

D'altro canto si è anche sostenuto che l'aspetto funzionale non è un criterio assoluto e costituisce solo uno degli elementi caratterizzanti le agevolazioni; il criterio teleologico, cioè, non è il solo rilevante ed utilizzabile per individuare le agevolazioni.

La pluralità ed il relativismo degli elementi che caratterizzano le agevolazioni fiscali comporta che ad una stesa norma possa riconoscersi o meno quella qualificazione a seconda dell'elemento di comparazione adottato, ciò che equivale in definitiva ad una negazione dell'oggettività del fenomeno²⁰.

Le complessità intrinseche nel procedimento di qualificazione di una norma come fiscalmente agevolativa, rende evidentemente delicato il compito interpretativo.

Infatti, nel caso in cui una norma agevolativa sia a carattere eccezionale (in quanto preveda una esenzione in deroga ad un'altra norma istitutiva di un altro tributo), in ordinamenti come quello italiano, non è applicabile analogicamente nei confronti di cittadini non residenti o di merci importate (art. 14 disp. prel. c.c.).

Per verificare la conformità del diverso trattamento di merci o soggetti stranieri ai principi di eguaglianza e di non discriminazione è spesso, dunque, necessario stabilire se la norma nazionale agevolativa che prevede

²⁰ Fichera, *Le agevolazioni fiscali*, Padova, 1992

limiti sia giustificata, con particolare riferimento allo scopo perseguito o ad interessi pubblici di natura finanziaria e fiscale.

Poiché peraltro l'aspetto funzionale non è l'unico elemento caratterizzante le agevolazioni fiscali, la presenza di altri elementi (quali l'esistenza della stessa capacità contributiva) giustifica e legittima l'estensione del trattamento fiscale favorevole nei confronti dei cittadini non residenti o di merci importate, in conformità al principio di non discriminazione posto da norme internazionali. In tal senso la Corte di Giustizia Europea ha ritenuto che il diverso trattamento fiscale dei lavoratori dipendenti transfrontalieri non residenti, assume il carattere discriminatorio e viola tale libertà fondamentali, nei casi in cui essi producono un reddito significativo nel Paese di residenza.

In tali casi l'elemento comune, necessario al riconoscimento dell'agevolazione fiscale prevista da una norma interna anche nei confronti del non residente, è stato individuato nella stessa capacità contributiva dei soggetti residenti beneficiari dell'agevolazione.

In altri casi, invece, la Corte di Giustizia Europea ha considerato il mancato riconoscimento di agevolazioni nei confronti di non residenti compatibile con il principio di non discriminazione, in quanto garantiva la coerenza del sistema fiscale nazionale, risultando in armonia con le norme del Trattato.

Così, ad esempio, in materia di imposte dirette, al fine di verificare la razionalità delle scelte del legislatore di differenziazione del trattamento fiscale delle merci, l'elemento non comune, caratterizzante l'agevolazione, che ha impedito l'estensione al prodotto straniero, è stato individuato nel perseguimento di obiettivi di politica economica nazionale.

§ 2.5 L'attuazione del principio di non discriminazione

Dalle considerazioni che precedono emerge con sufficiente evidenza che la concreta attuazione del principio di non discriminazione negli ordinamenti dei paesi membri dell'Unione postula non già la necessità di un generalizzato appiattimento delle legislazioni d'imposta sotto il profilo delle basi imponibili, delle aliquote e delle procedure, quanto, piuttosto, uno sforzo di eliminazione degli eventuali concreti ostacoli frapposti alla libera circolazione di persone, imprese e capitali da ingiustificabili differenze impositive, non solo sostanziali, ma anche procedurali esistenti tra i vari Paesi.

In questa ottica, mentre saranno coerenti con lo spirito comunitario differenze di presupposti e di basi imponibili, in quanto necessitate e giustificate dalla sussistenza di differenze giuridiche ed economiche sostanziali esistenti tra i vari Paesi, meno tollerabili appaiono fenomeni di differenze impositive fondati esclusivamente su tradizioni storiche (paradisi fiscali nei territori già colonie di Paesi membri e/o su politiche fiscali volte esclusivamente a stimolare l'insediamento di attività produttive).

Altrettanto ingiustificabili risulteranno quelle “discriminazioni di fatto” tra soggetti operanti in Paesi diversi, fondate su differenziazioni procedurali, processuali ed applicative determinate dalla mera inefficienza burocratica ed amministrativa e non già dalla natura giuridica del sistema impositivo.

Si possono ritenere quali violazioni del principio di non discriminazione, ad esempio, talune deteriori manifestazioni di inefficienza amministrativa, quali i considerevoli ritardi connessi all’esecuzione dei rimborsi d’imposta, i lunghi tempi necessari per la definizione del contenzioso tributario, l’impossibilità di ottenere in via anticipata pronunce vincolanti dell’Amministrazione finanziaria (*c.d. ruling*), le spesso evidenti sperequazioni nell’esecuzione e svolgimento di verifiche generali e/o particolari, l’abuso di sistemi paracatastali e/o di presunzioni assolute per la determinazione degli imponibili, etc²¹..

²¹ R.Ragazzi op. ult. cit

CAPITOLO TERZO

LE LIBERTÀ FONDAMENTALI TUTELE DAL TRATTATO U.E.

§ 3.1 Diritto internazionale

Un principio di non discriminazione fiscale nel diritto internazionale consuetudinario non è facilmente rintracciabile.

Nessun principio previsto dallo *ius non scriptum* può precludere la sovranità di uno Stato di istituire un'imposta più gravosa su un prodotto straniero o nei confronti di un soggetto non residente.

Agli Stati, infatti, compete un'ampia sovranità tributaria, giustificando il diverso trattamento con la piena autonomia dello Stato di ricorrere a misure protezionistiche a favore dei prodotti cittadini e dei propri prodotti²².

²² Non esiste una regola generale consuetudinaria riconosciuta a livello internazionale che vieti in modo assoluto la discriminazione fiscale. Se essa esistesse, infatti, il principio di eguaglianza sarebbe violato in tutti i casi in cui gli Stati garantiscono ad esempio alle imprese straniere un trattamento fiscale più favorevole di quello riservato alle imprese nazionali al fine di favorire investimenti di capitali esteri ed in genere per ragioni di politica economica. In tal senso Adonnino, *Non discrimination rules in international taxation*.

Non esiste una regola generale consuetudinaria riconosciuta a livello internazionale che vieti in modo assoluto la discriminazione fiscale.

Se essa esistesse, infatti, il principio di eguaglianza sarebbe violato in tutti i casi in cui gli Stati garantiscono ad esempio alle imprese straniere un trattamento fiscale più favorevole di quello riservato alle imprese nazionali al fine di favorire investimenti di capitali esteri ed in genere per ragioni di politica economica²³.

Si è, però, anche sostenuto che il principio di non discriminazione fiscale nel diritto internazionale consuetudinario potrebbe essere desunto in base alla reciprocità.

Tuttavia non si può affermare con certezza che esista un divieto generale, internazionalmente riconosciuto da parte degli Stati, di discriminare fiscalmente i cittadini stranieri o i non residenti ed è raro che i trattamenti reciproci in materia fiscale vengano basati sulle relazioni internazionali consuetudinarie intercorrenti tra gli Stati.

Tutto ciò è facilmente dimostrabile considerando che gli Stati introducono, in quasi tutti gli accordi bilaterali in materia tributaria, la clausola di non discriminazione tra soggetti nazionali e stranieri; la stipula di tali accordi con

²³ Adonnino, *Non discrimination rules in international taxation*

siffatte clausole è la prova dell'inesistenza di un principio di eguaglianza consuetudinario in materia fiscale.

In conclusione, nel diritto internazionale non esiste un principio generale che imponga la reciprocità nel trattamento fiscale degli stranieri e che, quindi, vieti la discriminazione fiscale, ma in tale prospettiva sono rilevabili unicamente limiti di natura pattizia.

Le clausole di non discriminazione sono contenute essenzialmente negli accordi internazionali allo scopo di incentivare lo sviluppo dei rapporti economici e commerciali tra le Nazioni, allo stesso tempo, il cittadino straniero nello svolgimento della propria attività commerciale e finanziaria in uno Stato contraente.

In tal modo l'adattamento degli ordinamenti nazionali alle norme di diritto internazionale tributario pone limitazioni e modificazioni al diritto tributario interno, mediante un processo di integrazione dall'esterno.

Un'analisi di tali clausole pattizie consente di comprendere che esse non vietano mai direttamente ed in modo assoluto la discriminazione, ma piuttosto individuano una serie di fattispecie da disciplinare in modo neutrale.

E' questo il principio di neutralità fiscale internazionale²⁴, il quale consiste essenzialmente nell'eliminazione di ogni differenza di trattamento effettivo del reddito prodotto da un soggetto all'interno di due diversi Stati contraenti, quello di residenza e quello di occupazione, in modo che la redditività netta degli investimenti non risulti pregiudicata dalle norme fiscali dei due diversi ordinamenti.

Obiettivo che è perfettamente realizzato in una ipotesi di equilibrio nella quale ogni Stato adotta un proprio sistema fiscale coordinato, armonizzato ed integrato con quello degli altri Stati.

Il principio di *neutralità fiscale* internazionale può essere sviluppato innanzitutto in un'ottica di neutralità esterna (*capital import neutrality*), prevedendo che ai soggetti che producono reddito, anche o solo all'estero, venga accordato lo stesso trattamento tributario che è riservato dallo Stato nel cui territorio il reddito viene prodotto ai soggetti ivi residenti; in tal caso, il principio di *neutralità fiscale* si configura come criterio di non discriminazione tra i cittadini residenti e non all'interno dello Stato in cui viene prodotto il reddito.

²⁴ La Corte di Cassazione italiana (Sent. Sez. III, pen. N. 150 del 19.01.1994) ha, nello specifico, stabilito che il principio di neutralità fiscale consiste nel non operare trattamenti discriminatori tra i prodotti nazionali ed importati che ostacolano la libera circolazione delle merci.

Se, invece, il sistema tributario accorda ai soggetti che producono reddito, anche o solo all'estero, lo stesso trattamento riservato ai soggetti che producono reddito esclusivamente entro lo Stato di residenza, si realizza una neutralità fiscale di tipo interno.

La piena attuazione della neutralità interna, inoltre, postula che si riservi al contribuente, che produce parte del reddito all'estero, non solo lo stesso trattamento fiscale riservato ai cittadini residenti nello stesso Stato che producono reddito esclusivamente all'interno di quest'ultimo, ma che si riservi, dicevamo, al primo lo stesso trattamento concesso agli altri soggetti dello stesso Stato che producono reddito all'estero.

La neutralità interna si attua generalmente attraverso accordi internazionali, che prevedono la concessione di un credito d'imposta per i tributi assolti all'estero, con un rimborso dell'eccedenza rispetto al *quantum* in base all'aliquota interna.

Tornando al principio di neutralità esterna, invece, esso si realizza concedendo il beneficio dell'esenzione del reddito prodotto all'estero da parte del Paese di residenza.

Una piena neutralità fiscale internazionale non dovrebbe peraltro distinguersi in interna ed esterna, in quanto una neutralità fiscale attuata solo in un'ottica

unidirezionale alternativa (esterna o interna) eliminerebbe solo un tipo di influenza, risolvendosi in definitiva come una non neutralità.

Infatti, una situazione di neutralità interna, evitando l'influenza esterna esercitata dai Paesi che offrono maggiori vantaggi fiscali, annulla il beneficio di un investimento all'estero, trasformando, quindi, una situazione di neutralità fiscale interna in un condizionamento negativo sulla libertà di scelta di investimento da parte di un'impresa.

Negli accordi commerciali, generalmente, attraverso apposite clausole fiscali, viene esteso ai cittadini di altri Stati contraenti lo stesso trattamento riservato ai cittadini nazionali o il trattamento riservato ai cittadini di uno Stato terzo se esso risulta più favorevole: nel primo caso si attua il trattamento nazionale, mentre nel secondo la clausola della nazione più favorita.

La ***“clausola della nazione più favorita”*** garantisce l'estensione automatica dei trattamenti privilegiati che un Paese ha concesso e concederà in futuro ad un altro Paese o a qualunque Paese terzo.

Tale clausola non è una norma di diritto internazionale comune, ma regola varie materie ed è spesso formulata in modo diverso, può

pertanto essere incondizionata o meno, bilaterale o unilaterale, può avere carattere generale o determinato²⁵.

La clausola della nazione più favorita è a contenuto essenzialmente mutevole, sia per il venire meno dei benefici di cui gode il terzo più favorito, sia per la sopravvenuta previsione di un trattamento ancora più favorevole.

Scopo della parità di trattamento, che la clausola della nazione più favorita tende a perseguire, è quello di offrire uguali possibilità concorrenziali nell'ambito di un determinato mercato, senza alterare, mediante misure discriminatorie, la posizione di ciascuno rispetto alle altre nazioni.

Le clausole fiscali riconosciute dagli accordi commerciali possono peraltro porsi in contrasto con le disposizioni previste dalle Convenzioni fiscali internazionali.

Nel caso di conflitto tra le diverse norme internazionali, i criteri di risoluzione possono essere variabili: in altri è la natura speciale delle convenzioni fiscali, rispetto alla portata più generale degli accordi commerciali, che determina la prevalenza delle prime rispetto ai secondi.

Tuttavia può anche darsi il caso in cui le clausole previste dagli accordi commerciali contemplino una sfera di azioni più contenuta rispetto alle

²⁵ Triggiani, *Il trattamento della nazione più favorita*, Napoli, 1984.

Convenzioni fiscali, riproducendo così il criterio di soluzione dei conflitti tra norme internazionali.

Deve, infine, essere considerato il rapporto tra la clausola della nazione più favorita e le disposizioni internazionali particolari, per evitare la doppia imposizione.

Infatti, le convenzioni bilaterali contro le doppie imposizioni escludono, talvolta in maniera espressa, l'applicazione della clausola della nazione più favorita alle disposizioni stesse in materia di doppia imposizione.

§ 3.2 La libertà di stabilimento

Sebbene il Trattato non definisca esplicitamente il principio di eguaglianza di trattamento fiscale, la disciplina relativa alla libertà di stabilimento costituisce una delle fonti principali di tale principio all'interno della Comunità.

Alla Corte di Giustizia spetta di interpretare le norme del Trattato che garantiscono le libertà fondamentali e conseguentemente di individuare la compatibilità delle leggi tributarie nazionali con l'ordinamento comunitario; il contenuto del diritto di stabilimento (previsto dall'art. 52 del Trattato: *"Nel quadro delle disposizioni che seguono, le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono gradatamente soppresse durante il periodo transitorio. Tale graduale soppressione si estende altresì alle restrizioni relative all'apertura di agenzie, succursali e filiali, da parte dei cittadini di uno Stato membro. La libertà di stabilimento importa l'accesso alle attività non salariate ed al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese ed in particolare di società ai sensi dell'art. 58, secondo comma, alle condizioni definite dalla legislazione del Paese di stabilimento nei confronti*

dei propri cittadini, fatte salve le disposizioni del capo relativo ai capitali)
non può essere, infatti, ristretto da tali leggi.

Nell'ambito della disciplina relativa all'articolo in commento, si suole distinguere un diritto di stabilimento a titolo *principale* da un diritto di stabilimento a titolo *secondario*.

