

# Il corretto significato del requisito di assoggettamento ad imposta ai fini della riduzione convenzionale delle ritenute: è lui Godot?

Le condivisibili statuizioni della Corte di Cassazione italiana nell'ordinanza del 17 aprile 2019, n. 10706, chiariscono lo scopo e la portata del requisito di assoggettamento a tassazione per beneficiare di ritenute ridotte ai sensi delle CDI



**Carlo Romano**  
Ph.D., LL.M.  
Avvocato cassazionista  
Partner, PwC TLS Avvocati e Commercialisti



**Daniele Conti**  
Avvocato in Roma  
Tax Controversy and Dispute Resolution  
PwC TLS Avvocati e Commercialisti

*Appare ormai un dato di fatto che, nella fiscalità internazionale odierna la rilevanza della tematica della doppia imposizione stia lasciando spazio all'esigenza, sempre più marcata, di arginare i fenomeni di doppia non imposizione. Del resto, ne è testimone la proliferazione di normative antielusive generali e specifiche, elaborate a più livelli (tra ordinamenti domestici, direttive Ue e strumenti pattizi multilaterali) e corroborate da orientamenti giurisprudenziali particolarmente attenti alle finalità perseguite dai contribuenti, sia attraverso semplici procedure di rimborso attivate presso le amministrazioni finanziarie sia mediante più complesse strutture di pianificazione fiscale internazionale. Tuttavia, la convivenza tra i "vecchi" canoni di determinazione (determinatezza) e interpretazione della legge applicabile, da un lato, e i nuovi principi di contrasto all'elusione fiscale internazionale, dall'altro, non offre risultati sempre lineari o condivisibili. Al di là della necessità di esaminare ogni caso concreto alla luce delle proprie peculiarità, infatti, il rischio di elaborazioni corrette nelle premesse, ma abnormi nei risultati, non è affatto remoto. In tale contesto, quindi, la pronuncia in commento della Corte di Cassazione italiana rappresenta un arresto giurisprudenziale di fondamentale importanza, perché teso a riequilibrare il contesto appena descritto entro la necessità, in primis per il contribuente, di beneficiare di un quadro normativo chiaro e interpretabile secondo il consueto criterio dell'obiettività. E così, se è vero che una ritenuta alla fonte su royalties transfrontaliere è ridotta entro i limiti di quanto stabilito dalle CDI purché vi sia un "assoggettamento ad imposta" da parte del Paese del percipiente, su che base normativa ed in quale misura deve intendersi un simile requisito?*

2. La struttura delle CDI concluse dall'Italia, che miscelano una ripartizione della potestà impositiva "a monte" e l'eliminazione "a valle" della doppia imposizione comunque ingeneratasi..... 164

3. La certezza e determinatezza del diritto applicabile a fronte del rischio di un abuso di principi antielusivi.....165

4. I principi di diritto internazionale consuetudinario in tema di inadempimento di uno Stato .....165

B. I criteri di interpretazione delle CDI.....165

**III. Ancora "Aspettando Godot"?..... 166**

A. "Liable to tax" vs. "subject to tax". Potestà impositive non esercitate dallo Stato estero a cui sono assegnate in esclusiva: riespansione del potere impositivo italiano (inizialmente escluso)?..... 167

B. I casi dei dividendi transfrontalieri ..... 168

**IV. Riflessioni conclusive ..... 169**

## I. I fatti di causa

Nel maggio 2007, un'associazione di diritto svizzero, senza finalità di lucro, organizzava in Italia un congresso medico. Al fine di consentire lo sfruttamento economico dell'evento scientifico, si addiveniva ad un apposito accordo di cessione dei diritti ad una società italiana, nel quale quest'ultima si impegnava a versare all'associazione elvetica un corrispettivo a titolo di *royalty*.

Tuttavia, la predetta cessionaria dei diritti di sfruttamento riteneva di dover applicare su tale pagamento (originato in Italia) una ritenuta del 30% a titolo di imposta.

La più favorevole Convenzione contro la doppia imposizione tra Svizzera e Italia (CDI CH-ITA)[1], invero, prevede all'art. 12 che la ritenuta su *royalties* applicabile dallo Stato della

[1] Convenzione di Roma del 1976 tra Italia e Svizzera per evitare le doppie imposizioni e per regolare talune altre questioni in materia di imposta sul reddito e sul patrimonio, eseguita dall'art. 2 della Legge (L.) del 23 dicembre 1978, n. 943.

**I. I fatti di causa..... 163**

**II. La decisione della Corte..... 164**

A. Le CDI come strumento di ripartizione a priori del potere impositivo ..... 164

1. Il ruolo assunto dalle CDI (in quanto trattati internazionali) nel sistema delle fonti domestiche..... 164

fonte "non può eccedere il 5% dell'ammontare lordo dei canoni" e, per questo motivo, l'associazione svizzera richiedeva all'Amministrazione finanziaria italiana la restituzione del prelievo italiano eccedente il limite posto dalla CDI CH-ITA.

Il successivo giudizio traeva, quindi, origine dal diniego opposto dal Centro Operativo di Pescara dell'Agenzia delle Entrate, secondo il quale un'associazione di diritto svizzero, esente da imposta in Svizzera allorché persegue uno scopo pubblico o di utilità pubblica, aveva ricevuto canoni di fonte italiana. Più precisamente, come altresì ribadito dall'Agenzia delle Entrate nel giudizio di legittimità, l'associazione, per via della riferita esenzione, non avrebbe potuto qualificarsi come "residente" ai fini dell'art. 4 CDI CH-ITA e, per l'effetto, non avrebbe potuto invocare i limiti previsti dal successivo art. 12 avverso la ritenuta alla fonte applicata in Italia.

