ISSN 0012-3447

Marzo - Aprile | Pubblicazione Bimestrale | Vol. LXXXI - N. 2

DIRITTO E PRATICA TRIBUTARIA

FONDATORE
ANTONIO UCKMAR

DIRETTORE
VICTOR UCKMAR
Università di Genova

DIRETTORE SCIENTIFICO
CESARE GLENDI
Università di Parma

COMITATO DI DIREZIONE

ANDREA AMATUCCI
Università Federico II di Napoli

MASSIMO BASILAVECCHIA
Università di Teramo

PIERA FILIPPI
Università di Bologna

FRANCO GALLO
Università Luiss di Roma

ANTONIO LOVISOLO
Università di Genova

CORRADO MAGNANI
Università di Genova

GIANNI MARONGIU
Università di Genova

DARIO STEVANATO
Università di Trieste

CEDAM
CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI
2010

Tariffa R.O.C.: Poste Italiane S.p.a. - Spedizione in abbonamento postale - D.L. 353/2003 (conv. in L. 27/02/2004 n. 46) art. 1, comma 1, DCB Milano

ORIGINE STORICA, SIGNIFICATO E LIMITI DI UTILIZZO DEL *PLACE OF EFFECTIVE MANAGEMENT*, QUALE CRITERIO RISOLUTIVO DEI CASI DI DOPPIA RESIDENZA DELLE PERSONE GIURIDICHE (*)

Sintesi: Il luogo di gestione effettiva è il miglior criterio, unico ed insostituibile per stabilire la residenza delle persone giuridiche a livello internazionale? Da tale quesito nasce il presente articolo, con riflessioni alla luce del substrato economico-culturale che ha dato origine a tale concetto nel Regno Unito di fine ottocento, tenuto conto dello stesso concetto di reddito, dei principi che animano la nostra Costituzione, e delle disposizioni del commentario OCSE.

L'autore ritiene che detto principio dovrebbe essere riesaminato anche alla luce delle stesse disposizioni dell'OCSE previste per dirimere le controversie sulla residenza delle perone fisiche, e che prevedono plurime *tie breaker rules*, nonché alla luce delle disposizioni di altri modelli internazionali per evitare la doppia imposizione, e dei nuovi orientamenti dell'OCSE in tema di commercio elettronico.

Una revisione di tale concetto di origine consuetudinaria sarebbe più coerente anche con la previsione del nostro legislatore sul concetto di residenza delle persone giuridiche, la quale tiene conto anche del luogo in cui è ubicato l'oggetto principale dell'attività.

SOMMARIO: 1. Il concetto di residenza fiscale tra diritto interno e diritto internazionale. – 2. Il requisito di effettività deve riguardare il «place of effective management» o «l'attività esercitata»? – 2.1. (*Segue*): ulteriori riflessioni sulla correttezza di collegare la tassazione del reddito mondiale al luogo in cui emerge la ricchezza o al luogo in cui sono prese le decisioni strategiche dell'impresa. – 3. Il criterio del place of effective management trova la propria origine nell'Inghilterra di fine ottocento, primi del novecento. – 3.1. (*Segue*): una «interpretazione forzata» del concetto di esercizio dell'attività. – 3.1.1. (*Segue*): la sentenza De Beers predilige un criterio formale di «controllo» rispetto ad un criterio sostanziale di «esercizio dell'attività». – 3.2. (*Segue*): importanza di individuare la «attività essenziale per realizzare direttamente gli scopi primari» dell'ente. – 3.3. (*Segue*): la sentenza De Beers predilige criteri comunque variabili nel tempo. – 4. La sentenza Calcutta Jute Mills Company conferma l'impostazione delle sentenze inglesi di fine ottocento. – 5. La sentenza Cesena Sulphur Company Limited. – 6. Le sentenze inglesi non si pongono il problema di stabilire quale sia il criterio di collegamento con il territorio ove i rapporti economici sono più stretti e che giustificano anche un «concorso alle spese pubbliche». – 6.1. Il criterio adottato dalle sentenze esaminate è coerente con la mentalità dell'epoca tendente a ritenere doverosa una contribuzione in uno Stato

(*) Desidero ringraziare il prof. Antonio Viotto ed il prof. Giuseppe Zizzo per i suggerimenti fornitimi nella stesura del presente lavoro.

per il mero fatto che dallo stesso riceve il capitale ed ivi si trova la mente dell'impresa. – 6.2. Può esistere una «residenza artificiale» delle persone giuridiche nel diritto tributario? – 7. Il concetto di reddito e la giustificazione dell'imposta quali «linee guida» per stabilire il luogo in cui un soggetto è residente e deve contribuire alle spese pubbliche per i redditi ovunque prodotti. – 8. Il criterio del «place of effective management» previsto dal modello OCSE prevale – in ambito internazionale – sul criterio scelto dal legislatore nazionale. Ma si avvertono le prime resistenze. – 9. Il Modello asiatico di convenzione contro le doppie imposizioni risolve le ipotesi di doppia residenza delle persone giuridiche con una disposizione più equilibrata, lasciando spazio al comune accordo tra le amministrazioni degli Stati contraenti. – 10. La Bozza di convenzione della Lega delle Nazioni del 1928 prevedeva una regola di soluzione dell'ipotesi di doppia residenza simile a quella del modello asiatico. – 11. La Bozza di revisione del Commentario OCSE del 21 aprile 2008 relativa al «place of effective management» prevede soluzioni alternative alle ipotesi di doppia imposizione. – 12. Comparazione con i criteri utilizzati per stabilire la residenza fiscale delle persone fisiche. Necessaria coerenza di criteri. – 12.1. (*Segue*): sproporzione tra le «tie breaker rules» della residenza delle persone fisiche e la (unica) «tie breaker rule» delle persone giuridiche. – 13. Utilizzabilità del «place of effective management» quale criterio residuale. – 14. Il Commentario OCSE all'art. 4 specifica l'origine del criterio di «place of effective management» e ne delimita l'applicazione. – 15. Conclusioni.

1. – *Il concetto di residenza fiscale tra diritto interno e diritto internazionale*

Il concetto di «residenza» delle persone giuridiche è problema di diritto (1), ma sembra altresì storicamente collegato a fattori di forza politica.

---

(1) Sul concetto di residenza, con riferimento alle persone giuridiche, vedi G. Maisto, *Brevi riflessioni sul concetto di residenza fiscale di società ed enti nel diritto interno e convenzionale*, *retro*, 1988, I, 1358; C. Garbarino, *La tassazione del reddito transnazionale*, Padova, 1990, 182 ss.; dello stesso A., *Manuale di tassazione internazionale*, ed. Ipsoa, 2008, 273 ss.; R. Schiavolin, *I soggetti passivi*, in AA.VV., *L'imposta sul reddito delle persone giuridiche. Imposta locale sui redditi*, in *Giurisprudenza sistematica di diritto tributario*, a cura di F. Tesauro, Torino, 1996, 99 ss.; G. Marino, *La residenza nel diritto tributario*, Padova, 1999, 8 ss.; dello stesso A., *La residenza*, in AA.VV., *Diritto tributario internazionale*, coordinato da V. Uckmar, Padova, 2005, 359 ss.; G. Melis, *La residenza fiscale delle società nell'Ires*, in *Corr. trib*., 2008, 3495 ss.; dello stesso A., *La residenza fiscale delle società nell'Ires: giurisprudenza e normativa convenzionale*, in *Corr. trib*., 2008, 3648 ss.; *Trasferimento della residenza fiscale e imposizione sui redditi*, Milano, 2009, 221 ss.

Nella dottrina straniera si veda P. Behrens, *General principles of residence of companies*, in *Residence of Companies under Tax Treaties and EC Law*, a cura di G. Maisto, Amsterdam, 2009, 3 ss.; nello stesso volume si veda J.F. Avery Jones, *Corporate residence in common law: The origins and current issues*, 121 ss.; nonché P. Pistone, *EC Law and Tax residence of Companies*, 183 ss.

Sulla residenza fiscale in ipotesi di tassazione di società di navigazione, si veda A. Manzitti, *Considerazioni in tema di residenza fiscale delle società*, in *Riv. dir. trib*., 1998, IV, 176 ss.; T. Aragno, *Brevi note in tema di residenza fiscale e stabile organizzazione di società estera di navigazione*, *retro*, 1999, II, 87 ss.

Esso, come noto, individua il territorio di attrazione del reddito mondiale dell'ente; pertanto, corretti (e teorici) criteri di retribuzione delle spese pubbliche, e di concorso solidale ai bisogni della comunità, possono entrare in contrasto con la *vis* degli Stati ed il loro *ius impositionis*.

La tensione tra opposte esigenze, già appare, *ictu oculi*, ad esempio, da un confronto tra il concetto di residenza così come indicato dal nostro legislatore all'art. 73 t.u.i.r. ed il concetto di residenza delineato nel modello di convenzione contro le doppie imposizioni redatto dall'OCSE (2).

L'art. 73 t.u.i.r. considera residente nello Stato italiano le società e gli enti che per la maggior parte del periodo d'imposta hanno:

– la sede legale o

– la sede dell'amministrazione (3) o

– *l'oggetto principale nel territorio dello Stato*.

Il nostro ordinamento guarda dunque, oltre a dati formali, quali appunto la sede legale o la sede dell'amministrazione (4), anche a dati sostanziali, quale *l'oggetto principale* dell'attività (5).

---

(2) Vedi C. Garbarino, *Convenzioni per evitare le doppie imposizioni*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, Torino, 2008, 85 ss.; dello stesso A., *Modello OCSE di convenzioni fiscali*, *ibidem*, 621 ss.

(3) Vedi, sulla sede dell'amministrazione, G. Melis (*La residenza fiscale delle società nell'Ires*, *cit.*, 2008, 3496), che correttamente pone in guardia dal pericolo di attribuire rilevanza al luogo in cui si svolgono «in ipotesi, solo formalmente, le riunioni del consiglio di amministrazione». Dello stesso Autore, *Trasferimento della residenza fiscale e imposizione sui redditi*, *cit.*, 207 ss.

(4) È condivisibile G. Zizzo (*L'Imposta sul reddito delle società*, in G. Falsitta, *Manuale di diritto tributario, parte speciale*, Padova, 2009, 260-261) quando afferma che «sostanziale è invece, almeno in apparenza, il criterio della sede dell'amministrazione...perché la facilità degli spostamenti e il progresso delle tecnologie della comunicazione, consentono di collocare detta attività (specie se circoscritta alla funzione di direzione strategica ed indirizzo generale) nel luogo giudicato più conveniente sotto il profilo fiscale, e persino di rendere del tutto evanescente il luogo dove viene esercitata (si pensi a consigli di amministrazione itineranti, o tenuti per videoconferenza)».

Si veda anche A. Fantozzi (*Il diritto tributario*, Torino, 2003, 886), il quale osserva che detto criterio «mostra tratti di anacronismo considerando che le decisioni sullo svolgimento delle attività rimesse ad organi collegiali non sono riconducibili spesso ad un luogo fisico determinato, bensì ad un incontro telematico di persone collocate in posti diversi». Negli stessi termini, G. Fransoni, *IRPEG*, in P. Russo, *Manuale di diritto tributario, parte speciale*, Milano, 2002, 140.

(5) L'art. 73, 4º comma, definisce l'oggetto principale nella *attività essenziale per realizzare direttamente gli scopi primari indicati dalla legge, dall'atto costitutivo o dallo statuto*. Vedi G. Melis, *La residenza fiscale delle società nell'Ires*, *cit.*, 3497; dello stesso A., *Trasferimento della residenza fiscale e imposizione sui redditi*, Milano, 2009, 223 ss.; P. Valente, *Residenza ed esterovestizione. Profili probatori e schema multi-test*, in *Fisco*, 2008, 3975 ss.; L. Tosi - R. Baggio (*Lineamenti di diritto tributario internazionale*, Padova, 2007, 33) definiscono l'oggetto principale come «la sede dove sono concentrati i principali interessi economici ed è svolta l'attività della società»; cfr. anche S. Covino - R. Lu-

In ambito internazionale, invece, l'art. 4 del Modello OCSE (6) – che rappresenta il modello seguito dall'Italia per la stipula delle Convenzioni – stabilisce, al 4° comma, che *qualora, in conseguenza della previsione di cui al par. 1, un soggetto diverso da una persona fisica, sia residente di entrambi gli Stati contraenti, sarà considerato residente* solo dello Stato in cui è posto il luogo di gestione effettiva (7).

