



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II

INNOVAZIONE E DIRITTO

RIVISTA DI

DIRITTO TRIBUTARIO E DELL'ECONOMIA

2-3
2017

La "flat tax per i neo-residenti: un regime "non convenzionale"

di Alessandro Saini e Paolo Mandarino

ABSTRACT

The article aims at examining in depth and critically the "neo-residents" Italian regime, in particular in the presence of a Convention for avoiding a double taxation with the foreign country of the source of the income, pointing out how the overcoming of the domestic "mirror reading" provisions in the presence of a tax treaty can create unexpected effects, making the "flat tax" regime more attractive for incomes earned in countries without a Convention for avoiding the double taxation in force. The authors also deep en the legitimacy of the neo-regime, finding violation of the principles set forth in the Constitutional Charter and not in ghow domestic "res non dom" creates a form of aggressive tax competition from Italy, by facilitating the localization of incomes in low-tax and non-cooperative countries, in contrast to the fight against Harmful Tax Practices pursued by the OECD and the European Union.

SINTESI

Il contributo fornisce una analisi sugli aspetti applicativi del novello regime agevolativo per i "neo-residenti", in particolar modo in presenza di una Convenzione contro le doppie imposizioni con lo Stato estero della fonte del reddito, constatando come il superamento della "lettura a specchio" domestica da parte delle disposizioni pattizie possa ingenerare effetti peculiari, rendendo la "flat tax" di maggiore interesse per redditi conseguiti in paesi con i quali sono assenti Convenzioni contro le doppie imposizioni. Gli autori si soffermano poi sui profili di illegittimità del neo-regime, evidenziando la violazione dei principi sanciti dalla Carta costituzionale e rilevando come il "res non dom" domestico realizzi una forma di concorrenza fiscale aggressiva, favorendo la produzione di redditi in paesi a bassa fiscalità e non collaborativi, in contrasto con la lotta alle pratiche fiscali dannose ("Harmful Tax Practices") perseguita dall'OCSE e dall'Unione europea.

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Il regime della "flat tax" – 3. Il requisito dei "redditi prodotti all'estero" – 4. La "flat tax" e le Convenzioni contro le doppie imposizioni – 5. Osservazioni in tema di applicazione dei Trattati – 6. Ulteriori note e conclusioni in tema di convenienza – 7. Profili di illegittimità del regime dei "neo-residenti"

1. Premessa

Tra le novità fiscali di recente emanazione risulta di particolare interesse la nuova imposta sostitutiva forfettaria (c.d. "flat tax") sui redditi prodotti all'estero dalle persone fisiche che trasferiscono la propria residenza fiscale in Italia. Il novello art. 24-bis del DPR 22 dicembre 1986, n. 917 (T.U.I.R.), introdotto dalla

Legge 11 dicembre 2016, n. 232¹ (c.d. Legge di Bilancio 2017), con decorrenza dal periodo di imposta 2017, avrebbe, secondo l’Agenzia delle entrate², il dichiarato intento di attrarre investitori esteri “ad alto potenziale” in Italia³.

Tuttavia il “res non dom” domestico appare incentivare la produzione di redditi in Paesi a bassa fiscalità, in particolare privi di accordi contro le doppie imposizioni, ulteriormente ponendosi in contrasto con i principi di cui agli artt. 3 e 53 della nostra Carta costituzionale.

2. Il regime della “flat tax”

Sommariamente, il nuovo art. 24-*bis* del T.U.I.R. consente alle persone fisiche che trasferiscono la propria residenza fiscale in Italia ai sensi dell’art. 2, c. 2, T.U.I.R.⁴, e a condizione che non siano state “fiscalmente residenti in Italia” per almeno nove periodi d’imposta nel corso dei dieci precedenti l’inizio del periodo di validità dell’opzione, di optare per l’assoggettamento ad una “imposta sostitutiva dell’imposta sui redditi delle persone fisiche”⁵, calcolata in via forfetaria e non deducibile da nessun’altra imposta o contributo, a prescindere dall’importo dei redditi prodotti all’estero⁶, nella misura di euro 100.000 per ciascun periodo d’imposta (importo ridotto a euro 25.000 per ciascuno dei “familiari” a cui il

¹ Cfr. art. 1, cc. da 152 a 154 e da 157 a 159.

² Cfr. Provvedimento 8 marzo 2017, Agenzia delle entrate (Modalità applicative per l’esercizio, la modifica o la revoca dell’opzione di cui al comma 1 dell’articolo 24-*bis*, T.U.I.R.) nonché circ. n. 17/E del 23 maggio 2017.