In effetti, la qualifica di residente dipende dallo *status* di soggetto *liable to tax*, tradotto nelle CDI stipulate dall'Italia come "assoggettato ad alcuna imposta sul reddito nel Paese di residenza" e da ciò consegue anche l'applicabilità della CDI CH-ITA, in quanto quest'ultima presuppone che un soggetto residente in uno Stato (e, quindi, ivi assoggettato ad imposizione) ritragga elementi di reddito originati nell'altro Stato (in cui, nel caso di *royalties*, l'aliquota dell'eventuale ritenuta alla fonte è limitata dalla stessa CDI CH-ITA).

Al fine di dirimere, quindi, la controversia giunta innanzi alla Corte, occorreva determinare se la riduzione della ritenuta alla fonte spettasse sulla base della soggettività tributaria illimitata (ancorché potenziale) del sostituito nello Stato estero ovvero se in tale Stato il contribuente inciso dovesse effettivamente aver versato l'imposta sui redditi nell'anno di imposta di riferimento.

### II. La decisione della Corte

È possibile già anticipare, rispetto a quanto segue, che la Corte ha optato per la prima soluzione, statuendo che la definizione di residenza "deve essere intesa nel senso di potenziale assoggettamento ad imposizione in modo illimitato («full liability to tax»), a nulla rilevando il dato dell'effettivo prelievo fiscale subito dalla persona fisica"<sup>[2]</sup>.

#### A. Le CDI come strumento di ripartizione a priori del potere impositivo

Venendo ad un esame più dettagliato della pronuncia, la seguente statuizione (oltretutto ripetuta dalla Cassazione nella stessa ordinanza), benché consolidata (quasi una formula di stile), può nondimeno offrire spunti interessanti: "[l]a sufficienza del solo fattore in sé dell'esistenza del potere impositivo

principale dell'altro Stato, deve ritenersi infatti coerente con le finalità delle convenzioni bilaterali contro le doppie imposizioni, le quali hanno la funzione di eliminare la sovrapposizione dei sistemi fiscali nazionali, onde evitare che i contribuenti subiscano un maggior carico fiscale sui redditi percepiti all'estero ed agevolare l'attività economica e di investimento internazionale (Cass., 10 novembre 2017, n. 26656)".

Orbene, quando si verifica la "sovrapposizione dei sistemi fiscali"? E, soprattutto: la CDI mira a prevenire tale "sovrapposizione" oppure a contenerla solo nel momento in cui si è concretamente verificata?

In effetti, proprio una funzione di "prevenzione" della doppia imposizione sembrerebbe più aderente all'impostazione evocata dalla Corte, in considerazione di molteplici elementi che verranno precisati nei capitoli che seguono.

#### 1. Il ruolo assunto dalle CDI (in quanto trattati internazionali) nel sistema delle fonti domestiche

Secondo il diritto italiano, si tratta una particolare forma di *lex specialis*, nota come "norma interposta", che costituisce il parametro di legittimità costituzionale di qualsiasi espressione del diritto interno (con salvezza, tuttavia, degli altri principi di rango costituzionale); se una norma avente forza di legge nell'ordinamento italiano contrasta con una previsione convenzionale, la seconda prevale *expressis verbis* in virtù dell'art. 117 della Costituzione<sup>[3]</sup>. Un simile metodo di risoluzione delle antinomie implica anzitutto un confronto tra le norme in astratto, per cui non è sempre necessario dover ricercare "interferenze" in concreto, risolvendosi il tutto in una prioritaria analisi "preventiva" del riparto impositivo tra Stati. Questa lettura coincide con quella offerta dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea (CGUE) in *Commissione c. Italia*<sup>[4]</sup>, secondo cui "la scelta di tassare nell'altro Stato [...] i redditi provenienti dall'Italia o il livello a cui sono tassati non dipende dalla Repubblica italiana, ma dalle modalità di imposizione definite dall'altro Stato"<sup>[5]</sup> e, quindi, il relativo beneficio convenzionale spetta "ancorché non sussista effettivo prelievo fiscale"<sup>[6]</sup> nello Stato estero di residenza.

#### 2. La struttura delle CDI concluse dall'Italia, che miselano una ripartizione della potestà impositiva "a monte" e l'eliminazione "a valle" della doppia imposizione comunque ingeneratasi

Infatti, si contrappongono previsioni che delimitano potestà impositive esclusive o limitatamente concorrenti alla norma (di chiusura) relativa al credito per le imposte estere. Infatti, prendendo ad es. la CDI CH-ITA, l'art. 24 prevede che la doppia imposizione è "eliminata in conformità ai seguenti paragrafi", i quali tuttavia richiedono che un residente di uno Stato possieda elementi di reddito "imponibili" nell'altro Stato. Perciò, appare chiaro che le CDI dapprima intendano "evitare" la

[2] La pronuncia in commento è stata variamente commentata in una serie di interessanti contributi che qui si richiamano per completezza: PAOLO GIACOMETTI/CARLOMARIA SETTI DELLA VOLTA, Dalla Cassazione una decisione di "sistema" su assoggettamento ad imposta e benefici convenzionali, in: *Corriere Tributario*, n. 11/2019, p. 954 ss.; FRANCO ROCCATAGLIATA, Anche senza doppia imposizione si applicano le ritenute alla fonte in quota ridotta convenzionale – il Fisco esce con le ossa rotte dal contenzioso con gli ortopedici, in: *GT – Rivista di Giurisprudenza Tributaria*, n. 10/2019, p. 787 ss.; IVAN PAVIGLIANITI/DARIO LIGUORI, Il concetto di "liability to tax" in chiave convenzionale: sviluppi giurisprudenziali, in: *Bilancio e Reddito d'Impresa*, n. 10/2019, p. 19 ss.

[3] C. Cost. del 22 ottobre 2007, nn. 348 e 349; C. Cost. del 16 novembre 2009, n. 311.

[4] CGUE del 19 novembre 2009, C-540/07, citata dalla stessa ordinanza di Cassazione in commento.