Come vedremo, questo orientamento dell'OCSE deriva da una tradizione iniziata nel mondo anglosassone, con alcuni casi di fine ottocento, primi del novecento, relativi alla tassazione di società inglesi il cui oggetto principale era fuori del Regno Unito, ma gestite nel Regno Unito.

Scopo di questo lavoro è

– contestualizzare l'origine del concetto di *place of effective management*,

– esaminare, in astratto, se sia corretto collegare la residenza delle persone giuridiche al luogo in cui sono prese le decisioni strategiche dell'impresa, oppure se sia più logico e coerente con il concetto di

---

pi, *«Sede dell'amministrazione», oggetto principale e residenza fiscale delle società*, in *Dialoghi*, 2005, 927 ss., 931; R. Baggio, *Il principio di territorialità ed i limiti alla potestà tributaria*, Milano, 2009, 294 ss.

Per alcune riflessioni utili per stabilire ove si trovi l'oggetto principale dell'impresa, si veda G. Marino (*La residenza*, *cit.*, 368), il quale riporta osservazioni dell'Amministrazione finanziaria francese. Dello stesso Autore, *La residenza nel diritto tributario*, *cit.*, 136 ss.

(6) Sul modello OCSE vedi V. Uckmar - G. Corasaniti - P. de' Capitani di Vimercate, *Manuale di Diritto Tributario Internazionale*, Padova, 2009, 41 ss.; R. Baggio, *Il principio di territorialità*, *cit.*, 151 ss.

(7) Si veda, sul concetto di residenza in ambito internazionale, P. Valente, *La sede di direzione effettiva nel diritto comparato*, in *Fisco*, 2009, 4599 ss.; M. Lehner, *Commento all'art. 4 del Modello OCSE*, in *Klaus Vogel on Double Taxation Conventions*, Third Edition, 1997, 260 ss. Secondo la giurisprudenza della Suprema Corte tedesca – richiamata dall'Autore – «il luogo di gestione di un'impresa è dove sono effettivamente prese importanti decisioni gestionali». «Ciò che rileva – continua l'A. – non è dove sono eseguite le direttive gestionali, bensì il luogo da cui esse promanano».

Vedi anche J. Sasseville, *The Meaning of «Place of Effective Management»*, in *Residence of Companies under Tax Treaties and EC Law*, *cit.*, 287 ss.; K. van Raad, *Dual Residence*, in *European Taxation*, 1988, 241 ss.; S. Shalhav, *The Evolution of Art. 4(3) and Its Impact on the Place of Effective Management Tie Breaker Rule*, in *Intertax*, 2004, 460 ss.; AA.VV., *The Origins of Concepts and Expressions Used in the OECD Model and their Adoption by States*, in *Bullettin*, 2006, 220 ss., 230 ss.; G. Bizioli, *The Evolution of the Concepì of the Place of Management in Italian Case Law and Legislation: Interaction with Tax Treaties and EC Law*, in *European Taxation*, 2008, 527 ss.

Anche i Paesi Bassi hanno utilizzato il criterio del luogo di esercizio dell'attività commerciale per individuare la residenza di una persona giuridica; si veda I.J.J. Burgers, *Some Thoughts on Further Refinement of the Concept of Place of Effective Management for Tax Treaty Purposes*, in *Intertax*, 2007, 378 ss., 379.

reddito, collegare la residenza al luogo in cui si dà il maggior apporto causale alla produzione del reddito (8);

– verificare se non sia più coerente e logico – anche alla luce delle disposizioni dello stesso art. 4, Modello OCSE, sulla tassazione dei soggetti-persone fisiche – che il criterio di soluzione delle ipotesi di doppia tassazione delle persone giuridiche contempli una disciplina «a gradini» che tenga conto del luogo in cui «emerge» il reddito.

2. – *Il requisito di effettività deve riguardare il «place of effective management» o «l'attività esercitata»?*

La diversità tra l'orientamento del nostro legislatore e l'orientamento dell'OCSE è ravvisabile – si diceva – da una attenta lettura dell'art. 73 t.u.i.r. e dell'art. 4 del Modello OCSE.

Il requisito di *effettività* – che impone una ricerca del luogo di residenza in concreto – nelle due norme si riferisce a due aspetti diversi.

Nell'art. 73 t.u.i.r. – così come nell'art. 2, ultimo comma, d.p.r. n. 598 del 1973 (che conteneva la previgente disciplina della tassazione del reddito) – l'effettività si riferisce alla *attività esercitata* (9).

Nell'art. 4 del Modello OCSE, l'effettività si riferisce al luogo di gestione effettiva (*place of effective management*), concetto ben diverso dal luogo di svolgimento dell'attività.

Il luogo di gestione effettiva – si legge al par. 24 del Commentario OCSE – *è il luogo in cui sono prese* in sostanza *le decisioni importanti di gestione (key management) e quelle commerciali, necessarie per l'andamento dell'ente commerciale nel suo complesso*.

Ci troviamo dunque di fronte a concetti tra loro certo non sovrapponibili (10) e che hanno altresì ripercussioni di rilievo sotto il profilo dell'esercizio dei poteri impositivi (11).

---

(8) Il conflitto tra tali prospettive risale, in verità, già al 1929, in concomitanza dell'incontro a Ginevra del Comitato fiscale della Società delle Nazioni (dal 17 al 26 ottobre). M. Pugliese (*L'imposizione delle imprese di carattere internazionale*, Padova, 1930, 31) rammenta «il cozzo piuttosto aspro, in una delle ultime sedute, fra il delegato inglese Sir Piercy Thompson e il delegato italiano Dott. Bolaffi, a proposito della questione della "direzione effettiva" delle imprese, sostenendo Sir Piercy Thompson che lo Stato nel quale un'impresa ha la direzione effettiva (caso molto comune nei riguardi dell'Inghilterra) ha il diritto di prelevare l'imposta globale sui redditi dell'impresa, anche se prodotti all'estero, ed opponendosi giustamente il dott. Bolaffi a questa strana tesi».

(9) Si legge al 5° comma dell'art. 73 t.u.i.r. che *in mancanza dell'atto costitutivo o dello statuto nelle predette forme, l'oggetto principale dell'ente residente è determinato in base all'*attività effettivamente esercitata *nel territorio dello Stato; tale disposizione si applica in ogni caso agli enti non residenti*.

(10) In senso conforme, ci sembrano anche S. Covino - R. Lupi, *«Sede dell'amministrazione», oggetto principale e residenza fiscale delle società*, *cit.*, 927 ss., 931.

(11) Si pensi per esempio alla disciplina della c.d. «esterovestizione» (pre-

Nel nostro ordinamento, al fine di individuare la residenza di una persona giuridica, si tiene conto anche del luogo in cui l'impresa svolge effettivamente la propria attività, luogo in cui il reddito viene «prodotto»; nell'*ordinamento internazionale*, che adotta il modello OCSE, prevale la ricerca della «sede effettiva» (12), ovvero del luogo in cui si trova la *mente* dell'impresa che adotta le decisioni societarie più importanti (13).

2.1. – (Segue)*: ulteriori riflessioni sulla correttezza di collegare la tassazione del reddito mondiale al luogo in cui emerge la ricchezza o al luogo in cui sono prese le decisioni strategiche dell'impresa*

Vi sarebbe spazio per riflettere se sia più corretto un collegamento della residenza al luogo in cui emerge la ricchezza (ove si esercita l'attività economica) (14), oppure al luogo in cui sono prese le decisioni strategiche dell'impresa.

---

vista dall'art. 35, 13° comma, del d.l. 4 luglio 2006, n. 223), che introduce una presunzione di residenza in Italia di soggetti controllati, anche indirettamente, da soggetti residenti nel territorio dello Stato (lett. *a* del comma 5-*bis* dell'art. 73, d.p.r. 22 dicembre 1986, n. 917).

Sulla «esterovestizione», si veda *La presunzione di residenza fiscale delle società «esterovestite»*, a cura di E.M. Bagarotto, Padova, 2008.

Come osservato da S. Mattia e P. Valente (*Sull'esterovestizione contribuenti in difesa*, in *Il Sole 24 Ore*, 19 maggio 2008, 41), l'Amministrazione finanziaria tenderà a dimostrare il luogo della sede di direzione effettiva, mentre il contribuente, per dimostrare la residenza estera, si concentrerà sul «luogo dove è esercitata l'attività principale».

Si veda sul punto anche M. Tenore, *Italy*, in *Residence of Companies under Tax Treaties and EC Law*, *cit.*, 519 ss.

(12) Si veda G. Maisto, *Brevi riflessioni sul concetto di residenza fiscale di società ed enti nel diritto interno e convenzionale*, *cit.*, 1359.

(13) Per comprendere il «perché» del collegamento del luogo di gestione dell'impresa con il luogo in cui vengono prese le decisioni strategiche, si deve risalire alla relazione della Lega delle Nazioni del 1923. I quattro economisti che hanno scritto la relazione erano Seligman (Stati Uniti), Stamp (Regno Unito), Bruins (Paesi Bassi) ed Einaudi.

Si legge in detta relazione che «*in diversi casi* le menti reali (*real brains*) della gestione possono trovarsi distanti» dall'azienda. Nel 1925 il «Comitato degli esperti» della Lega delle Nazioni propose che il domicilio fiscale della società fosse «il luogo in cui l'ente ha il suo centro effettivo, ovvero il luogo in cui si trovano la mente gestionale ed il controllo dell'impresa». Si veda AA.VV., *The Origins of Concepts and Expressions Used in the OECD Model and their Adoption by States*, *cit.*, 233.

(14) Si veda sul punto M. Pugliese (*cit.*, 54), secondo il quale la «attribuzione in via principale dell'imposta sul reddito allo Stato nel quale esso venne prodotto, non può mutare nemmeno nella ipotesi di Stati tutti praticanti un sistema personale d'imposizione»; «l'unico fermo elemento» – continua l'A. – «atto a giustificare la attribuzione del diritto d'imposizione, non cessa d'essere offerto

E allora ci si può chiedere se nella determinazione della residenza delle persone giuridiche cui si collega la tassazione del reddito mondiale, si debba seguire il criterio della «strategia pensata» (luogo di gestione) od il criterio della «strategia realizzata» e dispiegata in concreto (luogo ove è localizzato l'oggetto principale dell'attività).

Quale dei due è più rappresentativo dell'apporto alla produzione di reddito, del collegamento con le spese pubbliche, del dovere etico di concorrere ad un interesse comune?

Prima di rispondere, constatiamo come la *tie breaker rule* del collegamento del luogo di residenza di una persona giuridica al luogo in cui essa è gestita, di fatto sia un concetto creato dalla prassi internazionale, *rectius*, da un filone di consuetudine internazionale, e riconducibile, ancor prima, ad una giurisprudenza delle Corti inglesi, interessata a ritenere residenti nel proprio Paese enti con attività commerciale chiaramente fuori del Regno Unito.

Si tratta, dunque, di una consuetudine impostasi con il tempo, ma fortemente influenzata dalla forza commerciale e politica di singoli Stati (15).

Esaminiamo ora le origini del concetto di «luogo di gestione effettiva».

3. – *Il criterio del place of effective management trova la propria origine nell'Inghilterra di fine ottocento, primi del novecento*

L'origine del collegamento della residenza al luogo di gestione viene fatto risalire ad alcune sentenze della *House of Lords* inglese di fine ottocento-primi del novecento, che stabilirono essere nel Regno Unito la residenza di tre società svolgenti attività commerciale in Sud Africa, in India ed in Italia (16).

Sentenze che affermano principi alquanto discutibili; principi che hanno poi influito sul concetto di residenza in ambito internazionale (17).

---

dalla considerazione obbiettiva della produzione del reddito».

(15) E che non ha certo ricevuto alcun avallo di un organo legislativo o di un imparziale organo giurisdizionale.