³ Come si evince infatti dal Provvedimento 8 marzo 2017, il novello regime fiscale ha inteso “favorire gli investimenti, i consumi ed il radicamento di nuclei familiari ed individui ad alto potenziale in Italia da parte di soggetti non residenti, prevedendo, in alternativa alla disciplina ordinaria, un regime fiscale speciale...”.

⁴ In questo senso deve ritenersi che la residenza fiscale in Italia ai sensi del comma 2 del T.U.I.R. debba essere comprovata dal soggetto interessato, alternativamente, e per la maggior parte del periodo d’imposta, dall’iscrizione all’anagrafe della popolazione residente, ovvero dal domicilio o dalla residenza ai sensi del codice civile (in tema di domicilio e residenza ai sensi dell’art. 2, T.U.I.R. si veda in giurisprudenza, tra le innumerevoli, Corte Giustizia UE, 12 luglio 2001, C-262/99; Cass. 21 gennaio 2015, n.961; Cass. 7 novembre 2001, n.13803; Cass. 5 maggio 1980, n.2936; Comm. Trib. Reg. Liguria, sent. 13 luglio 2012, n. 87).

⁵ L’imposta è versata in un’unica soluzione entro la data prevista per il versamento del saldo delle imposte sui redditi. Per l’accertamento, la riscossione, il contenzioso e le sanzioni si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni previste per l’imposta sul reddito delle persone fisiche (cfr. art. 24-*bis*, c. 2, T.U.I.R.).

⁶ Sono pertanto esclusi dalla “flat tax” i redditi prodotti in Italia i quali saranno soggetti alla tassazione ordinaria prevista a livello normativo domestico.

soggetto passivo può estendere l'agevolazione)⁷. L'opzione è revocabile e, comunque, cessa di produrre effetti decorsi quindici anni dal primo periodo d'imposta di validità. Ai sensi del comma 1 dell'art. 24-*bis*, l'imposta sostitutiva riguarda i redditi prodotti all'estero, individuati ai sensi dell'art. 165, c. 2 del T.U.I.R., norma, questa, che rinvia ai criteri, reciproci, previsti dall'art. 23 del T.U.I.R. ai fini dell'individuazione dei redditi prodotti nel territorio dello Stato da parte di soggetti non residenti (c.d. "*lettura a specchio*").

Il novello regime (cfr. art. 24-*bis*, c. 5) consente di scegliere, per sé o per i propri familiari⁸, di non avvalersi dell'applicazione dell'imposta sostitutiva con riferimento ai redditi prodotti in uno o più Stati o territori esteri, dandone specifica indicazione in sede di esercizio dell'opzione, ovvero con successiva modifica della stessa. Soltanto in tal caso, per i redditi prodotti nei suddetti Stati o territori esteri espressamente indicati, si applica il regime ordinario, con riconoscimento del credito d'imposta per i redditi prodotti all'estero⁹.

L'art. 24-*bis*, c. 1, precisa che l'imposta sostitutiva *de qua* non si applica alle plusvalenze realizzate mediante cessione di partecipazioni qualificate¹⁰ realizzate nei primi cinque periodi d'imposta di validità dell'opzione, rimanendo pertanto applicabile il regime ordinario di imposizione di cui all'art. 68, c. 3, T.U.I.R. che prevede il concorso al reddito, al netto delle relative minusvalenze, nella misura del 49,72%¹¹.

⁷ Il coinvolgimento nel regime della "flat tax" dei "*familiari*" del soggetto passivo conferma il favore creato dal nostro legislatore teso ad attrarre ulteriormente "*il radicamento di nuclei familiari ed individui ad alto potenziale in Italia da parte di soggetti non residenti*" (cfr. il provvedimento 8 marzo 2017). In questo senso, art. 24-*bis*, c. 6, il beneficiario dell'opzione può chiedere che quest'ultima venga estesa, nel corso di tutto il periodo di validità, a uno o più familiari individuati dall'art. 433 del codice civile, ossia il coniuge, i figli anche adottivi (in loro mancanza, i discendenti prossimi), i genitori (in loro mancanza, gli ascendenti prossimi) e gli adottanti, i generi e le nuore, il suocero e la suocera, i fratelli e le sorelle germani o unilaterali. E' tuttavia necessario che i familiari si trovino nelle medesime condizioni previste dalla disposizione (ex comma 1, art. 24-*bis*, cit.), ossia devono avere trasferito la propria residenza fiscale in Italia, ma non devono essere stati residenti fiscalmente nello Stato per un periodo almeno pari a nove periodi di imposta nel corso dei dieci precedenti l'inizio del periodo di validità dell'opzione.

⁸ Cfr. Nota 7.

⁹ Cfr. art. 24-*bis*, c. 5, cit.. E' chiaro che l'opzione per la "flat tax" comporterà per il contribuente persona fisica l'impossibilità di maturare il credito d'imposta per le imposte versate all'estero sui redditi oggetto di imposta sostitutiva.