[5] Cfr. sentenza in nota 4, punto 39.

[6] Cass. civ., sez. V, del 10 ottobre 2018, n. 26377.

doppia imposizione (come, peraltro, da *nomen iuris* delle stesse CDI) per poi eliminare la residua doppia imposizione comunque venutasi a creare.

### 3. La certezza e determinatezza del diritto applicabile a fronte del rischio di un abuso di principi antielusivi

Del resto, il rischio di una doppia non imposizione si scontra con la mutevolezza di specifici regimi di favore legati, come in questo caso, ai particolari scopi perseguiti dal contribuente. Come peraltro rilevato dalla Commissione Tributaria Regionale (C.T.R.) di Pescara nella sentenza oggetto del giudizio di Cassazione in commento, i concreti requisiti per accedere a simili discipline fiscali sono plurimi, comportando in tal modo la possibilità che, in un momento successivo, il soggetto decada dal regime di esenzione al mancato ricorrere di taluni dei presupposti necessari per beneficiarne (come pure il ripristino dell'onere tributario può verificarsi sul versante oggettivo, allorché nulla vieta al legislatore di imporre, nel tempo, ulteriori restrizioni al beneficio fiscale – o abrogarlo – per motivazioni di equità o semplicemente di gettito). Tale circostanza è ben chiara anche a livello di *best practices* internazionali, come rilevato dalla stessa ordinanza in commento, giacché il Commentario al Modello di Convenzione contro le doppie imposizioni dell'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE) in sé e per sé rileva che l'esenzione permane solo se sono soddisfatti tutti i relativi requisiti previsti dalla normativa nazionale (altrimenti avendosi piena imponibilità dei redditi del soggetto), il che conferma l'assoggettamento ad imposizione in quello Stato<sup>[7]</sup>. Inoltre, l'esigenza di certezza del diritto incarnata dalle statuizioni della Corte costituisce senz'altro un utile argine al rischio dilagante dell'abuso di contestazioni antielusive, allorché, se fosse stata confermata la tesi erariale per cui l'esenzione comporterebbe "in concreto" un mancato assoggettamento ad imposta (con conseguente diniego di benefici convenzionali), tale concetto avrebbe potuto prestarsi, presumibilmente, ad ulteriori estensioni, al punto da ricomprendervi anche ipotesi di tassazione ad aliquote ritenute arbitrariamente "troppo convenienti".

### 4. I principi di diritto internazionale consuetudinario in tema di inadempimento di uno Stato

Pur dubitandosi circa il reale interesse all'*enforcement* in relazione a violazioni delle CDI contro le doppie imposizioni, nondimeno resta il principio scolpito nel diritto internazionale generale secondo cui la violazione di un trattato da parte di uno Stato reca conseguenze disciplinate dalla complessa (e ampia) materia della responsabilità internazionale<sup>[8]</sup>.

[7] Punto 8.2 del Commentario OCSE, divenuto punto 8.11 nella versione del 2017, citato dalla stessa ordinanza in commento: "in many States, a person is considered liable to comprehensive taxation even if the Contracting State does not in fact impose tax. For example, pension funds, charities and other organisations may be exempted from tax, but they are exempt only if they meet all of the requirements for exemption specified in the tax laws. They are, thus, subject to the tax laws of a Contracting State. Furthermore, if they do not meet the standards specified, they are also required to pay tax. Most States would view such entities as residents for purposes of the Convention".

[8] Ai sensi dell'art. 4 dell'Articolato sulla Responsabilità internazionale degli Stati, approvato con risoluzione n. 56/83 del 12 dicembre 2001 dell'Assemblea

Compendiandone la *ratio* e gli aspetti salienti, se in origine gli Stati contraenti sono addivenuti ad un certo contenuto della CDI, non si vede per quale ragione vi si deroghi allorché l'assegnatario di una potestà tributaria esclusiva non l'abbia in concreto esercitata. Né potrebbe evocarsi un non ben precisato "interesse essenziale" dello Stato della fonte (per cui potrebbe non essere ascritta alcuna violazione del diritto essenziale<sup>[9]</sup>), in quanto ciò presupporrebbe l'esistenza di un pericolo grave e imminente, che è normalmente limitata a casi davvero eccezionali quali scenari estremi di salvaguardia ambientale<sup>[10]</sup> o di sicurezza della popolazione civile<sup>[11]</sup>. Non paiono sicuramente di simile caratura, almeno allo stato del diritto internazionale, gli eventuali "interessi essenziali" ad evitare una doppia non imposizione.

### B. I criteri di interpretazione delle CDI

Separata attenzione merita l'annosa questione dell'interpretazione delle CDI. Se è vero, infatti, che il criterio di interpretazione obiettiva (*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*) appare la regola naturalmente applicabile, è altrettanto vero che la crescente attenzione verso i fenomeni di doppia non imposizione.

Generale dell'ONU, "[t]he conduct of any State organ shall be considered an act of that State under international law, whether the organ exercises legislative, executive, judicial or any other functions, whatever position it holds in the organization of the State and whatever its character as an organ of the central Government or of a territorial unit of the State".

[9] Nell'ambito del predetto Articolato, il concetto di protezione degli interessi essenziali può rinvenirsi all'art. 25, rubricato "Stato di necessità". Come nella responsabilità penale ed in quella *extra-contrattuale* note al diritto italiano, lo stato di necessità "giustifica" la condotta del soggetto responsabile, a condizione che siano soddisfatti taluni requisiti: "[n]ecessity may not be invoked by a State as a ground for precluding the wrongfulness of an act not in conformity with an international obligation of that State unless the act: (a) is the only way for the State to safeguard an essential interest against a grave and imminent peril; and (b) does not seriously impair an essential interest of the State or States towards which the obligation exists, or of the international community as a whole". Pertanto, affinché la protezione di un interesse essenziale "scrimini" la condotta dello Stato in presenza di "stato di necessità", è richiesto altresì che tale interesse essenziale sia concretamente minacciato da un pericolo grave e imminente ("*grave and imminent peril*") e non possa essere altrimenti protetto nonché a condizione che non sia gravemente pregiudicato l'interesse essenziale dell'altro Stato eventualmente coinvolto. Inoltre, è escluso che un interesse essenziale possa essere invocato se lo stato di necessità sia escluso dallo stesso diritto internazionale ovvero se lo stesso Stato vi abbia contribuito (art. 25, par. 2, dell'Articolato): "[i]n any case, necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding wrongfulness if: (a) the international obligation in question excludes the possibility of invoking necessity; or (b) the State has contributed to the situation of necessity".