(16) Vedi G. Marino, *La residenza*, *cit.*, 363. Nella dottrina inglese si veda S. Picciotto, *International Business Taxation*, London, 1992, 5 ss.; J.F. Avery Jones, *Corporate residence in common law: The origins and current issues*, *cit.*, *passim*.

(17) Si deve osservare, tuttavia, che il concetto di residenza collegato al luogo in cui l'impresa svolge la propria attività è adottato da alcuni Paesi di *common law*. Tra questi l'Australia, la quale collega il *central management and control* a due criteri:

– primo, svolgimento in Australia dell'attività commerciale;

Di ciò la Corte inglese era ben a conoscenza (18), anche perché, all'epoca, non esistevano ancora convenzioni contro le doppie imposizioni. Di fatto, dunque, valeva la decisione di una autorità giudiziaria, ancorché non sovranazionale.

Il caso più noto è quello della società *De Beers* (19), impresa tuttora esistente ed esercente l'attività di estrazione e commercio di diamanti.

Nel 1906, la *House of Lords*, posta di fronte al problema di stabilire dove fosse residente la società:

– registrata in Sud Africa
– che svolgeva l'attività di estrazione di diamanti in Sud Africa
– che teneva la contabilità in Sud Africa
– con ufficio principale (*head office*) in Sud Africa
– con assemblee generali dei soci in Sud Africa
– con i consigli di amministrazione che si riunivano sia in Sud Africa, sia nel Regno Unito,
– avente la maggioranza degli amministratori residenti in Regno Unito (nove su sedici), decise per la residenza nel Regno Unito, dando maggior peso evidentemente al criterio del luogo da cui la società riceveva gli impulsi decisionali più importanti, dove si trovava «la prevalente mente gestionale» della società.

Per comprendere appieno la decisione, è necessario inquadrarla anche nel periodo storico in cui fu adottata. Un periodo in cui il Regno Unito era al centro dell'attività finanziaria mondiale e nel cui territorio molte società ponevano la propria sede legale ed amministrativa.

Leggiamo dunque alcuni passaggi significativi della sentenza.

In un punto, il giudice Lord Loreburn assimila società commerciale e individuo sotto il profilo dello svolgimento dell'attività commerciale: *una società non può mangiare o dormire, ma può mantenere una abitazione e svolgere attività commerciale*.

Dopo aver assimilato individuo e società sotto il profilo delle possibilità di svolgere un'attività commerciale, il giudice inglese afferma – sembrando volere accogliere il collegamento della residenza con il luogo di svolgimento dell'oggetto principale dell'impresa – che *una*

– secondo, *central management and control* in Australia.

Si veda sul punto M. Dirkis, *Australia's Residency Rules for Companies and Partnerships*, in *Bullettin*, 2003, 406.

(18) Il giudice Kelly, nella sentenza *Cesena Sulphur Company*, riferendosi anche alla sentenza *Calcutta Jute Mills*, così si esprime: «sono entrambi casi di grande importanza in quanto sollevano, credo per la prima volta, una questione assai rilevante – rilevante nel senso che coinvolge i più importanti principi che riguardano la legge inglese – e potrei dire che coinvolge la legge internazionale». Si veda anche S. Picciotto, *International Business Taxation*, *cit.*, 6.

(19) *De Beers Consolidated Mines, Limited v Howe.*

Si veda su tale sentenza G. Marino, *La residenza nel diritto tributario*, *cit.*, 152 ss.; J.F. Avery Jones, *cit.*, 139-140; P. Valente, *La sede di direzione effettiva nel diritto comparato*, *cit.*, 4606 ss.

società risiede ai fini dell'imposta sul reddito (for purpose of income tax) dove è esercitata la sua attività economica reale *(where its* real business *is carried on).*

Ma la conclusione adottata nella sentenza non è coerente con questa premessa.

Senza sviluppare l'argomento del *luogo di svolgimento dell'attività commerciale reale*, la Corte inglese di fatto *impone un'interpretazione di tale concetto*: *the real business is carried on where the central management and control actually abides* (la reale attività economica è esercitata dove la società mantiene effettivamente la gestione ed il controllo centrali).

3.1. – *(*Segue*): una «interpretazione forzata» del concetto di esercizio dell'attività*

Potremmo dire che il concetto di *place of effective management* nasce dunque da una impostazione discutibile di luogo di «esercizio dell'effettiva attività economica» (*real business carried on*).

In verità tutto nasce da una «errata interpretazione» del concetto di «esercizio di attività economica» laddove per «esercizio di attività» si intende «controllo intellettuale dell'attività economica» (20).

Esempio di tale *modus decidendi* è fornito dalla sentenza *London Bank of Mexico v Apthorpe* (1891), la quale, in un caso molto simile a *De Beers*, decise in questi termini: *è vero che parte dei profitti dell'attività commerciale che è esercitata* (*carried on*) *nel Regno Unito è ottenuta per mezzo di transazioni poste in essere* (*carried on*) *all'estero, ma ciò non significa esercitare l'attività all'estero. Significa esercitare l'attività nel Regno Unito per mezzo* (*by means*) *di alcune transazioni estere; ma dette transazioni esercitate all'estero, sono subordinate alle decisioni ed al volere degli amministratori e proprietari dell'attività, residenti a Londra* (21).

Questo primato del luogo ove sono assunte le decisioni potrebbe essere meglio utilizzato nelle limitate ipotesi in cui fosse in discussione la residenza di società *holding*, in cui l'aspetto principale della gestione sembra assorbire ogni altro aspetto dell'attività economica d'impresa (22). Non altrettanto può dirsi nel caso in cui, accanto all'attività intellettuale di gestione, sussista una rilevante attività materiale di produzione e/o servizi.

---

(20) Sul punto vedi J.F. Avery Jones, *cit.*, 155.

(21) Concordo con M. Pugliese (*cit.*, 24), il quale, esaminando i lavori degli esperti nominati per elaborare un progetto di convenzione contro le doppie imposizioni, denunciava «lo stato di incertezza della Conferenza di fronte a problemi di carattere generale, la cui soluzione avrebbe richiesto l'esistenza di comuni principi teorici di carattere parimenti generale, anziché di formule talora buone, ma sempre empiriche».

(22) Sul punto si veda R. Baggio, *Il principio di territorialità*, *cit.*, 321.

L'utilizzo del criterio della gestione effettiva in ogni ipotesi di attività imprenditoriale, ci sembra «interpretazione forzata» che contrasta altresì con il 1° comma dell'art. 4 del Modello OCSE.

Tale disposizione (che prevede le *tie breaker rules* per determinare la residenza delle persone fisiche) afferma che per essere considerato residente di uno Stato contraente è necessario essere *liable to tax* (23) *per tutti i redditi*.

Non si è considerati residenti in uno Stato qualora la persona sia *liable to tax* «solo con riguardo al reddito derivante da quel territorio *o al capitale ivi situato*» (24).

Il mero fatto che nel Regno Unito, da cui provenivano i finanziamenti, fosse il capitale della società – e sul punto non v'è alcun dubbio – non giustificava certo la tassazione sul reddito complessivo del contribuente.

La soluzione data dalla sentenza *De Beers* è ancora meno condivisibile se si considera che la scelta del luogo in cui erano prese le decisioni relative all'attività commerciale della società non teneva conto delle decisioni relative alle operazioni minerarie (*in London are the meetings where the real control is always exercised in practically all the important business of the company,* except the mining operations).

Pertanto, la decisione sulla residenza di una società che aveva per oggetto principale dell'attività l'estrazione di diamanti e la sua commercializzazione, venne assunta sulla base del luogo in cui erano prese le decisioni più importanti; ma dette decisioni non riguardavano quelle relative all'oggetto principale dell'attività: l'estrazione dei diamanti.

3.1.1. – *(*Segue*): la sentenza De Beers predilige un criterio formale di «controllo» rispetto ad un criterio sostanziale di «esercizio dell'attività»*

La lettura della sentenza *De Beers*, evidenzia, di fatto, un'interpretazione formale (e vorremmo dire «elitaria», «intellettualistica») del luogo di esercizio dell'attività d'impresa, anziché un'interpretazione sostanziale (25).

Nella ricostruzione in fatto, al punto 17 della sentenza, si legge che *la società esercita un'attività commerciale nel Regno Unito ed è tassabile in relazione ai profitti derivanti dalla vendita dei beni delle miniere*, in quanto...*i beni* prodotti dalle miniere *sono stati og-*

---

(23) È comune tradurre «liable to tax» con «responsabile d'imposta», ma l'origine della parola è formata da «*ligare*» (vincolare, obbligare) ed «*able*» (capace), dunque letteralmente è il soggetto «capace, idoneo ad essere obbligato».

(24) Si veda A. Fantozzi, *Round Table: The Issues, Conclusions and Summing-Up*, *cit.*, 929.

(25) Ciò addirittura in contrasto con la tradizione di *common law* che predilige un'interpretazione dei fatti in cui prevale la sostanza sulla forma.

getto di compravendita in base a contratti stipulati *nel Regno Unito*.

Rammentiamo che il primo aspetto (luogo di estrazione e decisioni relative alle operazioni minerarie) è stato del tutto trascurato nella individuazione del luogo in cui sono prese le decisioni relative all'attività economica della società.

Nella motivazione si legge ancora che *Londra ha sempre* controllato *le negoziazioni dei contratti con gli acquirenti* [commercianti di diamanti], *ha* stabilito la politica *da seguire nell'alienazione dei diamanti ed altri beni immobili, nel lavoro e nello sviluppo delle miniere, nella nomina degli amministratori*.

Nella decisione sulla residenza della società De Beers, dunque, i giudici hanno dato peso esclusivamente al luogo in cui avviene la contrattazione, al luogo da cui promanano le «decisioni politiche», anziché al luogo in cui viene estratto il «bene-fonte primaria e principale del reddito», che poi sarà commercializzato.

Ciò, ancorché ai giudici fosse ben chiaro quale fosse il luogo, l'*unico luogo*, di origine della ricchezza (26).

Di fatto, dunque, viene data prevalenza all'attività di negoziazione rispetto all'attività di estrazione dei beni oggetto dell'impresa, al luogo in cui viene «monetizzata» rispetto al luogo in cui viene prodotta la ricchezza (poi commercializzata) (27).

Ciò senza tuttavia porsi il problema di quale sia l'oggetto principale dell'attività d'impresa (28), quale sia il luogo in cui lo svolgimento dell'attività commerciale è prevalente.

L'attività della società De Beers era (ed è) di «estrazione» o di «commercio» di diamanti? (29)

E nel caso di esistenza di entrambe le attività, qual è l'attività principale, quella che determina una maggior partecipazione alla vita economico-sociale del Paese?

Se si fosse adottato nella sentenza in esame il criterio previsto dal nostro legislatore all'art. 73, 4° comma, t.u.i.r., il quale statuisce che *per oggetto principale si intende l'attività essenziale per realizzare direttamente gli scopi primari indicati dalla legge, dall'atto costitutivo o dallo statuto*, la soluzione, riteniamo, sarebbe stata diversa (30).

---

(26) Si legge nella sentenza che *gli utili derivavano dall'estrazione dei diamanti in Sud Africa* (*the profits have been made out of diamonds raised in South Africa*).

(27) Sempre Lord James of Hereford osserva che «sebbene i diamanti venduti provenivano da Kimberley (Sud Africa), gli utili erano realizzati nel Regno Unito».

(28) Tale conclusione sembra avvalorata dalle osservazioni di Lord James of Hereford nella sentenza De Beers: «sembra chiaro che il *business* dei *commercianti di diamanti* (*diamond merchants*) era svolto dalla società De Beers nel Regno Unito».

(29) Come indicato nella nota precedente, i giudici inglesi hanno ritenuto si trattasse di attività di commercio.

(30) Si veda sul punto S. Picciotto, *International Business Taxation*, *cit.*, 9, in nota.

3.2. – (Segue): *importanza di individuare la «attività essenziale per realizzare direttamente gli scopi primari» dell'ente*

Nella sentenza *De Beers*, i giudici non si sono posti il problema di quale fosse l'attività essenziale per realizzare direttamente gli scopi primari indicati dall'atto costitutivo o dallo statuto.

Implicitamente – come sopra visto – hanno ritenuto che «l'attività essenziale» fosse la «negoziazione» dei diamanti.