¹⁰ Di cui all'art. 67, c. 1, lett. c), T.U.I.R..

¹¹ D.M. 2 aprile 2008.

Sebbene ai sensi di norma l'opzione per la "flattax" "deve" essere esercitata "dopo avere ottenuto risposta favorevole" (cfr. art. 24-bis, c. 3) all'interpello ex art. 11, c. 1, lett. b), Legge n. 212/2000 (c.d. "Statuto dei Contribuenti")¹², l'Agenzia delle entrate, *ad versus legem*, supera detto obbligo relegandolo a mera "possibilità" (cfr. Provv. 8 marzo 2017 nonché circ. n.17/E del 23 maggio 2017) con conseguenze irrazionali, privando di contenuto l'onere dell'Agenzia di trasmettere, mediante gli strumenti di cooperazione amministrativa, le informazioni ottenute con l'interpello alle autorità fiscali delle giurisdizioni indicate come luogo di ultima residenza fiscale del neo-residente.

Come arguibile dalla lettura dell'art. 1, c. 153 della Legge n.232/2016, l'opzione per la "flat tax" presenta ulteriori disposizioni di favore per i soggetti interessati. Per i periodi d'imposta di validità dell'opzione è infatti previsto per il contribuente e per i familiari cui è estesa l'opzione l'esonero dagli obblighi di dichiarazione delle attività ed investimenti detenuti all'estero previsti dall'art. 4 del D.L. n.167/1990 (*i.e.* compilazione del "Quadro RW") e l'esenzione dall'Imposta sul Valore degli Immobili situati all'Estero (c.d. "IVIE") e dall'Imposta sul Valore delle Attività Finanziarie Estere (c.d. "IVAFE")¹³. E' inoltre previsto che per le successioni aperte e le donazioni effettuate nei periodi d'imposta di validità dell'opzione l'imposta sulle successioni e donazioni sia dovuta limitatamente ai beni e diritti esistenti nello Stato al momento della successione o della donazione.

3. Il requisito dei "redditi prodotti all'estero"

Come evidenziato, l'opzione per la "flat tax" riguarda i "redditi prodotti all'estero individuati ai sensi dell'art. 165, comma 2" del T.U.I.R. che prevede una "lettura a specchio" secondo cui i redditi si considerano prodotti all'estero sulla base dei "criteri reciproci" enunciati dall'art. 23 per individuare i redditi prodotti nel territorio

¹² Sull'obbligatorietà dell'interpello al fine dell'accesso alla "flat tax" si veda ulteriormente l'interrogazione parlamentare n. 5-10585 del 2 marzo 2017, con risposta del Viceministro Luigi Casero. Trattasi di "interpello probatorio" che, come noto, riguarda la sussistenza delle condizioni e la valutazione della idoneità degli elementi probatori richiesti dalla legge per l'adozione di specifici regimi fiscali.

¹³ Art. 19, cc. 13 e 18, del D.L. 6 dicembre 2011, n.201.

dello Stato da parte dei soggetti non residenti¹⁴.

E' noto tuttavia come, secondo la prassi dell'Agenzia delle Entrate, la definizione interna di "*reddito prodotto all'estero*" si rende applicabile solamente qualora non sia in vigore una Convenzione contro le doppie imposizioni tra l'Italia e lo Stato della fonte del reddito: dal che, in presenza di una Convenzione, dovrebbe essere quest'ultima a prevalere, superando la "*lettura a specchio*" prevista dalla normativa