[10] Il riferimento, tra i più recenti, è al caso della petroliera liberiana *Torrey Canyon* del 1967, bombardata dalle forze aeree britanniche dopo essersi incagliata in acque internazionali al largo della Cornovaglia per bruciare il petrolio che stava pericolosamente fuoriuscendo e minacciando le coste inglesi. L'*extrema ratio* del rimedio prescelto è stata implicitamente condivisa a livello internazionale e, dunque, oggi pacificamente accettata come caso di "interesse essenziale" da proteggere. Cfr. §8 del Commentario all'Articolato; cfr. più in generale, ENZO CANNIZZARO, Corso di diritto internazionale, Milano 2011, pp. 361-362. A titolo esemplificativo in senso contrario, la Corte Internazionale di Giustizia ha escluso la configurabilità di un "interesse essenziale" nell'inadempimento ungherese di un trattato che prevedeva la realizzazione di dighe sul Danubio, ritenendo il rischio di gravi inondazioni del territorio ungherese privo del requisito dell'imminenza del danno (CGUE del 25 settembre 1997, *Ungheria c. Slovacchia*, caso Progetto Gabčíkovo-Nagymaros).

[11] Cfr. Armin Von Bogdandy/Rüdiger Wolfrum, State of Necessity as an Exemption from State Responsibility for Investments, in: Max Planck Yearbook of United Nations Law, vol. 13/2009, p. 436 ss.

Il rischio di condotte abusive, anche in tal caso, appare il fattore determinante; tuttavia, come si è accennato in precedenza, lo scostamento dal dato letterale di previsioni normative obiettivamente applicabili comporta il naturale *trade-off* a discapito della certezza del diritto e dell'interpretazione dello stesso.

Invece, l'ordinanza in commento, sotto questo profilo, riequilibra in modo encomiabile l'esigenza di determinatezza dell'obbligazione tributaria, ribadendo quanto scolpito a chiare lettere nella Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati<sup>[12]</sup>, secondo cui *"un trattato deve essere interpretato in buona fede in base al senso comune da attribuire ai termini del trattato nel loro contesto ad alla luce del suo oggetto e del suo scopo"* (art. 31, par. 1).

Secondo l'ordinanza in commento, proprio la centralità del principio di interpretazione testuale dei trattati internazionali ha concreto effetto dirimente, atteso che *"l'espressione utilizzata nella Convenzione Italia-Svizzera per la definizione della persona «fisica» residente, secondo il Modello Ocse [...] («assoggettata ad imposta nello stesso Stato...»), deve essere intesa nel senso di potenziale assoggettamento ad imposizione in modo illimitato («full liability to tax»), a nulla rilevando il dato dell'effettivo prelievo fiscale subito dalla persona fisica"*<sup>[13]</sup>.

A margine di questa condivisibile statuizione, occorre rimarcare la generale applicabilità dei principi della Convenzione di Vienna a tutte le previsioni dei trattati in materia fiscale; pertanto, ad avviso di chi scrive, le norme convenzionali che escludono o limitano espressamente il potere impositivo italiano non possono essere interpretate diversamente, alla luce di un rischio di doppia non imposizione che non è considerato dallo stesso testo convenzionale. Richiamando altra giurisprudenza di legittimità, appare evidente come non fosse possibile desumere una specifica clausola di assoggettamento a tassazione effettivo del singolo elemento di reddito (cd. *subject-to-tax clause*) in

assenza di un pur minimo accenno in questo senso nel testo della CDI. Infatti, proprio in tema di ritenute alla fonte ridotte da trattati (in tali casi, operate su dividendi), *"la minore imposta ivi prevista è applicabile per il solo fatto della soggezione del dividendo alla potestà impositiva principale dell'altro Stato, indipendentemente dall'effettivo pagamento dell'imposta. La sufficienza del solo fattore in sé della esistenza del potere impositivo principale dell'altro Stato, deve ritenersi infatti coerente con le finalità delle convenzioni bilaterali contro le doppie imposizioni"*<sup>[14]</sup>.

### III. Ancora "Aspettando Godot"?

Nell'attesa di un trattamento ufficiale (a livello pretorio e/o di prassi) univoco e/o condivisibile di tante tematiche connesse di fiscalità internazionale, questa ordinanza potrebbe evocare il *leitmotiv* della nota commedia dell'assurdo di SAMUEL BECKETT: *"Sei sicuro che non fosse lui? – Chi? – Godot"*<sup>[15]</sup>.

Appare indubbio, tuttavia, che tale pronuncia, benché condivisibile, lasci non pochi punti aperti o contraddizioni intrinseche alla stessa giurisprudenza della Corte di Cassazione italiana (oltre che approcci tutt'altro che giustificabili dell'Amministrazione finanziaria italiana).

Ancora una volta, uno spunto utile proviene proprio dalla motivazione estesa dalla Corte, secondo cui *"è ben diversa la fattispecie, che esula da quella in esame, in tema di imposte sui dividendi azionari, in cui si è affermato che la società madre francese che riceve dalla società figlia italiana dividendi esenti da tassazione"* per effetto della Direttiva madre-figlia *"non ha diritto al credito d'imposta previsto dall'art. 10, paragrafo 4, lett. b), Convenzione Italia-Francia [...] in quanto l'esenzione di fonte comunitaria esclude la doppia imposizione che il credito di fonte pattizia è diretto a neutralizzare"* e un eventuale cumulo tra i due benefici genera *"semmai una fattispecie di c.d. doppia-non imposizione"*.