Il diritto di stabilimento a titolo principale, consistente nell'accesso all'esercizio di un'attività economicamente rilevante in un Paese membro diverso da quello di origine, è configurabile solo per le persone fisiche; mentre quello secondario riscontrabile nell'apertura in un Paese diverso da quello di residenza ed in cui è posta la sede sociale, di una sede secondaria per l'esercizio della propria attività economica, si riferisce alle imprese e alle società costituite ai sensi dell'art. 58, 2°c., cioè alle società e a tutti gli enti collettivi costituiti conformemente alla legislazione di un Paese membro, aventi sede sociale, amministrazione o centro dell'attività principale all'interno della Comunità Europea.

Pertanto il diverso trattamento delle imprese, basato sul luogo in cui esse hanno la sede principale, stabilito dagli ordinamenti tributari nazionali, contrasta con le garanzie poste dal Trattato.

In particolare, il diritto di stabilimento non può essere violato da disposizioni discriminatorie interne in materia di imposizione sul reddito e pertanto gli

Stati membri, essendo gli unici titolari della potestà tributaria in materia di imposte dirette, devono esercitarla nel rispetto del diritto comunitario, che vieta qualsiasi discriminazione, diretta o indiretta basata sulla cittadinanza²⁶. Per tale principio analoga tutela si estende anche alle stabili organizzazioni di imprese che operano in altri Paesi membri; esse, in quanto non residenti, non possono essere discriminate rispetto alle imprese residenti che sono sottoposte allo stesso regime fiscale, poiché, assoggettando alla stessa imposizione due diversi soggetti passivi, il legislatore ammetterebbe implicitamente che non esiste alcuna obiettiva differenza di situazione che possa giustificare un diverso trattamento.

In mancanza di armonizzazione fiscale tra i sistemi impositivi dei Paesi membri della Comunità, il trattamento di una stabile organizzazione dipende dalle norme tributarie di diritto interno che ineriscono ad essa; assume rilevanza a tal proposito l'art. 52, che proibisce agli Stati membri di riservare, a coloro che esercitano il diritto di stabilimento, trattamenti fiscali che differiscano da quelli concessi ai propri cittadini.

Una violazione della libertà di stabilimento si rileva nel caso in cui la legislazione fiscale di uno Stato membro riconosca il rimborso degli interessi moratori (dovuti in seguito alla riscossione illegittima di un'imposta) alle

²⁶ Sul punto le sentenze della Corte di Giustizia: *Avoir fiscal*, del 16.10.1986, causa 270/83, in Racc., pag. 273, *Biehl*, del 08.05.1990, causa C-175/88, in Racc., pag. 1779, e *Wielockx* del 11.08.1995, causa C-80/94, in Racc., pag. 2493.

società aventi la loro residenza fiscale in quel Paese e lo escluda per una stabile organizzazione di un'impresa, avente la sede sociale in un altro Paese membro, che si trovi nella medesima situazione dell'impresa residente.

Con la sentenza della Corte di Giustizia *Commerzbank* C-330/91 del 13/7/1993, riguardante un istituto di credito tedesco che, avendo concesso prestiti a società americane attraverso la sua filiale inglese, aveva versato imposte nel Regno Unito sugli interessi corrisposti dalle società mutuarie.

La Commerzbank aveva in seguito ottenuto un rimborso dell'imposta pagata ai sensi della Convenzione per evitare la doppia imposizione sul reddito conclusa tra Regno Unito e Stati Uniti nel 1946, ma le veniva respinta l'istanza di restituzione degli interessi moratori da parte dell'Amministrazione finanziaria inglese, in quanto non residente nel Regno Unito.

La banca proponeva ricorso davanti alla Corte di Giustizia sostenendo che il rifiuto di restituire gli interessi moratori a soggetti non residenti costituiva una limitazione alla loro libertà di stabilimento.

La Corte di Giustizia, condividendo tali argomentazioni, accoglieva il ricorso.

Per quanto riguarda il diritto di stabilimento a titolo principale delle persone fiscali, una interessante situazione è stata esaminata nella decisione della

Corte di Giustizia relativa al caso *Werner*, 26.01.1993, causa C-112/91, in cui il ricorso proposto da un contribuente è stato rigettato per mancanza di requisiti rilevanti previsti dal Trattato.

Tale sentenza riguardava un cittadino professionista tedesco, residente nei Paesi Bassi e che lavorava nella R.F.T.; questi era assoggettato ad un'imposta in quest'ultimo Paese da quando svolgeva la sua attività, ma sottoposto ad uno speciale regime applicabile ai non residenti più gravoso in quanto non poteva beneficiare di certe agevolazioni fiscali.

La Corte ha stabilito che l'art. 52 non proibisce ad uno Stato membro di gravare maggiormente i cittadini non residenti che esercitino professioni all'interno del loro territorio rispetto agli stessi cittadini residenti ed inoltre, ha considerato non applicabile l'art. 52 in quanto il cittadino non aveva invocato la libertà di stabilimento per poter esercitare la professione nell'altro Stato membro che era tra l'altro il suo Stato di appartenenza.

L'art.52 del Trattato, ad avviso della Corte, tutela il diritto di stabilimento per ragioni economiche, come lo svolgimento di un'attività professionale in un altro Stato membro diverso da quello di origine e non per obiettivi meramente residenziali.

L'applicabilità dell'art. 52 in materia fiscale nei confronti delle persone fisiche è stata considerata diversamente nel caso *Wielockx*²⁷, ove si afferma che il contribuente non residente, che percepisce la totalità o la quasi totalità dei propri redditi nello Stato in cui svolge l'attività lavorativa, si trova nella stessa situazione, ai fini dell'imposizione personale, di colui che risiede nello Stato medesimo ivi svolgendo la stessa attività.

Entrambi sono soggetti ad imposizione in quello Stato e la base imponibile è la stessa; pertanto, nel caso in cui al contribuente non residente non sia riconosciuta la deducibilità fiscale prevista per il residente, si avrà discriminazione.

In tale ipotesi assume, quindi, maggior rilievo, ai fini dell'equiparazione tra residente e non residente, l'eguale capacità contributiva personale, desumibile dalla verifica della situazione fiscale complessiva del non residente, rispetto al medesimo regime fiscale applicato nei confronti dei due soggetti.

²⁷ Sentenza del 11.08.1995, causa 80/94, in *Racc.*, pag. 2493. Nel caso *Wielockx*, alla luce di quanto affermato nella sentenza *Schumacker*, la Corte di Giustizia ha introdotto il metodo della comparazione fiscale complessiva al fine del riconoscimento dello stesso trattamento fiscale tra residenti e non residenti. Cfr. *Amatucci, Il principio di non discriminazione fiscale*, pag. 136

§ 3.3 Le altre libertà : circolazione dei lavoratori e circolazione dei capitali

Oltre alla libertà di stabilimento e alla libera circolazione delle merci, il Trattato sancisce altre due libertà fondamentali: la libertà di circolazione dei lavoratori all'interno dello spazio comunitario e la libertà di circolazione dei capitali e dei servizi.

3.3.1 Libera circolazione dei lavoratori

L'art. 48 del Trattato, con la finalità di agevolare lo svolgimento da parte dei cittadini comunitari di attività lavorative subordinate al di fuori dello Stato di origine, garantisce la parità di trattamento tra i lavoratori, attraverso la rimozione di qualsiasi ostacolo discriminatorio alla libera circolazione frapposto dalle legislazioni degli Stati membri.

L'art. 48 stabilisce che: "La libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità è assicurata al più tardi al termine del periodo transitorio. Essa implica l'abolizione di qualsiasi discriminazione, fondata sulla

nazionalità tra i lavoratori degli Stati membri , per quanto riguarda l'impiego, la retribuzione e le altre condizioni di lavoro”.

Tale norma deve considerarsi limitativa della potestà tributaria di uno Stato membro nei confronti di un cittadino di un altro Stato membro, nel caso in cui essa di fatto ostacoli la libera circolazione dei lavoratori.²⁸

L'art. 48 del Trattato, anche se espressamente vieta solo la discriminazione basata sulla cittadinanza, vieta, “indirettamente”, ogni altra forma di discriminazione che fondandosi su altri criteri addiuvine allo stesso risultato.

Diverse, infatti, sono le fattispecie discriminatorie basate sulla residenza nel settore delle imposte dirette, esse sono considerate tali qualora contengano fattispecie che prevedano per il lavoratore non residente imposte dirette più gravose rispetto al residente.

Non è vietata comunque ogni distinzione legislativa a livello tributario tra residenti e non residenti, ma solo quel diverso trattamento che provochi una situazione di svantaggio ingiustificato nei confronti del non residente.

²⁸ A garanzia della tutela della libertà di circolazione dei lavoratori da eventuali discriminazioni fiscali, devono richiamarsi due atti comunitari che limitano la potestà tributaria degli Stati membri:

- **il regolamento N. 1612 del 1968** che prevede la parità di trattamento attraverso il divieto di qualsiasi discriminazione fondata sulla nazionalità per quanto riguarda l'impiego, la retribuzione e le altre condizioni di lavoro e garantisce al lavoratore di un altro Stato membro le stesse garanzie fiscali dei lavoratori nazionali. Mattarella, *La libera circolazione dei lavoratori nella CEE*, Milano, 1982, pag. 54.
- **la raccomandazione del 21.12.1993** con la quale la Commissione sollecita gli Stati membri ad eliminare dalla propria legislazione i provvedimenti di discriminazione fiscale.

Il diverso trattamento nei confronti del non residente ha, in generale, una sua logica interna che non contrasta con i principi di libera circolazione delle persone, sanciti dal Trattato; esso, però, diviene discriminatorio ogni qual volta i lavoratori dipendenti producono il loro reddito nel Paese di occupazione, pur non risiedendovi abitualmente e non percependo un reddito significativo nel Paese di residenza.

In simili casi, infatti, i lavoratori non residenti sono di fatto nella medesima posizione dei lavoratori residenti nello Stato di occupazione e, pertanto, deve essere riconosciuto loro lo stesso trattamento fiscale.

Il criterio di collegamento basato sulla residenza del contribuente (che permette nei suoi confronti l'assoggettamento ad imposizione personale da parte di uno Stato) diviene irrilevante qualora la quasi totalità del reddito del lavoratore non residente è prodotta nello Stato della fonte, assumendo, in tal caso, maggior rilievo tale ultima circostanza.

Il diverso trattamento fiscale in base alla residenza, in tali casi, determina una violazione del principio di non discriminazione.

Possono, però, verificarsi delle difficoltà di tipo tecnico di problematica risoluzione, come nel caso in cui il Paese di residenza del contribuente (che produce reddito in un altro Paese membro) applica il credito d'imposta per eliminare la doppia imposizione internazionale.

Nel settore delle imposte dirette è doveroso, quindi, rilevare come il divieto di discriminazione fiscale in base alla residenza debba considerarsi relativo, sulla constatazione delle diverse conseguenze che l'applicazione di esso è in grado di produrre nei singoli casi; cioè, la validità assoluta del divieto di discriminazione, che prescindendo dall'analisi delle differenti situazioni, può condurre a scompensi e disarmonie nel sistema fiscale nazionale.

Tali considerazioni devono collegarsi anche alla funzione antielusiva delle norme tributarie interne, che prevedono un diverso trattamento fiscale nei confronti dei lavoratori, dovendosi peraltro distinguere, a tal fine, tra le situazioni che di fatto si verificano.

Così, se la distribuzione delle fonti del reddito di diversa natura in più di un Paese da parte di uno stesso contribuente può costituire un comportamento elusivo (qualora sia mirata esclusivamente ad evitare che il reddito complessivo sia sottoposto ad imposizione in un solo Stato e, quindi, ad eludere la progressività dell'imposizione), d'altra parte nel caso in cui il reddito prodotto da un contribuente derivi quasi esclusivamente dall'esercizio di attività lavorativa svolta in un altro Paese membro, la produzione dello stesso soggetto di reddito anche nel Paese di residenza non rappresenta certamente violazione mediante artifici e raggiri delle leggi tributarie nazionali.

In tale ipotesi, una norma tributaria interna, che preveda un diverso trattamento, risulta discriminatoria e non può essere giustificata dalla finalità antielusiva²⁹.

3.3.2 Libera circolazione dei capitali

Per quanto attiene alla disciplina dei movimenti di capitali il *Trattato di Maastricht* del 1993 ha modificato in maniera sostanziale incidendo in settori del mercato comune, quali la liberalizzazione dei servizi finanziari, bancari, assicurativi e dei movimenti di capitale, in precedenza di competenza prevalentemente degli ordinamenti interni.

Il *Trattato di Maastricht* considera unitariamente i capitali ed i pagamenti, fino ad allora oggetto di una disciplina disorganica, garantendo (artt. 67-73 e 73B-73H) la libera circolazione in ambito comunitario.

²⁹ Secondo Amatucci, in *Divieto di discriminazione fiscale dei lavoratori subordinatamente nell'ambito dell'U.E.*, in *Dir.e Prat. Trib.*, 1996, II, pag. 154, la decisione della Corte nel caso Schumacker, non ponendo un divieto assoluto di discriminazione nel settore delle imposte dirette, ma tracciando un limite seppure generico oltre il quale il diverso trattamento fiscale è considerato discriminatorio, ha operato una importante discriminazione tra norme interne antielusive, che giustificano il diverso trattamento fiscale, e norme interne discriminatorie, nei confronti dei contribuenti che si trovano in altri Paesi membri che risultano in contrasto con il diritto comunitario.

L'art. 73B a tal fine pone un divieto a carattere generale, che riguarda sia le restrizioni dirette che quelle indirette, previste da disposizioni amministrative, comprese quelle di natura tributaria.

Deve, però, avvertirsi che la Corte di Giustizia non ha riconosciuto l'efficacia diretta delle norme comunitarie sulla libera circolazione dei capitali, disconoscendo, in definitiva, il ricorso a tali norme ai fini della valutazione di compatibilità con il diritto comunitario di quelle norme restrittive che incidono sul reddito di capitale.

Tale orientamento si giustifica considerando che il trattamento fiscale, che ostacola la circolazione dei capitali, contrasta generalmente con le altre libertà fondamentali previste dal Trattato CE, ritenendosi la complementarità appunto della libera circolazione di capitali alle altre libertà fondamentali previste dal Trattato.

Pertanto una restrizione della circolazione dei capitali, che derivi da una legittima restrizione di altre libertà fondamentali e che, quindi, sia compatibile con queste ultime, può non essere proibita dall'art. 73B e non deve essere considerata in base alle norme sulla libera circolazione dei capitali.

L'art. 73D prevede la possibilità di derogare l'art. 73B in taluni specifici casi, consentendo restrizioni in materia tributaria compatibili con il principio

di libera circolazione dei capitali, con la finalità di preservare alcuni interessi degli Stati membri.

La legittimità delle misure restrittive della libertà di circolazione dei capitali è, però, esclusivamente limitata a due categorie di norme, quelle antielusive e antifrode e quelle di ordine pubblico e di pubblica sicurezza.

Così l'art. 73D conferisce agli Stati membri il potere necessario per distinguere gli investitori residenti dai non residenti e tra capitale nazionale e capitale di fonte straniera.

Contestualmente, però, al terzo comma (ponendo il divieto di discriminazione arbitraria³⁰ e di restrizioni ingiustificate alla libera circolazione di capitali) si vuole garantire che, mediante le misure fiscali restrittive adottate, debbano essere effettivamente perseguiti gli obiettivi indicati rigorosamente dalla norma stessa e che, nel caso in cui essi potrebbero essere perseguiti diversamente in maniera non restrittiva o meno restrittiva per i contribuenti, le norme nazionali debbano considerarsi incompatibili con il Trattato, in quanto discriminatorie.

Le misure restrittive devono, quindi, essere ispirate al principio di proporzionalità.