¹⁴ Ci esimiamo in questa sede da un approfondimento e da possibili critiche al criterio della "*lettura a specchio*". Evidenziamo solo come, anteriormente alla Riforma fiscale del 2003, non esistesse una definizione precipua di "*redditi prodotti all'estero*". Una delle soluzioni prospettate in dottrina (tra gli altri, S. Mayr, *La tassazione dei redditi esteri per le società di capitali*, in *Boll. Trib. Inf.*, 1978, p. 114) risultava l'attrazione in detta definizione dei redditi territorialmente ancorabili in uno Stato estero sulla base dei medesimi criteri di collegamento stabiliti dal previgente art. 21, T.U.I.R. per individuare i redditi prodotti in Italia da soggetti non residenti. Tale tesi, tuttavia, avversata in dottrina (cfr. tra gli altri, G. Mantovano, *Aspetti problematici dell'attuale disciplina del credito d'imposta*, in *Il fisco*, 1990, 3, secondo il quale sarebbero stati annoverabili tra i redditi prodotti all'estero tutti quei redditi sottoposti a tassazione in uno Stato estero) aveva sollevato perplessità in quanto "*la ratio del trattamento isolato... è da attribuirsi alla circostanza che l'imponibilità dei redditi di un soggetto estero – solitamente legata alla produzione nel territorio dello Stato – comporta un nesso di collegamento tra territorio e reddito di sufficiente ampiezza per giustificare l'esercizio del potere di imposizione da parte dello Stato della fonte ... L'adozione di un criterio univoco – ad esempio, l'esercizio dell'attività mediante una stabile organizzazione situata nel territorio – per stabilire l'imponibilità dei redditi dei non residenti, non realizzerebbe, quindi, gli obiettivi primari del legislatore e cioè il sorgere del presupposto in presenza di una intensità minima (determinata obiettivamente) di rapporto del soggetto (o dell'attività) con il territorio*" (cfr. G. Maisto, *Le innovazioni apportate per i rapporti internazionali*, in *Il reddito d'impresa nel nuovo testo unico*, AA.VV., Padova, 1988, p. 247 ss.). Secondo quest'ultimo autore (cfr. *Imposizione dei redditi prodotti all'estero e competitività internazionale*, in *Diritto e pratica tributaria*, 1981, I), una corretta interpretazione delle fattispecie avrebbe trovato soddisfacimento nella "fonte materiale" da cui sarebbero originati i redditi: nella sostanza, secondo Maisto dovevano rientrare nei "*redditi prodotti all'estero*" quelli derivanti da fonti localizzate nel territorio di uno Stato estero. Tali perplessità non sono isolate, preso atto che diversamente, il fine del "*tax foreign credit*" disciplinato dall'art. 165, T.U.I.R. è quello di risolvere la doppia tassazione internazionale mediante il recupero delle imposte estere sui medesimi redditi tassati in Italia "*laddove per i soggetti residenti l'imposta dovuta in Italia prescinde ex se dal grado di connessione tra territorio e il relativo reddito, essendo questo ivi tassato indipendentemente dal luogo in cui è stato conseguito*" (cfr. G. Andreani, A. Tubelli, *Requisiti del credito d'imposta per i redditi prodotti all'estero secondo l'Agenzia delle entrate*, in *Il Fisco*, 2015, 14, 1, p. 1362).

domestica¹⁵ 16.

Ai fini di una valutazione della convenienza (o meno) della “flat tax” risulta pertanto dirimente individuare quale sia il criterio per determinare il luogo ove il reddito si considera prodotto (i.e. secondo i criteri previsti dall’art. 23 del T.U.I.R. ovvero secondo i criteri convenzionali).

Orbene, seguendo l’impostazione ormai cristallizzata nella prassi dell’Agenzia delle Entrate, il “reddito prodotto all’estero” oggetto del regime “resident non domiciled” domestico non potrebbe che riferirsi ad un reddito previamente sottoposto alla potestà impositiva (esclusiva o concorrente) dello Stato estero della fonte in conformità alle previsioni pattizie, confinando così l’applicazione delle disposizioni dell’art. 23 del T.U.I.R. al solo caso in cui non sia in essere una

¹⁵ Cfr. circ. n. 9/E del 5 marzo 2015, par. 2.1, secondo la quale i criteri di collegamento definiti dall’art. 23 non operano in presenza di una Convenzione che contenga una disposizione analoga a quella di cui all’articolo 23B del Modello OCSE, che elimina la doppia imposizione con il metodo del credito, consentendo al contribuente di detrarre dall’imposta sul reddito dovuta nello Stato di residenza le imposte pagate all’estero sui redditi ivi prodotti. In applicazione della norma convenzionale, pertanto, il diritto al credito viene riconosciuto in riferimento a qualsiasi elemento di reddito che lo Stato della fonte ha assoggettato ad imposizione conformemente alla specifica Convenzione applicabile. In merito alla necessità, ai fini del riconoscimento del credito di imposta, che l’imposta applicata nello Stato della fonte sia conforme alle previsioni convenzionali, cfr. ris. n.277/E del 3 luglio 2008, nella quale l’Agenzia delle Entrate ha disconosciuto il “foreign tax credit” - identificando così, quale unica soluzione per evitare una doppia imposizione, quella di richiedere il rimborso delle imposte assolute alle autorità estere - laddove il paese estero ritenesse esistente una “stabile organizzazione” in difformità alle previsioni del Trattato in essere con l’Italia. La citata risoluzione si pone in continuità con la precedente prassi dell’Agenzia delle entrate (cfr. ris. 3 luglio 2001, n.104/E), da ultimo confermata dalla circ. n.9/E cit..

