

**Riflessi fiscali della mobilità all'interno della UE:
per un nuovo *Nomos* europeo**

Marco Greggi¹

1. Le radici del problema: il *Nomos* perduto.

È oramai universalmente noto che l'approccio comunitario nei confronti del diritto tributario è sempre stato caratterizzato, fin dalla sua origine pattizia, da forti differenziazioni fra quanto veniva stabilito nell'ambito della fiscalità indiretta e quanto invece veniva auspicato per quella diretta.

L'esigenza di un'armonizzazione completa e compiuta per il sistema d'imposta sul valore aggiunto, di un'uniformità per il diritto doganale e per un'analoga disciplina per il settore delle accise fanno ancora oggi il paio con una legislazione secondaria comunitaria nell'ambito delle imposte dirette che si presenta frammentaria, incompleta ed episodica: frutto del necessario compromesso imposto da un modello decisionale forse ormai non più compatibile con lo *zeitgeist* del nuovo millennio².

Da questo punto di vista né la Carta di Nizza, prima, né la nuova Costituzione europea di Roma (neppure nelle versioni sintetiche che hanno prevalso nell'ultimo incontro di Berlino), poi, sembrano voler o poter mutare tale approccio.

Il diritto comunitario tributario (nozione che sembra doversi preferire in questo caso seguendo autorevole dottrina³) nel settore delle imposte dirette

¹ Marco Greggi é ricercatore confermato all'Università di Ferrara e Research fellow, Department of Business Law and Taxation, Monash University.

L'autore desidera ringraziare Silvia Kotanidis e Carla De Pietro per i suggerimenti e gli spunti di sviluppo della presente analisi, Maddalena Tamburini per i richiami dottrinali e giurisprudenziali.

² Sulla necessità di aggiornare il procedimento decisionale comunitario alle peculiarità del nuovo millennio si veda A. Di Pietro, Introduzione a (a cura di A. Di Pietro) Lo stato della fiscalità europea nell'unione europea, Roma, 2003, p. i.

³ Ci si riferisce a M. Udina, Il diritto internazionale tributario, in (a cura di P. Fedozzi e S. Romano, Trattato di diritto internazionale, Padova, 1949, 11 ss. Nell'opera ancora oggi di fondamentale importanza l'Autore distingue fra Diritto internazionale tributario e diritto tributario internazionale sulla base del fatto che solo il primo dei due concetti intendeva riferirsi a norme di diritto internazionale che avessero rilevanza per la materia fiscale.

sembra così nella condizione di dover trovare un bilanciamento fra le istanze assolutistiche postulate dalle libertà fondamentali del Trattato e l'espressa previsione, recata da quest'ultimo, che demanda ad accordi bilaterali (art. 293) la rimozione della doppia imposizione internazionale⁴ e circoscrive a ipotesi residuali gli interventi diretti dell'Unione (art. 94).

Gli interventi nell'ambito della fiscalità diretta, sia per le persone fisiche che per determinati operatori economici, come le società commerciali e stabili organizzazioni delle stesse, si sono quindi concentrati su aspetti nei quali o la negoziazione bilaterale non aveva fornito adeguati risultati fino a quel momento oppure in cui la stessa natura bilaterale dello strumento mostrava un'intrinseca inadeguatezza.

Sono venute così alla luce, tra le altre, le Direttive 1990/435/CEE⁵, 2003/48/CE⁶, 2003/49/CE⁷ e, qui di maggior interesse, 1990/434/CEE⁸.

La natura frammentaria e asistemica delle soluzioni comunitarie in materia di fiscalità diretta manifesta, comunque, un approccio funzionalista coerente, e in fin dei conti allineato, alle necessità del Trattato di Roma: rimuovere gli ostacoli (di natura fiscale, in questo caso) alla piena attuazione di un mercato comune all'interno dell'Unione europea.

Tralasciando almeno per ora il pur fondamentale ruolo svolto dalla giurisprudenza della Corte di giustizia della Comunità europea in merito alla rimozione delle barriere ad un mercato comune e, indirettamente, al ravvicinamento delle legislazioni in quei settori che più stridevano con un'autentica armonizzazione, oltre che gli interventi di *Soft law* rappresentati dal Codice di condotta e dai numerosi interventi della Commissione europea, resta il fatto che tutti gli strumenti sopra menzionati mostrano ancora oggi un inconfondibile tratto in comune: sono tutti orientati a minimizzare fenomeni di doppia imposizione internazionale su redditi di tipo *passive*, volendo utilizzare un linguaggio caro alla dottrina

⁴ Va però segnalato che questa disposizione è stata rimossa dalla recente proposta di costituzione europea. Se si possa, per ciò solo e *a contrario*, sostenere un ampliamento delle competenze comunitarie nell'ambito della fiscalità diretta, spetterà alla dottrina stabilirlo.

⁵ Direttiva "Madre - Figlia", modificata dalla Direttiva 2003/123/CE.

⁶ Direttiva in materia di tassazione dei redditi da risparmio sotto forma di interessi.

⁷ Direttiva in materia di pagamento di interessi e royalties.

⁸ Ora sostituita dalla nuova direttiva "fusioni", Direttiva 2005/19/CE.

anglosassone e statunitense nella quale la distinzione è stata da tempo formalizzata con i redditi di impresa commerciale.

Dividendi, interessi e *royalties* beneficiano oggi di una disciplina comunitaria finalizzata a ripartire la potestà impositiva fra i diversi stati potenzialmente interessati al prelievo tributario (stato di residenza del soggetto percettore e di quello pagatore, per lo meno), almeno nel caso in cui i flussi di reddito sopra menzionati intercorrano fra soggetti qualificati dalle stesse direttive. Unica eccezione, in questo senso, è costituita dal regime delle plusvalenze (*capital gains*).

Se, probabilmente, ragioni di natura operativa hanno escluso siffatta necessità nel caso di realizzo di plusvalenze a seguito della cessione di strumenti finanziari o di altri beni, il legislatore comunitario si è interessato del fenomeno (conformemente all'approccio sussidiario che dovrebbe sempre ispirare l'intervento comunitario) solo laddove la tassazione delle plusvalenze di fatto non garantiva la neutralità postulata dal Trattato (in generale) e dalle libertà fondamentali da esso enunciate e tutelate (in particolare). Ci si intende riferire, in questo contesto, a determinate operazioni straordinarie d'impresa (fusione, scissione e conferimento d'attivo, ad esempio) di per sé intrinsecamente idonee a generale potenzialmente plusvalenze fiscalmente rilevanti per due o più stati europei, nel caso in cui l'operazione riguardi soggetti stabiliti sul loro territorio, naturalmente.

Di più: associare l'operazione straordinaria in questione alle tradizionali ipotesi di realizzo avrebbe verosimilmente costituito un significativo, inaccettabile, ostacolo alla realizzazione di operazioni straordinarie *cross - border*. Circostanza questa che si è voluta espressamente escludere sancendo in un'ottica comunitaria la tendenziale neutralità fiscale delle suddette operazioni.

Con la direttiva da ultimo menzionata, la 1990/434/CEE, il legislatore comunitario ha appunto confermato questa necessità, attribuendo la piena neutralità fiscale alle operazioni straordinarie di riorganizzazione d'impresa che potevano recare con sé ipotesi di realizzo, soprattutto nei casi nei quali una società veniva, ad esempio, fusa con un'altra residente in un altro

paese europeo, finendo con ciò per abbandonare la sua residenza nello stato di origine (anzi, in questo caso, sarebbe più corretto sostenere, la sua soggettività giuridica).

Fra le fattispecie qualificate alla stregua di operazioni straordinarie all'interno della Direttiva, tuttavia, manca il semplice trasferimento di sede della società in questione, che pure è operazione straordinaria dal punto di vista di numerosi ordinamenti giuridici, come appunto quello italiano, laddove non sia del tutto esclusa (come accade ad esempio nei Paesi Bassi). Anche trascurando, per ora soltanto, il regime fiscale delle persone fisiche, sembra dunque emergere all'interno dell'ordinamento tributario comunitario una lacuna alla quale negli ultimi anni la dottrina, la giurisprudenza e la stessa Commissione europea⁹ stanno cercando di fornire un'adeguata risposta. Tutto questo, soprattutto, dopo che una serie di recenti sentenze della Corte di giustizia ha contribuito a rilanciare la questione rendendola ancor più attuale e meritevole di una risposta.

Quello che quindi è stato inquadrato fino ad ora nella letteratura scientifica come il problema delle *Exit taxes* e della loro compatibilità con il diritto comunitario, intendendo quindi con ciò sostenere che sono più che leciti di dubbi in merito alla possibilità di attribuire valenza realizzativi su determinati cespiti al trasferimento di sede o di residenza all'estero da parte di un cittadino comunitario o anche di una società, può essere quindi diversamente configurato.

Il problema che ci si porrà in questa breve indagine, a prescindere dall'analisi dei contributi giurisprudenziali della Corte di giustizia che sono analizzati altrove, sarà quello della mobilità all'interno dell'Unione europea e della rilevanza reddituale di siffatti trasferimenti, sia che essi vedano come protagonisti persone fisiche, sia che coinvolgano soggetti societari.

In questa prospettiva la questione si presenta indubbiamente originale e attuale: si ha a che fare infatti non solo con una fattispecie di reddito transnazionale, quanto piuttosto con una transnazionalità che incide da un lato, direttamente, sullo stesso soggetto passivo (prima contribuente di uno stato e poi di un altro all'interno dell'Unione) e dall'altro lato, qualora uno o

⁹ Si veda la COM (2006) 825 del 19 dicembre 2006, ad esempio.

entrambi gli stati attribuiscono valenza realizzativa al trasferimento di residenza all'estero, a solo una quota parte della plusvalenza effettivamente realizzata, magari in un momento successivo.

La diversità dei modelli impositivi da parte degli stati nazionali costituisce un ulteriore spunto di riflessione che verrà trattato in seguito: basti fin qui prendere però atto della situazione nella quale ci si muove all'interno dell'Unione europea ad oggi.

Il trasferimento di sede o residenza da uno stato ad un altro dà ancora luogo, in molte circostanze, ad un realizzo di plusvalenze latenti su determinati cespiti, in base allo stato in questione. Tale imposizione sulle plusvalenze latenti a volte è effettuata (soprattutto in seguito alla giurisprudenza comunitaria citata in precedenza) in un momento storicamente successivo (e coincidente con l'effettivo realizzo sul mercato del cespite) altre volte, come ancora accade nel sistema italiano, essa coincide ancora con il trasferimento di sede all'estero, almeno per quanto riguarda le società¹⁰.

Insomma, quello che sembra emergere da questa frammentaria ricostruzione è un quadro nel quale ogni stato europeo avanza la propria pretesa tributaria con modalità, tempi e per importi del tutto diversi, e (potenzialmente) divergenti rispetto a quelli degli altri paesi dell'Unione.

L' (apparente) assenza d'espresse norme comunitarie volte a regolamentare la mobilità all'interno dell'Unione dal punto di vista tributario non fa altro che acuire la potenziale conflittualità fra gli stati, in un momento nel quale la pretesa impositiva valica i propri confini, potendo essere avanzata anche nei confronti di soggetti residenti altrove, che parimenti altrove realizzano una plusvalenza fiscalmente qualificata, ma che pure, sebbene in minima parte, maturò sul territorio di alcuno di essi, in un momento anche risalente.

Da questo coacervo di pretese, fra di loro intrinsecamente conflittuali, emergono ad ora due certezze: la prima è che in un sistema come quello attuale la mobilità societaria e personale risulta ancora fortemente

¹⁰ Il realizzo è scongiurato nel caso in cui i cespiti della società facciano riferimento a una stabile organizzazione sul territorio dello Stato da parte della società che ha trasferito altrove la sua residenza ex art. 73 co.3 Tuir.

pregiudicata, in modalità e condizioni con ogni probabilità non confacenti con le disposizioni del Trattato; la seconda è che si è smarrito (o forse non è mai stato conquistato da parte dell'Unione) quello che in un approccio puramente tributario potrebbe essere rivisto come *Nomos* della territorialità¹¹ della pretesa impositiva.

Il presente studio costituisce un parziale contributo alla sua ricerca.

2. La circolazione di cittadini europei, l'immediatezza del prelievo impositivo e la latenza dei plusvalori. Le libertà fondamentali alla prova dello spazio e del tempo per la Commissione europea.

In un'ottica prettamente comunitaria, il problema del regime fiscale della mobilità di persone e società all'interno dell'Unione è stato sintetizzato recentemente dalla Commissione europea in un Comunicazione già citata in precedenza.

Con essa sono stati messi in luce molti dei problemi si qui tratteggiati, seppure limitando il fenomeno a quelle che, con un linguaggio descrittivo ma oramai qualificante sono state inquadrare come *Exit taxes*: nozione questa che comprende, come si è detto, forme di prelievo le quali sovente si qualificano come dirette, sul presupposto del trasferimento della residenza, del domicilio ovvero della sede societaria da un paese ad un altro.

Sempre seguendo l'approssimazione del concetto, la dottrina ha rilevato che praticamente tutte le *Exit taxes* attualmente applicate all'interno dell'Unione europea altro non sono che forme di prelievo (eventualmente sostitutive dell'imposta sul reddito) sulle plusvalenze maturate, ancorché non realizzate, relative a specifici cespiti al momento del loro trasferimento all'estero.