Se per un verso è fondamentale chiedersi quale sia l'«attività essenziale» (31) (evidentemente quella qualitativamente più pregnante), per altro verso detta decisione dipende dalla corretta interpretazione dei fatti, la quale, a sua volta, può dipendere dalla «scelta politica» (politica del diritto) del giudice.

Dalla lettura della sentenza emerge chiaramente come scopo dell'attività della società De Beers non fosse certo, solo ed unicamente, la commercializzazione dei diamanti, bensì – ed in primo luogo – l'estrazione dei minerali. Senza la «estrazione» dei minerali in Sud Africa, anzi, non sarebbe esistita la «commercializzazione».

Un esempio di come possa cambiare la decisione di una controversia secondo la diversa valutazione (e ponderazione) dei fatti, viene offerto dalla sentenza inglese *Firestone Tyre & Robber v. Llewelin (I.T.)* (1957), la quale ha esaminato l'ipotesi di una società controllante, non residente nel Regno Unito, che stipulava i contratti relativi a pneumatici prodotti presso la controllata inglese. La controllante venne ritenuta svolgere l'attività d'impresa nel Regno Unito tramite la propria controllata. Si ritenne infatti – in modo antitetico rispetto alla sentenza *De Beers* – che l'attività essenziale non fosse il luogo di conclusione dei contratti, bensì il luogo ove la controllata teneva i rapporti con i clienti stranieri (che era nel Regno Unito).

3.3. – (Segue): *la sentenza De Beers predilige criteri comunque variabili nel tempo*

La scelta di prediligere il criterio del luogo di riunione della maggioranza dei consigli di amministrazione (32), nonché del luogo in cui

---

(31) A. Fantozzi (*Il diritto tributario*, *cit.*, 885) individua detta «attività essenziale» in un «nesso strumentale» tra le attività e le finalità perseguite in linea generale ed istituzionale dall'organizzazione collettiva secondo la tipica relazione «mezzo a scopo».

Il concetto di «attività essenziale» può peraltro prestarsi a interpretazioni ampiamente soggettive, fonte di incertezze applicative.

Ci si chiede inoltre se «attività essenziale» (*ex* art. 73, 4° comma, t.u.i.r.) coincida con l'attività maggiormente collegata (in senso attivo e passivo) con le spese pubbliche, secondo il modello (la cornice) dell'art. 53 Cost.

(32) Ricordiamo che la gestione londinese *non* riguardava comunque le de-

risiedeva la maggioranza degli amministratori, rispetto al luogo in cui emerge la ricchezza prodotta, è discutibile (33) anche per un'altra ragione.

Trattasi, infatti, di criteri soggetti a facili variazioni (34).

Il luogo di riunione dei consigli di amministrazione della società può mutare di anno in anno e all'interno di un medesimo periodo d'imposta.

Il difensore della società (Mr Danckwerts), nella sentenza *De Beers*, affermò che *il fatto che la maggioranza degli amministratori risieda nel Regno Unito è casuale, e l'attività commerciale non è in realtà posta in essere nel Regno Unito*.

Ugualmente il criterio del *controllo sulla negoziazione dei contratti* (35) è soggetto a facili variazioni.

Osservò, a tal proposito, un secondo difensore della società (Mr Cohen) – richiamando altra giurisprudenza (36) – che «le operazioni relative ai diamanti sono in Africa ed il fatto che i contratti per la vendita sono stipulati a Londra, non significa un'attività commerciale *nel* Regno Unito, bensì solamente un'attività commerciale *con* il Regno Unito» (37).

I difensori della società rilevarono altresì che negli anni oggetto di decisione vi furono solo due contratti conclusi nel Regno Unito (in aprile 1900 e dicembre 1901). *One contract a year* – concludevano i difensori – *does not make a business*.

4. – *La sentenza Calcutta Jute Mills Company conferma l'impostazione delle sentenze inglesi di fine ottocento*

Anche un'altra sentenza (la *Calcutta Jute Mills Company* del 1876) (38) di poco precedente la *De Beers*, relativa ad una società

---

cisioni sull'attività (essenziale) mineraria: *the Directors' Meetings in London are the meetings where the real control is always exercised in practically all the important business of the Company,* except the mining operations.

(33) Ci rammenta S. Picciotto (*International Business Taxation*, *cit.*, 8) che il «test del *central management and control* elaborato dalle corti inglesi non è mai stato definito con legge».

(34) Sul punto richiamiamo G. Zizzo, *L'Imposta sul reddito delle società*, in G. Falsitta, *Manuale di diritto tributario, parte speciale*, *cit.*, 21; A. Fantozzi, *Il diritto tributario*, Torino, 2003, 886.

(35) Contratti che venivano stipulati a Londra: *London has always controlled the negotiation of the contracts*.

(36) *Grainger v. Gough.*

(37) Vi furono dunque argomenti a favore dello svolgimento dell'attività economica in Sud Africa; tuttavia il giudice Lord Loreburn non replica a tutte le osservazioni di Mr Cohen, bensì solo ad una di esse: la registrazione della società in Sud Africa.

(38) Sentenza *Calcutta Jute Mills Company, Limited v. Henry Nicholson* del 2 febbraio 1876.

operante in India, ha dato prevalenza al criterio del luogo di gestione della società (39).

La società di cui trattasi esercitava la produzione ed il commercio di juta (40). Si legge nella sentenza (al punto 14) che *l'unico luogo di produzione, così come di vendita, è Ishera, Calcutta. La società non compra, non produce, non vende nel Regno Unito. Tutto il materiale grezzo è acquistato in India, lavorato e venduto in India, dove altresì emergono tutti i profitti*.

I giudici inglesi hanno ritenuto fiscalmente residente la società nel Regno Unito, in quanto ivi registrata ed in quanto ivi gli amministratori si riunivano, gestivano e controllavano le operazioni più importanti della società (41).

I giudici inglesi hanno, dunque, dato prevalenza esclusivamente a criteri formali e immateriali, quali la registrazione ed il luogo da cui provengono gli impulsi decisionali.

In particolare sono stati considerati i seguenti elementi (42):

1. *le prime origini e l'esistenza della società* sono nel Regno Unito;
2. l'organo gestionale (*the governing body*) è nel Regno Unito;
3. gli amministratori – che si riuniscono nel Regno Unito – hanno il potere di nominare agenti residenti in India; e questi agenti hanno il potere di compiere atti solo grazie all'autorità loro conferita dal *governing body* inglese.

«Non v'è dubbio che grande importanza è stata attribuita, e per la gran parte giustamente attribuita, al fatto che l'intero esercizio dell'attività era in India; tuttavia l'esercizio dell'attività, la lavorazione della Juta, la creazione di fondi e, ancora, la immediata e finale disposizione degli stessi, ancorché effettuate in India, sono totalmente ed esclusivamente sotto l'*autorità* del *governing body* in questo Paese» (43).

In altre parole: la residenza della persona giuridica è collegata all'organo *che controlla* l'attività piuttosto che *all'attività* stessa; a *chi gestisce*, piuttosto che *all'attività esercitata* e alla più pregnante fonte di reddito.

Osserviamo che anche in questo caso, come nel caso *De Beers*, la decisione è dipesa da una scelta di politica del diritto che predilige elementi di tipo immateriale-intellettuale: il luogo da cui proviene

---

(39) Vedi J.F. Avery Jones, *cit.*, 130.

(40) La juta è una fibra tessile la cui produzione mondiale attualmente avviene per l'85% in India.

(41) Nelle motivazioni della sentenza *Cesena Sulphur Company* si trovano ulteriori osservazioni sulla sentenza *Calcutta Jute Mills*: «l'effettivo commercio della società – si legge nella sentenza *Cesena Sulphur Company* – è negoziato in India» (*the actual business of the Company, is actually transacted in India, and not in England*).

(42) Come si desume dalla lettura della sentenza *Cesena Sulphur Company*.

(43) Così si esprime il giudice Kelly nella sentenza *Cesena Sulphur Company* a proposito della decisione *Calcutta Jute Mills*.

l'autorità, per così dire, la fonte della «catena di comando». Restano, tuttavia, forti dubbi sul criterio prescelto: al fine di giustificare lo *ius impositionis* si deve guardare al luogo ove è allocata la fonte gerarchica del potere nell'impresa, o piuttosto al luogo di produzione del reddito? Debbono prevalere elementi «autoritativamente rilevanti» o elementi «redditualmente rilevanti»?

5. – *La sentenza Cesena Sulphur Company Limited*

Una terza sentenza, coeva alla sentenza *Calcutta Jute Mills*, riguarda una società esercente l'attività in Italia (44).

Detta società esercitava l'attività di estrazione e di lavorazione dello zolfo dalle miniere nei pressi di Cesena (45).

La questione di diritto posta alla Corte inglese era se nel Regno Unito dovessero essere tassati solo gli utili distribuiti ai soci residenti nel Regno Unito, oppure tutto il reddito, compreso quello prodotto in Italia.

La soluzione era ancora una volta collegata alla residenza o meno della società nel Regno Unito.

La decisione della Corte inglese fu per la residenza nel Regno Unito, anche se gli unici collegamenti con esso erano il luogo di registrazione della società e il luogo in cui di solito si tenevano le riunioni degli amministratori (46).

Inoltre, dalla lettura della sentenza risulta altresì che *le principali operazioni della società erano dirette e controllate dai membri italiani del consiglio di amministrazione*.

Di fatto sembra, dunque, che la residenza sia stata ricondotta alla mera registrazione (dato formale) nel territorio inglese ed al fatto che ivi si tenevano usualmente le riunioni del consiglio di amministrazione (elemento volitivo-intellettualistico, non certo elemento materiale e reale, di forte impatto sulle «spese pubbliche»).

L'attribuzione della residenza nel Regno Unito è ancor più sorprendente se si pensa che la stessa registrazione della società, inizialmente nel territorio inglese, venne poi trasferita in Italia (47).

---

(44) *Cesena Sulphur Company, Limited v. Nicholson* del 2 febbraio 1876.

(45) Non è un caso che il Regno Unito fosse particolarmente interessato allo zolfo, se si pensa che da esso si traeva l'acido solforico che veniva utilizzato per la fabbricazione di esplosivi e per la produzione di concimi.

(46) La sentenza afferma chiaramente che non tutte le riunioni del consiglio di amministrazione erano nel Regno Unito, bensì che ivi *the directors' meetings are* generally *held*.

(47) *It was originally incorporated within the United Kingdom, though subsequently registered in Italy as an Italian Company*.

6. – *Le sentenze inglesi non si pongono il problema di stabilire quale sia il criterio di collegamento con il territorio ove i rapporti economici sono più stretti e che giustificano anche un «concorso alle spese pubbliche»*

È palese dalla lettura delle sentenze inglesi che il giudice non si pone il problema della necessità che la residenza sia collegata a criteri di prevalente connessione economica con il territorio (48).

Grande rilevanza – se non esclusiva – è attribuita a criteri formali quale la registrazione, o a criteri di stampo gerarchico, quali il luogo di riunione degli amministratori, il luogo da cui provengono gli impulsi gestionali e direttivi.

Criteri, dunque, che si accontentano di un qualche collegamento, ancorché assai labile, con il territorio.

Nessuna valutazione è compiuta sul «concorso alle spese pubbliche» di un Paese giustificato dallo stretto collegamento economico-produttivo (49), o dai doveri conseguenti all'appartenenza ad una comunità (50).

---

(48) Attenta dottrina inglese (S. Picciotto, *International Business Taxation*, *cit.*, 9) ha osservato che «vi era incertezza su una estensione della tassazione anche alle ipotesi in cui i redditi d'impresa erano *in toto* prodotti fuori del Regno Unito».

(49) Già M. Pugliese (*cit.*, 36 ss.) aveva esaminato questo aspetto. Afferma l'A. (41-42) che «se si determina, infatti, la causa dell'imposta massimamente nei vantaggi e benefici che il contribuente si procura partecipando alla vita economica collettiva, è chiaro che deve essere il principio dell'appartenenza economica quello di maggior peso nell'attribuire a uno o più Stati il diritto all'imposizione».