³⁰ Secondo F. Amatucci, *Il principio di non discriminazione fiscale*, cit., pag. 155, la discriminazione arbitraria proibita dal 3°c. dell'art. 73D, va interpretata, alla luce soprattutto della sentenza Schumacker, come il diverso trattamento di contribuenti che si trovano nella stessa situazione, nonostante la residenza o il luogo di investimento

L'art. 73D³¹ cerca di conciliare gli obiettivi di antielusione e di antiabuso delle norme tributarie interne, che prevedono un diverso trattamento dei redditi di capitale con il divieto di discriminazione internazionale previsto dal Trattato. Ma l'obiettivo antielusivo, che giustifica il diverso trattamento fiscale tra contribuenti, non sempre si realizza correttamente in rapporto alle diverse situazioni, che concretamente si verificano.

Come in maniera esemplare ha dimostrato il caso *Schumacker*, talvolta la norma antielusiva diventa discriminatoria, spettando, in definitiva, all'interprete discernere tra la finalità antielusiva che giustifica il diverso trattamento e l'effetto discriminatorio che contrasta con il diritto comunitario.

³¹ Conforti, Diritto internazionale, pag. 310 - Tesauro, Diritto Comunitario pag. 107

CAPITOLO QUARTO

“LE LIMITAZIONI ALLE LIBERTÀ DEL TRATTATO NELLA TASSAZIONE DEI DIVIDENDI”

§ 4.1. L’influenza dei principi generali della normativa comunitaria nell’imposizione diretta.

L’Unione Europea raggiunge i propri fini attraverso la creazione di un mercato comune e di un’unione economica e monetaria unitamente all’implementazione di politiche ed attività comuni (art. 2, Trattato CE).

A tale scopo, le attività espletate dagli Stati membri e dalla Unione comprendono l’adozione di una politica economica comune che si basi sulla stretta collaborazione delle politiche economiche degli Stati membri e sulla definizione di politiche comuni.

L’imposizione diretta, che viene citata solo in poche clausole del Trattato CE, ricade sotto la competenza degli Stati membri.

L’unica possibilità di azione da parte della Comunità in questo settore si trova nell’art. 94 del Trattato : una statuizione di carattere generale applicabile a tutti i settori e che permette l’adozione di misure per

l’emanazione di norme che abbiano un effetto diretto sulla creazione o sul funzionamento del mercato comune.

Il fatto che le decisioni in questo ambito debbano essere prese all’unanimità spiega probabilmente il numero limitato di direttive nel campo dell’imposizione diretta. L’esistenza di un mercato interno implica l’abolizione di tutti gli ostacoli relativi alla libera circolazione di beni, persone e capitali (art. 3/c Trattato CE).

A causa probabilmente del fatto che in un primo momento si dovettero rimuovere molti ostacoli non relativi alla fiscalità, ci si accorse solo successivamente che si sarebbero dovuti rimuovere anche gli ostacoli provocati da misure fiscali.

Ogni dubbio in proposito venne eliminato con la sentenza Schumacker³², confermata successivamente da costante giurisprudenza³³, ove la Corte di Giustizia ha sostenuto che, nonostante l’imposizione diretta ricada sotto la competenza degli Stati membri, detta competenza debba essere da essi esercitata in conformità con la legislazione dell’Unione.

³² Schumacker, Finanzamt Koln-Altstadt v. Roland Schumacker, Case number C279/93 del 14/2/1995.

³³ Sentenze 16 luglio 1998, causa C-264/96, Racc. pag. I-4695, punto 19, e 23 febbraio 2006, causa C-471/04, Keller Holding, Racc. pag. I-2107, punto 28); causa C-80/94 dell’11 agosto 1995, Wielockx, Racc. pag. I-2493, punto 16; causa C-311/97 del 29 aprile 1999, Royal Bank of Scotland, Racc. pag. I-2651, punto 19; 8 marzo 2001 cause riunite C-397/98 e C-410/98, Metallgesellschaft e a., Racc. pag. I-1727, punto 37.

La legislazione comunitaria non contiene nessuna indicazione specifica relativa alla emanazione di norme in materia tributaria salvo implicitamente dettare i principi cui tali norme devono attenersi, vale a dire il rispetto dei principi statuiti nel trattato.

Dal canto suo invece la Corte di Giustizia ha, nella maggior parte dei casi, confutato i tentativi da parte di uno Stato membro di giustificare norme fiscali discriminatorie nei casi in cui detti tentativi fossero basati sulla necessità di conservare la coerenza di un sistema di imposizione fiscale e del principio di territorialità.

Lo stesso dicasi rispetto ad altre giustificazioni, come, ad esempio, la finalità di evitare l'erosione degli introiti generali al di là di una mera diminuzione del gettito fiscale.

La Commissione Europea è sempre stata piuttosto riluttante nel mettere in discussione le legislazioni fiscali nazionali.

Prova ne sia che anche un rapporto abbastanza recente, pubblicato dalla Commissione europea il 5/11/2003, in occasione dell'ingresso nell'UE di nuovi paesi, non contiene nessuna indicazione di situazioni potenzialmente discriminatorie dal punto di vista fiscale.

Nel corso degli ultimi anni, vi è stata un crescente sensibilizzazione a proposito del fatto che i precedenti fissati dalla Corte di Giustizia CE

abbiano portato alla riconsiderazione di alcuni dei principali elementi costitutivi delle legislazioni nazionali in materia di imposizione fiscale.

Questi accadimenti sono descritti da M. Wathelet in un editoriale pubblicato all'inizio del 2004³⁴.

Wathelet include l'Italia in un elenco di paesi le cui principali normative fiscali non sono mai state intaccate dalla Corte di Giustizia, non perché esse siano state dichiarate in modo conclamato essere in linea con la legislazione CE da parte della Corte di Giustizia CE, ma perché non è mai stata portata innanzi alla Corte alcuna vertenza in proposito.

Gli Stati membri stanno cercando di evitare possibili violazioni delle libertà fondamentali nel momento di redigere nuovi progetti di legge; ad esempio, a seguito della sentenza Lankhorst-Hohorst³⁵ l'Italia, la Francia, la Germania e i Paesi Bassi hanno adeguato le proprie legislazioni fiscali.

§ 4.2 La violazione della libertà di circolazione di capitali e della libertà di stabilimento nella Sentenza DENKAVIT

³⁴ Melchior Wathelet, "Direct taxation and EU law: integration or disintegration?", in EC Tax Review 2004-1.

³⁵ Lankhorst-Hohorst, Lankhorst-Hohorst v Finanzamt Steinfurt, Case number C-324/00, I-11779.

L'importanza degli interventi legislativi con cui gli Stati membri devono modificare le proprie norme interne è testimoniata dagli esiti di una recentissima sentenza nella Causa C-170/05 del 14 dicembre 2006, nella quale la CGE ha confermato il principio secondo il quale i dividendi in uscita non possono essere assoggettati nello Stato della fonte (ossia lo Stato di residenza della consociata) ad un livello di imposizione superiore a quello applicabile ai dividendi interni.

Tuttavia, secondo tale sentenza, può essere rilevante considerare se lo Stato di residenza della società madre riconosca o meno un credito d'imposta per la ritenuta applicata dallo Stato della fonte.

Nel formulare le istanze da presentare alla Corte la Commissione terrà conto di questa recente sentenza. Finora, essa ha seguito l'impostazione adottata dalla Corte EFTA nella sentenza Fokus Bank (causa E-1/04), nella quale esplicitamente si dichiarava che la concessione o meno di un credito d'imposta nello Stato di residenza non fosse rilevante.

Le determinazioni di questa sentenza hanno convinto la Commissione europea a decidere di deferire alla Corte di giustizia delle Comunità europee Belgio, Spagna, Italia, Paesi Bassi e Portogallo per le disposizioni delle loro normative in base alle quali alcuni pagamenti di dividendi destinati a società

estere (dividendi in uscita) possono essere tassati più pesantemente di quelli destinati a società nazionali (dividendi interni).

La Commissione ha ritenuto che queste norme siano contrarie al trattato CE e all'accordo SEE in quanto restringono sia la libera circolazione dei capitali che la libertà di stabilimento.

Allo stesso tempo la Commissione ha formalmente richiesto alla Lettonia di modificare la sua legislazione fiscale riguardante i pagamenti di dividendi in uscita alle società.

La richiesta è stata trasmessa in forma di "parere motivato" ai sensi dell'articolo 226 del trattato CE.

Se la Lettonia non risponde in modo soddisfacente al parere motivato entro due mesi, la Commissione può deferire la questione alla Corte di giustizia delle Comunità europee.

"Gli Stati membri non possono tassare i dividendi pagati alle società di altri Stati membri in modo più gravoso dei dividendi pagati alle società nazionali" ha affermato il commissario competente per la fiscalità e l'unione doganale László Kovács.

"Constato con soddisfazione che questo criterio è stato confermato dalla Corte di giustizia nella sentenza Denkvit, causa C-170/05, del 14 dicembre 2006".

Le norme fiscali vigenti in Belgio, Spagna, Italia, Lettonia, Paesi Bassi e Portogallo possono comportare in alcuni casi una tassazione più gravosa dei dividendi in uscita che di quelli interni.

Mentre questi ultimi non sono tassati o sono soggetti a livelli di tassazione molto bassi, i dividendi in uscita sono soggetti ad una ritenuta alla fonte che varia dal 5 al 25%.

Per Belgio, Spagna, Italia, Lettonia e Portogallo la discriminazione riguarda i dividendi in uscita pagati a società di altri Stati membri e dei paesi SEE/EFTA che assicurano un'assistenza adeguata (scambio di informazioni).

Nel caso dei Paesi Bassi la discriminazione riguarda invece soltanto questi ultimi paesi.

La Commissione aveva inviato, il 25 luglio 2006, un parere motivato a Belgio, Spagna, Italia, Paesi Bassi e Portogallo, chiedendo loro di modificare le rispettive legislazioni.

In risposta al parere i Paesi Bassi hanno modificato la loro legislazione, ma soltanto per i dividendi pagati a società di altri Stati membri.

Pertanto, per i Paesi Bassi, la decisione di adire la Corte di giustizia riguarda unicamente i dividendi pagati a società dei paesi SEE/EFTA che assicurano un'assistenza adeguata (scambio di informazioni).

Belgio, Italia e Portogallo non hanno dato alcun seguito al parere motivato, mentre la Spagna ha dato una risposta negativa.

Il 25 luglio 2006 la Commissione aveva inviato un parere motivato anche al Lussemburgo, osservando con soddisfazione che il Lussemburgo ha deciso di porre fine alla discriminazione, la quale peraltro riguardava soltanto i paesi EFTA che assicurano un'assistenza adeguata (scambio di informazioni) ed aggiungendo che l'azione nei confronti del Lussemburgo sarà chiusa non appena esso avrà apportato le necessarie modifiche alle sue disposizioni fiscali.

Con la citata sentenza in Causa C-170/05 del 14 dicembre 2006, la Corte si è pronunciata ancora in tema di libertà di stabilimento disciplinata dall'art. 43 del Trattato CE sanzionando il comportamento di una società francese che assoggettava a diversa tassazione i dividendi distribuiti alle società madri residenti nel medesimo Stato e quelli distribuiti alle società figlie ma residenti in altro Stato UE.

In particolare non era prevista alcuna tassazione per i dividendi distribuiti alla società controllante francese mentre assoggettava ad un 5% quella distribuita alla società madre belga.

È bene anche sottolineare che i dividendi in questione si riferiscono ad un periodo anteriore al 23 luglio 1990, data dell'adozione della direttiva 90/435/CEE meglio conosciuta come direttiva madri - figlie.

La domanda di pronuncia pregiudiziale verteva sull'interpretazione dell'art. 43 CE alla luce della legislazione fiscale francese che, all'epoca dei fatti, prevedeva una ritenuta alla fonte in caso di distribuzione di dividendi da parte di una consociata residente a una società madre non residente, mentre i dividendi distribuiti da una consociata residente a una società madre residente erano quasi totalmente esentati dall'imposta sulle società.

Ai sensi dell'art. 119 bis, n. 2, del *Code général des impôts*, nella versione vigente all'epoca dei fatti, i dividendi distribuiti da una società residente ad una persona fisica o giuridica non avente il proprio domicilio fiscale o la sede in Francia davano luogo all'applicazione di una ritenuta alla fonte al tasso del 25%. Per i dividendi distribuiti da una società residente ad un azionista residente non era prevista alcuna ritenuta alla fonte.

In base agli artt. 145 e 216 del CGI, una società madre, avente la propria sede o un centro di attività stabile in Francia, poteva, nell'ambito della tassazione del reddito delle società, a determinate condizioni, beneficiare di un'esenzione quasi totale sui dividendi distribuiti dalla sua consociata.

Infatti, ad eccezione di una quota del 5%, tali dividendi venivano sottratti dall'utile netto imponibile della società madre e pertanto esentati dall'imposta a suo carico. Tale quota del 5% rimaneva compresa nell'utile netto imponibile della società madre e assoggettata alle aliquote dell'imposta sulle società.

In virtù dell'art. 24, parte A, nn. 1 e 3, della Convenzione franco-olandese, il Regno dei Paesi Bassi può includere nella base imponibile dei suoi residenti gli elementi del reddito che, conformemente a tale Convenzione, sono imponibili in Francia.

Per quanto riguarda gli elementi del reddito imponibili in Francia in base all'art. 10, n. 2, di tale Convenzione, il Regno dei Paesi Bassi concede una riduzione pari all'ammontare dell'imposta riscossa in Francia, riduzione che non può superare l'imposta olandese dovuta sugli elementi predetti.

Considerando che la ritenuta alla fonte prevista dalla legislazione francese controversa colpisce non la società residente che distribuisce i dividendi, ma la società madre non residente alla quale i suddetti dividendi sono versati, mentre una società madre residente può, nell'ambito della tassazione del reddito delle società, beneficiare di un'esenzione quasi totale sui dividendi versati dalle sue consociate, il giudice del rinvio si è chiesto se, riguardo a questo diverso trattamento fiscale, sotto il profilo del meccanismo di ritenuta

alla fonte sui dividendi, una società madre residente ed una società madre non residente siano in una situazione oggettivamente analoga.

Il giudice del rinvio si è chiesto altresì quale sia l'incidenza della Convenzione franco-olandese nella valutazione della compatibilità della ritenuta alla fonte con la libertà di stabilimento.

Da una parte, poiché, in base all'art. 24 di tale Convenzione, una società madre residente nei Paesi Bassi e che riceve i dividendi da una società residente in Francia può, in linea di principio, imputare all'importo dell'imposta da versare nei Paesi Bassi l'imposta riscossa a suo carico in Francia, il giudice del rinvio si chiedeva se la ritenuta alla fonte, autorizzata dalla Convenzione franco-olandese attraverso la fissazione di un'aliquota massima e l'imputazione di tale ritenuta all'imposizione dell'azionista olandese che riceve tali dividendi, possa essere considerata come una semplice modalità di ripartizione dell'imposizione dei dividendi tra la Repubblica francese e il Regno dei Paesi Bassi che non incide sul carico fiscale complessivo della società madre olandese e, pertanto, sulla libertà di stabilimento di tale società.

D'altra parte, il giudice del rinvio solleva la questione della necessità di tener conto del fatto che la società residente nei Paesi Bassi può beneficiare di una tale imputazione soltanto se l'imposta da essa ivi dovuta è superiore alla

riduzione d'imposta che essa può far valere ai sensi dell'art. 24 della Convenzione franco-olandese.

Si deve rammentare che, secondo costante giurisprudenza, se è pur vero che la materia delle imposte dirette rientra nella competenza degli Stati membri, questi ultimi devono tuttavia esercitare tale competenza nel rispetto del diritto comunitario.