L'individuazione dei cespiti plusvalenti in caso di trasferimento all'estero è in genere subordinata alla verosimile difficoltà della riscossione, nel successivo momento del realizzo, della plusvalenza stessa. Per questo motivo, ad

¹¹ Il parallelismo è evidentemente con C. Schmitt, *Il Nomos della terra*, trad. italiana di E. Castrucci, Milano, 2003.

esempio, la legislazione francese in discussione nel caso *De Lasteyrie*¹² rilevava le plusvalenze latenti sui valori mobiliari intestati al Sig. De Lasteyrie ma non, ad esempio, quelle sui beni immobili rimasti in Francia. La soluzione italiana, per converso, si mostra ancor più espansiva da questo punto di vista, con l'art. 166 del Tuir che non discrimina fra diversi tipi di cespiti ai fini della tassazione delle plusvalenze¹³.

Insomma, la Commissione si è vista costretta in prima analisi a tentare di censire il fenomeno delle *Exit taxes* alla luce non solo delle diverse modalità, ma anche (e soprattutto) delle diverse finalità che i legislatori hanno inteso perseguire con la loro previsione.

La forte eterogeneità del fenomeno, sia consentita l'anticipazione, ha un altro effetto fortemente pregiudizievole per l'interprete: quello di limitare la portata costruttiva delle sentenze della Corte di giustizia.

Nel caso prima citato, ed esempio, la Corte ha giudicato in merito alla proporzionalità degli strumenti di garanzia per la tutela del credito erariale, a fronte di un trasferimento all'estero di un contribuente (onde evitare l'applicazione delle *Exit taxes*). Non ha dunque valutato la compatibilità dello strumento con il Diritto comunitario *tout court*. È per questo motivo, tra l'altro, che ancora in dottrina si dubita sull'estendibilità *sic et simpliciter* della giurisprudenza comunitaria al trasferimento di sede all'estero delle persone giuridiche (e forse a questo punto anche delle società di persone).

¹² C-9/02.

¹³ Da notare che se da un lato la tassazione delle plusvalenze latenti è esclusa nel caso in cui la società che trasferisce la sede all'estero lasci in Italia una stabile organizzazione, dall'altro lato la presenza di beni immobili non è sufficiente a questo fine se non sono inseriti in una sede fissa d'affari sul territorio del Paese. In questo senso, ad esempio, è ragionevole sostenere che se la società trasferisce la sede all'estero lasciando in Italia un immobile non inserito in una stabile organizzazione, si troverà a dover scontare l'imposta sull'eventuale plusvalenza latente su questo. Se ne desume quindi che l'art. 166 del Tuir non è ispirato ad una logica, per così dire, prudenziale come molte delle *Exit taxes* europee ostano di seguire, ma ad una logica di sistema, per la quale il trasferimento all'estero della residenza del soggetto passivo è davvero considerato, a tutti gli effetti, un fenomeno realizzativo. La distinzione a questo fine prevista per la stabile organizzazione sembra allora giustificata dalla percezione della stabile organizzazione come centro d'imputazione di rapporti tributari, *lato sensu* economici, tali da far sopravvivere la continuità dell'attività d'impresa commerciale propriamente considerata sul territorio. Dalla continuità dell'impresa discenderebbe a questo punto l'opportunità di non assoggettare ad imposta le suddette plusvalenze. È evidente che se dovesse essere effettivamente questa la *ratio* ispiratrice dell'articolo 166 i profili di incompatibilità comunitaria (se sussistenti) finirebbero per raddoppiarsi, aggiungendo alla (ipotizzabile) violazione della libertà di stabilimento o di circolazione di capitali, quella del divieto di discriminazione.

Al di là tuttavia di tutte queste precisazioni e delle doverose distinzioni resta un dato inoppugnabile: la mobilità nel mercato europeo sia delle società che delle persone fisiche si trova ad essere inquadrata, da un punto di vista fiscale, in un modo del tutto inappagante e inadeguato a garantire pienamente la libertà di stabilimento, o al limite la libera circolazione dei capitali, nel caso in cui la prima libertà non possa essere invocata con successo sulla base delle circostanze del caso concreto. Tutto questo avviene a prescindere dalla configurazione di *Exit taxes* secondo un modello tradizionalmente inteso.

Soprattutto nel caso delle società, la mobilità all'interno del mercato comune comporta l'allineamento dei valori di carico fiscalmente riconosciuti dei diversi cespiti da uno stato ad un altro, e se la giurisprudenza si è soffermata nei casi in cui da asimmetrie fiscali possano perfino derivare casi di doppia imposizione, dall'altro lato è indiscutibile che in altrettante circostanze questo possa determinare anche casi di salto d'imposta.

In questo senso, l'implementazione degli IAS all'interno dell'ordinamento comunitario, e quindi anche nazionale, attraverso il regolamento comunitario anche se è ben lungi dal costituire una risposta definitiva al problema (sia per la limitata applicabilità soggettiva che per la tendenziale irrilevanza della loro applicazione in un'ottica prettamente tributaria) costituisce tuttavia la corretta impostazione del problema.

Nella stessa direzione peraltro muovono diverse proposte che, ancora *de iure condendo*, la Commissione fa in parte proprie nella discussione europea in merito¹⁴.

L'impostazione seguita dalla Commissione prende necessariamente spunto dalla giurisprudenza che si è venuta formando nel corso degli ultimi anni, seppure riferita alle persone fisiche.

L'insegnamento che se ne trae è quello per il quale il diritto comunitario non impedisce allo stato membro di associare al trasferimento di sede all'estero un'ipotesi di realizzo di plusvalenze latenti fiscalmente rilevanti. Impedisce, piuttosto, l'esigibilità del tributo nello stesso periodo d'imposta in cui l'operazione avviene, se il realizzo non ha materialmente luogo, ma si limita

¹⁴ Si veda da ultimo la COM (2006) 823 del 19 dicembre 2006.

ad essere una conseguenza imposta dalla legge tributaria.

In altri termini, ben potrà lo stato di residenza del contribuente assoggettare ad imposta le plusvalenze latenti su un determinato cespite di proprietà della persona che si trasferisce in un altro stato dell'Unione, ma solo quando costui avrà effettivamente realizzato la plusvalenza (cosa che potrà accadere anche, e spessissimo accade, in un momento storicamente successivo).

Allo stesso modo è inibito allo Stato di imporre al soggetto che intende trasferire la propria residenza all'estero di fornire garanzie fideiussore o reali sproporzionate e, comunque, tali da rendere eccessivamente oneroso il trasferimento stesso.

La dottrina è già intervenuta a più riprese su tali pronunce, e tentare in questa sede una ricognizione anche solo sommaria è oramai impossibile.

Il dato che sembra emergere con particolare chiarezza, al di là delle diverse chiavi di lettura e dei possibili e probabili sviluppi della giurisprudenza, è quello per il quale il diritto comunitario non osta alla tassazione in uscita delle plusvalenze latenti: non nega cioè la potestà tributaria allo stato di origine della persona (o, in prospettiva, della società), di quello che la letteratura straniera ha qualificato come lo Stato *outbound*, quanto piuttosto nega la tassazione al momento del trasferimento, considerando in questa prospettiva che l'esigibilità dell'imposta ovvero la sua debenza al momento del trasferimento sia incompatibile con il diritto comunitario e la libertà di stabilimento dei soggetti societari.

Per questo motivo, si è sottolineato in precedenza, la separazione che la Corte di giustizia tenta di rimarcare all'interno dell'Unione opera non tanto su un fattore spaziale e soggettivo, come di solito è accaduto nel riparto della potestà impositiva fra un paese membro e un altro, quanto piuttosto su una variabile temporale che, colta in questa prospettiva, è del tutto originale nella giurisprudenza della Corte¹⁵.

D'altronde la correttezza dell'esito non sembra, almeno in un primo approccio, facilmente criticabile nella misura in cui i giudici del Lussemburgo

¹⁵ E a dire il vero anche delle Direttive comunitarie, che con poche eccezioni hanno sempre operato sul piano spaziale e non su quello temporale.

riservano ad ogni stato la possibilità di tassare le plusvalenze maturate *ratione temporis* sino a quando l'*asset* sia stato mantenuto sul territorio dello stato *outbound*.

Non si tratta dunque di un'ipotesi tradizionalmente intesa di reddito transnazionale, nei confronti del quale due stati avanzano simultaneamente una pretesa impositiva¹⁶, ma di una situazione della quale il diritto comunitario deve pender posizione dinnanzi all'attualizzazione di una futura pretesa tributaria, per la quale, poi, del tutto legittimamente l'altro stato potrebbe mantenere riserve per quel che concerne il riconoscimento di un eventuale credito di imposta¹⁷ ai fini della riduzione della doppia imposizione internazionale.

Ad un'analisi più attenta, tuttavia, la soluzione ragionevole ed ispirata anche ad esigenze equitative enunciata dalla Corte, e poi fatta propria dalla Commissione nel documento citato, mostra non poche vulnerabilità.

Innanzitutto, fino ad ora, la Commissione ha sempre sviluppato le sue riflessioni ipotizzando, sulla scorta delle legislazioni dei diversi stati, una maturazione progressiva e lineare delle plusvalenze latenti, sussistenti al momento della fuoriuscita della persona o della società da uno stato e al suo ingresso nel territorio dell'altro stato. Non ha mai chiarito che cosa possa accadere (né il risultato giurisprudenziale cui si fa riferimento pare automaticamente estendibile) nel caso in cui la maturazione della

¹⁶ Situazione che peraltro potrebbe trovare risposta nell'eventuale Convenzione contro le doppie imposizioni che s'ispirano in questa prospettiva all'art. 13 del Modello di convenzione Ocse.

¹⁷ Ammessa cioè l'applicabilità di una *Exit tax* tradizionalmente intesa da parte dello stato *outbound*, lo Stato *inbound* potrebbe legittimamente eccepire la mancanza di presupposti per il riconoscimento di crediti d'imposta per tributi assolti all'estero posto che sulla base dell'eventuale convenzione Ocse la plusvalenza dovrebbe trovare riconoscimento (e conseguente tassazione) solamente nello stato di residenza del soggetto percettore. Nel caso dell'Italia, ad esempio, il realizzo potrebbe condurre a un incremento del valore del cespite sulla base di quello di realizzo, ma non un credito per la *Exit tax* assolta all'estero. Non tanto per l'assenza del requisito di reciprocità postulato dall'art. 165 Tuir, quanto piuttosto per il fatto che il realizzo finirebbe per avvenire a fronte di una fattispecie di arricchimento diversa dal realizzo *tout court* (assimilabile piuttosto all'iscrizione, in questo senso) e conseguentemente fiscalmente irrilevante. Si pensi a una società che nel mese di febbraio trasferisce la sua sede dalla Francia all'Italia, realizzando plusvalenze latenti sui censiti spagnoli che permangono su quel territorio senza integrare sua stabile organizzazione. È chiaro che in quel periodo d'imposta la società francese sarà in realtà considerata fiscalmente residente in Italia a tutti gli effetti (mantiene qui per la maggior parte del periodo d'imposta la sua sede legale) ma la plusvalenza da *Exit tax* realizzata in Italia non concorrerà alla formazione del reddito complessivo in Italia, e conseguentemente nessun credito potrà essere attribuito in Italia a fronte del tributo assolto all'estero.

plusvalenza assuma valori diversi, e non progressivi, rispettivamente al momento del trasferimento della sede e in quello (teoricamente successivo) del suo realizzo.

Si ipotizzi che la plusvalenza maturata e accertata (ma per la quale tuttavia l'imposta al momento non sia esigibile in ossequio alla giurisprudenza affermata nei casi *De Lasteyrie* e *N.*¹⁸) decresca al momento dell'effettivo realizzo successivo. In questo caso, se si tiene ferma la potestà tributaria piena ed assoluta dello Stato *outbound*, il contribuente potrebbe essere chiamato a versare un'imposta per una plusvalenza più elevata di quella concretamente realizzata, senza poi possibilità di ottenere alcun credito d'imposta da parte dello Stato *inbound* il quale, al più, potrebbe essere orientato a rinunciare alla propria pretesa tributaria. In questo caso, è chiaro, si verrebbe a formare paradossalmente una duplice imposizione su un presupposto neppure realizzato.

Ancora, nel caso in cui il realizzo sia effettuato a valori inferiori a quelli d'acquisto dopo aver fatto rilevare una plusvalenza al momento del cambio di sede ci si potrebbe trovare nella condizione per la quale il contribuente è chiamato a versare un'imposta su una plusvalenza neppure realizzata e per la quale, addirittura, nell'altro stato membro si rileva una minusvalenza deducibile. Si potrebbe poi procedere ancora, aggiungendo a tali considerazioni tutti gli ulteriori sviluppi che tal arbitraggio potrebbe permettere in chiave elusiva dell'imposta dovuta¹⁹.

La complessità dal quadro forse non è ancora adeguatamente percepita dalla Commissione, ma nonostante questo la posizione degli organi comunitari non può essere oggetto di critica, da momento che è l'unica possibile a fronte dell'orientamento giurisprudenziale che incide in modo del tutto originale ripartendo, come si è detto, in chiave temporale la potestà impositiva, e lo fa in modo negativo, laddove nega la possibilità d'applicazione della *Exit tax* al momento dell'uscita del contribuente.

¹⁸ Causa N. C-470/04.

¹⁹ Particolarmente significativa in questo senso è stata la novella del legislatore italiano che, consapevole di questa possibilità, ha previsto per l'Amministrazione la possibilità di disconoscere ai fini fiscali il trasferimento di residenza in base ai presupposti di cui all'art. 37 *bis*, del Dpr 600/73.