[12] Resa esecutiva in Italia dall'art. 2 L. del 12 febbraio 1974, n. 12.

[13] A parità dei principi interpretativi applicabili alle CDI, la stessa Cassazione ha tratto conclusioni opposte quanto alla sussistenza del requisito di "beneficiario effettivo", ritenuto intrinseco alle CDI in quanto *"costituisce una sorta di precipitato normativo del principio generale di cui all'art. 31 della Conv. Vienna del 1969 sul diritto dei trattati, in base al quale un trattato deve essere interpretato secondo buona fede ed alla luce del suo oggetto e del suo scopo; parametri che, anche nei casi di inesistenza di previsione testuale, indurrebbero comunque a non riconoscere il regime di favore alla società madre che – non essendo il beneficiario effettivo dei dividendi che danno luogo al credito d'imposta – abbia abusato del trattato mediante un'allocazione territoriale strumentale, stravolgendone appunto l'oggetto e lo scopo pratico (cd. «treaty abuse»)"* (cfr. Cass. civ., sez. V, del 28 dicembre 2016, nn. 27112, 27113, 27115, 27116). Orbene, in punto di teoria generale del diritto, la rivelazione di un requisito intrinseco come quello del beneficiario effettivo è ben diversa da un'asserimento implicita clausola di tassazione del singolo elemento di reddito, in quanto tale ultimo aspetto accede direttamente alla fattispecie (oggetto dell'ordinamento nazionale) che la norma pattizia intende regolare (o a cui, come in questo caso, non intende conferire alcun rilievo). Al contrario, la *beneficial ownership* attiene alla corretta applicazione in sé della stessa previsione convenzionale e, dunque, previene abusi a monte della stessa norma pattizia regolatrice (cfr. in senso analogo, l'approccio in: CGUE del 26 febbraio 2019, *N Luxembourg 1*, cause riunite C 115/16, C 118/16, C 119/16 e C 299/16, punti 98, 100 e 119, atteso che una determinata norma e il relativo divieto di abusarne non comportano il coinvolgimento del diritto nazionale e, dunque, vi prescindono, senza arrivare neppure ad imporre obblighi ai singoli interessati in base ad eventuali parti inattuata di direttive).

[14] Cass. civ., sez. V, del 29 gennaio 2001, n. 1231, variamente ripresa da Cass. civ., sez. V, del 19 ottobre 2018, n. 26377; ord. del 10 novembre 2017, n. 26656; del 20 dicembre 2011, nn. 27588, 27589, 27590, 27591, 27592, 27593, 27594, 27595, 27596, 27597, 27598, 27599, 27600, 27601, 27602; 19 novembre 2010, n. 23431; 8 novembre 2010, nn. 22640, 22641, 22642, 22643, 22644, 22645, 22646, 22647, 22648, 22649, 22650, 22651, 22652. Con riferimento, invece, all'assegnazione esclusiva del potere impositivo ad un altro Stato, cfr. Cass. civ., sez. V, dell'11 ottobre 2018, n. 25219 e cfr., a commento, STEFANO PALESTINI, *Legittimità dell'applicazione delle convenzioni contro le doppie imposizioni in assenza di duplicazione dell'imposta*, in: *Fiscalità & Commercio Internazionale*, n. 8-9/2019, p. 34 ss. In tal senso, inoltre, cfr. Cass. civ., sez. V, del 15 luglio 2016, n. 14474, in tema di tassazione dell'indennità di fine rapporto e di incentivo all'esodo tra potestà esclusiva svizzera come luogo di prestazione dell'attività lavorativa e residenza italiana in un momento successivo: *"A fronte di una disposizione pattizia di indiscutibile chiarezza risulta scorretto sul piano esegetico e costituisce indubbia forzatura sul piano logico e giuridico ipotizzare che in quella sede si sia inteso richiamare, in una sorta di rinvio per relationem idoneo a modificare il senso e la portata della norma pattizia, la presunzione iuris et de iure contenuta in una norma dell'ordinamento interno di uno degli Stati contraenti, e precisamente la previsione dell'art. 23, comma 2 T.U.I.R., laddove si prevede che «si considerano prodotti nel territorio dello Stato, se corrisposti da soggetti residenti nel territorio dello Stato...le indennità di fine rapporto...». Se tanto si esclude, non vi è alcun motivo né alcuno strumento logico e/o giuridico per ritenere che la previsione di una norma interna possa in qualche modo incidere sul chiaro disposto di una norma pattizia condizionandone la portata, con la conseguenza che la fattispecie deve essere regolata dalla norma convenzionale, gerarchicamente sovraordinata alla legge ordinaria interna"* (fermo restando che trattasi di un rapporto di specialità e non di sovraordinazione gerarchica).

[15] SAMUEL BECKETT, *Aspettando Godot*, trad. Carlo Fruttero, Torino 1997.

Questa è una delle possibili tematiche che meritano diversa e maggiore attenzione e che, probabilmente, svelano taluni punti d'ombra di tale ordinanza e/o dell'attuale giurisprudenza di legittimità. E allora, forse, Godot *"non verrà questa sera, ma di sicuro domani"*<sup>[16]</sup>.