Si veda sul punto P. Boria, *Il sistema tributario*, Torino, 2008, 196 ss. Osserva correttamente l'A. che «soltanto l'appartenenza stabile al ciclo vitale di una comunità nazionale quale risulta espresso dalla residenza è considerato un indice affidabile del grado di coesione etica, politica e sociale rispetto alla comunità medesima».

«È infatti il residente – prosegue l'A. – che ritrae i vantaggi propri dell'appartenenza alla comunità in termini di servizi pubblici individuali e di benefici generali offerti dal sistema economico e sociale».

Si veda altresì R. Cordeiro Guerra, *I limiti territoriali alla definizione dei presupposti imponibili sul piano del diritto interno (art. 53 Costituzione)*, in L. Carpentieri - R. Lupi - D. Stevanato, *Il diritto tributario nei rapporti internazionali*, Milano, 2003, 104 ss.

(50) A. Fantozzi (*Round Table: The Issues, Conclusions and Summing-Up*, *cit.*, 931) afferma che «questo è un principio che regge la maggior parte delle Costituzioni e, prima di quelle, l'esistenza di una comunità».

Lo stesso Ezio Vanoni (*Natura ed interpretazione delle leggi tributarie*, in *Opere giuridiche*, I, Milano, 1961, 107), richiamato anche da G. Falsitta (*Storia veridica, in base ai «lavori preparatori», della inclusione del principio di capacità contributiva nella Costituzione*, in *Riv. dir. trib.*, 2009, I, 97 ss., 125) osserva che *lo Stato esplica un'attività diretta al raggiungimento dei propri fini, i quali sono fini di interesse generale, la cui realizzazione si risolve in un utile della collettività. A carico di tutti coloro che appartengono a quel gruppo, e quindi hanno interesse all'attività statale, nasce un dovere morale, prima ancora che giuridico, di concorrere a far fronte ai carichi pubblici*.

6.1. – *Il criterio adottato dalle sentenze esaminate è coerente con la mentalità dell'epoca tendente a ritenere doverosa una contribuzione in uno Stato per il mero fatto che dallo stesso riceve il capitale ed ivi si trova la mente dell'impresa*

Abbiamo sino ad ora esaminato la *ratio* delle decisioni prese dai giudici inglesi, sentenze che mirano ad individuare il luogo da cui promana l'autorità decisionale, il controllo degli amministratori (51).

Si tratta di criteri coerenti con la mentalità dell'epoca: il Regno Unito era il centro della finanza mondiale, ogni società multinazionale era registrata a Londra, dove poteva contare sui finanziamenti bancari, e gli amministratori delle società erano ivi residenti. *Ergo*, il centro decisionale era Londra.

Dal punto di vista civilistico, si può concordare sulla residenza inglese di una società siffatta, ma non certo dal punto di vista del diritto tributario, *ove rileva piuttosto il luogo di prevalente apporto alla produzione del reddito ed alle spese pubbliche* (52).

È più evidente il rapporto con le spese pubbliche nello svolgimento di consigli di amministrazione, o nel complesso svolgimento dell'attività economia (53)?

Si veda anche V. Uckmar, *La tassazione degli stranieri in Italia*, Padova, 1955, 21 ss., nonché, da ultimo, R. Baggio, *Il principio di territorialità*, *cit.*, 223 ss., 229.

Vedasi, sul punto, nella dottrina tedesca, G. Schanz, *Frage der Steuerpflicht*, *Finanzarchiv*, vol. 9, n. II, 365; nella dottrina anglosassone, cfr. P.A. Harris, *Corporate/Shareholder Income Taxation*, *IBFD Publication*, 1996, 1 ss.

(51) Sul punto è chiaro J.F. Avery Jones (*cit.*, 122) il quale osserva che «all'epoca il Regno Unito, a causa della rivoluzione industriale ivi antecedente, era un buon luogo in cui raccogliere capitali. Se qualcuno voleva raccogliere capitali, amministratori con buona fama (preferibilmente con un titolo) erano senz'altro essenziali. Tale elemento faceva sì che vi fossero società registrate nel Regno Unito svolgenti tutta l'attività all'estero e con amministratori inglesi».

(52) Emblematico, sul punto, un passaggio della sentenza *Cesena Suphur*, ove si legge che «non v'è dubbio che l'aspetto della lavorazione era svolto in Italia...tuttavia l'aspetto amministrativo sarebbe stato svolto nel luogo da cui provenivano gli ordini, dove gli agenti erano nominati, dove i loro poteri erano accordati e revocati, da dove provenivano e ritornavano i capitali, e dove i dividendi venivano dichiarati ed erano distribuibili».

(53) Si occupa dell'origine della prevalenza di criteri formali rispetto a criteri sostanziali, M. Pugliese, *cit.*, 22 ss. Osserva l'A. – esaminando i progetti degli esperti per la creazione di convenzioni contro la doppia imposizione – che «uno degli elementi che ha influito in misura non trascurabile sulla formulazione dei progetti degli esperti è stato – a prescindere dalle considerazioni di natura scientifica ed equitativa talora errate – l'interesse di una categoria di Stati a far prevalere il principio dell'imposizione al domicilio del contribuente, come quello che permette allo Stato dove risiede il capitalista, di tassare il reddito proveniente da attività economiche esercitate all'estero, a scapito degli Stati dove è posta la sorgente del reddito stesso».

6.2. – *Può esistere una «residenza artificiale» delle persone giuridiche nel diritto tributario?*

Alla luce delle sentenze sopra esaminate, che stabiliscono la residenza sulla base di criteri più qualitativi che (economicamente) sostanziali, come il luogo di gestione, od il luogo da cui promana l'autorità, ci si deve chiedere che tipo di residenza le decisioni inglesi abbiano inteso individuare.

La risposta sembra suggerita da alcune frasi del giudice Huddleston nella sentenza *Cesena Sulphur Company* (54).

Questi dapprima afferma che «la residenza di *an artificial person*, come una impresa commerciale, dev'essere presunta nel luogo in cui esercita l'attività, dove realmente è posto in essere il commercio». Huddleston richiama poi le parole di un altro giudice, Mr. Matthews, il quale ha dichiarato che «quando si parla di residenza di società, non si deve avere riguardo ad una residenza artificiale». Ma subito dopo Huddleston, dissentendo da Mr Matthews, precisa: «il luogo di esercizio dell'attività è il *tipo* di residenza artificiale che si intende dare a questa persona artificiale, per considerare residente ai fini delle leggi inglesi detta persona». Il giudice Huddleston ha poi concluso per la residenza nel Regno Unito dando prevalenza all'esame (astratto) dell'oggetto sociale desunto dallo Statuto della società (che prevedeva attività di estrazione dello zolfo ovunque possibile), ed al luogo in cui si riuniva il consiglio di amministrazione.

Per i giudici inglesi, dunque, sembrerebbe che si potesse parlare di una «persona artificiale» cui corrispondeva una «residenza artificiale».

Oltre ad una residenza collegata al luogo di esercizio effettivo dell'attività d'impresa (che chiamiamo «residenza effettiva») sarebbe possibile individuare anche una residenza convenzionale, o «residenza artificiale», evidentemente strumentale ad un fine (l'attrazione del reddito mondiale).

Ciò naturalmente può avere un senso da un punto di vista civilistico, ma se si deve stabilire «chi» debba pagare «cosa» ad uno Stato che compie «spese pubbliche», non si può prescindere dall'impatto dell'attività economica sulle stesse e, reciprocamente, dall'impatto delle stesse sull'attività economica.

7. – *Il concetto di reddito e la giustificazione dell'imposta quali «linee guida» per stabilire il luogo in cui un soggetto è residente e deve contribuire alle spese pubbliche per i redditi ovunque prodotti*

Una volta esaminate le sentenze di fine ottocento – primi del novecento che hanno collegato la residenza al luogo di gestione effettiva,

(54) Vedi sul punto anche J.F. Avery Jones, *cit.*, 130-131, 135.

svolgo alcune riflessioni sul criterio che, a mio parere, dovrebbe guidare l'individuazione della residenza delle persone giuridiche ai fini dello *ius impositionis*.

Per tali enti, la corretta definizione di residenza (ai fini dell'imposta sul reddito da esse dovuta) dovrebbe essere coerente con il concetto di reddito adottato.

È noto che nel nostro ordinamento il legislatore non fornisce una definizione di reddito (55). È la dottrina che si è occupata nel tempo di stabilire cosa si intenda per reddito. Il legislatore precisa, all'art. 6 t.u.i.r., che il reddito è suddiviso in diverse categorie (a loro volta individuate in base alla fonte produttiva).

Ai nostri fini rileva il concetto di reddito d'impresa e dunque il collegamento col territorio dovrebbe guardare al *luogo ove è prevalentemente svolta l'attività dell'impresa* (56).

E ancora, il riferimento al luogo di svolgimento dell'attività, ben si armonizza con la finalità dell'imposta che è quella di *concorrere alle spese pubbliche*.

L'imposta remunera le spese pubbliche e, per converso, le spese pubbliche sono naturalmente, sul piano economico, remunerate dall'imposta.

Per stabilire quali siano i criteri di collegamento del reddito con un determinato soggetto, si guarda appunto al *collegamento con il territorio* di un determinato Stato, collegamento che giustifica la manifestazione della sovranità statale e la contribuzione del soggetto alle spese pubbliche (57).

La Relazione ministeriale allo schema del d.p.r. 29 settembre 1973, n. 598, ha affermato che la residenza deve avere riguardo a *dati obiettivi di collegamento con il territorio* (58).

E tale dato obiettivo mi sembra correttamente individuato in uno stretto legame di carattere economico con il soggetto (59).

---

(55) Vedi per tutti (e da ultimo), P. Boria, *Il sistema tributario*, Torino, 2008, 141 ss.

(56) Si veda sul punto P. Boria, *Il sistema tributario*, *cit.*, 279 ss. L'A. osserva (279) che «il reddito di impresa costituisce una tipica forma di reddito da attività in quanto il criterio di classificazione della fonte produttiva è agevolmente individuabile nello svolgimento di una attività».

(57) Cfr. A. Manganelli, *Territorialità dell'imposta*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, Torino, 1998, 366 ss.

(58) Relazione richiamata da G. Maisto, *Brevi riflessioni sul concetto di residenza fiscale di società ed enti nel diritto interno e convenzionale*, *cit.*, 1358 ss.

(59) Il «collegamento economico», quale *ratio* giustificativa della tassazione di *redditi prodotti nel territorio dello Stato*, trova conferma nelle scelte del nostro legislatore di tassare i non residenti solo per l'attività *esercitata* nel nostro territorio. L'art. 23 t.u.i.r. prevede, infatti, al 1° comma, lett. *c*) che si considerano prodotti nel territorio dello Stato *i redditi di lavoro dipendente* prestato nel territorio dello Stato...*;* d*) i redditi di lavoro autonomo derivanti da* attività esercitate nel

Questo collegamento stretto è dato sia da un elemento temporale («*legame durevole*») (60), sia da un elemento materiale (l'attività svolta).

Tali nessi giustificano dunque il «concorso alle spese pubbliche» e l'attribuzione dello *ius impositionis* (sul reddito mondiale) allo Stato ove più pregnanti sono i legami economico-sociali (61).

Ed è proprio questo maggior legame, sia temporale, sia economico, che giustifica la differente tassazione di residenti e non residenti (62).

---

territorio dello Stato*;* e*) i redditi d'impresa derivanti da* attività esercitate nel territorio dello Stato *mediante stabili organizzazioni;* f*) i redditi diversi derivanti da* attività svolte nel territorio dello Stato *e da beni che si trovano nel territorio stesso...*

S. Covino - R. Lupi (*«Sede dell'amministrazione», oggetto principale e residenza fiscale delle società*, *cit.*, 932) correttamente sostengono che «malgrado il *focus* del diritto convenzionale sia da molti anni puntato sull'organo direttivo (e sul luogo in cui esso si riunisce per decidere effettivamente la politica aziendale), sarebbe forse sensato partire dall'*oggetto principale* nella determinazione della residenza fiscale di società».

Si veda anche G. Fransoni, *La territorialità nel diritto tributario*, *cit.*, 369 ss.

(60) Sul punto si veda F. Moschetti, *Il principio della capacità contributiva*, Padova, 1973, 215.