Il trasferimento di sede, quindi, seppure possa essere considerato come un'ipotesi assimilata a quella di realizzo, non lo è, comunque, per l'esigibilità del tributo, che viene differita nel tempo²⁰.

L'indagine in tema di *Exit taxes* si sviluppa poi nella considerazione di altri due elementi parimenti importanti per un inquadramento generale della tematica: la possibilità di estendere i rilievi della Corte anche ai soggetti societari (o comunque diversi dalle persone fisiche oggetto delle due sentenze a più riprese ricordate) e i rapporti con Paesi terzi, manifestando nel primo caso un malcelato orientamento all'estensione del dispositivo *De Lasteyrie* anche alle società, che peraltro trova un larvato riscontro nella giurisprudenza successiva, mentre mostra nel secondo una maggiore cautela.

Indubbiamente la risposta ai due interrogativi, colorata da una forte discrezionalità ed autonomia della Corte nella lettura delle libertà fondamentali, è più agevole di quella da prospettare per le soluzioni intracomunitarie descritte in precedenza, la cui intrinseca bilateralità impone soluzioni non soltanto corrette dal punto di vista concettuale e giuridico, ma anche simmetriche nell'ordinamento dei diversi Paesi, pena situazioni di doppia imposizione difficilmente risolvibili anche mediante strumenti volti a procedimentalizzare la controversia²¹, che in quanto inadeguati a fornire una risposta *ex ante* condivisibile, costituiscono già di per sé una risposta inadeguata, e accettabile solo in una logica ispirata ad un approccio di tipo *second best*.

Nell'impostazione della Commissione prevale chiaramente l'interpretazione estensiva delle conclusioni della Corte anche alle persone giuridiche (*in primis*, alle società di capitali) complessivamente considerate, e non soltanto alle Società europee, per le quali la mobilità all'interno del Mercato unico è statutariamente riconosciuta e tutelata, da ultimo con le modifiche

²⁰ E che neppure può essere assistita da particolari garanzie posto che il livello di integrazione comunitaria sia sotto il profilo dello scambio di informazioni che sotto quello della cooperazione in tema di riscossione dei tributi di fatto rende pleonastiche tali cautele, che rilevano così solo nella misura in cui finiscono per costituire un inutile freno inibitore alla mobilità all'interno dell'Unione.

²¹ Ci s'intende riferire ai diversi strumenti a disposizione delle Amministrazioni nazionali e volti tutti a permettere accordi fra di esse.

alla Direttiva cd. "Fusioni"²² che espressamente prevedono i casi di mobilità della SE all'interno del mercato europeo.

Non è chiaro come la Commissione possa sostenere l'estensione in via analogica di siffatto principio anche alle società che non rivestono la forma prescritta dalla Direttiva. Non sarebbe tuttavia la prima volta che la Commissione supporta una lettura del Trattato e delle sue libertà fondamentali che va oltre quanto disposto dalla legislazione derivata comunitaria: insomma, nella quale l'integrazione europea sia meglio e più approfonditamente supportata dall'interpretazione adeguatrice del Trattato di quanto invece non permetta una direttiva o un regolamento. Per questo motivo ricavare argomentazioni *a contrario* sulla base del disposto di provvedimenti comunitari non è sempre facile.

Al di là delle riflessioni di carattere metodologico, tuttavia, resta il fatto che sembra emergere chiara l'intenzione da parte della Commissione di promuovere un'interpretazione della giurisprudenza della Corte volta a estendere i benefici che essa riconosce a una più vasta platea di potenziali operatori economici.

Lo stesso approccio sembra ispirare la risposta al secondo dei quesiti prima prospettati: la disciplina delle *Exit taxes* nei confronti di stati terzi, sia facenti parte dello Spazio economico europeo che non. Tuttavia in questo caso l'interpretazione della Commissione deve fare in conti con la più che probabile assenza di strumenti giuridici finalizzati ad assicurare un adeguato scambio d'informazioni, e quindi a rendere del tutto pleonastiche (quindi incompatibili con la libertà di stabilimento²³ o di circolazione dei capitali), le garanzie di natura reale o fideiussoria che numerosi ordinamenti europei richiedevano al fine di permettere la sospensione d'imposta nel caso di trasferimento della sede all'estero delle società o delle persone, e che quindi in questi casi verrebbero a recuperare tutta la loro legittimità.

²² Direttiva 2005/19/CE.

²³ La libertà di stabilimento è invocabile anche da parte di operatori localizzati all'interno dello Spazio economico europeo, non da coloro che invece operano in Paesi terzi, per i quali tuttavia è possibile ricorrere alla tutela del proprio investimento sulla base della libertà di circolazione dei capitali.

Tuttavia così per i primi Paesi come per i secondi non è applicabile il sistema di Direttive finalizzate a realizzare un efficiente scambio d'informazioni fra le diverse Amministrazioni finanziarie

L'assenza d'adequati strumenti relativi allo scambio di informazioni, anche per la Commissione, diverrebbe infatti un fattore determinante nell'ammissibilità strumenti di cautela della pretesa tributaria statale in un'ottica comunitaria.

Anche in questo caso, tuttavia, le incertezze permangono.

Da un lato, la Commissione non chiarisce se l'unico scambio d'informazioni giudicato adeguato in questa prospettiva sia solo e solamente quello assicurato mediante strumenti e modalità comunitarie, oppure possa anche essere di tipo diverso, magari pattizio, sulla scorta dell'esperienza maturata in questo senso dal Modello di Convenzione Ocse, dal suo Commentario e naturalmente da tutte le convenzioni che ad essi si ispirano.

Dall'altro lato non traspare se nei confronti dei Paesi terzi ad essere permessa in forza dell'assenza dello scambio d'informazioni sia un'*Exit tax* propriamente detta, una forma di prelievo su un'operazione straordinaria (mutamento di sede o di residenza) che il legislatore assimila ad una fattispecie di realizzo), ovvero una forma di garanzia sul credito tributario che lo Stato vanta e per la quale potrà trovare soddisfazione solo se e solo quando la persona o la società realizzerà all'estero la plusvalenza già *pro quota* maturata al momento del trasferimento di sede.

Da questo punto di vista non va dimenticato, infatti, che molta della giurisprudenza alla quale ci si affida in tema d'*Exit taxes* si è sviluppata non solo e non tanto su forme di tassazione della plusvalenza maturata, ma anche su obblighi di garanzia della pretesa erariale che già, di per sé, possono inibire lo stabilimento altrove, o, in questo caso, la libera circolazione dei capitali.

Si tratta anche in questo caso di profili diversi ai quali dovrebbero essere date risposte altrettanto diverse, o quantomeno diversamente articolate.

3. Le variabili in gioco nel regime fiscale della mobilità europea: la fiscalità d'entrata, d'uscita, l'estensione a soggetti societari, l'applicabilità ai rapporti con paesi non appartenenti all'Unione.

Il problema della mobilità dei soggetti comunitari, siano essi persone o enti

dotati di personalità giuridica, sia all'interno dell'Unione che verso (o da) l'esterno, non può essere ridotto alle *Exit taxes*, o addirittura alla loro semplice compatibilità con alcune libertà del Trattato.

Il trasferimento di sede o di residenza va sempre percepito ed inquadrato nella sua ineluttabile simmetricità: così come da un lato un soggetto abbandona uno Stato, ponendo eventualmente problemi di recupero di plusvalenze nell'immediato o nel lungo termine, allo stesso modo il suo ingresso all'interno di un altro ordinamento pone problemi inerenti l'attribuzione di un valore fiscalmente riconosciuto ai cespiti movimentati in questo modo²⁴. In ultima analisi, la simmetria si dovrebbe idealmente spingere fino alla determinazione del valore in uscita dei cespiti e alla sua collimazione con quello d'ingresso.

Dal punto di vista prettamente giuridico, poi, si tratta di capire che sorta d'effetto assimilato al realizzo abbia luogo al momento dell'uscita di un soggetto dal territorio d'uno Stato (ammessa la sua compatibilità con il diritto comunitario), soprattutto per quanto riguarda gli operatori esercenti un'impresa commerciale.

Si tratta innanzitutto di capire se, in altri termini, il realizzo sia assimilabile ad un fenomeno estintivo della piena soggettività tributaria (non di quella civilistica, che come nel caso dell'Italia può ben permanere) ovvero se in questi casi si tratti di un fenomeno affatto diverso.

Chiaramente le conseguenze potrebbero variare, ad esempio, nel caso di cespiti privi di un costo fiscalmente riconosciuto, come ad esempio l'avviamento iscritto dall'impresa o comunque rilevato solo contabilmente.

In questo senso, a differenza degli altri cespiti per i quali il problema della plusvalenza riguarda l'ammontare e il momento della sua effettiva debenza, si tratterebbe innanzitutto di verificare (ancora una volta tenendo conto di quella simmetria con lo stato *inbound* di cui si è detto prima) se in questi casi il diritto comunitario permetta la tassabilità di queste componenti, che

²⁴ Sempre ammesso che non vengano lasciati sul territorio dello Stato di origine a formare l'embrione di una stabile organizzazione. A fronte di questa circostanza, e del sostanziale permanere sul territorio dello stato *outbound* di un centro d'imputazione di rapporti giuridici tributari qualificati da una particolare stabilità, pressoché tutte le problematiche più importanti attinenti alla mobilità all'interno dell'Unione cessano proprio perché, in un certo qual modo, è la mobilità stessa a essere venuta meno.

in un certo qual modo potrebbero essere qualificate come fiscalmente latenti nella loro globalità.

Insomma: se si avvicina il trasferimento della sede ad un fenomeno estintivo – successorio per la società, allora è ovvio che non si potrà parlare di realizzo dell'avviamento in quanto dal punto di vista nazionale l'attività si esaurisce con il trasferimento²⁵.

Se per contro il realizzo è ammesso attraverso un'ipotesi affatto diversa, allora ci sono margini per avanzare una pretesa tributaria anche sul (maggior) valore dell'avviamento inteso come maggiore ricchezza economicamente misurabile che è stata pur sempre prodotta in costanza d'attività commerciale sul territorio dello Stato, e che quindi deve essere ivi valorizzata dal punto di vista tributario prima del trasferimento all'estero della sede e della (potenziale) perdita d'ogni pretesa in questo senso da parte dello Stato.

Si tratta quindi di procedere con ordine affrontando le diverse problematiche sulla base di un criterio di pregiudizialità logica.

4. La variabile soggettiva nella mobilità europea: persone ed enti a confronto.

Si è già sostenuto, commentando la giurisprudenza della Corte di giustizia, che la casistica ad oggi disponibile in merito alle conseguenze comunitarie del trasferimento di domicilio, sede o residenza ai fini fiscali riguarda sostanzialmente il caso di persone fisiche, e ancor più precisamente di quelle che sono assoggettate a forme di prelievo in uscita.

Mentre per queste, quindi il problema può dirsi sostanzialmente risolto, tanto che numerosi stati hanno già intrapreso le necessarie contromisure per evitare di incorrere nelle stesse violazioni accertate nei confronti di

²⁵ Una tassazione dell'avviamento in uscita anche considerando il trasferimento di sede all'estero come un caso di liquidazione societaria ben difficilmente risulterebbe compatibile con la disciplina comunitaria anche da punto di vista del principio di non discriminazione. Allo stesso modo, risulta difficile per uno Stato (in questo caso anche l'Italia) assimilare *in toto* il trasferimento all'estero della sede a una liquidazione della società (o *lato sensu* dell'impresa) in tutti quei casi nei quali, invece, la sopravvivenza civilistica della stessa è espressamente ammessa e concessa.

Francia e Paesi Bassi²⁶, dall'altro lato nulla è stato detto per quanto concerne i soggetti societari.

Per quel che riguarda questi ultimi la valutazione è resa più complessa sia per altra, più risalente, giurisprudenza²⁷ che per problemi d'ordine sistematico. Secondo la lettura che la dottrina ha avanzato, la giurisprudenza di fatto ammetteva implicitamente siffatta possibilità (di applicare *Exit taxes*) con un'argomentazione indubbiamente seducente: quella per la quale così come la società e ogni altro ente altro non sono che centri di imputazione di rapporti tributari che l'ordinamento costituisce (e non riconosce, come nel caso delle persone fisiche) allo stesso modo può imporre maggiori limiti alla loro mobilità estera, tanto che anche dal punto di vista civilistico in molti Paesi, come ad esempio l'Olanda, non è ammesso il trasferimento di sede all'estero.

Se in linea generale a tale conclusione si può anche aderire, c'è però da capire di che tipo di *Exit tax* si tratti; o meglio se si abbia a che fare con una tassazione delle plusvalenze in uscita a seguito di una ipotesi di realizzo da liquidazione, o di conferimento (mantenendo quindi il complesso aziendale come un *going concern*), oppure ancora magari di un *tertium genus* di realizzo derivante proprio da trasferimento all'estero.

Come si è accennato al paragrafo precedente, la distinzione non è neutrale negli esiti tributari che comporta, e neppure la possibilità di condividere la risposta giurisprudenziale che supporti l'una o l'altra di queste conclusioni.

Da un lato, infatti, associare al trasferimento di sede all'estero una ipotesi *lato sensu* liquidatrice del soggetto societario di fatto porterebbe a un realizzo a valore normale dei cespiti d'impresa così come presenti rilevati nella scritture contabili in un modo non dissimile a quanto previsto per una tradizionale liquidazione sulla base del diritto interno. Per quel che concerne l'avviamento non iscritto a bilancio, ad esempio, nessuna ipotesi di realizzo sarebbe astrattamente concepibile in questa circostanza.