¹⁶ Sebbene non possano sottacersi perplessità su tali conclusioni in quanto l’Agenzia delle Entrate non entra minimamente nel merito della possibile applicazione dell’art. 169 del T.U.I.R., secondo cui le disposizioni del T.U.I.R. si applicano, se più favorevoli al contribuente, anche in deroga agli accordi internazionali contro la doppia imposizione. In merito alla portata delle previsioni dell’art. 169 del T.U.I.R. in relazione all’art. 75 del DPR n.600/1973 - secondo il quale “nell’applicazione delle disposizioni concernenti le imposte sui redditi sono fatti salvi gli accordi internazionali resi esecutivi in Italia” - si deve evidenziare come la stessa relazione governativa allo schema di Testo Unico abbia chiarito come tale ultima disposizione sia espressione di un generico principio di “specialità” e che l’art. 128 (ora 169) del T.U.I.R. abbia la funzione di “esplicitare l’unico significato fondatamente attribuibile all’art. 75 DPR n.600/73”. Si legge, infatti, nella relazione governativa allo schema di Testo Unico, in relazione all’art. 75 DPR n.600/73, che “se intesa alla lettera, la disposizione sarebbe del tutto superflua, perché l’obbligo di osservare gli accordi internazionali, anche in deroga alla legislazione interna, deriva dalle leggi che li rendono esecutivi in Italia. E’ perciò che la disposizione è stata costantemente riferita agli accordi contro la doppia imposizione internazionale, e interpretata nel senso che questi, ai fini delle imposte dovute in Italia, non pregiudicano l’applicazione di norme interne più favorevoli al contribuente (quali possono risultare, tipicamente, le disposizioni che regolano il credito per imposte pagate all’estero). La norma è perciò riformulata in conformità a questa interpretazione e collocata in considerazione della sua portata sostanziale”.

Convenzione contro le doppie imposizioni tra l'Italia e lo Stato estero della fonte. Si noti come, nonostante la circ. n.17/E del 2017 non sia tornata sul tema, una conferma di tale impostazione è rinvenibile sia nel Dossier che nella scheda di lettura della Legge di Bilancio 2017 del Senato della Repubblica, secondo cui *"In assenza di una Convenzione contro le doppie imposizioni, il reddito si considera prodotto all'estero sulla base di criteri reciproci rispetto a quelli previsti dal menzionato articolo 23 del T.U.I.R., che individua i redditi prodotti nel territorio dello Stato in relazione alle diverse tipologie"*.

4. La "flat tax" e le Convenzioni contro le doppie imposizioni

Appurato che il requisito dei *"redditi prodotti all'estero"* non può prescindere da un'analisi delle (eventuali) previsioni pattizie, sorge spontaneo interrogarsi che impatto possa avere sull'agevolazione *de quo* l'esistenza (o meno) di una Convenzione contro le doppie imposizioni.

Prima di procedere ad un'analisi in presenza di trattati, risulterebbe tuttavia utile chiarire l'eventuale legittimo inquadramento della "flat tax" tra le *"tax escovered"* di cui all'art. 2 del Modello OCSE¹⁷. La questione, che potrebbe risultare di primo acchito *"accademica"*, pone delle riflessioni scaturenti dalla letteralità del medesimo art. 2 secondo cui *"There shall be regarded as taxes on income and on capital all taxes imposed on total income, on total capital, or on elements of income or of capital (...)"* (par. 2) e *"The Convention shall apply also to any identical or substantially similar taxes that are imposed after the date of signature of the Convention in addition to, or in place of, the existing taxes. (...)"* (par. 4).

Tralasciando la plasmabilità della "flat tax" ai canoni costituzionali (artt. 3 e 53 della Costituzione)¹⁸, di cui forniremo alcune riflessioni nel prosieguo, la "flat tax", per come strutturata, appare infatti stridere con i caratteri di *"identità"* o

¹⁷ E ciò nonostante la circ. n.17/E del 2017 paia focalizzarsi sul mero art. 4 del Modello OCSE in tema di soggetti "residenti" ai fini convenzionali. Secondo l'Agenzia delle entrate, infatti, *"i soggetti che esercitano l'opzione di cui all'art. 24-bis del TUIR sono da considerare residenti anche ai fini convenzionali, in quanto la totalità dei loro redditi sconta imposta in Italia, salvo il caso in cui le singole Convenzioni di volta in volta applicabili dispongano diversamente"* (cfr. par. 7).

¹⁸ Illegittimità costituzionale della "flat tax" che, laddove in via remota appurata, comporterebbe l'inapplicabilità, al caso, dei Trattati.