Orbene, la libertà di stabilimento, che l'art. 43 CE riconosce ai cittadini della Comunità e che implica per essi l'accesso alle attività non subordinate ed al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese, alle stesse condizioni previste dalle leggi dello Stato membro di stabilimento per i cittadini di questo, comprende, ai sensi dell'art. 48 CE, per le società costituite a norma delle leggi di uno Stato membro e che abbiano la sede sociale, l'amministrazione centrale o la sede principale nel territorio della Comunità europea, il diritto di svolgere la loro attività nello Stato membro di cui trattasi mediante una controllata, una succursale o un'agenzia³⁶.

L'abolizione delle restrizioni della libertà di stabilimento si estende alle restrizioni per la costituzione di agenzie, di succursali o di consociate da

³⁶ sentenze 21 settembre 1999, causa C-307/97, Saint-Gobain ZN, Racc. pag. I-6161, punto 35, e Keller Holding, cit., punto 29.

parte dei cittadini di uno Stato membro stabiliti nel territorio di un altro Stato membro³⁷.

Per quanto riguarda le società, è importante rilevare che la loro sede, ai sensi dell'art. 48 CE, serve a determinare, al pari della cittadinanza delle persone fisiche, il loro collegamento all'ordinamento giuridico di uno Stato.

Ammettere che lo Stato membro di stabilimento della consociata residente possa liberamente riservarle un trattamento diverso per il solo fatto che la sede della società madre si trova in un altro Stato membro svuoterebbe di contenuto l'art. 43 CE³⁸.

La libertà di stabilimento mira così a garantire il beneficio del trattamento nazionale nello Stato membro ospitante della consociata vietando qualsiasi discriminazione, anche minima, fondata sul luogo in cui si trova la sede delle società.

È vero che la Corte ha già dichiarato³⁹ che, nel diritto tributario, la residenza dei contribuenti può rappresentare un fattore che può giustificare norme nazionali che comportano un diverso trattamento tra contribuenti residenti e non residenti.

³⁷ sentenze 28 gennaio 1986, causa 270/83, Commissione/Francia, Racc. pag. 273, punto 13, e Royal Bank of Scotland, cit., punto 22.

³⁸ In tal senso, sentenze Commissione/Francia, cit., punto 18; 13 luglio 1993, causa C-330/91, Commerzbank, Racc. pag. I-4017, punto 13; Metallgesellschaft e a., cit., punto 42, e 13 dicembre 2005, causa C-446/03, Marks & Spencer, Racc. pag. I-10837, punto 37.

³⁹ sentenza Marks & Spencer, cit., punto 37.

Un diverso trattamento tra contribuenti residenti e non residenti non può quindi essere qualificato⁴⁰, di per sé, quale discriminazione ai sensi del Trattato.

Tuttavia una disparità di trattamento tra queste due categorie di contribuenti dev'essere qualificata⁴¹ quale discriminazione ai sensi del Trattato quando non sussiste alcuna obiettiva diversità di situazione tale da giustificare la detta disparità di trattamento.

Nella fattispecie, deriva dalla legislazione nazionale controversa nella causa principale, indipendentemente dall'incidenza della Convenzione franco-olandese, un differente regime fiscale dei dividendi versati dalla consociata residente alla società madre, a seconda che quest'ultima sia o meno residente.

Infatti, mentre le società madri residenti hanno la possibilità di beneficiare di un'esenzione quasi totale sui dividendi riscossi, le società madri non residenti sono invece assoggettate ad un'imposizione per mezzo di una ritenuta alla fonte pari al 25% dell'importo dei dividendi distribuiti.

Pertanto, in virtù della normativa francese, i dividendi versati alle società madri non residenti, a differenza di quelli versati alle società madri residenti, sono oggetto di un'imposizione a catena, in quanto tali dividendi sono

⁴⁰ in questo senso, sentenza Wielockx, cit., punto 19.

⁴¹ in tal senso, vd.citate sentenze Schumacker, punti 36-38 e Royal Bank of Scotland, punto 27.

tassati, una prima volta, a titolo di imposta sulle società a carico della consociata residente che li distribuisce e, una seconda volta, a titolo di ritenuta alla fonte cui è assoggettata la società madre non residente beneficiaria di tali dividendi.

In virtù di quanto detto, la CGE stabilisce nella propria sentenza in commento che una tale differenza di trattamento fiscale dei dividendi tra società madri, in relazione al luogo in cui si trova la loro sede, costituisce una restrizione alla libertà di stabilimento, in linea di principio vietata dagli artt. 43 CE e 48 CE.

La norma tributaria in questione, infatti, scoraggia l'esercizio della libertà di stabilimento da parte delle società stabilite in altri Stati membri, le quali potrebbero di conseguenza rinunciare all'acquisizione, alla creazione o al mantenimento di una controllata nello Stato membro che emana tale norma⁴².

Tuttavia, il governo francese dal canto suo ha fatto valere che la possibilità di beneficiare di un'esenzione quasi totale sui dividendi è egualmente data alle società madri non residenti che dispongono di un centro di attività stabile in Francia. Orbene, riguardo a un dispositivo di trattenuta alla fonte quale è quello controverso, la situazione delle società madri non residenti

⁴² in tal senso, sentenze 12 dicembre 2002, causa C-324/00, Lankhorst-Hohorst, Racc. pag. I-11779, punto 32, e Keller Holding, cit., punto 35.

che non dispongono di un centro di attività stabile in Francia non sarebbe analoga a quella di società madri residenti ovvero non residenti aventi un centro di attività stabile in Francia.

Il governo francese aggiungeva che, conformemente al principio di territorialità, l'esenzione sui dividendi versati da consociate residenti a società madri non residenti che non dispongono di un centro di attività stabile in Francia consentirebbe a queste ultime di sfuggire, in Francia o nei Paesi Bassi, a qualsiasi imposizione su tali redditi, e porrebbe nuovamente in forse la ripartizione delle competenze fiscali tra la Repubblica francese ed il Regno dei Paesi Bassi.

Queste ultime argomentazioni non sono state ritenute accoglibili dalla CGE in quanto, a partire dal momento in cui uno Stato membro, in modo unilaterale o per via convenzionale, assoggetta all'imposta sul reddito non soltanto gli azionisti residenti, ma anche gli azionisti non residenti, per i dividendi che essi percepiscono da una società residente, la situazione di tali azionisti non residenti si avvicina a quella degli azionisti residenti ⁴³.

Nella fattispecie, per quanto riguarda la tassazione, in Francia, dei dividendi distribuiti dalle consociate residenti, le società madri beneficiarie si trovano in una situazione analoga, percepiscono esse i detti dividendi quali società

⁴³ sentenza 12 dicembre 2006, causa C-374/04, Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, punto 68.

madri residenti o quali società madri non residenti, ma aventi un centro di attività stabile in Francia, ovvero quali società madri non residenti che non dispongono di un centro di attività stabile in Francia. Infatti, in tutte queste ipotesi, la Repubblica francese sottopone ad imposta i dividendi percepiti da una società residente.

In proposito occorre considerare che l'esenzione sui dividendi, a vantaggio delle società madri residenti, mira a prevenire un'imposizione a catena degli utili delle consociate distribuiti alle società madri di queste ultime sotto forma di dividendi. Orbene, come ha rilevato l'avvocato generale al paragrafo 22 delle sue conclusioni, dato che la Repubblica francese ha scelto di preservare i suoi residenti da una tale imposizione, essa deve estendere tale provvedimento anche ai non residenti se un'imposizione analoga derivante dall'esercizio della sua competenza fiscale colpisce i non residenti⁴⁴.

In tale contesto, il meccanismo della ritenuta alla fonte applicabile solo ai dividendi versati dalle consociate residenti alle società madri non residenti che non dispongono di un centro di attività stabile in Francia non può essere giustificato dalla necessità di impedire a tali società di sfuggire a qualsiasi imposizione su tali dividendi, in Francia e nei Paesi Bassi, poiché neppure le

⁴⁴ in tal senso, sentenza *Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation*, cit., punto 70.

società madri residenti sono assoggettate ad una tassazione ulteriore che colpisca i detti dividendi.

Negando alle società madri non residenti il trattamento fiscale nazionale, più vantaggioso, concesso alle società madri residenti, la normativa nazionale controversa nella causa principale costituisce una misura discriminatoria incompatibile con il Trattato in quanto prevede un'imposizione dei dividendi versati da consociate residenti alle società madri olandesi più gravosa rispetto a quella prevista sui medesimi dividendi versati a società madri francesi.

Dal momento che il governo francese non ha fatto valere altri motivi di giustificazione, la CGE ha rilevato che le disposizioni nazionali controverse nella causa principale costituiscono misure discriminatorie, in ragione del luogo in cui si trova la sede delle società madri, in Francia o in un altro Stato membro, contrarie agli artt. 43 CE e 48 CE: di conseguenza, questi ultimi due articoli ostano ad una normativa nazionale che, in quanto fa gravare l'onere di un'imposizione sui dividendi su una società madre non residente, mentre ne dispensa quasi totalmente le società madri residenti, costituisce una restrizione discriminatoria alla libertà di stabilimento.

La CGE nella sentenza che quivi si commenta affronta poi un'altra questione, consistente nel dare risposta all'interrogativo se la soluzione alla

prima questione possa risultare diversa dato che, in forza della Convenzione franco-olandese, la società madre con sede nei Paesi Bassi può, in via di principio, imputare all'imposta da essa dovuta in tale Stato quella riscossa in Francia e che, pertanto, la ritenuta alla fonte discende semplicemente dalla ripartizione delle competenze fiscali tra gli Stati membri interessati, ripartizione che non può essere censurata sotto il profilo degli artt. 43 CE e 48 CE, quand'anche fosse impossibile alla società madre avente sede nei Paesi Bassi procedere all'imputazione prevista dalla detta Convenzione.

Al riguardo occorre anzitutto ricordare che, in mancanza di misure di armonizzazione comunitaria o di convenzioni concluse tra tutti gli Stati membri ai sensi dell'art. 293, secondo trattino, CE, è ancora compito degli Stati membri determinare i criteri d'imposizione sui redditi al fine di eliminare, se del caso mediante convenzioni, le doppie imposizioni.

In tale contesto gli Stati membri sono liberi, nell'ambito delle convenzioni bilaterali concluse al fine di evitare la doppia imposizione, di stabilire gli elementi di collegamento per la ripartizione della competenza fiscale⁴⁵.

Ciò non toglie che, per quanto concerne l'esercizio del potere impositivo così ripartito, gli Stati membri non possono esimersi dal rispettare le norme

⁴⁵ in tal senso, sentenze Saint-Gobain ZN, cit., punto 57, e 19 gennaio 2006, causa C-265/04, Bouanich, Racc. pag. I-923, punto 49.

comunitarie, avuto riguardo al principio ricordato al punto 19 della presente sentenza⁴⁶.

In particolare, tale ripartizione della competenza fiscale non legittima gli Stati membri ad introdurre una discriminazione contraria alle regole comunitarie⁴⁷.

Nella specie, dato che il regime fiscale derivante dalla convenzione franco-olandese è parte del contesto normativo applicabile alla causa principale ed è stato definito tale dal giudice del rinvio, la Corte deve tenerne conto per fornire a quest'ultimo un'interpretazione del diritto comunitario che gli sia utile⁴⁸.

Per quanto riguarda il trattamento fiscale derivante dalla Convenzione franco-olandese, occorre ricordare che una società non residente, quale la Denkavit Internationaal, è in linea di massima autorizzata, in forza di tale Convenzione, ad imputare all'imposta da essa dovuta nei Paesi Bassi la ritenuta alla fonte del 5% riscossa sui dividendi di fonte francese.

La suddetta imputazione non può tuttavia superare l'importo dell'imposta olandese normalmente dovuta su tali dividendi.

⁴⁶ sentenza Saint-Gobain ZN, cit., punto 58.

⁴⁷ sentenza Bouanich, cit., punto 50.

⁴⁸ in tal senso, sentenze 7 settembre 2004, causa C-319/02, Manninen, Racc. pag. I-7477, punto 21; Bouanich, cit., punto 51, e Test Claimants in Class IV of the ACT Group Litigation, cit., punto 71.

Orbene, è pacifico che le società madri olandesi sono dispensate, dal Regno dei Paesi Bassi, dall'imposta sui dividendi di fonte straniera, e quindi di fonte francese, cosicché non è accordata nessuna riduzione a titolo di ritenuta alla fonte francese.

La CGE ha dovuto quindi giocoforza constatare che l'applicazione combinata della Convenzione franco-olandese e della legislazione olandese pertinente non permette di neutralizzare gli effetti della restrizione alla libertà di stabilimento rilevata nell'ambito della soluzione alla prima questione.

Infatti, in base alla Convenzione franco-olandese e alla normativa olandese pertinente, una società madre stabilita nei Paesi Bassi che percepisce dividendi da una consociata stabilita in Francia è soggetta ad un'imposizione mediante prelievo alla fonte, fissato, per la verità, da tale Convenzione entro il massimale del 5% dell'importo dei dividendi interessati, mentre una società madre stabilita in Francia ne è quasi totalmente esentata.

Qualunque sia la sua portata, la disparità di trattamento fiscale risultante dall'applicazione della Convenzione e dalla normativa di legge costituisce una discriminazione, a sfavore delle società madri in ragione del luogo in cui si trova la loro sede, incompatibile con la libertà di stabilimento garantita dal Trattato.

Infatti, anche una limitazione della libertà di stabilimento di esigua portata o d'importanza minore è vietata dall'art. 43 CE ⁴⁹.

A tal proposito, il governo francese faceva valere che, in base ai principi sanciti dal diritto fiscale internazionale e così come risulta dalla Convenzione franco-olandese, spetta allo Stato di residenza del contribuente e non a quello della fonte dei redditi tassati correggere gli effetti della doppia imposizione.

Tale argomentazione non veniva però accolta dalla Corte di Giustizia in quanto riteneva che la Repubblica francese non potesse invocare la Convenzione franco-olandese per sfuggire agli obblighi su di essa incombenti in forza del Trattato⁵⁰.

Orbene, l'applicazione congiunta della Convenzione franco-olandese e della legislazione olandese pertinente non consente di evitare l'imposizione a catena alla quale è assoggettata, a differenza di una società madre residente, una società madre non residente e pertanto di neutralizzare gli effetti della restrizione alla libertà di stabilimento rilevata nell'ambito della soluzione della prima questione proposta, come accertato ai punti 46-48 della presente sentenza.

⁴⁹ in tal senso, sentenze Commissione/Francia, cit., punto 21; 15 febbraio 2000, causa C-34/98, Commissione/Francia, Racc. pag. I-995, punto 49, e 11 marzo 2004, causa C-9/02, De Lasteyrie du Saillant, Racc. pag. I-2409, punto 43.

⁵⁰ in tal senso, sentenza 28 gennaio 1986, Commissione/Francia, cit., punto 26.

Infatti, mentre le società madri residenti beneficiano di un regime fiscale che permette loro di evitare un'imposizione a catena, come è stato ricordato al punto 37 della presente sentenza, le società madri non residenti sono al contrario assoggettate a una siffatta imposizione sui dividendi distribuiti dalle loro consociate stabilite in Francia.