Se per contro, si accede ad una soluzione interpretativa di tipo diverso,

²⁶ Non è il caso dell'Italia. L'art.166 TUIR, se inteso come riferito ai soli soggetti societari o comunque diversi da persone fisiche, non manifesta criticità almeno sulla base delle sentenze prima ricordate.

²⁷ Caso Daily Mail, C-81/87.

allora la rilevanza di queste poste emerge del tutto significativamente, anche ai fini di un realizzo in chiave di tassazione in uscita. Questo è verso sia nel caso in cui si supporti l'ipotesi di realizzo come una sorta di "*tertium genus*", sia di realizzo sulla falsariga di quanto previsto per altre operazioni straordinarie d'impresa che invece sono regolarmente disciplinate.

Ciascuna di queste ipotesi mostra profili di pregio e di criticità, e l'Europa a 27 sperimenta soluzioni domestiche alla fiscalità d'uscita che è pressoché impossibile censire qui.

Di per certo potrebbe essere sostenuto che anche in questi casi dovrebbero essere evitate²⁸ soluzioni che conducano a una asimmetria del piano tributario rispetto a quello civilistico (come pure talvolta accade, nel caso dell'Italia). In altri termini, se dal punto di vista tributario si accede ad una soluzione di stampo liquidativo (assimilando al trasferimento all'estero una liquidazione della società) allora altrettanto dovrebbe essere disposto in un'ottica tributaria.

Se per contro, la norma civilistica tendenzialmente ammette la continuità della soggettività giuridica, allora il realizzo a valore normale dei cespiti d'impresa resta pur sempre ammissibile dal punto di vista tributario, ma altra giustificazione non trova che la legittima salvaguardia della potestà tributaria da esercitarsi su una ricchezza prodotta, maturata ma non ancora realizzata.

Nel caso in cui alla giurisprudenza basti quest'argomentazione per salvare le *Exit taxes, nulla quaestio*. Nel caso in cui, invece, l'interesse fiscale che entra in conflitto con la piena mobilità dei soggetti societari necessita di un contesto coerente nel dato giuridico nazionale nell'ambito del quale svilupparsi, allora diverrebbero ipotizzabili anche soluzioni di segno opposto, ispirate alla coerenza del sistema giuridico nazionale nel suo complesso.

Questo porta a sostenere che se uno Stato dal punto di vista civilistico ammette la piena mobilità di un soggetto societario e la continuità (senza alcuna soluzione) addirittura della sua personalità giuridica, allora al tempo stesso non può imporre la sua tassazione in uscita assimilandola a quella

²⁸ Per quanto la divergenza non sia di per sé suscettibile di una specifica sanzione in chiave comunitaria.

che occorre a fronte di un'operazione estintiva.

In questa prospettiva, al più, sarebbero ammissibili forme di tutela reale per la salvaguardia della pretesa erariale nella misura in cui esse siano compatibili con il dato comunitario e con la giurisprudenza che è venuta consolidandosi per le persone fisiche.

Il profilo soggettivo, così, finisce per diventare un elemento la cui rilevanza varia anche in base al tipo di prelievo (o di garanzia) imposto al momento dell'uscita da uno stato.

È stato ricordato all'inizio che, ad oggi, la dottrina non ha assunto una posizione unanime in merito alla possibilità di estendere la giurisprudenza comunitaria ricordata in precedenza ai soggetti societari.

A chi ammette un'applicabilità estensiva degli stessi risultati anche a questi ultimi, come del resto mostra di fare la stessa Commissione, risponde chi riporta invece il fatto che già in passato la Corte di giustizia aveva distinto il regime fiscale e l'incidenza delle libertà fondamentali nel caso di soggetti societari, proprio per il fatto che, essendo questi ultimi delle creazioni dell'ordinamento nel quale sono generati, ben possono essere oggetto di più sensibili limitazioni in merito alle conseguenze (anche fiscali) della loro mobilità.

In estrema sintesi, così come non è incompatibile con il dato comunitario la teoria della sede reale²⁹, per la quale il soggetto societario addirittura si estingue nel caso in cui trasferisca la sede all'estero, allo stesso modo non è incompatibile l'emersione di plusvalenze latenti (e il loro recupero ad imposizione) nel caso dello stesso evento.

A fronte di tale circostanza già si è rimarcata, in precedenza, l'opportunità di un trattamento simmetrico davanti a siffatte ipotesi di mobilità.

Ora si può aggiungere che, per quanto una soluzione univoca all'interrogativo non sia ancora possibile, di per certo la *ratio decidendi* della Corte nei due casi sopra riportati sembra far propendere, seppur con molte riserve, per una conclusione in chiave possibilista della estensione del divieto.

²⁹ M. Tamburini, New analysis: Italian Court Clarifies Tie Break Rule, tax notes International, 2008, p. 1006.

Sinteticamente, quando la Corte, sia nel caso *De Lasteyrie* che *N*, ha censurato l'applicazione d'*Exit taxes*, francesi od Olandesi, ai cittadini ricorrenti, lo ha fatto anche valutando (nel caso *N* soprattutto) la compatibilità della garanzia imposta alla futura pretesa erariale con la libertà di stabilimento sancita dall'art. 43 del Trattato, senza valorizzare eccessivamente il dato soggettivo del ricorrente.

In altri termini, se il realizzo o meno di plusvalenze latenti è un fattore che il legislatore può far dipendere dalle caratteristiche soggettive del contribuente interessato al trasferimento della propria sede all'estero, e quindi una società ben può essere costretta al pagamento di un'*Exit tax* in quanto il legislatore altro non fa che ripetere una concessione rilasciata al momento della costituzione del soggetto in questione, dall'altro lato, invece, giudicare sulla compatibilità europea di prestazioni di garanzia a fronte della stessa operazione rende sicuramente meno rilevante la natura soggettiva di chi trasferisce la propria sede all'estero.

Si caratterizza quindi per essere un criterio tale da poter essere esteso con maggiore facilità anche alla tutela dei soggetti societari.

In estrema sintesi: se ad essere giudicata è la tassazione di una plusvalenza latente al momento del trasferimento della sede in un altro Stato, allora ben la differenza fra una persona fisica e un soggetto societario può giocare un ruolo determinante nella (probabilmente diversa) decisione della Corte. Questo appunto per il fatto che, come si è detto in precedenza, così come l'incorporazione di un soggetto societario dipende intimamente dal diritto interno nazionale, altresì le sue dinamiche anche dal punto di vista tributario potrebbero profondamente e legittimamente dipendere da esso.

Se però se ad essere giudicata è la compatibilità di una garanzia per la futura pretesa erariale al momento della (altrettanto futura) cessione del cespite sul quale la plusvalenza si è venuta maturando, allora indubbiamente minori sono le differenze fra l'una e l'altra categoria di contribuenti.

La garanzia, reale o personale che sia, limita nello stesso modo la mobilità degli uni e degli altri soggetti, e una società (ovvero un altro ente dotato di personalità giuridica), per il solo fatto d'essere tale, certamente non è tale

da offrire minori garanzie di un individuo alla pretesa dell'erario.

È la Corte di giustizia dunque che, scegliendo come elemento da valorizzare un parametro di natura oggettiva, si mette nelle condizioni di poter poi estendere tal pronuncia ben oltre i confini degli individui, per i quali è stata chiamata a dare le prime risposte.

In questa particolare, limitata ma giurisprudenzialmente fondata, prospettiva, quindi ben potrebbe essere sostenuto che l'incompatibilità del particolare tipo di *Exit taxes*, o meglio qui degli strumenti di garanzia³⁰ per la pretesa erariale futura, accertata in alcuni precedenti giurisprudenziali che coinvolgevano persone fisiche potrebbe essere sostenuta e ammessa anche nei confronti di soggetti societari, o comunque di enti.

L'analisi dei profili soggettivi tuttavia non può dirsi esaurita se non si affrontano anche quegli aspetti di ordine sistematico di cui si era detto in precedenza, e che impongono all'interprete di tenere conto anche della legislazione comunitaria derivata. Anche questa può incidere, almeno indirettamente, sui termini della questione.

Il problema fiscale attinente la mobilità di individui, e ancor di più di società, all'interno dell'Unione non è mai stato oggetto di interventi sistematici.

Ciononostante importanti strumenti ermeneutici possono essere desunti in altri provvedimenti finalizzati a disciplinare fenomeni distinti, ma, per così dire, giuridicamente contigui a quello oggetto della presente inguine.

Ci s'intende riferire innanzitutto alla Direttiva 1990/434/CEE³¹, che ha inteso recare una disciplina armonizzata di determinate operazioni straordinari d'impresa, come fusioni, scissioni, i conferimenti d'azienda e via dicendo. Solo in un momento successivo il sistema della Direttiva è stato esteso anche a comprendere la mobilità dei soggetti societari all'interno dell'Unione europea, ma solo nel caso in cui questi assumano la forma di Società europee o di società cooperative europee.

Non è ovviamente questa la sede per ripercorrere o anche solo riassumere tutta l'evoluzione della dottrina, e recentemente anche della giurisprudenza,

³⁰ In questo senso, e qui più che mai, è necessario che l'interprete acceda a un significato di *Exit tax* quanto più descrittivo e ampio possibile, prescindendo dalla caratterizzazione dell'istituto come necessaria ed immediata forma di prelievo tributario.

³¹ Oggi sostituita dalla Direttiva 2005/19/CE.

che ha avuto ad oggetto la Direttiva richiamata, tuttavia dalla stessa possono essere desunti importanti spunti di riflessione anche in tema di *Exit taxes*.

Il fatto che il legislatore comunitario, nel 1990, non abbia pensato alla disciplina della mobilità dei soggetti societari, o che comunque non l'abbia prevista nel testo della Direttiva finalizzata ad armonizzare le operazioni straordinarie d'impresa, costituisce indubbiamente un problema, seppure non insormontabile, nella ricerca di una disciplina comunitaria della mobilità societaria che rispetti i canoni della certezza e della predeterminabilità degli effetti fiscali di un trasferimento di sede.

Se da un lato l'interprete deve fare i conti con questa lacuna, dall'altro lato non si può non rilevare come almeno dal punto di vista del diritto commerciale italiano, anche il trasferimento di sede del soggetto societario sia considerato come un'operazione straordinaria alla stregua delle altre sopra ricordate, che da un punto di vista fattuale finisca per sollevare gli stessi problemi. Insomma, probabilmente il legislatore italiano ha perso un'utile occasione per estendere, forse *praeter legem*, l'applicazione dei principi della Direttiva anche ad operazioni che, pur condividendo la natura straordinaria con quelle espressamente previste, non hanno ancora oggi un'uniforme disciplina in ambito europeo.

Al di là di tali osservazioni, tuttavia, due dati emergono con oggettiva chiarezza dal testo dell'atto comunitario.

Il primo è quello per il quale il legislatore comunitario inquadra il sistema delle operazioni straordinarie di cui alla direttiva come tendenzialmente neutre dal punto di vista delle imposte dirette, soluzione che la dottrina, non solo italiana, ha avuto modo di apprezzare come peraltro logicamente omogenea alla natura delle operazioni stesse, se inserite nella logica dell'imposizione diretta.

L'altro aspetto, però, è che tale neutralità è sancita in un'ottica comunitaria soltanto per quei cespiti che, a seguito dell'operazione stessa (si pensi ad esempio ad una fusione per incorporazione transnazionale) finiscono per essere incorporati in una stabile organizzazione che insiste sul territorio dello stato. Per tutti gli altri (ovvero anche per quelli che permangono

isolatamente sul territorio dello Stato), quindi, la tassazione a valori di mercato pare l'unico esito possibile: quello che la disciplina comunitaria pare ammettere.

Ci si trova di fronte ad una scelta comunitaria che si rivela essere non tanto una conferma in termini assoluti della declinazione tributaria del principio di libertà di stabilimento (intesa come irrilevanza fiscale di ogni operazione straordinaria finalizzata a mutare la piena soggettività passiva di una società in uno stato membro), quanto piuttosto un accorto tentativo di mediazione fra questa esigenza (che si colora quindi anche di una valenza eminentemente programmatica) e il perdurante interesse fiscale dello stato – nazione che non era (e non è) disponibile a rinunciare per intero alla sua pretesa tributaria su un plusvalore che è venuto maturando negli anni, e che rischierebbe di essere perso a vantaggio delle casse erariali di un altro stato membro dell'Unione, verosimilmente meno esigenti delle sue.

Colta in questa prospettiva, la Direttiva 1990/434/CEE non può non assumere rilievo d'ordine sistematico, anche per il problema della fiscalità dei movimenti societari transnazionali che si analizza in questo contesto (le operazioni straordinarie di cui si dà conto nella direttiva forse altro non sono che ipotesi particolari³² della più generale mobilità societaria, che avviene normalmente attraverso il mutamento di sede sociale, e straordinariamente attraverso operazioni che attengono alla soggettività stessa quali fusioni, scissioni e così via).

In estrema sintesi, così come l'applicazione d'*Exit taxes* è implicitamente ammessa nel (non frequente) caso di fusioni transnazionali a fronte delle quali la società incorporata cessa la sua residenza nel territorio dello stato e ivi non mantiene neppure una sua stabile organizzazione, allo stesso modo nulla dovrebbe precludere l'applicazione della stessa forma di prelievo anche nel più semplice (ancorché non previsto) caso del semplice trasferimento di residenza all'estero.