“*similitudine sostanziale*” all’imposta sui redditi già in vigore nell’ordinamento domestico. Il Commentario OCSE non fornisce infatti i parametri secondo cui una imposta, valida ai fini del Trattato, possa ritenersi “*identical*” o “*substantially similar*” sebbene non manchino casi, anche storici, in cui tali requisiti dovrebbero ritenersi sovrapponibili sostanzialmente nelle imposte già in vigore (“*upon substantially the same bases as the taxes enumerated herein*”, cfr. *The code of federal regulations of the United States of America* Ed. 1949, p. 28) mentre, a mente degli esperti del WP N. 3 dell’OEEC (par. 1 del Draft Art del 1957) “*taxes as defined above comprise not only those in force on the conclusion of the Convention, but also allother taxes of the same character and with the same objects which are imposed subsequently*”¹⁹.

Da queste premesse è evidente come la “flat tax” di cui al novello art. 24-bis del T.U.I.R. imponga delle riflessioni sebbene una delle maggiori premure del Modello OCSE sia riconducibile al principio secondo cui “*is necessary to prevent the Convention from becoming inoperative in the event of one of the States modifying its taxation laws*”²⁰. In questo senso avendo ben presente l’OCSE l’estrema dinamicità del sistema di tassazione di un Paese. In prima battuta, anche laddove inquadrabile tra le imposte “*non ordinarie*”²¹, la “flat tax” non appare potersi escludere *tout court* dall’alveo dell’art. 2 del Modello OCSE a cui il Commentario sembra attribuire ampio respiro. Sebbene il tema delle “*taxes covered*” sia tutt’oggi ampiamente dibattuto e disomogeneo, per quanto in questa sede interessa, si badi come l’art. 2 del Modello consideri tra le imposte ai fini del Trattato non solo quelle prelevate sul reddito complessivo (“*all taxes imposed on total income*”) ma vieppiù quelle prelevate su elementi di reddito (“*on elements of income*”).

¹⁹ Le formulazioni dell’attuale Commentario OCSE all’art. 2 possono essere in parte rinvenuti nei vari reports del 1957 elaborati dagli esperti del WP N. 3 del Comitato fiscale OEEC. Cfr. P. Brandstetter, *The Substantive Scope of Double Tax Treaties - a Study of Article 2 of the OECD Model Convention*, Doctoral thesis, Wirtshafts, University Vienna, 2011.

²⁰ 1977 Income and Capital Model Convention Commentary on art. 2 par. 4; 1982 OECD Model Estates, Inheritances and Gifts Commentary on art. 2, par. 4.

²¹ L’osservazione ricorre scorrendo il Provvedimento 8 marzo 2017 che precisa come il novello art. 24-bis “*intende favorire gli investimenti, i consumi ed il radicamento di nuclei familiari ed individui ad alto potenziale in Italia da parte di soggetti non residenti, prevedendo, in alternativa alla disciplina ordinaria, un regime fiscale speciale (...)*”.

Secondariamente, l'art. 2 del Modello non menziona le "imposte ordinarie", altrettanto non escludendo, come rilevabile dal Commentario, l'applicazione del trattato anche alle "imposte straordinarie" ove lo Stato contraente decida di ampliare la platea delle fattispecie impositrici²². Riservando ad altra dottrina maggiori considerazioni in merito, nel prosieguo ci porremo nell'ottica di considerare la "flat tax" quale imposta inquadrabile tra le "taxes covered" dai Trattati²³, diversamente non potendo sottacere ulteriori conseguenze anche ai fini della definizione di soggetto "residente" che proprio le convenzioni contro le doppie imposizioni si premurano di risolvere²⁴.

5. Osservazioni in tema di applicazione dei Trattati

Superato l'eventuale dilemma circa l'inquadramento della "flat tax" nelle "taxes covered" come individuate dall'art. 2 del Modello OCSE, si può constatare come il novello regime agevolativo ex art. 24-bis del T.U.I.R. potrebbe risultare non conveniente in presenza di un Trattato, considerato che alcune disposizioni convenzionali prevedono una tassazione esclusiva nello Stato di residenza, risultando così peggiorative rispetto alle previsioni dell'art. 23 del T.U.I.R..

La fattispecie più evidente è quella dei "capital gain" da realizzo di partecipazioni

²² Secondo il Commentario OCSE (cfr. art. 2, par. 2) "(...) it seems preferable not to include extraordinary taxes in the Article. But, as it is not intended to exclude extraordinary taxes from all conventions, ordinary taxes have not been mentioned either. The Contracting States are thus free to restrict the convention's field of application to ordinary taxes, to extend it to extraordinary taxes, or even to establish special provisions". Secondo P. Lang (*Bulletin for International Fiscal Documentation*, 2005, 217) la posizione del Commentario OCSE apparirebbe in realtà confusa in quanto, da un lato, le parti sembrano poter restringere (limitare) la portata del trattato alle imposte ordinarie, mentre, dall'altro, esse potrebbero "estenderlo" a quelle straordinarie con la conclusione che le imposte straordinarie sarebbero coperte salvo l'esclusione esplicita delle parti.