Osserva l'Autore che «il dovere di concorre alle spese pubbliche è un dovere di solidarietà (primariamente) economica. È quindi richiesto un legame durevole di carattere economico, come, ad esempio, il possesso di beni nel territorio, l'esercizio di attività prolungata, la permanenza».

P. Boria (*Il sistema tributario*, *cit.*, 196), afferma che soltanto «*l'appartenenza stabile al ciclo vitale di una comunità nazionale quale risulta espresso dalla residenza* è considerato un indice affidabile del grado di *coesione etica*, politica e sociale rispetto alla comunità medesima». Si veda altresì A. Fedele, *Appunti dalle lezioni di diritto tributario*, Torino, 2005, 182; P. Adonnino, *La tassazione del reddito mondiale*, relazione tenuta al convegno di Padova del 5-6 maggio 1997, pubblicata in *Besteuerung von Einkommen*, a cura di K. Tipke - N. Bozza, Berlin, 2000, 271 ss.; per ulteriori riferimenti dottrinari, cfr. anche G. Fransoni, *La territorialità nel diritto tributario*, Milano, 2004, 189; 222 ss.

(61) Rileva P. Boria (*Il sistema tributario*, *cit.*, 196) che è il residente «che ritrae i vantaggi propri dall'appartenenza alla comunità in termini di servizi pubblici individuali e di benefici generali offerti dal sistema economico e sociale».

Giustamente osserva G. Fransoni (*La territorialità nel diritto tributario*, *cit.*, 271) che «non esiste un unico livello o grado di appartenenza esclusivamente individuato dalla stabile relazione con il territorio, ben potendo esservi forme diversificate e variamente graduate».

(62) «La spiegazione dell'applicazione del principio dell'universalità dell'imposta, nel caso dei residenti – rileva G. Fransoni, *La territorialità nel diritto tributario*, *cit.*, 298 – e dell'imposizione su base territoriale, nel caso dei non residenti, potrebbe essere individuata nella maggiore intensità del vincolo dei primi rispetto ai secondi anziché nella diversa giustificazione del prelievo, ossia in base alla titolarità del dovere tributario, per i primi, e del principio del beneficio, per i

Dottrina risalente, ma tutt'altro che superata – confrontando il dovere di servire la patria ed il dovere di contribuire alle spese pubbliche – ha affermato che *il tributo...è legato al grado di effettiva partecipazione alla vita dello Stato. La reazione del cittadino che, vivendo all'estero, partecipi in modo attenuato alla vita dello Stato, contro un tributo, pari a quello del cittadino residente, che la madre Patria si facesse a pretendere, riposa chiaramente sulla mancanza di giustificazione della pretesa dello Stato* (63).

Il collegamento tra l'imposta e le spese pubbliche richiede, dunque, che sia privilegiato il territorio in cui *maggiormente* l'attività economica ha creato spese pubbliche e, per converso, il soggetto ha beneficiato di tali spese (64).

Non c'è contrasto tra criterio del beneficio e criterio di solidarietà, ma c'è piuttosto un rapporto per così dire evolutivo dal primo al secondo: proprio il comune godimento delle spese pubbliche (o, se si vuole, la comune produzione di spese pubbliche) deve poi creare vincoli di solidarietà a favore del territorio che è «teatro» di quelle spese.

Sembra essere questa anche la filosofia dell'art. 53 Cost., che non a caso collega *concorso* a *spese pubbliche* (il che fa pensare al principio del beneficio), ma poi non si ferma qui: le «spese pubbliche», il beneficio da esse derivante, sono la cornice esterna necessaria, la causa o fonte prima, che fa sorgere il dovere di solidarietà (di cui è indice il concetto di «capacità contributiva»).

Tornando all'origine del nostro discorso, ritengo che il concorso alle spese pubbliche sia meglio giustificato da un esercizio dell'attività economica sostanziale e durevole in un determinato Paese, piuttosto che dalla mera gestione organizzativa, o dal mero controllo dell'attività.

Il primo indica biunivoca connessione con le spese pubbliche (sia nel senso che le provoca, sia nel senso che se ne giova) e giustifica il concorso doveroso e solidale alle stesse in relazione ai redditi ovunque prodotti dall'impresa; il secondo – salvo alcune eccezioni – è più etereo, meno incarnato in rapporti socio-economici, meno in rapporto di

---

secondi». Si veda anche C. Sacchetto, *L'evoluzione del principio di territorialità e la crisi della tassazione del reddito mondiale nel paese di residenza*, in *Riv. dir. trib. int*., 2001, 53 ss.

(63) E. Vanoni, *Natura del diritto d'imposizione. Il tributo come emanazione della sovranità o della supremazia dello Stato. La causa del tributo*, in *Opere giuridiche*, *cit.*, 85.

Si veda da ultimo anche lo scritto di G. Falsitta, *Storia veridica*, *cit.*, 123, che sottolinea l'inclusione del principio della capacità contributiva «al centro dei rapporti politici», tra i doveri di servire la patria e di fedeltà alla Repubblica.

(64) Se per esempio, come nel caso che abbiamo esaminato, l'attività di estrazione dei diamanti si trova in Sud Africa, e nel Regno Unito sono stipulati solo i contratti di compravendita degli stessi, a noi sembra che il collegamento con le spese pubbliche sia prevalentemente in Sud Africa.

causa-effetto con spese pubbliche, e quindi non è certo pari indice di *ius impositionis* (e di dovere contributivo).

8. – *Il criterio del «place of effective management» previsto dal modello OCSE prevale – in ambito internazionale – sul criterio scelto dal legislatore nazionale. Ma si avvertono le prime resistenze*

A livello internazionale, dunque, il criterio del *place of effective management*, che ha «colonizzato» le convenzioni contro le doppie imposizioni adottate dall'Italia e da gran parte degli altri Paesi, prevale di fatto sul criterio concorrente dell'«oggetto principale dell'attività», proprio dell'art. 73 t.u.i.r.

È opportuno evidenziare che l'Italia ha svolto Osservazioni all'art. 4, 3° comma, del modello OCSE. Si legge infatti al par. 25 del Commentario OCSE che – al fine di stabilire il *place of effective management – l'Italia ritiene che dev'essere preso in considerazione anche il luogo in cui è esercitata l'*attività principale *e* sostanziale *dell'ente* (65).

La stessa posizione dell'Italia è stata assunta dall'India (66).

Sembra, dunque, che non vi sia pieno consenso sull'utilizzo del criterio del *place of effective management* tra i diversi Stati (ancorché membri dell'OCSE).

Corretto dunque, a mio parere, che sia consentito trovare soluzioni alternative e più consone alla reale situazione economica internazionale della società, sì da collegare la residenza al luogo in cui i legami economici sono più stretti.

Un embrione di tale soluzione alternativa sembrerebbe trovarsi nella Convenzione Italia – Stati Uniti, ove, all'art. 4, 3° comma, si legge: *Quando, in base alle disposizioni del par. 1, una persona diversa da una persona fisica è considerata residente di entrambi gli Stati contraenti, le competenti autorità degli Stati contraenti faranno del loro meglio per* risolvere la questione di comune accordo *e per determinare le modalità di applicazione della Convenzione nei confronti di tale persona* (67).

---

(65) Sull'efficacia delle Osservazioni al Commentario OCSE, anche per altri riferimenti, si veda G. Melis, *Trasferimento della residenza fiscale e imposizione sui redditi*, *cit.*, 246-247; cfr. anche V. Uckmar - G. Corasaniti - P. de' Capitani di Vimercate, *Manuale di Diritto Tributario Internazionale*, *cit.*, 56.

(66) Vedi il par. 11 del Commentario all'art. 4 del modello OCSE, relativo alle posizioni dei Paesi non membri OCSE.

(67) In termini analoghi anche la Convenzione dell'Italia con il Giappone e con la Thailandia.

È evidente che l'accordo dipenderà dai criteri che saranno utilizzati dalle parti al fine di stabilire la residenza.

Se infatti, si dovesse fare specifico riferimento – in quanto prestabilito con-

Il Brasile ugualmente non ha aderito all'interpretazione fornita dall'OCSE del *place of effective management*, poiché *considera che tale definizione sia una questione che dev'essere risolta dalla legislazione domestica e da decisioni di giudici nazionali* (68).

Il «primato» del *place of effective management*, dunque, non è certo diventato un dogma valido sempre e comunque a livello internazionale.

9. – *Il Modello asiatico di convenzione contro le doppie imposizioni risolve le ipotesi di doppia residenza delle persone giuridiche con una disposizione più equilibrata, lasciando spazio al comune accordo tra le amministrazioni degli Stati contraenti*

Il *place of effective management* quale criterio risolutivo di controversie è adottato anche dal modello delle Nazioni Unite del 1980.

È, tuttavia, interessante osservare, che non tutti i modelli di convenzione hanno adottato lo stesso criterio di soluzione della doppia residenza.

Il modello asiatico, infatti, ha previsto – all'art. 4, 3° comma, rubricato «Residenza» – che *qualora ... una persona diversa da un individuo sia residente in entrambi gli Stati contraenti, le autorità competenti degli Stati contraenti risolveranno la questione con un mutuo accordo* (sic).

Credo che questa soluzione – adottata, come sopra rilevato, anche in alcune convenzioni che utilizzano il modello OCSE – sia più rispettosa delle disposizioni normative dei singoli Stati contraenti che collegano la residenza anche a *criteri sostanziali*, quali l'«oggetto principale dell'attività» (69).

Sarebbe, anzi, da proporre a livello OCSE una modifica della di-

---

venzionalmente – a criteri quali la *sede della direzione effettiva*, o altri analoghi criteri, la previsione di un accordo delle parti difficilmente considererà anche il luogo in cui si trova l'oggetto principale dell'attività. Non è il caso della Convenzione Italia – Stati Uniti; è, invece, il caso della Convenzione con il Canada, ove, dopo la frase *le autorità competenti degli Stati contraenti faranno del loro meglio per risolvere la questione di comune accordo*, si aggiunge: *con particolare riguardo alla* sede di sua direzione effettiva, al luogo in cui è stata costituita o altrimenti creata *e ad ogni altro elemento pertinente*.

Anche le Convenzioni con Estonia, Lituania, Lettonia, su questo punto, sono quasi identiche.

(68) Vedi il par. 12 del Commentario all'art. 4 del modello OCSE, relativo alle posizioni dei Paesi non membri OCSE.

(69) Sulla stessa linea A. Fantozzi, *Round Table: The Issues, Conclusions and Summing-Up*, in *Residence of Companies under Tax Treaties and EC Law*, *cit.*, 929. «L'individuazione del *place of effective management* – osserva l'autore – è in verità un problema di sostanza che non può essere influenzato dalla forma».

sposizione di cui all'art. 4, 3° comma, al fine di consentire ai diversi Stati contraenti – in tutte le ipotesi di doppia residenza – di far valere le proprie (sostanziali) ragioni qualora vi sia un collegamento più stretto, sia in termini temporali, sia in termini economici, con il proprio territorio.

10. – *La Bozza di convenzione della Lega delle Nazioni del 1928 prevedeva una regola di soluzione dell'ipotesi di doppia residenza simile a quella del modello asiatico*

È appena il caso di rilevare che conclusione non dissimile da quella testè esaminata per il modello asiatico, era quella fornita già nel 1928 dalla Bozza di Convenzione della Lega delle Nazioni (70).

Detta Bozza non fornisce una definizione di residenza, ma afferma – all'art. 10 del titolo II (*Personal Taxes*) – che *l'imposta personale sul reddito complessivo sarà riscossa dallo Stato in cui il* contribuente (71) *ha il domicilio fiscale...ovvero la residenza abituale, intendendo residenza come abitazione permanente*.

L'art. 11 del titolo II, afferma poi che *in caso di* contribuenti *che hanno il domicilio fiscale in entrambi gli Stati contraenti, l'imposta personale sarà riscossa in entrambi gli Stati* in proporzione al periodo di permanenza *durante l'anno d'imposta, oppure secondo una* divisione da stabilire tramite accordo delle amministrazioni competenti.

Trattasi, a nostro avviso, di soluzione ragionevole, che tiene conto delle scelte legislative dei singoli Stati contraenti tramite un criterio temporale o tramite diverso accordo delle parti (72).