Certamente l'interpretazione, analogica e *a contrario*, del disposto della Direttiva in questione non può essere considerata tale da sciogliere ogni

³² Per quanto nella realtà di tutti i giorni sia a tutti noto che le operazioni di riorganizzazione societaria menzionate nella direttiva superino dal punto di vista quantitativo quelle di semplice trasferimento della sede sociale.

dubbio in merito, ma è altrettanto certo che sembra muovere per la compatibilità di siffatta forma di prelievo con il sistema comunitario, almeno di rango secondario³³.

Solo quindici anni dopo, il provvedimento in esame è stata aggiornato con la Direttiva 2005/19/CE al fine di tener conto della mobilità intracomunitaria delle società³⁴. Lo si è fatto tuttavia tenendo esclusivamente conto della società europea (e della Società cooperativa europea) attraverso una estensione dei principi sopra tratteggiati: sia per quanto riguarda i presupposti che i limiti.

In altre parole, il trasferimento di sede della società europea da uno Stato ad un altro avviene in sostanziale neutralità d'imposta solo se dall'operazione permane nel primo stato una stabile organizzazione di questa, ed esclusivamente per quanto concerne i cespiti ancora correlati alla stabile organizzazione sul territorio dello Stato.

Si tratta quindi di un duplice limite che, di fatto, legittima astrattamente l'applicazione di forme di prelievo in uscita anche nei confronti delle società europee, il cui statuto e la cui disciplina, inclusi gli aspetti tributari, sono stati ispirati dalla massima attenzione alle esigenze di circolazione e di salvaguardia nel mercato comune europeo.

In conclusione quindi, potrebbe essere sostenuto che anche in forza di tali circostanze resterebbe confermata *a contrario* l'interpretazione dell'art. 43, per la quale la libertà di stabilimento che efficacemente è stata invocata per contrastare forme di prelievo e di garanzia in uscita da parte di persone fisiche non possa trovare estensione ai soggetti societari, o comunque dotati di personalità giuridica.

³³ È già stato notato in precedenza che il sistema delle Direttive non è stato considerato, in altre occasioni, come limite per l'applicazione delle libertà fondamentali del Trattato. Si pensi soprattutto alla direttiva 1990/435/CEE in materia di Dividenti (in parte modificata dalla direttiva 2003/123/CE) e la procedura di infrazione oggi verosimilmente destinata a chiudersi in seguito all'adesione dell'Italia alle tesi avanzate dalla Commissione. Anche questa circostanza concorre a relativizzare ulteriormente le conclusioni cui si perviene in questo contesto.

³⁴ La dottrina più attenta a queste problematiche ha già rilevato come se da un lato la direttiva possa offrire validi spunti per la mobilità in uscita dei soggetti societari dall'altro si metta in evidenza per i troppi silenzi in merito alla mobilità in entrata degli stessi, soprattutto per quanto concerne l'identificazione del valore fiscalmente riconosciuto dei diversi cespiti.

5. Segue: la mobilità delle società di persone.

Nel caso in cui si scelga di propendere per la soluzione da ultimo prospettata al paragrafo precedente, quella cioè per la quale l'art. 43 del Trattato non trova una piena applicazione per le società di capitali e gli enti, così come invece la trova per le persone fisiche, si finisce per porsi necessariamente il problema per quanto concerne le società di persone e le *partnerships*, in un contesto comunitario.

Anche in questo caso, il tentativo di ipotizzare una risposta unitaria al problema sollevato dalla mobilità intracomunitaria delle società di persone è reso sensibilmente più difficoltoso dalla scarsità dei riferimenti di diritto positivo a fondamento dell'una o dell'altra tesi (vale a dire, dell'equiparazione delle società di persone agli individui per quanto concerne la salvaguardia delle libertà fondamentali oppure alle società di capitali).

Neppure la normativa italiana soccorre sul punto, dato che com'è noto la soggettività passiva delle società di persone varia a seconda della loro residenza o meno sul territorio dello stato, sulla base di una disciplina che altrove è già oggetto delle attenzioni della Commissione europea per violazione del divieto di discriminazione³⁵. Se quindi, da un lato, la trasparenza delle società potrebbe rafforzare la posizione di chi osserva come la tassazione della plusvalenza da realizzo di fatto avverrebbe in capo ai soci persone fisiche³⁶, dall'altro lato, oramai per giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia le società di persone sono affiancate a quelle di capitali (dotate quindi di personalità giuridica) nell'applicazione (e nelle limitazioni) dell'art. 43 del Trattato³⁷.

Sia prova in questo senso la progressiva estensione delle libertà del Trattato anche alle stabili organizzazioni, oltre che alle succursali e filiali delle società

³⁵ Si veda in questo senso il procedimento d'infrazione attivato dalla Commissione contro la Grecia 2006/2241 segnalato anche in IP/07/14.

³⁶ Degne di nota, anche se estranee al presente contesto, le preoccupazioni del legislatore italiano laddove con la novella dello scorso anno ha inteso evitare che la tassazione in uscita sulle società di capitali si riverberasse direttamente sui soci delle stesse.

³⁷ Tra gli altri lo rileva M. Kiiikeri, *The freedom of establishment in the European Union*, Helsinki, 2002, p. 45 ss.

stesse o addirittura delle persone fisiche³⁸.

In questo senso, l'unico elemento che può portare l'interprete ad escludere la natura societaria di un soggetto giuridico nel quadro del Trattato è la sua natura *non profit*³⁹.

A prescindere da tali circostanze, la necessità di distinguere fra società di persone e società di capitali, nell'applicazione del diritto comunitario, non ha mai assunto un'importanza determinante, dal momento che non sono mai emersi profili tali da rendere necessaria la distinzione⁴⁰.

Dal punto di vista della mobilità societaria, e soprattutto in base alla giurisprudenza richiamata, una distinzione non sarebbe priva di fondamento. Se, infatti, si avvicinasse lo *status* della società di persone a quello dei soci che ne fanno parte, minori sarebbero i vincoli imponibili da parte del legislatore dello stato cd. "outbound" al soggetto che tenti di trasferire altrove la propria sede. D'altronde, la tassazione sulle plusvalenze latenti finirebbe in questo caso per gravare direttamente proprio i soci della società, secondo quel criterio di trasparenza che costituisce quasi un tratto comune di tutte le *partnerships* in Europa.

In realtà, l'interpretazione tradizionalmente mantenuta dalla Corte di giustizia nei confronti delle società di persone vede l'applicazione dell'art. 43 e naturalmente dell'art. 48 anche a questi soggetti, dal momento che devono essere senz'altro inclusi nella categoria dell'operatore economico così spesso usata dalla Corte. Questa è arrivata già da tempo ad estendere il principio della libertà di stabilimento anche a centri d'imputazione di rapporti tributari, come le stabili organizzazioni, che sono prive di per sé di una autonoma personalità giuridica, e che quindi si collocano addirittura al di sotto delle società di persone per quanto concerne la formalizzazione

³⁸ C-107/83, Klopp, § 19.

³⁹ C-182/83, Fearon, § 8. Chiaramente in questo caso a mancare è l'oggettivo requisito dell'attività economica, cfr. M. Kiikeri, op. cit., p. 41.

⁴⁰ Diversamente da quanto accade nell'elaborazione dell'Ocse della figura della partnership. In questo caso, tuttavia, la distinzione assume importanza determinante poiché il Modello di Convenzione predisposto dall'Ocse radica la sua applicabilità anche su presupposto della *liability to tax*, della piena soggettività passiva del contribuente come *condicio sine qua non* per il riconoscimento delle garanzie della Convenzione. Chiaramente nel caso delle società di persone e delle *partnerships* la trasparenza che le contraddistingue (non solo nell'ordinamento italiano) concorre a mettere in crisi proprio tale presupposto.

giuridica della loro attività⁴¹.

Certamente questa sola circostanza è ben lungi da poter essere giudicata come sufficiente per giustificare un'operazione che, in estrema sintesi, non fa altro che attribuire alle società di persone un livello di tutela delle libertà fondamentali garantite dal Trattato che è parificato a quello delle società di capitali, e quindi in estrema sintesi, secondo la giurisprudenza prima ricordata, più basso rispetto a quanto accade per le società di persone.

Ciononostante, nell'incertezza che ancora caratterizza il contesto in cui ci si trova ad operare, è ragionevole ritenere che l'eventuale meccanismo di tassazione secondo trasparenza di queste società di per sé non sia bastevole a una loro equiparazione *tout court* alle persone fisiche nell'ottica della libertà di stabilimento e, per quanto concerne la fiscalità d'uscita, soprattutto in assenza di specifiche prese di posizione della Corte sul punto.

6. Fiscalità d'uscita (*outbound*): le ipotesi di tassazione delle plusvalenze latenti, l'individuazione dei cespiti rilevanti.

Non esiste ancora oggi un modello comunitario per la fiscalità d'uscita sia di persone fisiche che, soprattutto di soggetti societari o magari d'operatori economici nell'accezione europea del concetto.

L'assenza del modello, vale a dire di una Direttiva o di un sistematico orientamento giurisprudenziale consolidato nel tempo e sviluppatosi attraverso una lettura omogenea delle libertà del Trattato, è giustificata dalla difficoltà dei diversi stati non solo di raggiungere soluzioni tributarie condivise, ma anche dalla profonda, insanabile diversità che contraddistingue il substrato civilistico dell'operazione di mobilità intracomunitaria (ma anche internazionale) dei soggetti societari.

Si è già dato conto in precedenza che due diverse teorie ispirano le legislazioni nazionali dei diversi stati dell'Unione: fra quella dell'incorporazione e quella della sede effettiva, l'una ammette siffatta

⁴¹ Nel senso che, ad esempio, nel sistema italiano la stabile organizzazione in sé e per sé considerata non è destinataria d'alcuna previsione specifica nella legislazione di diritto commerciale, a differenza delle società di persone che, ancorché non personificate, si distinguono, comunque, per un regime statutario autonomo.

mobilità, mentre l'altra, che impone l'estinzione del soggetto societario al momento in cui, metaforicamente, valica il confine territoriale dello Stato, invece, no.

Anche la modalità di tassazione delle plusvalenze latenti al momento del trasferimento della sede in un altro paese è sostanzialmente demandata alla legislazione nazionale d'ogni stato membro, tanto più che, riguardando in buona misura profili di fiscalità diretta, scarsi sono i margini d'intervento del diritto comunitario derivato.

Questo tuttavia non preclude un'analisi almeno in linee generali dell'operazione in sé e per sé considerata, della sua assimilazione ad altre fiscalmente previste e con una particolare attenzione ai cespiti plusvalenti in uscita.

Non solo nel diritto tributario italiano, ma anche in molti altri sistemi nazionali, com'è noto, all'uscita della società (o dell'individuo) dal territorio nazionale (o meglio del suo trasferimento di domicilio, residenza o sede all'estero) è associata una manifestazione di potestà tributaria da parte dell'Erario del paese abbandonato.

Tale manifestazione può, o incidere direttamente in capo al contribuente, chiamato a versare l'imposta nel momento in cui attua il trasferimento, oppure, come più spesso accade, far determinare l'ammontare del tributo in quel momento storico ma, per così dire, differire l'esigibilità dello stesso al momento del futuro realizzo.

Su queste due declinazioni dell'*Exit tax* la dottrina fino ad ora si è soffermata lamentandone, a tratti la conflittualità con il diritto comunitario, e a tratti, invece, la sua compatibilità condizionata.

Più precisamente, mentre nel primo caso il contrasto pare più evidente, nel secondo neppure la Commissione, nel *report* già citato, sembra sollevare spunti critici, se non per la natura e l'onerosità (e in fin dei conti la proporzionalità) della garanzia di natura reale che a volte è imposta per garantire la certezza del futuro prelievo.

In altri termini, come giurisprudenza insegna ed è stato visto in altre parti della presente ricerca⁴², le critiche si sono concentrate sulla forma di

⁴² Per le quali si rimanda ancora a C. De Pietro, op. cit.

garanzia reale che il contribuente doveva offrire allo stato *outbound* affinché quest'ultimo non corresse il rischio, nel differimento della sua pretesa, d'essere insoddisfatto, ad esempio per una sopravvenuta insolvenza del contribuente o, comunque, per una sua incapacità.

La natura del realizzo tuttavia non è mai stata analizzata giuridicamente né in ambito comunitario, né nel contesto italiano, laddove l'art. 166 TUIR sembra far riferimento a una nozione come quella di "componenti dell'azienda o del complesso aziendale" che per la sua genericità e tendenziale onnicomprensività si presta a molteplici chiavi di lettura.

Innanzitutto, si tratta di comprendere da quale evento la norma faccia discendere il realizzo: se cioè lo assimili ad uno da liquidazione del soggetto societario ovvero se esso costituisca solamente un metodo per recuperare ad imposta il valore prodotto dall'impresa, e che assume valenza reddituale a fronte dell'operazione in questione (almeno in Italia).

È difficile pensare ad un'ipotesi liquidativa del soggetto societario, anche limitando siffatti effetti alla sfera tributaria.

Impedisce di giungere a questa conclusione, almeno nel caso italiano, il fatto che il diritto internazionale privato espressamente prevede in molti casi la sopravvivenza del soggetto nell'altro ordinamento, al più potendosi pensare ad un realizzo per liquidazione solo nel caso in cui il trasferimento di sede all'estero avvenga attualmente e senza i presupposti postulati dalla norma civilistica.

In questo caso è facile sostenere si tratti non di vero trasferimento di sede all'estero, quanto piuttosto di un fenomeno estintivo del soggetto societario, con tutte le conseguenze che ad esso sono correlate.