²³ Si noti come tale impostazione sia stata fatta propria dall'Agenzia delle Entrate nella circ. n. 17/E del 2017.

²⁴ Nonostante l'individuazione della residenza fiscale e l'applicazione delle "tie-breaker rules" non sia oggetto del presente contributo, si ritiene opportuno mettere in evidenza come il requisito della residenza fiscale nello Stato sia da valutare con particolare attenzione, considerando tutte le previsioni delle Convenzioni contro le doppie imposizioni in essere. Secondo il Trattato con la Svizzera (cfr. art. 4, c. 5), ad esempio, la residenza fiscale nell'altro Stato è riconosciuta solamente qualora in tale Stato le persone fisiche sono "assoggettate alle imposte generalmente riscosse nel medesimo Stato per tutti i redditi generalmente imponibili secondo la legislazione fiscale di questo Stato e provenienti dall'altro Stato". Secondo tale disposizione, pertanto, il regime agevolativo della "flat tax" potrebbe determinare una doppia residenza fiscale.

che i Trattati (cfr. art. 13)²⁵ generalmente assoggettano ad imposizione esclusiva nello Stato di residenza dell'alienante²⁶. Sulla base di quanto descritto in premessa, in tale fattispecie, in assenza di un reddito prodotto all'estero, la "flat tax" non sarebbe applicabile, risultando invece applicabile il regime ordinario che prevede il concorso al reddito del 49,72% della plusvalenza netta, in caso di partecipazione qualificata, ovvero l'applicazione dell'imposta sostitutiva del 26%, negli altri casi. In tali casi, la previsione dell'art. 24-bis, c. 1, T.U.I.R. - secondo la quale "*l'imposta sostitutiva non si applica ai redditi di cui all'articolo 67, comma 1, lettera c), realizzati nei primi cinque periodi d'imposta di validità dell'opzione*" - sarebbe puramente "*di stile*" in quanto la sostitutiva non sarebbe applicabile neppure dopo i primi cinque periodi di imposta di validità dell'opzione.

Nonostante la fattispecie dei "*capital gain*" sia quella sicuramente più rilevante, non si tratta dell'unico caso. Il criterio dello Stato della residenza è ad esempio generalmente previsto anche per i redditi professionali²⁷ (cfr. art. 14 dei Trattati)²⁸

²⁵ Costituisce eccezione il Trattato con la Francia (cfr. art. 8 del Protocollo).

²⁶ Secondo l'art. 23, c. 1, lett. f) del T.U.I.R., rilevano nel territorio dello Stato "*i redditi diversi derivanti da attività svolte nel territorio dello Stato e da beni che si trovano nel territorio stesso, con esclusione: 1) delle plusvalenze derivanti dalla cessione di partecipazioni non qualificate in società residenti negoziate in mercati regolamentati; 2) delle plusvalenze derivanti dalla cessione a titolo oneroso ovvero da rimborso di titoli non rappresentativi di merci e di certificati di massa negoziati in mercati regolamentati, nonché da cessione o da prelievo di valute estere rivenienti da depositi e conti correnti; 3) dei redditi di cui alle lettere c-quater) e c-quinqies) dell'articolo 67 del TUIR, derivanti da contratti conclusi, anche attraverso l'intervento di intermediari, in mercati regolamentati*". Secondo la circ. 9/E del 2015, nonostante la previsione letterale, l'esclusione dall'ambito applicativo dell'art. 23 dei predetti redditi non modifica, tuttavia, il collegamento oggettivo tra la fonte produttiva dei medesimi e il territorio dello Stato. L'Agenzia delle Entrate conclude pertanto che tale esclusione non pregiudichi il diritto al credito per le imposte estere pagate da soggetti residenti in relazione a tali tipologie reddituali che siano state assoggettate a tassazione nel Paese della fonte, in conformità a parametri di collegamento coerenti con quelli affermati dall'art. 23 del T.U.I.R.. Il medesimo principio si estende anche ai fini della "flat tax", come confermato dalla recente circ. n.17/E del 2017.

²⁷ Salvo il professionista non disponga di una base fissa nello Stato ove viene esercitata l'attività professionale.

²⁸ Secondo l'art. 23, c. 1, lett. d) del T.U.I.R., rilevano sempre nel territorio dello Stato i redditi di lavoro autonomo derivanti da attività ivi esercitate.

e le pensioni²⁹ (cfr. art. 18 dei Trattati)³⁰ e, in alcuni Trattati³¹, per le “royalties” (cfr. art. 12)³².