---

(70) Per un testo di tale Bozza, vedasi R. Rohatgi, *Basic International Taxation, Vol. I: Principles of International Taxation*, Richmond, 2005, 394 ss.

Sui lavori della Lega delle Nazioni, vedi R. Vann, *«Liable to tax» and company residence*, in *Residence of Companies under Tax Treaties and EC Law*, *cit.*, 209 ss.

(71) Il termine «contribuenti» (*taxpayers*), all'art. 1 della Bozza, è lasciato generico, senza specificare se persone fisiche o persone giuridiche.

(72) Si legge nel commento all'art. 11 della Bozza (in R. Rohatgi, *Basic International Taxation, Vol. I: Principles of International Taxation*, *op. cit.*, 403) che l'accordo può essere concluso «per esempio, in proporzione all'ammontare di reddito prodotto in ogni Paese. Detta clausola può essere applicata, se necessario, ai contribuenti che modificano il domicilio durante il periodo d'imposta».

La stessa soluzione è contenuta sia all'art. XIV del modello di Convenzione bilaterale presentato dalla Lega delle Nazioni a Città del Messico nel luglio 1943, sia all'art. XV del modello di Convenzione bilaterale presentato dalla Lega delle Nazioni a Londra nel Marzo 1946.

11. – *La Bozza di revisione del Commentario OCSE del 21 aprile 2008 relativa al «place of effective management» prevede soluzioni alternative alle ipotesi di doppia imposizione*

Conferma di una tendenza a consentire regole alternative di soluzione dei casi di doppia residenza delle persone giuridiche, scollegate dal luogo di gestione o controllo, è di recente fornita dalla stessa OCSE.

Infatti, nella Bozza di revisione del Commentario OCSE del 21 aprile 2008 (73) – relativa al *place of effective management* – si legge che *un numero significativo di paesi sempre più adotta bilateralmente un approccio diverso, basato sui fatti e circostanze di ogni singolo caso, per risolvere ipotesi di doppia imposizione delle persone giuridiche. Dette ipotesi devono essere risolte dalle competenti autorità* (74).

Dato il numero di paesi che sono pronti a trovare un accordo bilaterale per risolvere i casi di doppia imposizione – leggiamo ancora nella Bozza – *detta possibile alternativa dovrebbe essere aggiunta al Commentario OCSE relativo all'art. 4.*

12. – *Comparazione con i criteri utilizzati per stabilire la residenza fiscale delle persone fisiche. Necessaria coerenza di criteri*

La necessità di ampliare il panorama dei criteri per risolvere ipotesi di doppia residenza, troverebbe ulteriore argomento, di carattere interpretativo-sistematico, nel confronto con il concetto di residenza previsto per le persone fisiche dallo stesso Modello OCSE (75).

L'art. 4 di questo modello, come noto, prevede, al par. 2, ben quattro *tie breaker rules*.

Abbiamo sopra visto che anche la sentenza *De Beers* era partita da una assimilazione della persona giuridica alla persona fisica: entrambe possono *mantenere una abitazione e svolgere attività commerciale*, osservava Lord Loreburn (76).

---

(73) Vedi, per ulteriori considerazioni su tale Bozza, V. Uckmar - G. Corasaniti - P. de' Capitani di Vimercate, *Manuale di Diritto Tributario Internazionale*, *cit.*, 56; G. Melis, *La residenza fiscale delle società nell'Ires: giurisprudenza e normativa convenzionale*, *cit.*, 3652 ss.; R. Russo, *The OECD Model: An Overview*, in *European Taxation*, 2008, 459.

(74) Sulle modifiche al modello OCSE si veda M. Giaconia - L. Greco, *Le modifiche al Commentario del Modello di Convenzione OCSE del 2008*, in *Fiscalità internazionale*, 2009, 234 ss.

(75) Si veda sul punto G. Melis, *Trasferimento della residenza fiscale e imposizione sui redditi*, *cit.*, 243 ss.

(76) Queste le parole di Lord Loreburn: *in applying the conception of residence to a Company,* we ought, I think, to proceed as nearly as we can upon the

La sentenza, tuttavia, aveva abbandonato questa assimilazione (77) laddove collegava la residenza al luogo di gestione.

A mio avviso, vi è anche un ulteriore argomento di coerenza.

Abbiamo detto che il concetto di residenza trova la propria giustificazione socio-economica nella «appartenenza durevole» ad un determinato territorio.

Ciò trova espressione – per le persone fisiche – nel requisito del «domicilio fiscale» che – per rinvio dell'art. 2 t.u.i.r. all'art. 43 codice civile – tiene conto anche del luogo in cui si trovano gli «interessi vitali».

Tale collegamento con gli interessi vitali è riconosciuto anche all'art. 4 del Modello OCSE.

Orbene, accogliendo la tesi dell'«appartenenza durevole» con un determinato territorio al fine di stabilire il luogo in cui una persona giuridica è residente, mi sembra che questo criterio sostanzialistico-globale privilegi il luogo di effettivo (e continuo) svolgimento dell'attività economica.

12.1. – (Segue): *sproporzione tra le «tie breaker rules» della residenza delle persone fisiche e la (unica) «tie breaker rule» delle persone giuridiche*

Non v'è dubbio che la (unica) modalità di soluzione data dall'OCSE alle ipotesi di doppia imposizione delle persone giuridiche (78) costituisca un approccio del tutto diverso rispetto alle modalità previste per la soluzione delle ipotesi di doppia residenza delle persone fisiche (79).

Se dovessimo seguire, coerentemente, la *ratio* della decisione *De Beers*, dovremmo attenderci che vi fossero plurime *tie breaker rules*, alla stregua della previsione utilizzata per le persone fisiche (80).

---

analogy of an individual. *A company cannot eat or sleep, but it can keep house and do business. We ought, therefore, to see whether it really keeps house and does business*.

(77) Con una «forzatura interpretativa», come sopra detto, del concetto di «luogo di esercizio dell'attività commerciale reale».

(78) Correttamente G. Melis (*La residenza fiscale delle società nell'Ires: giurisprudenza e normativa convenzionale*, *cit.*, 3651) definisce «laconica» detta disposizione convenzionale. Dello stesso A., *Trasferimento della residenza fiscale e imposizione sui redditi*, *cit.*, 243 ss.

(79) Ciò è stato già posto in luce da G. Maisto, *Brevi riflessioni sul concetto di residenza fiscale di società ed enti nel diritto interno e convenzionale*, *cit.*, 1360.

(80) Si avverte una disomogeneità tra la disciplina del concetto di residenza di persone fisiche e quella delle persone giuridiche, laddove, solo per le prime si

Ma ciò non è (ancora) previsto nel Commentario contro le doppie imposizioni, seppure (come visto), recentemente vi sia un'apertura verso la possibile previsione di ulteriori *tie breaker rules*.

De jure condito, dunque, si può ravvisare una «sproporzione di disciplina» tra le ipotesi di doppia residenza delle persone fisiche e delle persone giuridiche.

Si tratta di approfondire, dunque, quali potrebbero essere i criteri alternativi da utilizzare come *tie breaker rules*, ed in quali casi sia utilizzabile il *place of effective management*.

Ed anche la Corte di giustizia offre un ulteriore criterio utile per collegare la residenza al luogo di maggior presenza economico-sociale del soggetto.

In alcune sentenze relative alla libertà di stabilimento delle persone fisiche, la Corte di giustizia ha affermato che il soggetto si deve considerare residente nel *luogo ove è ubicata la fonte esclusiva o prevalente del reddito* (81).

È essenziale, dunque, alla luce delle sentenze della Corte di giustizia, riconoscere prevalenza al luogo in cui è (nella sostanza) ubicata la fonte principale del reddito, al di là della forma della iscrizione anagrafica (per le persone fisiche) o della registrazione o sede dell'amministrazione (per le persone giuridiche).

Questo criterio, già affermato per le persone fisiche, dovrebbe valere anche per le persone giuridiche.

E ciò non solo a livello comunitario, ma anche a livello internazionale.

13. – *Utilizzabilità del «place of effective management» quale criterio residuale*

Il concetto di *place of effective management* – ad avviso di chi scrive – non è dunque utilizzabile sempre e comunque come criterio risolutivo delle ipotesi di doppia imposizione, poiché non tiene in adeguata considerazione le peculiarità del caso specifico.

Abbiamo visto sopra le ipotesi, esaminate dalla Corte inglese, in cui l'oggetto principale dell'attività è chiaramente in un Paese, e in un altro Paese vi è solo la sede legale o amministrativa.

Ci si deve chiedere, dunque, se non sarebbe più coerente utilizza-

---

valuta il luogo in cui la persona tiene i propri interessi vitali. Gli «affetti di una persona giuridica» – seguendo la logica di assimilazione della sentenza *De Beers* – ben potrebbero essere individuati nel luogo in cui l'impresa intrattiene plurimi rapporti economici.

(81) Si veda il caso Schumacker (sentenza 14 febbraio 1995, causa C-279/93) e Wielocks (sentenza 11 agosto 1995, causa C-80/94). In dottrina vedi G. Fransoni (*La territorialità nel diritto tributario*, 366 ss.); C. Sacchetto, *Imposizione tributaria e sede del soggetto nel diritto comunitario*, *cit.*, 80).

re il *place of effective management* quale criterio (non più primario, ma solo) *secondario*, nell'ipotesi in cui vi sia conflitto nell'attribuzione della residenza tra più Stati in cui l'impresa svolge la propria attività principale (82).

Ancora, il *place of effective management* può essere criterio valido laddove non sia possibile individuare alcuno Stato in cui si svolge l'attività principale. È il caso – per esempio – del commercio elettronico (83).

In definitiva il *place of effective management* sarebbe ragionevolmente utilizzabile, per esempio, nei seguenti casi:

– quando vi sia controversia tra più Stati sul luogo di gestione di società *holding*;

– quando vi siano più Stati in cui è esercitata l'attività principale;

– quando non sia possibile stabilire il luogo in cui si svolge l'attività principale.

Quando invece, come nelle ipotesi esaminate dalle Corti inglesi sopra citate, l'oggetto principale dell'attività sia chiaramente ubicato in un unico Paese, non dovrebbe essere applicabile il criterio del *place of effective management*.

14. – *Il Commentario OCSE all'art. 4 specifica l'origine del criterio di «place of effective management» e ne delimita l'applicazione*

Quanto testè osservato in relazione al *place of effective management* – quale criterio non decisivo (*tie breaker rule*), ma residuale, nelle ipotesi sopra indicate – mi sembra possa trovare conferma anche dalla lettura del Commentario OCSE.

Il par. 23 del Commentario, all'art. 4, afferma che *la formulazione del criterio di preferenza nel caso di persone giuridiche fu considerata* in particolare *in relazione alla tassazione del reddito derivante da attività di navigazione, trasporti navali interni e trasporti aerei*.

Tale criterio sembra, dunque, trovare una sua giustificazione nelle ipotesi in cui vi siano imprese multinazionali che svolgono l'attività in

---

(82) Nello stesso senso G. Melis, *La residenza fiscale delle società nell'Ires*, *cit.*, 3497.

(83) Si veda sul punto S. Mayr - G. Fort, *La residenza fiscale delle società: necessità di un cambiamento?*, in *Corr. trib.*, 2001, 2086 ss.; C. Romano, *The Evolving Concept of «Place of Effective Management as a Tie-breaker Rule under the OECD Model Convention and Italian Law*, in *European Taxation*, 2001, 339 ss.

Nella dottrina straniera, cfr. S. Shalhav, *The Evolution of Art. 4(3) and Its Impact on the Place of Effective Management Tie Breaker Rule*, *cit.*, 468 ss.

plurimi Paesi e con plurimi luoghi in cui «emerge» il reddito derivante dall'oggetto principale dell'attività (84).

Questo è il caso tipico delle società di trasporto marittimo ed aereo (85). Questo era anche il caso delle società di trasporto ferroviario (86), cui si sono ispirate le prime sentenze inglesi che si sono pronunciate sul concetto di residenza (87).

Ma si tratta di ipotesi limitate ai casi in cui vi sono, appunto, società con attività economiche diffuse in plurimi Stati (88).