Ma se il trasferimento è effettuato conformemente alle disposizioni del diritto internazionale privato, non vi sono ragioni per assimilare quest'ipotesi di realizzo a quelle che hanno luogo per estinzione.

Ne deriva, ad esempio, che allora dovrebbero trovare rilievo anche i cespiti che altrimenti non lo sarebbero dal punto di vista tributario, e che non incidono sulle ipotesi di realizzo per liquidazione. Ovviamente il riferimento è da intendersi innanzitutto all'avviamento dell'impresa.

Il realizzo a valore normale dell'avviamento, a prescindere dalla sua

effettiva iscrizione fra i beni d'impresa e dal suo rilievo tributario (ad esempio in seguito ad acquisto di un complesso aziendale o ad operazione straordinaria societaria), dovrebbe essere imposto dal fatto che esso non consiste altro che in un maggior valore dei beni organizzati in forma d'impresa, che garantisce appunto una maggiore redditività in chiave prospettica, che è stato ottenuto sul territorio del paese.

Di conseguenza, dovrebbe essere opportunamente valorizzato prima che la società esca dal territorio dello stato, perdendo in questo modo, con ogni ragionevole probabilità, quel *genuine link* che consente all'erario di assoggettare ad imposta i redditi prodotti nell'esercizio dell'attività, appunto, avviata.

Il diritto comunitario, partendo dall'assunto che si possano considerare le *Exit taxes* come compatibili con la libertà di stabilimento per i soggetti societari (magari posticipandole, senza necessità di garanzia alcuna, all'effettivo realizzo in terra straniera dei cespiti trasferiti ovvero dell'intero complesso aziendale), dovrebbe derivare le sue conclusioni nei termini di determinazione della base imponibile in un modo confacente con il substrato di diritto commerciale che regola il trasferimento, e che, di fatto, ha riconosciuto in precedenti come *Daily Mail*.

È una soluzione del tutto conforme alla logica ed ai presupposti dai quali ci si è mossi. Questi, se da un lato ammettevano il realizzo per uscita di un soggetto societario dal territorio dello Stato, dall'altro potevano chiaramente associare questo realizzo ad un fenomeno diverso dalla liquidazione della società.

D'altro canto, imporre una valenza liquidativa al trasferimento della sede non avrebbe avuto senso alcuno, considerando il complesso aziendale come un *going concern* nel paese *inbound*, e probabilmente avrebbe esposto l'ordinamento che lo avesse previsto a profili d'illegittimità dal punto di vista comunitario sulla base dell'irrazionalità ed incoerenza dell'ordinamento giuridico. Quest'ultimo, infatti, mentre da un lato riconosce la sopravvivenza del soggetto societario all'estero, dall'altro si troverebbe però a trattare fiscalmente il suo trasferimento come una cessazione dello stesso.

Si tratta in fin dei conti di una soluzione che porta l'interprete a considerare

l'ipotesi di realizzo come affatto atipica nel sistema di riferimento (almeno dal punto di vista italiano), e che se da un lato legittima l'interpretazione quanto più estensiva dell'inciso prima menzionato dell'art. 166 TUIR comprendendo anche valori semplicemente iscritti⁴³, dall'altro solleva problemi di simmetria nella gestione dei soggetti *inbound*.

7. La fiscalità d'ingresso (*inbound*): l'attribuzione di valore ai cespiti (con particolare riguardo all'attività d'impresa commerciale e a quella professionale), e le criticità d'alcune fattispecie triangolari.

La fiscalità d'ingresso dei soggetti societari o degli imprenditori nel diritto comunitario è un profilo ancora meno studiato di quanto non lo sia la mobilità in uscita, la cui potenziale immediata rilevanza tributaria ha sollevato e sta sollevando l'attenzione della giurisprudenza della Corte e le riflessioni in chiave prospettica della Commissione di cui si è dato conto nelle parti precedenti.

Sotto questo profilo ad assumere significato sono tutti i problemi riguardanti l'arrivo di un soggetto nel territorio dello Stato e la conseguente attribuzione di un valore fiscalmente riconosciuto ad ogni singolo cespite in ragione (anche ma non necessariamente) dell'imposta scontata in uscita dall'altro Stato, e conseguentemente delle *Exit taxes* applicate.

Il problema dunque si pone a prescindere dalla parziale uniformazione nella cornice comunitaria dei principi contabili internazionali come strumento finalizzato a rimuovere le barriere fra uno Stato e un altro dal punto di vista dell'informazione attinente i fatti di gestione dell'impresa, e d'altro canto è destinato a restare ancora senza risposta normativa dal momento che anche con il già ricordato recentissimo decreto che ha recepito la Direttiva 2005/19/CE in materia di operazioni straordinarie transfrontaliere e di società europea⁴⁴, il legislatore non ha inteso chiarire gli aspetti riguardanti

⁴³ Una interessante prospettiva in questo senso potrebbe essere data anche dall'utilizzazione degli IASB nella determinazione dell'avviamento della società in uscita dall'Italia. L'implementazione degli IASB nell'ambito comunitario potrebbe fungere in questo senso da elemento armonizzante dei valori dei cespiti, in entrata e in uscita, minimizzando i rischi di doppia imposizione o di salto d'imposta.

⁴⁴ D. lgs. 6 novembre 2007, n°199.

la fiscalità d'ingresso degli operatori economici in generale, e delle società in particolare.

Gli orientamenti dominanti che sembrano emergere in dottrina, congiuntamente ad una ricostruzione, per così dire, "in negativo" del fenomeno propendono per l'attribuzione ai fini fiscali del valore normale d'ogni bene dell'impresa che si trasferisce sul territorio dello stato, a prescindere quindi dal valore fiscale attribuito nell'altro stato e ovviamente da quello contabilmente attribuito, sia in base ai principi contabili dello Stato di provenienza che dai principi contabili internazionali anche nei casi in cui la loro applicazione sia resa necessaria dal Regolamento comunitario menzionato.

In questo senso può dunque intendersi la ricostruzione "in negativo" del fenomeno che qui si analizza: come da un lato l'art. 166 del Tuir, nell'esperienza italiana, impone il realizzo a valore normale di tutti i cespiti afferenti all'impresa, dall'altro lato è ragionevole ritenere che altrettanto debba accadere per l'ingresso dei soggetti societari in un paese dell'Unione, e in particolare dell'Italia.

D'altro canto, numerose legislazioni possono forse differire in merito al momento nel quale rendere esigibile l'imposta, ma assai raramente si discostano dal criterio del valore normale per la quantificazione della plusvalenza latente da un lato, e per l'attribuzione di un valore d'ingresso⁴⁵ dall'altro.

Ancora oggi il diritto comunitario non offre strumenti per orientare la scelta di un paese in un senso (valorizzazione normale dei cespiti all'ingresso) o in un altro (continuità dei valori come indicati nel paese di provenienza). Difficilmente la seconda delle soluzioni prima prospettate potrebbe essere sostenuta dalla Corte di giustizia in un contesto nel quale anche le operazioni straordinarie d'impresa, se eseguite senza lasciare nello stato d'origine una stabile organizzazione, legittimano il realizzo delle plusvalenze latenti.

Indubbiamente, l'unica esigenza imperativa che la Corte potrebbe essere

⁴⁵ Presumibilmente, è ragionevole ritenere che il costo storico d'acquisto continui a valere per l'applicazione dell'ammortamento, nel caso in cui il Paese estero si comporti come l'Italia.

chiamata a far rispettare è il divieto di doppia imposizione come limite alla libera circolazione dei capitali e, prima e di più ancora, al libero stabilimento delle imprese in Europa.

Quello che parrebbe emergere quindi, è la necessità che se lo stato *outbound* applichi un'*Exit tax* lo Stato *inbound* non imponga all'impresa di iscriverne i cespiti al costo storico (oppure conceda credito d'imposta per l'*Exit tax* assolta nello stato d'origine): si tratterebbe tuttavia di precauzioni in genere demandate all'applicazione di convenzioni contro le doppie imposizioni (le quali, almeno nel modello OCSE e nel suo commentario, non si premurano di offrire risposte convincenti a queste problematiche).

Non un unico modello comunitario della fiscalità d'entrata sarebbe dunque prospettabile *de iure condito*, ma un insieme di soluzioni simmetriche volte da un lato, necessariamente, ad evitare la doppia imposizione internazionale, e dall'altro, auspicabilmente, a minimizzare i casi di salto d'imposta che per i motivi opposti potrebbero aver luogo (nessuna *Exit tax* all'uscita e iscrizione al valore normale nel paese d'entrata).

Nessuna direttiva comunitaria si è interessata alla problematica, neppure la più recente 2005/19/CE, così che la Corte di giustizia è stata lasciata del tutto priva di strumenti adeguati alla soluzione di problemi che le potrebbero essere prospettati a fronte di casi un poco più complessi di quelli visti per le persone fisiche, e sempre ammesso che le forme di prelievo sin qui discusse siano considerate compatibili con le libertà del Trattato.

Si pensi, ad esempio, al caso in cui lo stato *inbound* coincida con quello nel quale la società che si trasferisce abbia già una stabile organizzazione, ovvero anche soltanto dei beni isolati con un valore già fiscalmente riconosciuto. Chiaramente in queste circostanze l'operatore economico si troverebbe a dover attribuire un valore normale a un cespite che in realtà è già riconosciuto e valutato nell'ordinamento, per così dire, di destinazione. Delle due l'una: o siffatti beni sono esclusi dalla suddetta procedura di valutazione (situazione indubbiamente più agevole dal punto di vista applicativo, ma che finisce per creare una discriminazione fra beni difficilmente ammissibile dal punto di vista dei divieti di discriminazione e di coerenza dell'ordinamento) oppure si associa a questi beni un valore diverso

(nomale, di mercato) a prescindere dal fatto che essi siano già registrati a tal fine; ma allora è chiaro che ci si dovrebbe subito porre il problema della rilevanza fiscale di siffatta, diversa valutazione. In estrema sintesi: se la plusvalenza (eventuale) sia subito imponibile oppure no.

La più volte richiamata, recente, novella del D.lgs. 199/07 è particolarmente avara di informazioni utili al riguardo: tuttavia qualche spunto lo offre. Ad esempio, nel caso del trasferimento all'estero della sede, la nuova norma impone all'Italia di considerare il valore normale di realizzo delle stabili organizzazioni detenute all'estero, intendendo per tale quello che l'ordinamento tributario dell'altro stato stabilisce. Si tratta, verosimilmente, di uno dei rarissimi casi di rinvio ad un ordinamento straniero che l'ordinamento tributario nazionale effettua ai fini della determinazione della base imponibile. Si tratta, al tempo stesso, di una disposizione assolutamente innovativa nell'attuale sistema del testo unico, come tale in grado di risolvere numerosi dei conflitti che potevano emergere, dal punto di vista operativo, ogniqualevolta la "normalità" di un valore dal punto di vista italiano diverga dalla "normalità" dello stesso nell'ottica dell'altro Paese.

Mentre però la nuova disposizione scioglie i dubbi in merito all'eventuale conflitto con un paese estero, essa non è d'alcun aiuto nel caso in cui, potenzialmente e paradossalmente, il conflitto abbia luogo con disposizioni nazionali. Ci s'intende riferire al caso di trasferimento in Italia di una società non residente che ha già qui nel nostro paese una stabile organizzazione con beni valorizzati diversamente rispetto alla "normalità" nel momento storico in cui il trasferimento è attuato.

Lo stesso problema, naturalmente, si può porre per ogni altro paese all'interno dell'Unione che adotti un sistema analogo a quello italiano.

Fra le diverse soluzioni prima ipotizzate, non pare da scartare quella che si basa proprio sul principio, per così dire, di reciprocità, o di mutuo riconoscimento, sotteso alla norma prima citata⁴⁶. In estrema sintesi, nel

⁴⁶ La quale, purtroppo non sembra essere il precipitato nel nostro ordinamento della direttiva già ricordata del 2005. Il legislatore titolino, cioè, con l'ultimo capoverso dell'art. 1 del decreto di attuazione della direttiva 19, sembrerebbe aver voluto disciplinare un profilo che il legislatore comunitario ha invece trascurato, ovvero disciplinato solo incidentalmente nel

caso in cui la società entri nel territorio dello stato italiano dovrebbe essere data rilevanza al valore che la stabile organizzazione sta già registrando sul territorio, senza necessità di una ulteriore normalizzazione, così come l'Italia tiene conto della "normalizzazione" dello stato estero quando una società, invece, esce dal territorio dello Stato.

Nell'assenza di specifiche disposizioni che disciplinino l'operazione *inbound*, la soluzione prospettata dal legislatore italiano sicuramente può costituire un modello applicabile in un contesto comunitario, o per lo meno non sembra rilevare criticità né dal punto di vista della direttiva 1990/434/CE così come in seguito modificata, e neppure dal punto di vista delle libertà fondamentali del Trattato o del divieto di discriminazione.

Si tratta peraltro di una soluzione assolutamente innovativa che non ha precedenti neppure in sede di studio della mobilità sociale nell'ambito dell'Organizzazione internazionale per la cooperazione e lo sviluppo, che né nel Modello di convenzione né nel Commentario allo stesso è in grado di contribuire ad una corretta soluzione del problema.