**A. "Liable to tax" vs. "subject to tax". Potestà impositive non esercitate dallo Stato estero a cui sono assegnate in esclusiva: riespansione del potere impositivo italiano (inizialmente escluso)?**

In buona sostanza, la diversità tra la posizione sostenuta in giudizio dall'Agenzia delle Entrate e l'ordinanza in commento risiede nell'effettività dell'"assoggettamento" ad imposta sui redditi. Tale tesi, oltre a non aver trovato conforto giudiziale, non è neppure allineata alla stessa prassi dell'Amministrazione finanziaria, ad es. in tema di fondi pensione<sup>[17]</sup> ovvero di applicazione della riduzione domestica della ritenuta su dividendi verso soggetti dell'UE o dello Spazio economico europeo (SEE) ex art. 27, comma 3-ter, del Decreto del Presidente della Repubblica (D.P.R.) del 29 settembre 1973, n. 600<sup>[18]</sup>.

Sovente, tuttavia, il conflitto interpretativo tra Erario e contribuente s'incanta sulla specifica distinzione tra soggettività tributaria ed effettiva imposizione del singolo elemento di reddito. In altre parole, una forte area di contenzioso trae origine dalla riferibilità dell'assoggettamento ad imposta in termini soggettivi (il contribuente è soggetto passivo dell'imposta sui redditi) od oggettivi (il singolo pagamento di canone, dividendo o interesse ha subito un prelievo tributario). La questione non si pone soltanto sotto un profilo teorico, ma investe altresì il riparto dell'onere probatorio giacché, accedendo alla più restrittiva impostazione di assoggettamento del singolo elemento di reddito ad imposta, non è sufficiente provare (ad es., attraverso un certificato di residenza) che il contribuente sia soggetto passivo dell'imposta sui redditi prevista dalla legislazione tributaria dello Stato estero.

In questo senso, è forse opportuno distinguere tra due diverse clausole della fiscalità internazionale: *"liable to tax"* e *"subject to tax"*<sup>[19]</sup>, ove la prima è riferita al soggetto (ed è, infatti, contemplata dall'art. 4 del Modello OCSE di Convenzione fiscale) laddove la seconda locuzione è relativa al singolo elemento di reddito e non trova esplicito conforto nella maggior parte

delle previsioni convenzionali applicabili all'Italia.

Orbene, considerando le statuizioni dell'ordinanza in commento che si richiama all'interpretazione letterale dei trattati, appare condivisibile la conclusione riassumibile con il brocardo *ubi lex noluit tacuit*. A titolo esemplificativo, l'art. 15 del protocollo della CDI tra Italia e Francia prevede che, per le fattispecie in cui è prevista l'esenzione in uno dei due Stati, la stessa *"viene accordata se e nei limiti in cui detto reddito è imponibile nell'altro Stato"*. All'infuori della CDI Italia-Francia ovvero di una simile disposizione, non può ritenersi immanente una clausola *subject to tax*, essendo sufficiente la sola esistenza del potere impositivo principale dell'altro Stato.

Pertanto, l'applicazione delle CDI a prescindere dall'effettiva imposizione estera dovrebbe valere a maggior ragione allorché il riparto impositivo ivi realizzato assume caratteri di attribuzione esclusiva<sup>[20]</sup>. Ciò in assenza di esplicite clausole *subject-to-tax* ovvero di *switch-over rules* nell'ordinamento domestico, unionale<sup>[21]</sup> o pattizio che consentirebbero persino la "revivescenza" di un potere impositivo italiano *expressis verbis* escluso dalla CDI (che ritiene un determinato elemento reddituale imponibile "soltanto" nell'altro Stato). Diversamente, non si comprenderebbe neppure per quale motivo l'Italia abbia stipulato consapevolmente le CDI con Paesi i cui ordinamenti non hanno mai istituito l'imposta sui redditi<sup>[22]</sup>. In questo senso sembrerebbe muoversi Cass. civ., sez. V, ord. 21 gennaio 2020, n. 1210, che ribadisce come il riferimento all'imponibilità dei redditi nello Stato della fonte come condizione per il godimento dei benefici convenzionali rilevi solo ai fini del meccanismo del

<sup>[20]</sup> Cfr. Cass. civ., sez. V, 11 ottobre 2018, n. 25219 e cfr., a commento, PALESTINI (nota 14), nonché Cass. civ., sez. V, del 15 luglio 2016, n. 14474: *"non vi è alcun motivo né alcuno strumento logico e/o giuridico per ritenere che la previsione di una norma interna possa in qualche modo incidere sul chiaro disposto di una norma pattizia condizionandone la portata, con la conseguenza che la fattispecie deve essere regolata dalla norma convenzionale, gerarchicamente sovraordinata alla legge ordinaria interna"* (fermo restando che trattasi di un rapporto di specialità e non di sovraordinazione gerarchica).

<sup>[21]</sup> Invero, l'originaria proposta della direttiva anti-elusione (ATAD I) contemplava, all'art. 6, una *switch-over rule*, successivamente stralciata nel corso dell'adozione della stessa direttiva. Tale regola era rivolta agli utili distribuiti o alla plusvalenza da cessione di partecipazioni realizzati da un soggetto residente in uno Stato membro nello Stato terzo in cui l'aliquota nominale dell'imposta sui redditi delle società fosse inferiore al 40% di quella applicata nello stesso Stato membro interessato.

<sup>[22]</sup> Si consideri, a titolo esemplificativo la CDI con gli Emirati Arabi Uniti del 1995, resa esecutiva in Italia con l'art. 2 L. del 28 agosto 1997, n. 309, in cui tra l'altro non è presente alcuna clausola *subject to tax*; in senso favorevole al contribuente, cfr., *inter alia* nella giurisprudenza di merito, C.T.R. Lazio, sez. XI, del 28 febbraio 2018, n. 1340 e Commissione Tributaria Provinciale (C.T.P.) Udine, sez. I, del 28 dicembre 2015, n. 498. Proprio la CDI Italia-Emirati è oggetto di interpretazione in: Cass. civ., sez. V, ord. 21 gennaio 2020, n. 1210, commentata nell'immediato prosieguo del testo, che ribadisce l'applicazione (implicitamente attestandone la validità) dell'attribuzione del potere impositivo esclusivo agli stessi Emirati da parte delle previsioni convenzionali sulle funzioni pubbliche (art. 19), a prescindere dall'effettività e dalle modalità dell'imposizione locale. Non vi è un riferimento espresso alla mancata istituzione delle imposte sui redditi locali, ma può ritenersi implicito in virtù della particolarità del caso e, più probabilmente, in base al principio *iura novit curia* che potrebbe ben riguardare anche la conoscenza del diritto tributario estero (cfr. a contrario Cass. civ., sez. V, 15 giugno 2007, n. 14031). È appena il caso di evidenziare che tale sentenza di legittimità concerne lo stesso art. 19 CDI Italia-Emirati che è oggetto degli orientamenti di merito sopra riferiti.