---

(84) Sulla necessità di collegare la tassazione al luogo in cui è prodotto il reddito, si veda R. Lupi, *Un punto fermo: il prelievo nello stato di produzione del reddito*, in *Il diritto tributario nei rapporti internazionali*, *cit.*, 135 ss.

(85) Abbiamo richiamato *supra* i contributi, su questo aspetto, di A. Manzitti (*Considerazioni in tema di residenza fiscale delle società*, *cit.*, 176 ss.) e di T. Aragno (*Brevi note in tema di residenza fiscale e stabile organizzazione di società estera di navigazione*, *cit.*, 87 ss.).

Nella dottrina straniera, sembra condividere l'opinione espressa nel testo, J.F. Avery Jones, *cit.*, 155. Secondo l'A., «la logica della regola è la seguente: a meno che non si possa individuare un unico luogo in cui l'attività è esercitata, vi sarebbero problemi nel tassare attività come quelle delle società di trasporto marittimo».

Vedi anche S. Shalhav, *The Evolution of Art. 4(3) and Its Impact on the Place of Effective Management Tie Breaker Rule*, *cit.*, 460; l'Autore esamina in dettaglio (464 ss.) il lavoro degli esperti nominati nel 1925 da alcuni Paesi europei su richiesta della Lega delle Nazioni, e rileva che l'attenzione degli esperti si è soffermata, in particolare, sulle imprese di trasporto marittimo (465). Osserva ancora l'A. (nota 34 di 465) che «noi esaminiamo lo sviluppo del concetto di residenza per le imprese di trasporto marittimo, che potrebbe corrispondere al concetto di residenza per le imprese in genere che esercitano la loro attività in tutto il mondo».

(86) Società che erano le più importanti dell'epoca, come ci segnala J. Avery Jones, *cit.*, 126.

(87) Sul punto si veda J. Avery Jones (*cit.*, 124-125), il quale sottolinea che in alcune decisioni relative a società di trasporto ferroviario si assimilava il concetto di residenza al luogo in cui veniva esercitata l'attività; e questa si riteneva fosse presso il *head office*, ovvero la sede principale della società. Ciò veniva in rilievo soprattutto al fine di decidere il luogo in cui dovevano essere presentati atti giudiziari nei confronti della società.

Ma non si può confondere, a mio avviso, una problematica prettamente giudiziale, con aspetti economici relativi al luogo di produzione del reddito e, in definitiva, al luogo in cui si giustifica la tassazione sul reddito mondiale.

Come ci rammenta J.F. Avery Jones (*cit.*, 138), quella dei giudici che hanno deciso sulla «giurisdizione» per le società di trasporto ferroviario, era una «impostazione espansionistica della giurisdizione tributaria, che tuttavia trovava concorde l'Amministrazione finanziaria».

(88) S. Shalhav, *The Evolution of Art. 4(3) and Its Impact on the Place of Effective Management Tie Breaker Rule*, *cit.*, 466 rileva che «la stessa OCSE ritiene che fondamento giuridico del concetto di *place of effective management*, è la tassazione delle imprese marittime». Anche nella relazione del 1959 sul trasporto marittimo ed aereo internazionale, il comitato fiscale dell'OCSE ribadiva

In questi casi, ove è necessario individuare il luogo di residenza tra più Stati in cui vi è esercizio di attività, è ragionevole la scelta del luogo in cui vi sia la sede centrale della società (89).

In tutti gli altri casi è essenziale svolgere un esame in concreto, sia di carattere civilistico-societario, sia di carattere economico, sul luogo in cui è ubicata l'attività principale dell'impresa, sul luogo in cui viene posta in essere *l'attività essenziale per realizzare direttamente gli scopi primari* (90), sul luogo in cui più significativo è il nesso con le spese pubbliche.

15. – *Conclusioni*

Alla luce di quanto sopra esposto, ci sembra opportuno un riesame del criterio adottato dal Commentario OCSE in tema di residenza delle persone giuridiche.

Si richiedono soluzioni che:

a) tengano conto del luogo in cui prevalentemente viene prodotto il reddito;

b) considerino il rapporto di giustificazione reciproca tra spese pubbliche ed imposte;

c) siano più coerenti con le scelte legislative dei diversi Stati membri dell'OCSE.

Ciò alla luce anche del confronto con i criteri utilizzati per risolvere ipotesi di doppia residenza delle persone fisiche, criteri più rispettosi delle concrete situazioni che possono verificarsi a livello internazionale.

Sarebbe più coerente – e conforme alla realtà commerciale – che vi fossero altre *tie breaker rules* (91).

Possibili *tie breaker rules* utilizzabili in sede OCSE, sarebbero le seguenti:

---

l'importanza di dare priorità, nella tassazione di tali imprese, al Paese in cui vi fosse il *place of effective management* (S. Shalhav, *The Evolution of Art. 4(3) and Its Impact on the Place of Effective Management Tie Breaker Rule*, *cit.*, 468).

(89) Già L. Einaudi (*Corso di scienza delle finanze*, Torino, 1926, 133) si era espresso sul punto rilevando che il reddito ricavato dalle compagnie di navigazione è imputabile, almeno per la maggior parte, all'attività svolta dalla sede centrale e non dalle succursali.

Sulla stessa linea M. Pugliese (*cit.*, 103), secondo il quale «lo Stato nel quale i contratti di trasporto delle merci e dei passeggeri (ed eventualmente di noleggio della nave) sono stati stipulati, [può] aver diritto all'imposizione di una modesta quota del reddito che da tali contratti deriva all'impresa ... ma non certamente all'imposizione dell'intero reddito».

Vedi anche V. Uckmar, *La tassazione degli stranieri in Italia*, *cit.*, 172.

(90) Si veda l'art. 73, 4° comma, t.u.i.r.

(91) Vedi anche A. Fantozzi, *Round Table: The Issues, Conclusions and Summing-Up*, *cit.*, 930-931.

a) *in primis*, individuazione del luogo in cui si esercita in concreto l'attività principale dell'impresa (92); attribuzione, dunque, dello *ius impositionis* al Paese ove prevalente è l'apporto economico alla produzione del reddito (93);

b) in secondo luogo, qualora l'attività fosse esercitata in più Stati, oppure non fosse possibile individuare uno Stato ove l'apporto sia prevalente (94), si potrebbe utilizzare il criterio del *place of effective management*.

Qualora, tuttavia, vi fosse conflitto tra amministrazioni sul *place of effective management*, si dovrebbe prevedere un accordo tra le stesse (95).

Il criterio del *place of effective management*, poi, sarebbe comunque utilizzabile per le società holding internazionali.

La previsione di ulteriori *tie breaker rules* aventi carattere sostanziale – peraltro oggetto di riflessione anche da parte dell'OCSE (96) –

---

(92) Afferma A. Fantozzi (*Round Table: The Issues, Conclusions and Summing-Up*, *cit.*, 931) che «questa è l'unica regola che realmente manifesta l'effettiva natura del concetto di residenza». Siamo concordi sul punto.

(93) Non a caso detto diritto di priorità era già stato invocato da Paesi importatori di capitali (*Dominions*) all'epoca dei progetti di Convenzione contro la doppia imposizione. Tra questi, non a caso, proprio Paesi, come Sud Africa ed India, che abbiamo citato nelle sentenze inglesi *De Beers* e *Calcutta Jute Mills*.

M. Pugliese (*op. cit.*, 23, in nota), descrivendo i lavori della Lega delle Nazioni, riporta la relazione della Sottocommissione, nominata dalla Commissione Reale dell'imposta sul reddito, incaricata di riferire sulla doppia imposizione: «fin dalle nostre prime sedute, i delegati dei *Dominions* avevano manifestato una preferenza assai marcata per la tesi del diritto di priorità, in materia di tassazione, del paese d'origine del reddito, con esclusione eventualmente, del paese di residenza del beneficiario».

Ma tale soluzione comportava un sacrificio economico per il Regno Unito in quanto «farebbe ricadere quasi interamente sulla Tesoreria del Regno Unito il peso della soluzione della questione della doppia imposizione, data la sproporzione che esiste fra l'importanza dei capitali del Regno Unito impiegati nei *Dominions*, e quella dei capitali dei *Dominions* impiegati in Gran Bretagna».

(94) È l'ipotesi, appunto, del commercio elettronico. Si veda G. Melis, *Commercio elettronico nel diritto tributario*, in *Dig. disc. priv., sez. comm.*, *cit.*, 63 ss., 66.

(95) Nello stesso senso, G. Melis, *La residenza fiscale delle società nell'Ires: giurisprudenza e normativa convenzionale*, *cit.*, 3654. La stessa Bozza di modifica del 21 aprile 2008 al modello di convenzione contro le doppie imposizioni prevede, quale possibile modifica dell'art. 4, l'introduzione dell'accordo amichevole tra le amministrazioni per la soluzione delle ipotesi di doppia imposizione.

Anche il modello OCSE contempla, come ultima *tie breaker rule*, l'accordo delle parti.

(96) Si veda sul punto G. Melis, *La residenza fiscale delle società nell'Ires: giurisprudenza e normativa convenzionale*, *cit.*, 3652.

È opportuno osservare che il «Gruppo di consulenza tecnica sugli utili com-

consentirebbe altresì di evitare possibili elusioni delle convenzioni che danno rilievo al solo dato del luogo di gestione effettiva, criterio comunque più formale rispetto al luogo di esercizio effettivo dell'attività.

Particolare cautela, comunque, si deve adottare nella scelta di criteri alternativi al *place of effective management*.

Se infatti criterio alternativo fosse l'accordo amichevole tra le amministrazioni, e poi si suggerisse alle stesse di seguire, quale criterio di accordo, il *place of effective management* (come avvenuto con le modifiche del 2008) (97), nulla cambierebbe.

O meglio: cambia la forma, ma non la sostanza.

Lo stesso dicasi se, come primo criterio di soluzione, si dovesse lasciare il *place of effective management* e, solo come criteri alternativi e subordinati, il luogo in cui i rapporti economici della società sono più stretti o il luogo in cui l'attività commerciale è principalmente esercitata (98).

Certo la soluzione di problemi giuridici può essere influenzata anche da scelte politiche, ma i principi generali di razionalità, proporzionalità e giustificatezza dovrebbero servire proprio per la *reductio ad aequitatem*.

avv. GIOVANNI MOSCHETTI

---

merciali» (*Business Profits Technical Advisory Group*) che si occupa di controllare l'applicazione delle norme del Trattato esistenti sulla tassazione degli utili da attività commerciale, il 27 maggio 2003 ha proposto una revisione della *tie breaker rule* nell'ipotesi in cui questa non sia applicabile in quanto non sia possibile stabilire ove si trovi il *place of effective management*, oppure se esso non si trovi nei due Paesi contraenti. In questa ipotesi lo Stato di residenza sarebbe: 1) quello in cui le relazioni economiche dell'ente sono più strette; 2) quello in cui le attività commerciali sono principalmente esercitate; 3) quello in cui le decisioni dell'organo esecutivo sono principalmente prese.

Si veda sul punto J.F. Avery Jones, *Place of Effective Management as a Residence Tie-Breaker*, in *Bullettin*, January 2005, 20 ss.

(97) Come previsto anche in alcune Convenzioni; vedi *supra* la nota 67 del presente lavoro.

Il par. 24.1 del Commentario OCSE, all'art. 4, par. 3, propone come possibile modifica di questo paragrafo l'accordo amichevole «tenendo in considerazione il *place of effective management*, il luogo di registrazione, o il luogo in cui è altrimenti costituita la persona giuridica, oppure *ogni altro fatto rilevante*».

Se da un lato è positivo che si suggerisca, in ultima istanza, di tener conto anche di «ogni altro fatto rilevante», dall'altro lato permane la convinzione che criteri diversi da quelli formali non siano privilegiati nella soluzione dei casi di doppia residenza delle persone giuridiche.

Cfr. M. Giaconia - L. Greco, *Le modifiche al Commentario del Modello di Convenzione OCSE del 2008*, *cit.*, 235.

(98) *In which its business activities are primarily carried on*; in tal senso la proposta del 27 maggio 2003 del «Technical Advisory Group» dell'OCSE.