L'insufficienza del modello pattizio deriva proprio dalla sua impostazione: pensato e voluto come strumento atto a fornire adeguati criteri di riparto delle diverse potestà tributarie in situazioni *crossborder*, ma in un dato momento storico, mostra tutte le sue carenze quando, potenzialmente, le pretese tributarie si manifestano non soltanto in situazioni transnazionali, ma coinvolgono anche la variabile temporale.

Quando, cioè, il conflitto fra pretese coinvolga redditi o componenti di reddito che, maturati in un determinato contesto territoriale, vengano poi realizzati in un altro.

caso di trasferimento di sede della Società europea. Di qui le difficoltà maggiori che s'incontreranno nel caso in cui si cerchi di generalizzare siffatte conclusioni.

8. La mobilità comunitaria alla prova dei criteri di riparto della potestà tributaria nel Modello di Convenzione OCSE: alla ricerca di un paradigma (condiviso).

La soluzione pattizia ai problemi di doppia imposizione internazionale non è solo ammessa, ma anche auspicata dal Trattato⁴⁷.

I Padri costituenti comunitari, comprendendo le difficoltà nel pervenire a soluzioni condivise e comuni nell'ambito della fiscalità diretta, soprattutto per il comprensibile egoismo (storicamente accettabile) degli Stati – nazione, demandarono agli stessi l'individuazione di soluzioni su base bilaterale.

Il sistema delle convenzioni contro le doppie imposizioni, sviluppate sia sul modello delle Nazioni Unite, che, ancor di più, sugli *standard* OCSE costituisce ancora oggi una valida soluzione, nonostante la necessità di un suo superamento, come la dottrina già da tempo rileva e propone.

Nell'ambito della presente indagine, è chiaro che il problema della mobilità in entrata e in uscita di un soggetto societario o di un individuo si deve inquadrare nell'ambito dell'art. 13 del Modello, che è espressamente dedicato alla tassazione delle plusvalenze.

La proposta di soluzione OCSE, tuttavia, è pensata e sviluppata essenzialmente per mediare le diverse pretese tributarie di due paesi, nel tradizionale caso di conflitto fra stato di residenza del soggetto percettore e stato della fonte del reddito, intendendo quest'ultimo come il paese nel quale, ipoteticamente, il cespite plusvalente è localizzato.

A fronte di una pretesa tributaria congiunta il Modello di convenzione esplica al massimo la sua efficacia, seppure entro i limiti che già sono stato evidenziati da alcuni autori.

Sulla base dell'art. 13, infatti, le plusvalenze sono, in genere, tassate in capo al soggetto percettore, nel luogo ove esso risiede, e con un criterio d'attribuzione che denota l'esclusività di tale potestà impositiva⁴⁸. Sono

⁴⁷ Da notare che l'inciso è scomparso nell'ultima versione di Trattato costituzionale europeo.

⁴⁸ L'art. 13, § 5 del Modello OCSE recita, infatti, sul punto: "Gains from the alienation of any property, other than that referred to in paragraphs 1, 2, 3 and 4, shall be taxable only in the Contracting State of which the alienator is a resident."

naturalmente rilevate diverse eccezioni, per le quali invece si riconosce la potestà tributaria concorrente nel caso in cui il cespite plusvalente si contraddistingua per determinate caratteristiche (ad esempio, si tratti di bene immobile o di partecipazione in società sostanzialmente immobiliare⁴⁹). Alle stesse conclusioni si perviene dalla lettura del Modello predisposto dalle Nazioni Unite e dal suo Commentario che, modificando in senso estensivo alcune fattispecie di tassazione concorrente dello stato della fonte, conservano tuttavia il primato della potestà tributaria dello stato della residenza⁵⁰.

Pur nella profondità dell'analisi sviluppata, né l'OCSE né le Nazioni Unite né i più attenti commentatori delle disposizioni richiamate hanno affrontato il problema dell'applicabilità dell'art. 13 alle ipotesi di *Exit taxes*.

L'omissione è peraltro giustificata dal fatto che anche dal punto di vista metodologico la tassazione in uscita (e, simmetricamente, in entrata) non pone problemi di doppia imposizione tradizionalmente intesi.

Inoltre, sotto un'altra prospettiva, la stessa uscita di una società da parte di uno stato e il suo arrivo nell'altro potrebbe rimuovere anche i presupposti per l'applicazione della convenzione stessa: è il caso ad esempio in cui il trasferimento entro la prima metà del periodo d'imposta faccia perdere alla società (o all'individuo) *outbound* lo status di soggetto residente nel primo stato e quindi la sua *full liability to tax* (in altri termini, la sua piena soggettività passiva per i redditi prodotti sul territorio), intesa come prerequisito per l'applicazione della Convenzione, secondo i canoni OCSE.

Insomma, come si è fatto cenno nel paragrafo precedente, il Modello di convenzione presuppone situazioni giuridiche per così dire statiche, e non dinamiche.

Nel primo caso, ad esempio, esso opera con efficienza quando due stati manifestano insieme la loro potestà tributaria su un fenomeno di realizzo di plusvalenza che si manifesta con caratteri di transnazionalità.

Il Modello continua a sviluppare la sua positiva efficacia anche in situazioni,

⁴⁹ Rispettivamente i §§ 1 e 4 del Modello OCSE.

⁵⁰ Si veda l'art. 13 del Modello di convenzione delle Nazioni unite ed il Commentario a pag. 198 e ss.

per così dire statiche, che però si manifestano con un differimento temporale rilevato da uno dei due Stati. Si pensi al caso delle *Trailing taxes* (da alcuni identificate correttamente come *species* del più vasto *genus* delle *Exit taxes*) nelle quali la pretesa tributaria di uno stato è posticipata nel tempo, ma pur sempre correlata ad un evento realizzativo che ha avuto luogo nel territorio dell'altro stato e per un ammontare in genere fissato sulla base dell'evento realizzativo stesso.

In questo senso il Modello di Convenzione, e di più ancora le specifiche convenzioni che ad esso si ispirano, mostrano ancora la loro piena utilità nella mediazione fra le pretese dei due Stati. Si pensi alla convenzione fra Italia e Paesi Bassi, laddove all'art. 13, co. 5 si fa espressamente rinvio a una fattispecie di *Trailing tax* estendendo la potestà tributaria di uno Stato (evidentemente⁵¹ dell'Olanda, in questo caso) anche alle plusvalenze realizzate da una persona fisica che abbia trasferito al sua residenza sul territorio italiano quando il realizzo della stessa sia effettuato mediante la dismissione di strumenti finanziari entro 5 anni dal trasferimento stesso.

La staticità di questa situazione, nell'accezione che il termine viene assumendo in questo contesto, deriva dal fatto che il valore di realizzo è comunque fissato, e quantificato, nelle circostanze nelle quali esso ha luogo. La *Trailing tax* si manifesta per essere una pretesa tributaria di uno stato a fronte di un presupposto realizzato in un momento nel quale il criterio di collegamento con lo stato stesso è venuto meno, ma è comunque stato presente in precedenza (ad esempio, per il fatto che il soggetto passivo ha mantenuto un *genuine link* con il primo stato nei precedenti periodi d'imposta).

Nel caso delle altre *Exit taxes* quest'assimilazione non è possibile.

Qui non solo lo Stato *outbound* rivendica la propria potestà tributaria (esclusiva o concorrente, a seconda delle diverse modalità nelle quali la essa prende corpo nell'ordinamento), ma lo fa attraverso la determinazione

⁵¹ È noto che le convenzioni contro le doppie imposizioni non estendono la potestà tributaria degli stati che le sottoscrivono, ma al più dirimono efficacemente i conflitti. Per questo motivo la previsione circa l'ammissibilità di una *Trailing tax* al comma 5 dell'art. 13 prima menzionato è una disposizione che, al più, trova applicazione a favore dell'erario olandese, e mai di quello italiano che ad ora disconosce siffatta forma di prelievo nelle circostanze tratteggiate dalla norma.

di un imponibile al momento del trasferimento che, in quella fase solamente maturato, può dare luogo al debito d'imposta immediato o differito a seconda delle disposizioni nazionali di riferimento⁵².

La diversità dei criteri di calcolo dell'imponibile sulla base d'altrettanto diversi criteri d'individuazione del presupposto (maturato per lo stato *outbound*, realizzato per lo stato *inbound*) finisce necessariamente per originare un problema non risolvibile usando convenzioni ispirate al modello OCSE, senza ovviamente che nel caso di specie non siano inserite esposte previsioni *ad hoc*⁵³.

Si tratta di un tipo di problema che dal punto di vista concettuale può essere assimilato ai cd. "conflitti di qualificazione": una sorta di metaproblema alla soluzione del quale le norme del trattato non sono concettualmente in grado di fare fronte, proprio perché la variabile in gioco, quella temporale, cioè, incide direttamente sull'esistenza della doppia imposizione e sulla sua determinazione.

Volendo passare dalla speculazione teorica ad una prospettiva orientata alla pratica, si pensi ad esempio a cosa potrebbe succedere a fronte del trasferimento di sede di un soggetto societario da un paese ad un altro, per il quale sono accertate (ma non tassate) determinate plusvalenze al momento del passaggio di residenza.

Ora, se in un momento successivo l'effettivo realizzo avrà luogo, è ragionevole ritenere (ancorché tutt'altro che scontato, in assenza di esposte previsioni) che in queste circostanze la plusvalenza sarà tassata *in parte qua* (fino alla corrispondenza con l'ammontare accertato) da parte dello stato *outbound*, e per la differenza nello Stato *inbound* (in modo non molto dissimile a quando previsto nella convenzione Italia - Germania alla quale si è fatto riferimento in precedenza). Si tratta, in fin dei conti, dell'esempio che anche in letteratura viene più spesso richiamato, e che si può ascrivere quasi immediatamente ad un tradizionale caso di riparto sulla base del modello convenzionale⁵⁴.

⁵² Nel caso dell'Italia, com'è noto, la tassazione è immediata e sul valore normale dei cespiti.

⁵³ Sul punto sia consentito rinviare ancora a M. Greggi, *Germany - Italy double taxation convention: an Italian perspective*, in *Tax Notes international*, 2007, p. 277.

⁵⁴ In questa prospettiva, solo ad un'analisi superficiale emergono affinità con i casi

Ma la prospettiva muta radicalmente se invece la valorizzazione del cespite al momento del realizzo non segue una logica lineare e progressiva: se ad esempio la cessione e il realizzo abbiano sì luogo, ma diano come risultato un ammontare inferiore a quello maturato al momento del trasferimento di sede, se non addirittura una minusvalenza. A questo punto, c'è da chiedersi quale potrebbe essere il comportamento dei due stati.

Se si attribuisce al trasferimento di sede una valenza realizzativa, seppur ad effetto differito nel tempo, per evitare possibili violazioni del principio di libertà di stabilimento (circostanza questa più che probabile) allora la pretesa tributaria dello Stato *outbound* è legittima, anche nel caso di realizzo di minusvalenza⁵⁵.

Se invece siffatta valenza è negata, senza però pregiudicare la pretesa tributaria dello stato d'origine, allora è chiaro che il problema è solamente spostato all'individuazione della quota parte di plusvalenza imponibile nello stato *outbound* (o della quota di minusvalenza deducibile). È però altresì evidente che non sarebbe più chiaro, a questo punto, sulla base di quale parametro effettuare l'*apportionment* fra le due distinte pretese, una volta negata valenza realizzativa al trasferimento.

È chiaro che il testo della specifica convenzione applicabile, anche in questo caso, gioca un ruolo determinante⁵⁶. Tuttavia, di là dalle specifiche risultanze del caso concreto, in linea generale negare valenza di realizzo, seppur affatto atipica, al trasferimento di sede, e con effetti tributari

tradizionali di potestà tributaria concorrente, e che sono risolti o mediante il riconoscimento di un credito d'imposta da parte dello stato della residenza, oppure del criterio dell'esenzione sulla base di quanto disposto in linea generale dall'art. 23 A e B del Modello di Convenzione. In realtà in questo caso è l'individuazione del presupposto a mutare da uno Stato ad un altro, e questo rende sensibilmente difficile (se non oggettivamente impossibile) il raccordo fra le due pretese.

⁵⁵ Seppur con il solo problema, del tutto eventuale della solvibilità del soggetto passivo della violazione dell'ipotetico principio di capacità contributiva, se sussistente nell'ordinamento dello Stato *outbound*, soprattutto dal punto di vista dell'attualità della capacità stessa, nella lettura che ne offre la Corte costituzionale italiana, ad esempio.

⁵⁶ Per quel che riguarda, ad esempio, il protocollo stipulato con la Germania si rimanda ancora a M. Greggi, *op. cit.*, p. 277, mentre nel caso olandese la situazione è diversa. Non tanto di riparto di potestà tributaria su base temporale si tratta in questo caso, quanto piuttosto di un riparto effettuato in base a criteri più tradizionali. La Convenzione prevede infatti la possibilità per lo stato *outbound* di tassare (verosimilmente nel suo intero ammontare, e senza limiti di maturazione temporale su proprio territorio) la plusvalenza realizzata nello stato della (successiva) residenza, con la necessità per quest'ultimo di attribuire un adeguato credito d'imposta per evitare la doppia imposizione internazionale che altrimenti avrebbe luogo a seguito dell'applicazione della *Trailing tax*.

posticipati, non sembra facile.

Ecco che allora, davanti a presupposti diversi, la Convenzione contro le doppie imposizioni ispirata al modello OCSE (ma anche a quello delle nazioni Unite) mostra tutti i suoi limiti.

La Convenzione, prospettata per dirimere casi di doppia imposizione non è in grado di operare anche quando i criteri d'imputazione temporale (sulla base del "maturato" in un caso, e del "realizzato", nell'altro) divergono come nel caso in questione.