Pertanto, la Corte di Giustizia risolveva anche queste altre due questioni sollevate dal soggetto ricorrente dichiarando che gli artt. 43 CE e 48 CE devono essere interpretati nel senso che ostano ad una normativa nazionale che prevede, solo per le società madri non residenti, un'imposizione mediante ritenuta alla fonte sui dividendi distribuiti dalle consociate residenti, quand'anche una convenzione fiscale tra lo Stato membro interessato ed un altro Stato membro che autorizza tale ritenuta alla fonte preveda la possibilità di imputare all'imposta dovuta in tale altro Stato l'onere sostenuto in base a tale normativa nazionale, quando una società madre versa nell'impossibilità, in quest'ultimo Stato, di procedere all'imputazione prevista dalla detta convenzione.

Per gli anzidetti motivi, la Corte concludeva dichiarando:

1) Gli artt. 43 CE e 48 CE ostano ad una normativa nazionale che, in quanto fa gravare l'onere di un'imposizione sui dividendi su una società madre non

residente, mentre ne dispensa quasi totalmente le società madri residenti, costituisce una restrizione discriminatoria alla libertà di stabilimento.

2) Gli artt. 43 CE e 48 CE ostano ad una normativa nazionale che prevede, solo per le società madri non residenti, un'imposizione mediante ritenuta alla fonte sui dividendi distribuiti dalle consociate residenti, quand'anche una convenzione fiscale tra lo Stato membro interessato ed un altro Stato membro che autorizza tale ritenuta alla fonte preveda la possibilità di imputare all'imposta dovuta in tale altro Stato l'onere sostenuto in base a tale normativa nazionale, quando una società madre versa nell'impossibilità, in quest'ultimo Stato, di procedere all'imputazione prevista dalla detta convenzione.

Una volta completata la disamina della sentenza Denkavit, sarà allora agevole comprendere come anche l'Italia, pur avendo mutato il regime di tassazione dei dividendi a partire dall'1 gennaio 2004, eliminando in tal modo alcune distorsioni ancor più stridenti con i dettami del Trattato, non potrà esimersi dal confrontarsi con le conseguenze che da una sentenza simile deriveranno, dal momento che nel regime novato esistono obiettivamente delle discriminazioni tra il trattamento riservato ai soggetti residenti ed ai non residenti.

Difatti, dividendi distribuiti tra società di capitali residenti in Italia non scontano ritenuta alla fonte, indipendentemente dalla percentuale di partecipazione detenuta dal socio.

Al ricorrere delle medesime circostanze, invece, dividendi distribuiti da società italiane a società residenti in altri paesi esteri sono soggetti a ritenuta alla fonte in Italia a titolo d'imposta (ai sensi dell'art. 27, comma 3, del DPR 29/9/1973 n. 600).

L'unica eccezione è costituita dall'art. 27/bis del menzionato decreto e cioè quando sussistono tutte le condizioni previste dalla Direttiva Madre-Figlia.

Inoltre, i dividendi pagati ad una società residente godono della quasi totale esenzione da IRES nei confronti di quest'ultima (esenzione al 95% del dividendo).

Ciò vuol dire che il socio residente società di capitali è pressoché quasi interamente esente da tassazione sui dividendi di fonte italiana.

D'altra parte è anche vero che il nostro sistema fiscale detta norme che potrebbero convincere dell'illiceità ed arbitrarietà di tale discriminazione.

Il Testo Unico infatti prevede il divieto di doppia imposizione sul medesimo reddito stabilendo che “ ... *la stessa imposta non può essere applicata più volte in dipendenza dello stesso presupposto, neppure nei confronti di*

*soggetti diversi ...*⁵¹ , con la conseguenza che l'applicazione di questo principio ha portato ad esentare da ritenuta i dividendi distribuiti a società italiane (oltre ad assicurarne la quasi totale esenzione IRES).

⁵¹ Art. 163 del D.P.R. 917/86.

§ 4.3 La violazione della libertà di circolazione di capitali: il Caso FOKUS BANK

Come già anticipato nelle conclusioni del paragrafo precedente, la Corte di Giustizia Europea ha assunto nel corso degli ultimi due anni un orientamento che potrebbe generare effetti dirompenti negli ordinamenti tributari dei Paesi membri dell'Unione europea, orientamento che ha preso le mosse dalla sentenza emessa dalla Corte EFTA (Corte di Giustizia dell'Associazione Europea di Libero Scambio) nel c.d. caso FOKUS BANK⁵².

Al riguardo giova preliminarmente sottolineare che la Corte EFTA è l'organo giurisdizionale deputato a verificare l'applicazione delle disposizioni del Trattato istitutivo dello Spazio Economico Europeo da parte degli Stati membri dell'Associazione Europea di Libero Scambio ed ha un ruolo equivalente a quello ricoperto dalla Corte di Giustizia.

In controversie simili si pone innanzitutto il problema della violazione del principio di non discriminazione disciplinato dall'art. 12 del Trattato, che così recita "nel campo di applicazione del presente Trattato ... è vietata ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità".

⁵² Sentenza del 23/9/2004 in Causa E-1/04, inserita in G.U.Unione Europea n.C 45/10 del 23/2/2006.

Questo principio, così come interpretato dalla giurisprudenza comunitaria⁵³, vieta che situazioni analoghe siano trattate in maniera differente e, specularmente, che situazioni diverse siano trattate in maniera uguale, a meno che tale trattamento non sia giustificato da ragioni oggettive.

Ma ciò che più rileva è la violazione del principio di libera circolazione di capitali e di libertà di stabilimento.

In particolare, per quel che riguarda il primo principio, l'art. 56 del Trattato che lo disciplina, stabilisce che “nell'ambito delle disposizioni previste dal presente Capo sono vietate tutte le restrizioni ai movimenti di capitali tra Stati membri, nonché tra Stati membri e paesi terzi”.

La Corte di Giustizia, in diverse sentenze, ha statuito che trattamenti fiscali discriminatori violano il suddetto principio e debbono pertanto essere censurati.

In particolare la Corte di Giustizia ha chiarito che la deroga a questo principio prevista dall'art. 58, comma 1, lett. a), del Trattato ai sensi del quale gli Stati membri possono “*applicare le pertinenti disposizioni della loro legislazione tributaria in cui si opera una distinzione tra i contribuenti che non si trovano nella medesima situazione per quanto riguarda il loro luogo di residenza ...*” deve essere interpretata nel modo più restrittivo

⁵³ Sentenza “Sermide” in Causa C-106/83 del 13/12/1984; Sentenza Royal Bank of Scotland in Causa C-311/97 del 29/4/1999.

possibile e non può essere presa come un'indicazione del fatto che ogni normativa fiscale che prevede una differenza di trattamento tra contribuenti in base al loro luogo di residenza sia automaticamente conforme alle disposizioni del Trattato⁵⁴.

La differenza di trattamento fiscale può essere considerata conforme all'art. 56 del Trattato solamente allorché le misure adottate non costituiscano un mezzo di discriminazione arbitraria (ai sensi dell'art. 58, comma 3, del Trattato) e comunque a condizione che i soggetti non si trovino in situazioni oggettivamente comparabili.

Con la sentenza n. E-1/04 la Corte EFTA riprende pedissequamente le conclusioni della Corte di Giustizia nel caso *Avoir Fiscal*⁵⁵ affermando che *"[...] consentire di derogare al principio fondamentale della libera circolazione di capitali previsto dall'art. 40 del Trattato dello Spazio Economico Europeo (N.B. l'art. 40 riprende il disposto dell'art. 56 del Trattato) con l'obiettivo di salvaguardare la coesione del sistema fiscale internazionale significa attribuire ai trattati contro le doppie imposizioni un ruolo predominante rispetto alla legislazione dello Spazio Economico Europeo. Uno Stato Membro non può far dipendere l'osservanza dei diritti*

⁵⁴ Sentenza Manninen del 7/9/2004 in Causa C-319/02, paragrafo 28; id. Sentenza Weidert-Paulus del 15/7/2004 in Causa C-242/03, par. 20; id. Sentenza Lenz del 15/7/2004 in Causa C-315/02, par. 26.

⁵⁵ Sentenza del 28/1/1986 in Causa C-270/83.

attribuiti ai destinatari dall'art. 40 del Trattato dello S.E.E. dal contenuto di un trattato stipulato con un altro Stato membro” (paragrafo 31).

L'oggettiva comparabilità della situazione in cui versa il socio non residente con quella del socio residente è chiaramente affermata dalla Corte EFTA laddove afferma che *“il mero fatto che i soci residenti siano ordinariamente assoggettati a tassazione in Norvegia mentre i soci non residenti sono soggetti ad imposizione in Norvegia limitatamente ai redditi ivi prodotti non è sufficiente per escludere che le due categorie versino in situazioni analoghe”* in paragrafo 29.

In linea con quanto stabilito dalla Corte EFTA si era precedentemente espressa già la Corte d'Appello olandese di 's-Hertogenbosch con sentenza del 9/9/2005 nella causa BK 03/01980, che ha affermato l'equiparazione del socio non residente a quello residente (nei Paesi Bassi) in caso di distribuzione di dividendi ed il conseguente divieto di discriminazione del socio non residente sulla base della sua residenza fiscale estera.

La Corte EFTA con la sentenza Fokus Bank ha stabilito che l'applicazione di una ritenuta alla fonte sui dividendi pagati ad un socio residente in un Paese diverso da quello della società partecipata, senza previsione di rimborso di detta ritenuta (mediante attribuzione di un credito d'imposta) ad opera dello Stato che la preleva, costituisce violazione del principio di libera

circolazione dei capitali quando la stessa forma di tassazione non è applicata nei confronti dei soci residenti nel medesimo Paese della società che distribuisce i dividendi.

La Corte EFTA, facendo ampio rinvio a sentenze e principi statuiti dalla Corte di Giustizia, ha affermato che la violazione di tale principio si verifica quando il trattamento fiscale discriminatorio nei confronti del non residente frapponesse ingiustificati ostacoli alla libera circolazione dei capitali all'interno degli Stati membri, scoraggiando di fatto gli investimenti dei residenti degli altri Stati a tutto vantaggio degli investimenti dei soggetti residenti nello Stato della fonte (i quali, sia nel caso preso in considerazione dalla Corte EFTA sia nel caso di società residenti in Italia, non sono colpiti dalla ritenuta sui dividendi).

È ovvio infatti, che se il rendimento dell'investimento viene decurtato dell'ammontare della ritenuta, a parità di condizioni l'investimento effettuato dal non residente è decisamente meno remunerativo di quello posto in essere da una società residente.

La ritenuta italiana è quindi un ostacolo alla libera circolazione dei capitali nell'ambito dell'Unione Europea e costituisce una di quelle restrizioni che il Trattato vieta con la norma in esame.

§ 4.4 Strategie difensive dell'Amministrazione Finanziaria

L'orientamento espresso a livello comunitario dalle sentenze sopra commentate pongono l'Amministrazione Finanziaria italiana, in attesa di eventuali interventi governativi che vadano a modificare le norme incriminate, di fronte all'esigenza di predisporre una strategia difensiva nelle controversie che inevitabilmente verranno ad essere o che sono già state instaurate.

Le istanze di rimborso presentate dai soggetti esteri all'A.F. italiana (dall'1/1/2002 l'Agenzia delle Entrate ha assegnato la competenza alla gestione di questo tipo di istanze per tutto il territorio nazionale al Centro Operativo di Pescara) delle ritenute subite sui dividendi percepiti da società italiane, trovano il loro fondamento nella presunta violazione da parte dell'art. 27 comma 3 del DPR 600/73 dei sopra richiamati principi previsti dal Trattato UE nella misura in cui essa prevede una diversa applicazione delle ritenute sui dividendi se percepiti da soggetti residenti o da non residenti.

In realtà invece la fattispecie in esame va analizzata alla luce delle norme della Convenzione stipulata tra i Paesi dei due soggetti interessati al fine di evitare le doppie imposizioni e per prevenire le evasioni fiscali.

La normativa interna infatti deve essere necessariamente coordinata con le disposizioni previste dal regime convenzionale, che potrebbero prevedere o la riduzione o l'eliminazione della imposizione.

La formulazione dei trattati stipulati dall'Italia è improntata, per quel che qui interessa con riguardo alla tassazione dei dividendi, secondo lo schema dell'art. 10 del Modello di Convenzione OCSE.

Il criterio per la tassazione di tali redditi, poggia su due principi: quello della tassazione dei dividendi nel Paese del beneficiario e quello della tassazione del dividendo nel Paese della fonte.

Pertanto bisogna partire dalla consapevolezza che vi sono generalmente delle Convenzioni che regolano i rapporti tra i due Stati interessati e che il modello di convenzione in ogni caso prescelto, redatto secondo lo schema dell'OCSE, attribuisce quindi il diritto alla tassazione del dividendo ad entrambi gli Stati di residenza dei soggetti che danno vita all'operazione di distribuzione.

Al fine di ridurre la doppia imposizione, lo Stato della fonte garantisce l'applicazione di una ritenuta "in uscita" in misura ridotta rispetto a quella

che sarebbe stata ordinariamente prevista per fattispecie analoghe, senza mai prevedere, tuttavia, l'abolizione del prelievo.

Occorre quindi far riferimento alle singole convenzioni per verificare la disciplina sostanziale delle ritenute concretamente applicabile.

Le convenzioni sottoscritte dall'Italia con gli altri Stati prevedono generalmente all'art. 10 che i dividendi pagati da una società residente di uno degli Stati ad un residente dell'altro Stato sono imponibili in detto altro Stato; ma nel successivo comma 2 viene tuttavia riconosciuta una potestà concorrente del Paese in cui tali redditi si sono prodotti, tale per cui i dividendi sono altresì imponibili anche nello Stato di cui la società che paga i dividendi è residente, ed in conformità alla legislazione di detto Stato, stabilendo però un limite nell'applicazione della ritenuta fissato al 15% e non il 27% previsto dall'art. 27 comma 3 DPR 600/73.

Peraltro le Convenzioni forniscono parallelamente ad entrambi gli Stati contraenti alcuni correttivi prevedendo anche (in genere all'art. 22) la possibilità di eliminare la doppia imposizione sia per i soggetti percettori di redditi residenti in Italia e sia per quelli residenti nell'altro Paese, in relazione ai quali stabilisce che *“se un residente del Paese “X” possiede elementi di reddito che, in conformità della Convenzione, sono imponibili nel Paese “Y” , il Paese “X” accorda sull'imposta gravante sui redditi di*

detto residente una deduzione pari all'ammontare dell'imposta pagata nel Paese "Y". L'ammontare così detto non può tuttavia eccedere la quota d'imposta, attribuibile ai redditi provenienti dal Paese "Y" e la predetta deduzione dell'imposta subita nel Paese "X" viene operata sia nei confronti delle imposte generali che degli acconti d'imposta".

Ed altresì prevedendo al successivo comma 4 che *"quando i redditi posseduti da un residente di uno Stato contraente sono esentati da imposta in tale Stato, questo Stato può nondimeno tener conto, conformemente alla propria legislazione interna, dei redditi esentati ai fini del calcolo dell'ammontare dell'imposta dovuta sugli articoli di detto residente".*

Ed infine le Convenzioni non ignorano naturalmente il principio di non discriminazione dedicando ad esso l'art. 24 conformemente a quanto stabilito dal Modello OCSE.

Le norme sopra richiamate, in quanto siglate dai due Stati contraenti a conoscenza dei rispettivi sistemi tributari, risultano quindi in grado di tutelare gli interessi rappresentati dai soggetti coinvolti dell'uno e dell'altro Stato prevedendo misure di correzione per entrambi diverse tra di loro a fronte di naturali differenze tra i due ordinamenti tali da renderli non comparabili.

Rimanendo su quest'ultimo principio, va tenuto presente che nella maggior parte degli ordinamenti giuridici il divieto di discriminazione in materia tributaria si è affermato come corollario del principio di uguaglianza.