<sup>[16]</sup> BECKETT (nota 15).

<sup>[17]</sup> Risoluzione 21 aprile 2008, n. 167/E: *"una persona deve definirsi residente nello Stato contraente se ivi è assoggettata ad imposta, nel senso di «assoggettata ad un'obbligazione fiscale illimitata, anche se lo Stato contraente non applica di fatto l'imposta», come avviene, a titolo esemplificativo, nel caso di fondi pensione, enti di beneficenza ed altri enti che possono essere esenti da imposte, in virtù della particolare natura dell'attività svolta, qualora gli stessi rispondono a tutti i requisiti previsti dalla legislazione fiscale ai fini dell'esenzione"*.

<sup>[18]</sup> Circolare n. 26/E, del 21 maggio 2009, n. 26/E, par. 2: *"la condizione di soggetto passivo della locale imposta sul reddito delle società va interpretata come assoggettabilità di carattere generale ad imposizione, soddisfatta da tutte quelle società potenzialmente soggette all'IRES (o alle corrispondenti imposte cui sono soggetti le società e gli enti non residenti), indipendentemente dalla circostanza che «godono, di fatto, di agevolazioni comunque compatibili con la normativa comunitaria"*.

<sup>[19]</sup> Cfr. ROLAND ISMER/KATHARINA RIEMER, Article 4 – Resident, in: Klaus Vogel (a cura di), Double Taxation Convention, Londra 2015, pp. 246-247.

credito di imposta; quest'ultimo, in particolare, è concesso previa inclusione del reddito estero nella base imponibile italiana, a meno che espresse disposizioni convenzionali non stabiliscano diversamente. In tale ottica, dunque, *"nella parte in cui [la CDI] stabilisce che i servizi resi ad uno stato contraente «sono imponibili soltanto in questo Stato», integra propriamente un'eccezione espressa, convenzionalmente stabilita, alla regola secondo cui i redditi conseguiti nell'altro Stato dal soggetto fiscalmente residente in Italia, sono normalmente inclusi nella base imponibile"*.

### B. I casi dei dividendi transfrontalieri

In questo senso e al netto della casistica richiamata dall'ordinanza in commento (ove viene esclusa la cumulabilità tra esenzione alla fonte e il beneficio ex art. 10, par. 4, lett. b della CDI Italia-Francia), occorre dunque soffermarsi su come la nozione di soggetto *liable to tax* sia stata occasionalmente travisata e posta al centro di orientamenti giurisprudenziali non particolarmente rigorosi.

Un utile spunto proviene dal raffronto tra la sentenza Cass. civ., sez. V, del 13 dicembre 2018, n. 32255, che ha negato l'applicabilità dell'esenzione da ritenuta ai sensi della Direttiva madre-figlia in assenza dell'effettiva tassazione del dividendo in capo al percipiente nel relativo Stato di residenza<sup>[23]</sup>, e la ben più condivisibile sentenza Cass. civ., sez. V, 31 gennaio 2020, n. 2313, che non solo conferma l'esenzione in base alla Direttiva pur beneficiando la società madre di un credito di imposta indiretto nel proprio Stato di residenza, ma mirabilmente rileva, altresì, la necessità di evitare forme di "tassazione indiretta" dei dividendi in capo alla casa madre, consistente nella *"applicazione di meccanismi che, sebbene accompagnati da esenzioni o deduzioni generate dalla volontà di tenere conto delle imposte pagate dalla società figlia nel proprio Stato, in concreto potrebbero causare in capo alla società madre un trattamento peggiore rispetto a quello che spetterebbe qualora [...] madre e figlia [...] fossero dello stesso Stato"*.

Orbene, a mente dell'art. 2, lett. a, terzo comma, società di uno Stato membro è considerata come tale ai fini della predetta Direttiva a condizione che *"sia assoggettata, senza possibilità di opzione e senza esserne esentata, a una delle imposte elencate nell'allegato I, parte B, o a qualsiasi altra imposta che venga a sostituire una delle imposte sopraindicate"*<sup>[24]</sup>. Anche in tal caso, la formulazione relativa all'"assoggettamento", pur con evidenti distinguo rispetto al caso descritto *in incipit* al presente contributo, attiene ad un requisito puramente generale e non richiede, per l'effetto, l'effettiva tassazione altrove del dividendo oggetto di possibile esenzione.

Diversamente ragionando, si perverrebbe a conclusioni

[23] Cfr. *amplius* MASSIMO ANTONINI/RAUL-ANGELO PAPOTTI, Il requisito dell'assoggettamento a imposta per l'esenzione da ritenuta sugli utili a società non residenti, in: *Corriere Tributario*, n. 4/2019, p. 376 ss.

[24] CGUE, 8 marzo 2017, *Wereldhave*, C-448/15 e cfr. PAOLO ARGINELLI, The Subject-to-Tax Requirement in the EU Parent-Subsidiary Directive (2011/96), in: *European Taxation*, 2017 (vol. 57), n. 8. Analogo confine della regola di *liability to tax* traspare dalla Direttiva interessi e royalties (Direttiva n. 2003/49/CE).

inaccettabili, sinteticamente evidenziabili come segue:

- la società percipiente, residente in uno Stato membro e formalmente avente i requisiti di cui alla direttiva madre-figlia (e previsti dall'art. 27-bis D.P.R. del 29 settembre 1973, n. 600), sarebbe assoggettato a ritenuta sulla fonte in Italia senza possibilità di beneficiare dell'esenzione;
- nel Paese di residenza, la stessa società fruirebbe di una *dividend exemption* domestica, che potrebbe conseguentemente escludere la possibilità di scomputare la ritenuta italiana attraverso il meccanismo del credito di imposta.