Le plusvalenze, fra i *passive incomes* disciplinati dal Modello OCSE, sono le uniche a sviluppare questa criticità.

In un'ottica strettamente comunitaria c'è da chiedersi quale possa essere la posizione della Corte di giustizia davanti a problemi come quelli prospettati, e se ci siano margini di intervento sulla base del Trattato.

È noto che l'art. 293, già richiamato, demanda alla libera iniziativa degli stati l'adozione di strumenti per affrontare e risolvere il problema della doppia imposizione. In questo senso l'intervento del legislatore comunitario e della Corte di giustizia dovrebbe avere luogo solamente in una forma residuale e sussidiaria, come peraltro in linea con i principi del diritto comunitario in materia. L'intervento mediante direttive in specifici ambiti dell'imposizione diretta (dividendi, interessi, operazioni straordinarie e così via) ha sempre rispettato, sia esplicitamente che implicitamente questo paradigma.

Ciononostante, si può dubitare del fatto che la doppia imposizione determinata dall'applicazione asimmetrica d'*Exit taxes* possa rientrare in quelle cui il Modello di convenzione e i Trattati che ad esso si ispirano siano istituzionalmente orientati. In altri termini, i problemi suscitati dalla mobilità d'individui e società in un contesto transnazionale sono al tempo stesso tali da pregiudicare direttamente e gravemente libertà fondamentali del Trattato e tuttavia di una natura tale da non poter essere validamente contrastati dall'applicazione di convenzioni contro le doppie imposizioni.

Non si tratta di specifici casi ai quali il Modello di convenzione non ha pensato, ma di una tipologia di prelievo alla quale esso strutturalmente non sembra orientato a fornire risposte.

In questo senso forse non di lacuna si dovrebbe parlare, quanto piuttosto d'esclusione di queste problematiche da quelle tradizionalmente previste dal Modello OCSE e dagli strumenti bilaterali ai quali il Trattato ha fatto implicitamente riferimento nell'articolo sopra ricordato⁵⁷.

Se questa è la situazione nella quale ci si trova ad operare oggi, è parimenti ragionevole sostenere che ben possa la Corte intervenire, e soprattutto il legislatore comunitario pronunciarsi, su un aspetto (quello della mobilità societaria non limitata alla Società europea) che è naturalmente estraneo dall'attenzione delle Convenzioni fin dalla loro matrice nei Modelli OCSE e delle Nazioni Unite.

In questa prospettiva, è chiaro che la valorizzazione della neutralità dei passaggi transnazionali dovrebbe essere confermata allo stesso modo delle operazioni straordinarie e che l'eventuale valore di realizzo dello stato *outbound*, magari alla luce di criteri condivisi e di principi contabili accettati nel panorama europeo dalla maggior parte degli stati, dovrebbe necessariamente divenire valore d'ingresso dei cespiti nel secondo Stato (*inbound*).

Ci si muove tuttavia in una prospettiva che ancora oggi (e, è ragionevole ritenere, nel prossimo futuro) è apprezzata solamente *de iure condendo*, così come lo è il problema della mobilità d'individui e società in una prospettiva extraeuropea. Più precisamente, della compatibilità con il Trattato d'eventuali *Exit taxes* con l'uscita di soggetti da un Paese europeo verso uno extracomunitario.

9. La fiscalità d'uscita (e d'entrata) extracomunitaria: prospettive di applicazione del principio di libera circolazione dei capitali

L'ammissibilità di *Exit taxes*, nel caso in cui la mobilità di individui o società avvenga in una prospettiva transeuropea incontra indubbiamente difficoltà di gran lunga inferiori rispetto a quelle che si sono esaminate fin qui.

⁵⁷ L'utilizzo delle Convenzioni anche in una logica comunitaria è stato ad esempio richiamato dalla Corte nella causa C-513/04 "Kerckhaert - Morres", §§22 e 23.

L'analisi che si sviluppa pertanto può essere apprezzata solo in una prospettiva del tutto teorica, dato che scarsissime sono le ricadute delle questioni sollevate in questa sede.

Ciò premesso, tuttavia, va ricordato che la mobilità d'individui e società può anche incidere non solo sulla libertà di stabilimento, come tradizionalmente intesa nell'interpretazione del Trattato, ma anche sulla libera circolazione dei capitali.

Quest'ultima, a differenza della prima, è suscettibile di un'applicazione che supera i confini politici e giuridici dell'Europa, salvaguardando anche operatori economici, società ed individui di Paesi terzi. Probabilmente strutturata come garanzia giuridica delle forme di investimento nella futura (ora attuale) moneta europea, l'Euro, ha ricevuto dal parte della Corte di giustizia una interpretazione sempre più attenta a garantire forme di investimento anche solo mediamente correlate ai capitali come tradizionalmente intesi.

Si è tuttavia sempre trattato di letture del principio ossequiose di un duplice ordine di limiti, gli uni di natura giurisprudenziale e quindi derivanti dalle circostanze dei casi concreti di volta in volta affrontati dalla Corte, gli altri di natura positiva, desunti dalla stessa lettera del Trattato.

La libera circolazione dei capitali è sempre stata utilizzata dalla Corte di giustizia seguendo un approccio, per così dire, residuale.

In altri termini, l'incompatibilità di una norma nazionale con il diritto comunitario è stata vagliata dai giudici del Lussemburgo, innanzitutto, nella prospettiva del divieto di discriminazione, o magari della libertà di stabilimento. Solo quando sia il primo che il secondo approccio risultavano inappaganti, allora l'analisi si spingeva fino alla verifica del rispetto della libertà di circolazione di capitali.

Ne conseguiva soprattutto che, una volta accertata la violazione dell'uno o dell'altro principio, la trasgressione in quest'ultima prospettiva non veniva accertata (data l'inutilità per la soluzione del caso concreto). È quanto accaduto, ad esempio, con il caso *De Lasteyrie* che riguarda proprio la mobilità delle persone fisiche. Per quanto il ricorrente avesse lamentato anche la violazione della libera circolazione dei capitali nel Mercato comune,

la corte ha ritenuto sufficiente censurare la disciplina francese nella prima prospettiva.

Dal punto di vista prettamente positivo, invece, è parimenti noto che la libera circolazione dei capitali è quella accompagnata dalle maggiori cautele nel testo del Trattato. Questo proprio perchè il suo riconoscimento è stato con ogni probabilità quello più tormentato e difficoltoso, andando ad incidere su prerogative dello Stato sovrano consolidate nei secoli, e di sensibile incidenza per l'interesse erariale, quantomeno nella prospettiva tributaria: di qui, appunto, i limiti rilevati sia in una prospettiva storica, sia attuale. Dal punto di vista storico, il testo del Trattato faceva ancora salve le restrizioni nazionali dei diversi paesi così come esistenti al 31 gennaio 1993. Dall'altro lato, demandava al Consiglio la possibilità di introdurre nuove limitazioni avuto riguardo a particolari forme d'investimento o modalità di movimentazione di capitali.

Se si unisce tale previsione ad un approccio spesso restrittivo⁵⁸ mostrato della Corte di giustizia, soprattutto nei confronti di paesi terzi, è chiaro che i margini d'applicazione dell'art. 56 ai casi d'*Exit taxes* nei confronti d'operatori localizzati in Paesi terzi trovi davvero un margine esiguo, anche dal punto di vista strettamente teorico che si è voluto seguire in questo paragrafo.

Ci sono però anche argomenti che muovono in senso avverso.

Innanzitutto in questo caso l'applicazione dell'*Exit tax* non andrebbe ad incidere nei confronti di un soggetto extracomunitario, ma nei confronti di un operatore (individuo o società) che si accinge a diventarlo (magari mantenendo tuttavia la nazionalità comunitaria) in un momento in cui (almeno seguendo l'esperienza italiana) è ancora localizzato all'interno dell'unione.

Si pensi ad una società italiana che trasferisce la sua sede al di fuori dell'unione: in questo caso l'applicazione dell'art.166 TUIR renderà le

⁵⁸ C-452/04, dove la violazione lamentata da parte della società elvetica poteva sia pregiudicare la libera circolazione di servizi che quella di capitali. In questo caso, la Corte ha ritenuto assorbente la prima fattispecie (in azionabile a parte della società svizzera) e ha ritenuto quindi inapplicabile l'art. 56 del Trattato (che invece *ratione subjecti* avrebbe potuto offrire tutele all'investitore extracomunitario).

eventuali plusvalenze maturate (al valore normale) imponibili in Italia in un periodo d'imposta nel quale (è possibile che) la società sia ancora considerata come fiscalmente residente all'interno dell'Unione europea e che quindi possa legittimamente pretendere una maggiore tutela.

E ancora, l'interpretazione restrittiva dell'art. 56 del Trattato da parte della Corte ha sempre fatto forza sul fatto che molte delle violazioni lamentate dai ricorrenti nell'ormai ampio e ramificato *case law* dei giudici del Lussemburgo in realtà coinvolgessero altri profili (libertà di stabilimento, libertà di prestazione di servizi) salvaguardati dal diritto comunitario, con valenza assorbente rispetto alla libera circolazione dei capitali.

Orbene, nel caso delle *Exit taxes* è evidente che proprio quest'ultimo aspetto verrebbe a essere pregiudicato laddove un Paese membro dell'Unione finirebbe per tassare una plusvalenza maturata e non realizzata a fronte del trasferimento all'estero degli *asset* impegnati nell'Unione europea (questo è vero anche per una società *holding* che, ad esempio, trasferisca la propria sede dall'Unione a un paese estero, vedendo tassate a valore normale, di mercato, le proprie partecipazioni): attraverso quindi disposizioni di *claw back* che incidono direttamente sul nocciolo duro della libertà di circolazione dei capitali che, seppur fortemente relativizzata, conserva indubbi margini di applicabilità concreta anche nei confronti di paesi terzi.

Ben lungi dal sostenere l'incompatibilità delle disposizioni fiscali attinenti la mobilità d'individui e società *outbound* anche nella prospettiva europea e non solo nazionale, ci si limita in questa sede a sottolineare la problematica, e la necessità di recuperare il senso di un *Nomos* chiaro anche in questa ultima, remota, prospettiva.

10. Considerazioni conclusive: un *Nomos* ritrovato ?

Scrivendo Schmitt in chiusura alla prefazione del 1950 alla sua opera, e con la quale si è provocatoriamente aperta questa parziale ricerca, che "È agli spiriti pacifici che è promesso il regno della terra. Anche l'idea di un nuovo

*nomos della terra si dischiuderà solo a loro*⁵⁹.

Purtroppo la purezza alla quale l'autore fa riferimento non appartiene alla logica tributaria, neppure in una dimensione europea. L'inutilità dell'approccio etico impone agli studiosi e ai pratici di trovare altrove le risposte alle problematiche alle inevitabili dicotomie che contraddistinguono ancora l'appartenenza degli Stati nazione, nella ristretta prospettiva della loro sovranità tributaria, all'unione.

In questo senso, anche nel diritto tributario si registra chiaramente quella schizofrenia che sembra caratterizzare la casa comune europea e che altri Autori⁶⁰ è stata meglio analizzata nei suoi tratti generali.

Se è vero che la radice etimologica della parola *nomos* in lingua greca rimanda al pascolo, e dalla suddivisione dei pascoli, alla legge, allora da un lato l'impostazione tributaria europea e internazionale, per la quale legge innanzitutto è valido criterio di riparto delle diverse potestà degli stati sovrani si cala perfettamente nelle problematiche tratteggiate dagli autori prima ricordati, e dall'altro lato affrontare la mobilità dell'operatore economico inteso come *nomas* (pastore, di traslato colui che abita la legge) porta lo studioso ai limiti del paradosso.

Si è cercato in queste pagine un *nomos* che possa regolare il movimento, il trasferimento di sedi, le conseguenze fiscali in capo al *nomas* che si trasferisce da un pascolo ad un altro, che si trova applicata una legge in luogo di un'altra.

Le libertà di comunicare ed il diritto europeo assumono proprio quest'ambizioso obiettivo, ritrovare un *nomos* valido per tutto il continente.

Se dal punto di vista filosofico la ricerca pare promettente di risultati, dal punto di vista positivo non si può che prendere atto dell'insufficienza di riferimenti adeguati e utili a fornire all'operatore un chiaro e univoco contesto di riferimento.

Per questo motivo la mobilità all'interno dell'unione deve ancora vestire le forme di operazioni straordinarie d'impresa che hanno il pregio di fornire quella certezza che ancora la semplice mobilità di società e individui appare

⁵⁹ C. Schmitt, *op. cit.*, p. 15.

⁶⁰ M. Cacciari, *Geofilosofia dell'Europa*, Milano, 2003, p. 110.

sfornita.

L'aspetto innovativo, in questa prospettiva, concerne la natura delle difficoltà che le *Exit taxes* sollevano: sia per le simmetrie che mostrano, sia per la prospettiva temporale che impongono di rispettare. Il diritto comunitario anche in questo caso sembrerebbe valorizzare aspetti di neutralità del trasferimento senza pregiudicare la potestà tributaria dello stato d'origine.

In questo senso il rispetto della sovranità tributaria e della piena potestà impositiva dello stato *outbound* dovrebbe trovare il necessario contrappeso nel differimento del prelievo, in termini appunto di successiva esigibilità dell'imposta dovuta.

Se possa essere questo il germoglio del *nomos* perduto, sarà almeno la giurisprudenza comunitaria a confermarlo.