Dall'applicazione di questo principio ne consegue che non è possibile trattare in modo diverso situazioni analoghe, salvo che la differenza di trattamento sia obiettivamente giustificata (sentenza 8/10/1980 causa C 810/79 Uberschar).

Del resto il concetto di discriminazione presuppone una comparazione tra due o più rapporti, facendo però attenzione al fatto che non sempre una diversità di trattamento sulla base della nazionalità concreta una violazione dell'art. 12 del Trattato.

In particolare, secondo un consolidato indirizzo della CGE, si ha discriminazione sostanziale *“sia nel trattamento diverso di situazioni simili, sia nello stesso trattamento di situazioni diverse, mentre la disparità di trattamento fra situazioni non comparabili si risolve, per contro, in una discriminazione “formale” che non contrasta con il dettato comunitario”* (Sentenza CGE 17/7/1963 – causa C13/63 – Governo italiano contro Commissione CEE – pag. 33 ss.).

Il principio di non discriminazione, riportato nell'ambito convenzionale dall'art.24 del Modello OCSE, ha natura leggermente diversa rispetto all'art.

12 del Trattato UE: difatti, mentre nell'ordinamento comunitario gli Stati devono adeguare la propria legislazione a quella comunitaria (obblighi assoluti di natura positiva) e, pertanto, devono eliminare tutte le discriminazioni e restrizioni presenti nei loro ordinamenti che ostacolino l'accesso dei fattori della produzione al mercato comune (siano esse discriminazioni o restrizioni che colpiscano e i residenti e i non residenti), il principio di non discriminazione di natura pattizia, pone esclusivamente degli obblighi di natura negativa, volti a prevenire una discriminazione fiscale di tipo formale improntata al mero principio di reciprocità.

Il punto nodale per rispondere alla domanda se vi sia o meno una violazione del principio di non discriminazione nella norma contestata, consiste nel porre l'attenzione sulla circostanza che mentre l'art. 24 del Modello OCSE non vieta la diversità di trattamento ma la riconduce al criterio di reciprocità, l'art.10, nella giurisprudenza della CGE, soprattutto dopo il caso Schumacker, considera discriminatorio il trattamento tra residenti e non residenti solo quando il non residente consegue nello Stato della fonte la totalità o quasi dei propri redditi tanto da essere fiscalmente equiparabile ad un residente.

Ebbene, se si verifica che il soggetto non residente svolge la sua attività nel proprio Paese di origine, ne consegue che non potrà essere ravvisata nessuna

violazione della norma pattizia neanche sotto il profilo della non discriminazione non essendo comparabili le situazioni dei soggetti residenti e di quelli non residenti.

La difficoltà e/o l'impossibilità di comparare i due tipi di situazioni risulterà ancora più evidente se si ha riguardo alla mutata situazione della tassazione dei dividendi dopo le modifiche apportate dal D.Lgs. 344/03 che ha eliminato in Italia a far data dall'1/1/2004 il credito d'imposta sui dividendi abrogando anche il sistema c.d. dell'imputazione lasciando in piedi solamente la ritenuta.

Ciò ha comportato per i soggetti esercenti attività d'impresa una diversa tassazione del dividendo tra i componenti positivi del reddito d'impresa, con l'eliminazione della possibilità di ottenere il credito d'imposta.

Le recenti modifiche tributarie intervenute in Italia risultano senz'altro frutto del coordinamento proposto ed adottato in ambito europeo e dello sforzo dell'Unione europea per promuovere la rimozione degli ostacoli che i sistemi fiscali provocano alle attività transfrontaliere.

Occorre tuttavia osservare che, ai sensi dell'art. 58, n. 1, lett. a) CE, *“le disposizioni dell'art. 56 (quelle cioè relative al divieto di libera circolazione dei capitali tra stati membri), non pregiudicano il diritto degli Stati membri (...) di applicare le pertinenti disposizioni della loro legislazione tributaria*

in cui si opera una distinzione tra i contribuenti che non si trovano nella medesima situazione per quanto riguarda il loro luogo di residenza (...)”.

I trattamenti diseguali consentiti in forza dell'art. 58 n. 1 lett. a) CE, devono quindi essere distinte dalle discriminazioni arbitrarie, quelle sì vietate dal n. 3 del medesimo articolo.

Dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia risulta che, perché una normativa nazionale come quella applicabile alle fattispecie in argomento, nella versione precedente, possa considerarsi compatibile con le disposizioni del Trattato relative alla libera circolazione dei capitali, occorre che la differenza di trattamento riguardi situazioni che non siano oggettivamente paragonabili o sia giustificata da motivi imperativi di interesse generale⁵⁶.

Riepilogando: l'art. 56 CE vieta le restrizioni ai movimenti di capitali, fatto salvo il disposto dell'art. 58 CE. Dai nn. 1 e 3 di quest'ultima disposizione risulta che gli Stati membri possono, nella loro legislazione tributaria, stabilire una distinzione tra i contribuenti residenti e i contribuenti non residenti, purché tale distinzione non costituisca né un mezzo di discriminazione arbitraria né una restrizione dissimulata al libero movimento dei capitali.

⁵⁶ Sentenze 6 giugno 2000, causa C-35/98, Verkooijen, Racc. pag. I-4071, punto 43, e 7 settembre 2004, causa C-319/02, Manninen, Racc. pag. I-7477, punti 28 e 29.

Si ricordi che in materia di imposte dirette, la Corte ha ammesso che la situazione dei residenti e quella dei non residenti non sono di regola analoghe⁵⁷, sussistendo delle differenze oggettive.

Ben si comprende, infatti, come i redditi ottenuti dai non residenti in uno Stato di imposizione costituiscono soltanto, abitualmente, una parte dei loro introiti complessivi, che in genere si concentrano nel luogo della loro residenza luogo in cui facilmente si può valutare la loro capacità contributiva.

Pertanto, il problema della differenza di trattamento tra residenti e non residenti, viene superato dall'applicazione della Convenzione che di volta in volta si rende applicabile, che riflette un trattamento reciproco tra residenti in Italia e residenti nell'altro Paese.

Se da una parte, infatti, i residenti in Italia ricevono nell'altro Paese il medesimo trattamento, dall'altra uno Stato membro, parte di una convenzione bilaterale, è tenuto ad estendere a tutti i residenti comunitari le eventuali agevolazioni che esso accorda ai residenti dello Stato membro contraente.

Nella sentenza 12 maggio 1998, causa C336/96, Gilly (Racc. pag. I 2793, punto 23), la Corte ha constatato che, a prescindere dalla Convenzione

⁵⁷ Sentenza Schumacker, cit., punto 31.

90/436/CEE relativa all'eliminazione delle doppie imposizioni in caso di rettifica degli utili di imprese associate (GU L 225, pag. 10), nessuna misura di unificazione o di armonizzazione diretta a eliminare le doppie imposizioni è stata adottata nell'ambito comunitario e che gli Stati membri non hanno stipulato, in forza dell'art. 293 CE, nessuna Convenzione multilaterale in materia.

In mancanza di altre misure comunitarie o di Convenzioni riguardanti tutti gli Stati membri, questi ultimi hanno stipulato numerose Convenzioni bilaterali, nell'ambito delle quali, gli Stati membri sono liberi di stabilire i fattori di collegamento che consentono di ripartirsi la competenza tributaria⁵⁸.

La Corte ha del pari ammesso che una differenza di trattamento tra cittadini di due Stati contraenti, risultante da tale ripartizione, non può costituire una discriminazione in contrasto con l'art. 39 CE⁵⁹.

Nel caso di specie occorre comunque partire dalla premessa che il non residente non si trova in una situazione analoga a quella di un residente.

⁵⁸ vd. sentenza 21 settembre 1999, causa C307/97, Saint-Gobain ZN, Racc. pag. I6161, punto 57.

⁵⁹ vd. sentenza Gilly, cit., punto 30.

Non si tacciano inoltre le conseguenze, in quanto ad incertezza del diritto, che deriverebbero dall'estensione delle agevolazioni previste da una convenzione bilaterale a tutti i residenti comunitari.

In altri termini, attraverso le Convenzioni, gli Stati si concertano per restringere la loro sovranità fiscale, rinunciando ad una parte del suo contenuto e ripartendosi quindi il potere di fissare i criteri da applicare ai fatti imponibili.

L'esercizio di tale potere può però causare alcune differenze, tenuto conto del fatto che non esiste un'armonizzazione delle norme tributarie nazionali.

La risposta comunitaria alla doppia imposizione e quindi all'ostacolo alla libera circolazione dei capitali è stata quella di sollecitare gli Stati membri, che non l'avessero ancora fatto, a concludere accordi internazionali contro la doppia imposizione che avessero come base minima il modello proposto dall'OCSE in modo da realizzare una parità di trattamento sul piano nazionale dei dividendi percepiti, a prescindere dall'origine, all'interno della comunità, dei percettori.

Il caso in esame è disciplinato da una Convenzione e la richiesta dei soggetti ricorrenti sembra piuttosto mirare ad ottenere un ingiusto vantaggio ed a confondere una pratica discriminatoria o di ostacolo alla libera circolazione dei capitali con una piena neutralità fiscale che si può raggiungere soltanto

con un'armonizzazione completa del sistema fiscale degli Stati membri che allo stato attuale presenta delle problematiche connesse al fatto che in materia fiscale gli Stati membri mantengono le loro competenze.

Seppur è infatti vero che nell'esercizio delle loro competenze gli Stati membri devono rispettare il diritto comunitario, è anche vero che la libera circolazione dei capitali deve essere temperata dalla sovranità degli Stati che mantengono la loro sovranità nel legiferare sui tributi diretti, terreno in linea di principio escluso dall'ordinamento giuridico dell'Unione.

Sussiste inoltre il fatto che l'Italia ha concertato con l'altro Paese una convenzione per evitare la doppia imposizione conformemente alla quale i residenti di entrambi i Paesi godono delle stesse condizioni.

Ragionando invece da un altro punto di vista utilizzando le conclusioni di un'altra sentenza della Corte di Giustizia CE 14 novembre 2006, Grande Sezione, in Causa n. C-513/04, emergono altri elementi che inducono a ritenere non accoglibili le avverse argomentazioni precedentemente esposte: nella sentenza in epigrafe, infatti, la Corte ha affermato che l'art. art. 56, n. 1, del Trattato istitutivo della Comunità Europea, non prevede un obbligo specifico di riconoscere un credito d'imposta corrispondente al tributo versato all'estero da parte di persone fisiche che percepiscono dividendi da società residenti in altri Paesi membri dell'Unione europea.

In particolare, ha affermato la legittimità delle disposizioni contenute nella legislazione fiscale belga, che, in materia di imposte sui redditi, prevedono l'applicazione della stessa aliquota d'imposta uniforme ai dividendi distribuiti da:

- società stabilite in territorio belga;
- società stabilite in un altro Stato membro.

Tuttavia, pur prevedendo il medesimo trattamento fiscale per i dividendi provenienti da società residenti nel territorio dello Stato ed imprese domiciliate in altri Paesi membri, di fatto tale regime di tassazione genera un'evidente discriminazione a danno di coloro che percepiscono dividendi da una società estera, non essendo prevista la facoltà di imputare l'imposta prelevata mediante ritenuta alla fonte nello Stato membro in cui la medesima risulta domiciliata.

Nel caso di specie, la Corte è stata chiamata ad esaminare la legittimità della normativa tributaria vigente in Belgio in materia di tassazione dei dividendi, alla luce delle disposizioni contenute nell'art. 56 del Trattato CEE sulla libera circolazione di capitali.

Dopo le modifiche apportate in seno al codice delle imposte sui redditi belga, infatti, a prescindere dalla fonte i dividendi distribuiti alle persone fisiche sono imponibili all'aliquota del 25 per cento.

Non è più previsto che - relativamente ai redditi provenienti da azioni o quote e da capitali investiti già assoggettati all'estero ad un'imposta sul reddito, ad un'imposta sulle società o ad un'imposta per i non residenti - l'imposta da versare all'Erario belga venga previamente diminuita di una quota forfetaria coincidente con il tributo versato all'Erario straniero.

Il risultato complessivo generato da tali disposizioni è rappresentato da un evidente effetto di doppia imposizione in capo al contribuente belga per i medesimi redditi percepiti, relativamente ai quali sarà chiamato a versare:

- la ritenuta alla fonte nello Stato estero in cui è domiciliata la società che distribuisce i dividendi;
- l'imposta relativa ai dividendi percepiti, con aliquota del 25 per cento.

In realtà, tali effetti discriminatori dovrebbero essere evitati in seguito all'applicazione delle disposizioni contenute nella Convenzione stipulata il 10 marzo 1964 tra il Belgio e la Francia.

In seno all'art. 19-A, n. 1, infatti, è previsto che, quando i dividendi vengono pagati da una società stabilita in Francia ad un residente in Belgio che non sia una società soggetta all'imposta sulle società e quando questi dividendi sono stati effettivamente assoggettati alla ritenuta alla fonte in Francia, l'imposta dovuta in Belgio sul loro ammontare, al netto della ritenuta

francese, deve essere ridotta, da un lato, di qualsiasi ritenuta alla fonte riscossa al tasso normale e, dall'altro, della quota forfetaria di imposta straniera deducibile alle condizioni fissate dalla legge belga, e tale quota non dev'essere inferiore al 15% di questo importo netto.

Tale credito d'imposta corrisponde alla ritenuta alla fonte applicata in Francia, in base all'art. 15, n. 3, della Convenzione. La ritenuta del 15 per cento viene applicata sul dividendo lordo, consistente nell'importo del dividendo distribuito, maggiorato del credito d'imposta corrispondente al tributo versato dalla società sugli utili generati e successivamente distribuiti sottoforma di dividendi.

Nella sentenza della Corte di Giustizia CE del 14 novembre 2006 (Causa n. C-513/04), la Corte europea si è pronunciata unicamente per la soluzione della questione pregiudiziale sollevata dal giudice belga in relazione alla possibile violazione delle norme comunitarie contenute nell'art. 56, n. 1, del Trattato CEE, al fine di chiarire se la legislazione di uno Stato membro in materia di imposta sul reddito e tassazione dei dividendi - che prevede, in capo al percettore, la tassazione dei dividendi distribuiti da società stabilite nel medesimo Stato o da imprese stabilite in altro Stato membro in base ad un'unica aliquota, senza ammettere tuttavia nei confronti dei dividendi distribuiti dalla società estera la detrazione dell'imposta alla fonte applicata

nell'altro Stato membro - non contrasti il principio generale di libera circolazione dei capitali previsto dal citato art. 56 del Trattato CEE.

Ebbene, la legislazione belga, non prevedendo più l'attribuzione del credito d'imposta pari al tributo versato alla fonte nello Stato estero, certamente non favorisce la libera circolazione di capitali, perché le rendite derivanti dall'investimento diretto effettuato dalle persone fisiche in una società residente in un altro Stato membro subiscono una tassazione notevolmente maggiore (nel caso di specie, 15 % in Francia e 25 % in Belgio, applicato al dividendo netto) rispetto ai redditi derivanti dalla partecipazione in una società belga.

La Corte di Giustizia ha invero evidenziato che le conseguenze svantaggiose generate dal sistema tributario belga derivano dall'esercizio parallelo da parte di due Stati membri della loro competenza fiscale.

Ha altresì affermato che le disposizioni comunitarie non stabiliscano criteri generali per la ripartizione delle competenze tra Stati membri con riferimento all'eliminazione della doppia imposizione all'interno della Comunità.