Tale fenomeno è stato ben cristallizzato, seppur (i) in tema di estensione convenzionale alle società francesi del credito di imposta IRES (Imposta sul reddito delle società) italiano e (ii) in una fattispecie che involgeva addirittura l'esistenza di perdite fiscali di una società francese, allorché la Corte di Cassazione ha ribadito come l'evenienza che una *"società madre non abbia pagato imposte in Francia"* può ben far conseguire la *"permanenza della doppia incidenza economica, a sua volta derivante dalla integrale applicazione della regola generale di tassazione del residente su tutti i suoi redditi, ovunque prodotti e di tassazione del non residente sui (soli) redditi prodotti nello Stato dell'imposizione"*<sup>[25]</sup>.

Infatti, allorché una società subisce la ritenuta alla fonte italiana, quest'ultima grava sui dividendi ricevuti, che a loro volta costituiscono utili assoggettati ad imposta nel proprio Stato di residenza; al contrario, ulteriori regimi di esenzione (domestici, convenzionali o unionali) attengono alle successive distribuzioni.

Il parallelo con la disciplina e la giurisprudenza relativa alla direttiva madre-figlia appare utile a rimarcare che:

- né dalle direttive né dalle CDI è automaticamente desumibile un requisito *subject to tax* relativo ai singoli elementi di reddito allorché non vi è una previsione esplicita in tal senso;
- la direttiva richiede una forma di assoggettamento "effettivo" a tassazione del soggetto in quanto tale, diversamente da quanto previsto in ambito pattizio, laddove è richiesta solo un'astratta *liability to tax*, anche in virtù degli specifici principi in tema di interpretazione convenzionale (ossia la priorità del canone obiettivo-testuale ai sensi dell'art. 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati).

Seppur ancora nell'ambito della direttiva madre figlia, l'interpretazione sin qui proposta pare finalmente trovare residenza nella recentissima sentenza Cass. civ., sez. V, 31 gennaio 2020, n. 2313, riferita a distribuzioni di dividendi verificatesi prima della riforma dell'imposta sui redditi societari del 2003 e che si spinge financo oltre *l'obiter dictum* conclusivo dell'ordinanza oggetto del presente contributo. A tal fine, oltre a ribadirsi che per la società madre è sufficiente aver subito l'imposizione nel proprio Stato di residenza (e si evidenzia ancora una volta che, mentre in ambito convenzionale tale assoggettamento

[25] Cass. civ., sez. V, ord. Del 10 novembre 2017, n. 26656. Nello stesso senso, come peraltro richiamata dalla stessa ordinanza del 2019 oggetto del presente contributo, cfr. anche Cass. civ., sez. V, del 10 ottobre 2018, n. 26377.

ad imposta può anche essere “astratto”, la direttiva equipara *quoad effectum* l'esenzione del soggetto ad una *non-liability to tax*, la Corte riprende l'arresto della giurisprudenza unionale nei casi *Brussels Securities* (CGUE, 19 dicembre 2019, C-389/18) e *Cobelfret* (CGUE, 12 febbraio 2009, C-138/07) per cui la Direttiva madre-figlia preclude anche forme di tassazione “indiretta”, come quelle derivanti dall'inclusione dei dividendi nella base imponibile della società madre, anche se seguita da esenzioni o deduzioni che tengano conto dell'imposizione subita dalla società figlia nel proprio Stato. Conclusivamente, posto che l'esenzione da ritenuta in Italia “*non elimina necessariamente il rischio di doppia imposizione economica e di violazione della neutralità fiscale*”, non è dunque possibile escludere a priori, secondo la Corte di Cassazione, la cumulabilità dell'esenzione da direttiva con il rimborso di una somma pari alla metà del credito di imposta cui avrebbe diritto una persona fisica residente Italia se avesse ricevuto gli stessi dividendi.

### IV. Riflessioni conclusive

L'ordinanza in commento del 2019 risulta essere di fondamentale importanza allorché, dando atto di “*un contrasto tra pronunce di legittimità sul punto, [...] aderisce all'orientamento per cui rileva, ai fini della doppia imposizione e della applicazione della minore imposta, la sola esistenza del potere impositivo principale [ndr. nello Stato estero], indipendentemente dall'effettivo pagamento dell'imposta in tale Paese*”.

Se tale conclusione appare pregevole da un punto di vista giuridico, occorre tuttavia rammentare l'adagio di aristoteliana memoria per cui “*una sola rondine non fa primavera, né un sol giorno: così un sol giorno o poco tempo non fanno nessuno beato e felice*”<sup>[26]</sup>. Pertanto, al fine di raggiungere proprio quella finalità di certezza del diritto sopra richiamata (*sub* II.A), occorrerebbe un intervento riepilogativo della Corte, attraverso una pronuncia a Sezioni Unite ovvero (in subordine) nella forma di *obiter dictum*, così da (affinare e) riconciliare i differenti orientamenti interpretativi, nonostante il naturale interesse inevitabilmente destato da taluni dei più recenti arresti della stessa giurisprudenza di legittimità.

L'effetto, dunque, sarebbe quello di prevenire l'abuso delle contestazioni antielusive propuginate dall'Erario (eccepite persino nel contesto di liti di rimborso originate da silenzio-diniego), ormai sempre più frequenti nell'ambito delle tematiche illustrate.

---

[26] ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, a cura di Claudio Mazzarelli, Milano 2000.