In realtà, non si può negare che l'obiettivo ultimo di una serie di direttive comunitarie progressivamente recepite dagli Stati membri fosse proprio la necessaria eliminazione di fenomeni di doppia tassazione, ottenuta evitando

la tassazione dei medesimi redditi in due paesi membri differenti al fine di favorire concretamente la libera circolazione dei capitali in ambito comunitario.

La Corte di Giustizia ha ricordato, altresì, la necessità di regolare i rapporti fra Stati membri stipulando convenzioni che prevengano la doppia imposizione, come indicato dall'art. 293 del Trattato CE ⁶⁰, al fine di “eliminare o attenuare gli effetti negativi per il funzionamento del mercato interno che derivano dalla coesistenza di sistemi fiscali nazionali”.

In seno a questa sentenza, il giudice comunitario ha rimarcato il compito degli Stati membri di adottare tutte le misure necessarie per prevenire situazioni di doppia tassazione dei medesimi redditi, evidenziando come la convenzione franco-belga – che prevede una ripartizione della competenza

⁶⁰ L'articolo 293 del Trattato CE prevede:

“Gli Stati membri avvieranno fra loro, per quanto occorra, negoziati intesi a garantire, a favore dei loro cittadini:

- la tutela delle persone, come pure il godimento e la tutela dei diritti alle condizioni accordate da ciascuno Stato ai propri cittadini,
- l'eliminazione della doppia imposizione fiscale all'interno della Comunità,
- il reciproco riconoscimento delle società a mente dell'articolo 48, comma secondo, il mantenimento della personalità giuridica in caso di trasferimento della sede da un paese a un altro e la possibilità di fusione di società soggette a legislazioni nazionali diverse,
- la semplificazione delle formalità cui sono sottoposti il reciproco riconoscimento e la reciproca esecuzione delle decisioni giudiziarie e delle sentenze arbitrali”.

fiscale tra la Repubblica francese e il Regno del Belgio – contenga già le regole necessarie per il superamento di effetti di doppia imposizione.

Tuttavia, il giudice comunitario si è limitato ad affermare che la domanda di pronuncia pregiudiziale non ha ad oggetto il contenuto della convenzione franco-belga del 1964, che di fatto risulta violata dalla legislazione belga.

Difatti, in seguito alle modifiche recentemente introdotte nell'ordinamento tributario belga, il regime di tassazione dei dividendi previsto dal codice delle imposte sui redditi non rispetta il contenuto dell'art. 19 A, n. 1, della convenzione stipulata con la Francia (tuttora vigente), che prevede l'attribuzione di un credito d'imposta pari al 15 per cento del dividendo, coincidente con l'importo riscosso a titolo di ritenuta dal paese di residenza (la Francia) della società che distribuisce la cedola.

Nel caso di specie, quindi, al fine di ottenere il riconoscimento del diritto sancito dalle disposizioni convenzionali del 1964, ai residenti in Belgio percettori di dividendi pagati da società francesi non resterà che eccepire dinanzi all'organo nazionale competente il mancato rispetto della Convenzione franco-belga, nella parte in cui non viene accordato dal codice delle imposte sui redditi belga il credito d'imposta per i tributi già versati sottoforma di ritenuta nello Stato estero.

Nelle conclusioni relative alla causa C-336/96 - Gilly, pendente dinanzi alla Corte di Giustizia europea, l'Avvocato generale aveva rilevato proprio che la Corte non può giudicare della compatibilità con il diritto comunitario delle disposizioni di una Convenzione contro le doppie imposizioni, né può effettuare un'interpretazione di tali disposizioni, come parti di «una convenzione bilaterale concernente una materia (...) sottratta alle competenze della Comunità e la cui regolamentazione spetta esclusivamente agli Stati membri».

L'esame della sentenza della Corte di Giustizia Europea, relativa alla causa C 513/04, consente di comprendere che la Corte sembra per ora avallare regimi di tassazione come il nostro, applicabili ai dividendi esteri percepiti da persone fisiche residenti in Stati membri diversi da quelli della fonte, che pure generano evidenti effetti di doppia imposizione.

In realtà, come solitamente accade, hanno notevolmente inciso sul giudizio finale della Corte europea le conclusioni (relative alla medesima causa) dell'Avvocato generale che, tuttavia, nel ritenere il regime di tassazione dei dividendi esteri in Belgio non in contrasto con le disposizioni del Trattato CEE, aveva quantomeno rilevato che la valutazione della compatibilità della normativa belga con le norme pattizie contenute nella Convenzione Francia-Belgio costituiva esclusiva competenza del giudice nazionale (belga).

L'Avvocato generale ha rilevato altresì come in più occasioni sono state introdotte misure volte ad eliminare fenomeni di «quasi-restrizione» (simili a quello in esame), che si concretizzano sotto forma di distorsioni derivanti dalla coesistenza di sistemi fiscali separati, con inevitabili effetti di doppia imposizione.

Tuttavia, in questi casi si rende necessario l'intervento del legislatore comunitario, in assenza del quale si deve ritenere che tali fenomeni ricadano al di fuori dell'ambito di applicazione delle disposizioni del Trattato CEE sulla libera circolazione dei capitali.

Appare quindi lecito attendersi, a questo punto, l'introduzione di una normativa comunitaria che elimini, una volta per tutte, l'ennesima «quasi-restrizione», favorendo l'effettiva integrazione degli ordinamenti tributari nazionali e la libera circolazione dei capitali in ambito comunitario.

§ 4.5 La giurisprudenza di merito : un caso concreto

Dopo aver passato in rassegna le varie sentenze con le quali si sono espressi vari organi a livello comunitario, potrebbe essere interessante analizzare come il giudice italiano di merito vede le identiche questioni sottoposte al suo esame.

Per far ciò mi avvarrò dei contenuti desumibili dall'ultima sentenza con la quale i giudici della Commissione Tributaria Provinciale di Pescara⁶¹ si sono espressi in merito, non senza sottolineare l'importanza che ad essa va connesso, in quanto che questa Commissione è ormai da 4 anni⁶² (decorrenti dall'istituzione del Centro Operativo di Pescara) l'unica sede presso cui si discutono cause tributarie riguardanti le controversie sui redditi di capitale promosse da soggetti non residenti.

I giudici di prime cure pescaresi si sono trovati ad affrontare il caso di una società spagnola che ha impugnato il silenzio-rifiuto opposto dal Centro Operativo di Pescara dell'Agenzia delle Entrate all'istanza di rimborso con la quale la stessa aveva richiesto il rimborso delle ritenute applicate ai sensi

⁶¹ C.T.P. Pescara – Sez. 1 – Sentenza n.318/01/06 del 19/12/2006.

⁶² A far data dall'1/1/2002 è stato istituito il Centro Operativo di Pescara a cui è stata assegnata, tra le altre, anche la competenza esclusiva delle istanze di rimborso promosse da non residenti riguardanti redditi di capitale.

dell'art.27 comma 3 del DPR 600/73 dalla emittente italiana sui dividendi pagati alla società spagnola.

La società ricorrente eccepiva che l'applicazione della suddetta ritenuta è illegittima in quanto in contrasto con specifiche disposizioni (artt. 12, 43 e 56) del Trattato UE anche in presenza di norme convenzionali posto che queste non possono sostituirsi o derogare le norme del Trattato.

Ebbene i giudici facevano innanzitutto rilevare che “la fonte giuridica della ritenuta di cui si controverte non è l'art. 27 comma 3 del DPR 600/73, ma l'art. 10 paragrafo 2 della Convenzione sottoscritta tra i due Paesi e ratificata in Italia con Legge n.663 del 29/9/1980.

Difatti in presenza di Convenzione internazionale deve essere applicata nei confronti dei percettori di utili destinatari del regime convenzionale, il trattamento più favorevole tra quello della norma interna e quello stabilito dalla Convenzione (in tal senso le C.M. 4/1/1968 e 4/10/1984 n.33/12/1154).

Il *thema decidendi*, pertanto, è costituito dalla compatibilità o meno (non della norma interna italiana, bensì) di tale norma pattizia con la normativa comunitaria; compatibilità esclusa dalla ricorrente ed affermata, invece, dal C.O.P., derivando dalla soluzione positiva o negativa della questione la fondatezza o meno della richiesta della ricorrente e quindi la spettanza o

meno a suo favore del rimborso della ritenuta operata in forza della citata disposizione.

Non può trovare ingresso, pertanto, la richiesta subordinata della ricorrente.

Ciò posto, versandosi in materia che è connessa alla normativa comunitaria, occorre verificare se quest'ultima, avente primaria sulle normative sia nazionali che contenute in convenzioni tra Stati membri, sia stata o non derogata o violata dalla citata convenzione.

Indubbio rilievo, in tale analisi, assumono le sentenze interpretative emesse *in subiecta materia* dalla Corte di Giustizia CE.

I giudici poi rilevano innanzi tutto, desumendolo proprio dal ricorso, che in Spagna i dividendi interni non sono tassati, mentre quelli in uscita lo sono (ex convenzione Spagna-Italia al 15%).

Inoltre evidenziano che in Italia, per le società residenti, si rinviene un'imposizione interna, ancorché ridotta, mentre per le società residenti spagnole non c'è alcuna imposizione interna non essendo in grado di recuperare la ritenuta subita in Italia mediante credito d'imposta.

I giudici poi richiamano, criticandone le conclusioni, una recentissima sentenza della CGE (Prima Sezione) in Causa C-170/05 del 14/12/2006, nella quale la Corte ha statuito che gli artt. 43 e 56 CE devono essere interpretati nel senso che ostano ad una normativa nazionale che prevede,

solo per le società madri non residenti, un'imposizione mediante ritenuta alla fonte sui dividendi distribuiti dalle consociate residenti, quand'anche una convenzione fiscale tra lo Stato membro interessato ed un altro Stato membro che autorizza tale ritenuta alla fonte preveda la possibilità di imputare all'imposta dovuta in tale altro Stato l'onere sostenuto in base alla normativa nazionale, quando una società madre versa nell'impossibilità, in quest'ultimo Stato, di procedere all'imputazione prevista dalla detta convenzione.

Le conclusioni cui perviene la CGE vengono ritenute non condivisibili dai giudici di prime cure, poiché laddove stigmatizza una situazione di disparità di trattamento (appunto tra società madri residenti e non residenti) nello Stato di produzione dei dividendi, conduce a realizzare altra situazione di disparità di trattamento tra società madri, che versano in situazioni diverse : l'una residente nello Stato fonte dei dividendi (nel caso che n'occupa l'Italia, ove è prevista la loro tassazione, ancorché esigua, ai fini dell'IRES) e l'altra residente nello Stato di destinazione o di percezione dei dividendi (nella specie la Spagna, ove sussiste l'esenzione totale per tale fonte di reddito).

In altri termini, secondo tale interpretazione, si giustificherebbe, con la disapplicazione delle disposizioni pattizie, il vantaggio che, di conseguenza, godrebbe la ricorrente.

Vantaggio che porrebbe le società spagnole, per effetto della normativa nazionale spagnola, in posizione non analoga, né comparabile con quella delle società italiane.

La stessa CGE (Grande Sezione), con sentenza C-374-04 del 12/12/2006, dapprima ribadisce (punto 46) che “per determinare se una disparità di trattamento fiscale sia discriminatoria, occorre ... verificare se, in considerazione della misura nazionale di cui trattasi, le società interessate si trovino in un situazione obiettivamente comparabile. Infatti la discriminazione consiste nell’applicazione di norme diverse a situazioni analoghe ovvero nell’applicazione della stessa norma a situazioni diverse”.

Soggiunge, poi (punto 52. confermato dal successivo punto 81.) che “in mancanza di disposizioni comunitarie di unificazione o armonizzazione”, quali sarebbero dovute essere adottate in forza dell’art. 293 CE, “gli Stati membri rimangono competenti per definire, in via convenzionale o unilaterale, i criteri per ripartire il loro potere impositivo, in particolare al fine di eliminare la doppia imposizione”.

La direttiva 90/435, difatti, ha disciplinato soltanto i rapporti delle società (madri) degli Stati membri che detengono nel capitale di una società (figlia) di un altro Stato membro una partecipazione minima del 25%, fattispecie che non ricorre in questo caso.

Viene in tal guisa superato, sul punto, *re melius perpensa*, quanto divisato dalla CGE nella sentenza C-270/83 del 28/1/1986, evocata dalla ricorrente, laddove, al punto 24 si enunciava che “la mancata armonizzazione delle disposizioni legislative degli Stati membri in fatto di imposte sulle società non può giustificare la disparità di trattamento ...”, aggiungendo, al punto 26 che “i diritti attribuiti ai destinatari dall’art. 52 del Trattato sono assoluti e uno Stato membro non può far dipendere la loro osservanza dal contenuto di un trattato stipulato con un altro Stato membro ... (poiché) questo articolo non consente di subordinare questi diritti alla condizione della reciprocità allo scopo di ottenere vantaggi corrispondenti in altri Stati membri”.

Al punto 71 della sentenza C-374/04, poi, è sancito che “spetta al giudice nazionale decidere, in ciascun caso, se detto (al punto precedente) obbligo (di evitare che le società azioniste non residenti abbiano un trattamento diverso da quello delle società azioniste residenti) sia stato rispettato, tenendo conto, eventualmente, delle disposizioni della convenzione contro la doppia imposizione che il detto Stato membro ha concluso con lo Stato di residenza della società azionista”.

Il punto 72 enuncia che “risulta da quanto precede che una legislazione di uno Stato membro che, nell’ambito di una distribuzione di dividendi da parte di una società residente e in mancanza di una convenzione, concede alle sole

società beneficiarie residenti un credito d'imposta corrispondente alla frazione d'imposta sulle società versata, in anticipo, dalla società generatrice degli utili distribuiti, riservando al tempo stesso ai soli azionisti finali residenti la concessione di tale credito d'imposta, non costituisce una discriminazione vietata dall'art. 43 CE e (punto 73) "non limita nemmeno la libera circolazione dei capitali ai sensi dell'art. 56 CE".

Inoltre (punto 84) si puntualizza che "la sfera di applicazione di una convenzione tributaria bilaterale è limitata alle persone fisiche o giuridiche in essa menzionate", conclusivamente dichiarando (punto 2 del dispositivo) che "gli artt. 43 e 56 CE non ostano al fatto che uno Stato membro non estenda il diritto ad un credito d'imposta previsto in una convenzione volta ad evitare la doppia imposizione conclusa con un altro Stato membro ...".

Balza evidente che quest'ultima sentenza, emessa dalla Grande Sezione (una sorta di Sezioni Unite della Cassazione) della CGE, attribuisce rilevanza e compatibilità con le norme del Trattato, in assenza delle convenzioni multilaterali previste dal citato art. 293 CE, alle convenzioni bilaterali.

Per contro, l'altra sentenza, emessa da una sezione semplice (la Prima), svilisce totalmente il valore della convenzione, assegnando l'assoluta ed acritica predominanza alle norme del Trattato (già evidenziata nella sopra richiamata sentenza C-270/83). Tanto perché, alla reciprocità e quindi alla

par condicio stabilite dalla convenzione, come nel caso di quella vigente tra Italia e Spagna, osta la normativa interna di uno degli Stati a favore delle società in esso residenti, le quali, invece, ove si disapplicasse la convenzione, verrebbero a loro volta a godere di una situazione di vantaggio rispetto alle società residenti dell'altro Stato contraente.

Peraltro, nel punto 55 della sentenza C-374/04 si puntualizza che “uno Stato membro, allorché adotta un sistema per prevenire o attenuare l'imposizione a catena o la doppia imposizione economica nel caso di dividendi versati a residenti da società residenti, deve concedere un trattamento equivalente ai dividendi versati a residenti, da società non residenti”.

Ciò può intendersi, mediante forme di ristoro (credito d'imposta od equivalenti) delle imposte eventualmente scontate, anche in forza di una convenzione (come quella tra Italia e Spagna), nello Stato dove risiede la società erogante.

Orbene, significativo, in proposito, è l'art. 22 della ripetuta convenzione che al paragrafo 3 recita : “se un residente della Spagna possiede elementi di reddito che, in conformità della Convenzione, sono imponibili in Italia, la Spagna accorda sull'imposta gravante sui redditi di detto residente una deduzione pari all'ammontare dell'imposta pagata in Italia”. Tale deduzione,

all'evidenza, è suscettiva di impedire che si realizzi la doppia imposizione sullo stesso elemento reddituale.

Vieppiù, il successivo paragrafo 4 della stessa disposizione stabilisce che: “quando i redditi posseduti da un residente di uno Stato contraente sono esentati da imposta in tale Stato, questo Stato può nondimeno tener conto, conformemente alla propria legislazione interna, dei redditi esentati ai fini del calcolo dell'ammontare dell'imposta dovuta sui redditi di detto residente”.

D'altro canto, l'art. 27, comma 3, del DPR 600/73, sia nel testo vigente fino al 31/12/2003 che in quello in vigore dal 1/1/2004, prevede(va) che “i soggetti non residenti, diversi dagli azionisti di risparmio, hanno diritto al rimborso, fino alla concorrenza dei quattro noni della ritenuta, che dimostrino di aver pagato all'estero in via definitiva sugli stessi utili mediante certificazione del competente ufficio fiscale dello Stato estero”.

Inoltre, l'art. 27-bis dello stesso DPR prevede che l'utile distribuito alla società non residente possa non essere assoggettato, previa apposita richiesta alla società residente, alla ritenuta a titolo d'imposta indicata al precedente art. 27, comma 3, se ricorrono le condizioni indicate al comma 1 dell'art. 27-bis per richiedere il rimborso della medesima ritenuta una volta che è stata operata. Condizioni che per la ricorrente, all'evidenza, non ricorrono.

In definitiva, contrariamente a quanto assunto dalla ricorrente, la società che ha erogato alla stessa i dividendi ha legittimamente operato su di essi la ritenuta prevista da una disposizione della convenzione Italia-Spagna, compatibile con le norme del Trattato UE, alla luce dei principi interpretativi stabiliti dalla più volte mentovata sentenza della Grande Sezione della CGE, con la conseguenza che la pretesa di rimborso degli stessi dividendi avanzata dalla ricorrente non può trovare accoglimento.

Quanto alla procedura (parere motivato) attivata ex art. 226 CE, a prescindere dal fatto che la Commissione può (e non deve) adire la Corte di Giustizia, si nota che la stessa procedura è stata avviata anche nei riguardi della Spagna, che pertanto, versa in "*pari causa*" con l'Italia, assieme anche al Belgio, Lussemburgo, Paesi Bassi e Portogallo.

La sentenza n.318/01/06 della C.T.P. di Pescara conclude quindi con il rigetto integrale del ricorso, sia per quel che riguarda la richiesta formulata in via principale di restituzione degli oltre 6 milioni di euro chiesti a rimborso, sia per la richiesta in via subordinata di rimessione alla Corte di Giustizia CE.

Tali conclusioni, se da una parte sono di conforto naturalmente all'attività dell'Ufficio dell'Amministrazione Finanziaria, non possono comunque consentire alla stessa di considerare accantonato il problema della

dichiarazione di illegittimità di alcune norme dell'ordinamento tributario italiano: viceversa attribuiscono un po' di tempo in più agli organi governativi per valutare l'opportunità di alcune modifiche alla legislazione della tassazione dei redditi di capitale.

Conclusioni

Si è già detto come nel ventesimo secolo, parallelamente all'affermazione del principio giuridico dell'eguaglianza sia sorta la scienza del diritto tributario e di quanto siano comuni i presupposti.

Si può affermare che questo principio appare in tutto il suo significato se studiato in relazione alla legge tributaria, di questa infatti sono le potenzialità di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e la sua effettiva partecipazione alla vita politica, economica e sociale del Paese.

In un'ottica tributaria, il rispetto del principio viene garantito attraverso lo strumento dell'imposizione progressiva, ritenuto idoneo ad assicurare la redistribuzione dei redditi; il mancato conseguimento dell'obiettivo dà luogo a fenomeni di discriminazione.

A livello internazionale la discriminazione fiscale ha iniziato ad assumere un aspetto rilevante con la creazione del Mercato Unico e cioè con l'aumentare dell'interdipendenza delle politiche fiscali dei singoli Stati.

In via generale il principio di discriminazione costituisce il riflesso del principio di uguaglianza, questo infatti consiste nella mancata realizzazione

di un trattamento uguale in situazione identiche ovvero di trattamenti diversificati in situazioni differenti, sempre nell'ottica del raggiungimento nel principio di uguaglianza.

La discriminazione più comune consiste proprio nell'ingiustificata differenziazione nell'ambito di un ordinamento interno tra la pressione fiscale sopportata dai cittadini residenti e quella più gravosa dei cittadini stranieri.

L'indirizzo comunitario espresso dall'art. 12 del Trattato, teso ad evitare che il sistema tributario alteri gli equilibri tra gli Stati, prevede il divieto di ogni disposizione che implichi una discriminazione effettuata sulla base della nazionalità.

E' interessante quindi, in questo contesto esaminare e comprendere come le singole imprese possano utilizzare la leva fiscale per rendere più competitiva la loro azione sul mercato scegliendo tra ordinamenti diversi e sfruttando le incongruenze dei differenti sistemi fiscali.

In effetti la scelta di localizzare un'impresa in un determinato territorio risente direttamente anche delle condizioni fiscali applicate in quello specifico territorio oltre che degli altri fattori tipici per la produzione e il lavoro.

Questa situazione non si crea esclusivamente solo a livello di Paesi terzi ma il fenomeno si presenta anche a livello di Paesi dell'Unione; ecco perché gli Stati membri, nella logica di eliminare alcuni privilegi hanno sottoscritto un accordo programmatico di non introdurre più meccanismi fiscali agevolativi e di eliminare quelli esistenti.

I vantaggi derivanti dall'armonizzazione comunitaria (quali la non discriminazione e le economie di scala) vanno comunque necessariamente confrontati con quelli conseguibili dagli Stati membri lasciati liberi di applicare gli strumenti fiscali e con la già accennata resistenza da parte degli stessi Stati a cedere parte della autorità derivante dalla capacità di imporre imposte , strumento attraverso il quale esercitano le politiche economiche e sociali.

Agli Stati infatti compete un'ampia sovranità tributaria, giustificando il diverso trattamento con la piena autonomia di ricorrere a misure protezionistiche a favore dei prodotti dei propri cittadini; infatti non esiste una regola generale consuetudinaria riconosciuta a livello internazionale che vieti in modo assoluto la discriminazione fiscale.

Se essa esistesse, il principio sarebbe violato ad esempio ogni qualvolta venga riservato alle imprese straniere un trattamento fiscale più favorevole

rispetto a quello riservato alle imprese nazionali al fine di favorire gli investimenti di capitali esteri per ragioni di politica economica⁶³.

Altro concetto strettamente connesso al principio di uguaglianza , è la disciplina relativa alla libertà di stabilimento delle imprese e delle persone all'interno della Comunità.

In mancanza di un'armonizzazione fiscale fra i sistemi impositivi dei vari Paesi membri della Comunità, il trattamento di una stabile organizzazione o di un cittadino dipende dalle norme tributarie di diritto interno che ad essa ineriscono; assume rilevanza a tal proposito l'art. 52 del Trattato che proibisce di riservare, a coloro che esercitano il diritto di stabilimento, imprese o persone fisiche, un trattamento fiscale diverso da quello previsto per le imprese nazionali e per i propri cittadini.

Mentre la Commissione Europea è sempre stata piuttosto riluttante a mettere in discussione le legislazioni fiscali nazionali, è spettato alla Corte di Giustizia interpretare di volta in volta le norme del Trattato che garantiscono le libertà fondamentali e di conseguenza individuare la compatibilità delle leggi nazionali con l'ordinamento comunitario e questa ha, nella maggior parte dei casi, confutato i tentativi da parte di uno Stato membro di giustificare norme fiscali discriminatorie nei casi in cui detti tentativi fossero

⁶³ Adonnino op.cit.

basati sulla necessità di conservare la coerenza interna di un sistema di imposizione fiscale e del principio di territorialità.

Lo stesso dicasi rispetto ad altre giustificazioni come ad esempio la finalità di evitare erosioni di introiti generali al di là di una mera diminuzione del gettito fiscale.

Sempre in relazione al gettito fiscale, una delle problematiche di maggior rilievo che affligge gli Stati, nel contesto economico contemporaneo, è quella dei dividendi in uscita, in tale contesto infatti le differenze fra i sistemi fiscali sembrano essere destinate ad influenzare in modo sempre più incisivo le decisioni di allocazione dei capitali.

Di conseguenza la riforma dell'imposizione del reddito delle società, operata in attuazione della legge delega n. 80 del 7 aprile 2003 con il decreto legislativo n. 344 del 12 dicembre 2003 (entrato in vigore il 1° gennaio 2004) ha prodotto importanti modifiche nel regime di tassazione dei dividendi.

In particolare con l'introduzione dell'imposta sul reddito delle società (Ires) in luogo dell'imposta sulle persone giuridiche (Irpeg) è stato modificato profondamente il sistema di tassazione delle imprese in forma societaria abbandonando il sistema basato sull'imputazione del dividendo (*imputation system*) si è passati al regime di esenzione (*exemption system*) in base al

quale la tassazione dei redditi societari avviene soltanto al momento della sua produzione in capo al soggetto che lo ha conseguito.

L'Ires colpisce in maniera definitiva il reddito prodotto dalle società con il definitivo abbandono del sistema del credito d'imposta e dei relativi "baskets".

Prima della riforma invece gli utili venivano tassati due volte, una prima volta in capo alla società, una seconda in capo ai soci, i quali si vedevano riconosciuto un credito d'imposta in misura pari all'imposta già scontata dalla società; ciò al fine di evitare la doppia imposizione.

La logica sottesa al nuovo sistema fiscale italiano è proprio quella di adeguarsi a quelli vigenti nei Paesi più industrializzati e, in particolare, a quelli dei Paesi membri dell'UE tenuto conto dell'allocazione, sempre più frequente, delle partecipazioni fuori dai confini territoriali interni.

In tale contesto, il meccanismo del credito d'imposta non risultava più idoneo a garantire un meccanismo di uniformità tra i dividendi generati da un soggetto residente a soggetto residente (cd infranazionali) e dei dividendi di fonte estera erogati a soggetti residenti nonché dividendi di fonte italiana erogati a soggetti non residenti (cd sopranazionali).

Proprio in relazione alla tassazione dei dividendi in uscita è di questi giorni e precisamente del 22 gennaio 2007 il comunicato n. IP/07/66 con il quale la

Commissione ha deciso di deferire alla Corte europea di Giustizia l'Italia, non avendo quest'ultima dato seguito alla raccomandazione inviata dalla Commissione Ue.

In base all'art. 226 del Trattato CEE infatti, dopo aver inviato il "parere motivato" e aver posto il Paese membro in condizioni di presentare le proprie osservazioni, poiché lo Stato in causa non ha provveduto a rispondere al parere entro il termine di due mesi, la Commissione ha deciso di rimettere la questione alla Corte di Giustizia europea.

Nel panorama tributario europeo la disciplina italiana riguardante la tassazione dei dividendi in uscita, seppur simile a quella di altri Stati membri, appare discriminante sia per quanto riguarda quelli in regime di reddito d'impresa sia quelli di fonte estera detenuti da persone fisiche.

Alla luce degli ultimi avvenimenti, pur essendo comprensibili le resistenze dell'ordinamento italiano, basti guardare agli importi delle ritenute richieste a rimborso nell'ultimo caso esaminato, circa 6 milioni di euro, vanno tenuti in debita considerazione anche gli effetti devastanti di sentenze della CGE in materia, che, dichiarando illegittima *ab origine* la normativa italiana potrebbero, se confermate, dar luogo a rilevanti richieste di rimborsi d'imposta, peraltro con termini di prescrizioni decennali previsti dalla disciplina civilistica e non quelli più brevi *ex art. 38 DPR 600/73*.

In considerazione quindi proprio dei possibili danni economici derivanti da tali sentenze (vedi sentenza Corte di Giustizia UE che ha dichiarato illegittima la normativa italiana che limita il diritto alla detrazione dell'IVA sui veicoli) per gli effetti sulle casse erariali, appare oramai non più procrastinabile un intervento del legislatore italiano volto a correggere ed aggiustare la disciplina per favorire soluzioni in linea con il diritto comunitario.

BIBLIOGRAFIA

TESTI CONSULTATI

- **V. UCKMAR**, Corso di Diritto Tributario Internazionale - CEDAM 2002
- **Adonnino Pietro**, *Non discrimination rules in international taxation*
- **Adonnino Pietro**, *Cooperazione amministrative e modalità di scambio di informazioni tra Amministrazioni fiscali nazionali*, in Quaderni del Ministero delle Finanze, 1995.
- **Amatucci Andrea**, Trattato di diritto tributario, CEDAM, Padova, 1998
- **Amatucci Fabrizio**, *Il principio di non discriminazione fiscale*, CEDAM, Padova, 1998.
- **Ballarino Tito**, Lineamenti di diritto comunitario, IV ed., CEDAM, Padova, 1993.
- **Bizioli Gianluigi**, *Il rapporto tra libertà di stabilimento e principio di non discriminazione fiscale*, in Riv. Dir. Trib., 1999, III, 313.
- **Burgio Mario**, *La politica fiscale*, in Manuale di diritto comunitario, CEDAM, Padova, 2002.

- **Conforti Benedetto**, Diritto internazionale, Ediz. Scient., 1995.
- **D'amati Nicola**, Diritto tributario, vol.1, Cacucci, Bari, 1999.
- **Fichera Franco**, Le agevolazioni fiscali, CEDAM, Padova, 1992.
- **Grilli Enzo**, *Il flagello del protezionismo*, ED. Sole 24ore, Milano, 1988.
- **Maresca Maurizio**, Le tasse di effetto equivalente, CEDAM, Padova, 1984.
- **Mattarella**, *La libera circolazione dei lavoratori nella CEE*, Giuffrè, Milano, 1982.
- **Panebianco Massimo**, *L'Unione doganale*, in Manuale di diritto comunitario, UTET, Torino, 1990.
- **Triggiani Ennio** *Il trattamento della nazione più favorita*, Jovene, Napoli 1984

ARTICOLI E RIVISTE

- Diritto e Pratica Tributaria
- Diritto Pubbl. Comunitario
- Rivista Dir. Internazionale
- Bollettino tributario

- Rassegna Tributaria
- Il fisco
- Fiscalità internazionale

NORME INTERNE

- D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917,
- D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600,

NORME COMUNITARIE

- Trattato CE
- COM (2003) 810 definitivo - 19.12.2003

SITI INTERNET

- Commissione europea, <http://www.europea.eu.int/comm.it>;

- Servizio di documentazione tributaria del Ministero dell'economia e delle finanze, <http://www.dt.finanze.it>;
- Ipsa, <http://www.ipsoa.it/IVA>;
- Rivista telematica dell'Agenzia delle Entrate, <http://www.fiscoggi.it>.

QUOTIDIANI

- Il Sole XXIV ORE.