Non pare invece vi siano dubbi circa l'applicabilità della “flat tax” per i redditi di fonte estera per i quali i Trattati prevedono la tassazione (esclusiva o concorrente) nello Stato della fonte in quanto, in tali casi, il requisito dei “redditi prodotti all'estero” dovrebbe essere sicuramente verificato. E' il caso, ad esempio, dei redditi immobiliari (cfr. art. 6 dei Trattati) o dei “capital gain” derivanti dal realizzo di immobili (cfr. art. 13 dei Trattati)³³, assoggettabili ad imposizione nello Stato estero in cui gli immobili sono situati³⁴. Considerazioni particolari riguardano il caso della cessione di partecipazioni estere il cui valore è costituito “prevalentemente” da beni immobili situati nello Stato estero. Si tratta di una fattispecie che trova apposita disciplina nel Modello OCSE e, in particolare, nel paragrafo 4, dell'art. 13, del Modello³⁵ nel quale viene prevista una potestà impositiva concorrente tra lo Stato di residenza del “soggetto” alienante e lo Stato ove gli immobili sono situati.

La *ratio* di tale disposizione risiede nell'evitare manovre elusive consistenti nel possesso di immobili tramite lo schermo societario, con l'unico fine di ottenere vantaggi fiscali. Si deve tuttavia rilevare come la maggior parte delle Convenzioni

²⁹ Secondo l'art. 23, c. 2, lett. a) del T.U.I.R., si considerano prodotte nel territorio dello Stato le pensioni, gli assegni ad esse assimilati e le indennità di fine rapporto di cui alle lett. a), c), d), e) e f) del comma 1 dell'art. 16, se corrisposti dallo Stato, da soggetti residenti nel territorio dello Stato o da stabili organizzazioni nel territorio stesso di soggetti non residenti.

³⁰ Costituiscono eccezione le Convenzioni stipulate con Svezia, Lussemburgo, Finlandia e Thailandia, secondo le quali le pensioni e le remunerazioni analoghe pagate ai sensi della legislazione sulla sicurezza o sulla previdenza sociale di uno Stato contraente sono imponibili anche in questo Stato (cfr. circ. n. 41/E del 21 luglio 2003).

³¹ Ad esempio, Cipro, Unione Sovietica (ex Paesi) e Ungheria.

³² Secondo l'art. 23, c. 2, lett. c) del T.U.I.R., sono territorialmente rilevanti i compensi per l'utilizzazione di opere dell'ingegno, di brevetti industriali e di marchi d'impresa nonché di processi, formule e informazioni relativi ad esperienze acquisite nel campo industriale, commerciale o scientifico se corrisposti dallo Stato, da soggetti residenti nel territorio dello Stato o da stabili organizzazioni nel territorio stesso di soggetti non residenti.

³³ Ma a ben vedere non si tratta di una fattispecie di particolare interesse considerata l'esenzione da imposizione prevista dall'art. 67 del T.U.I.R. per le plusvalenze realizzate mediante cessione di immobili acquistati o costruiti da più di cinque anni.

³⁴ Ad analogo risultato si addiuvano nell'ambito domestico (cfr. art. 23, c. 2, lett. a) e f) del T.U.I.R.).

³⁵ “Gains derived by a resident of a Contracting State from the alienation of shares deriving more than 50 per cent of their value directly or indirectly from immovable property situated in the other Contracting State may be taxed in that other State”.

contro le doppie imposizioni stipulate dall'Italia facciano riferimento alle precedenti versioni del Modello OCSE e non abbiano generalmente previsto una disciplina *ad hoc* per le immobiliari estere³⁶, risultando così applicabile la regola generale che prevede la tassazione esclusiva nello Stato di residenza dell'alienante prevista dal comma 5 dell'art. 13. In tali casi, come sopra ipotizzato, il requisito del "*reddito prodotto all'estero*" non sarebbe verificato mettendo così in dubbio l'applicazione del regime "*resident non domiciled*" domestico.

Per le motivazioni sopra esposte, il regime della "flat tax" dovrebbe invece interessare gli altri casi nei quali i trattati prevedono la tassazione esclusiva o, comunque, il "*primary right to tax*" nello Stato della fonte. E' ad esempio il caso dei redditi da lavoro (cfr. art. 15 dei Trattati), assoggettabili ad imposizione nello Stato estero nel quale l'attività lavorativa viene svolta^{37 38}, dei "*Directors Fees*" (cfr. art. 16 dei Trattati), assoggettabili ad imposizione nello Stato in cui è residente la società nella quale sono esercitate le funzioni di direzione o gestione³⁹ e dei redditi degli artisti e sportivi (cfr. art. 17 dei Trattati), assoggettabili ad imposizione nello Stato nel quale le prestazioni sono rese⁴⁰.

³⁶ In alcuni casi, si è posto rimedio inserendo un protocollo aggiuntivo, com'è avvenuto nel caso della Convenzione contro le doppie imposizioni tra Italia e Francia, secondo la quale "*Per quanto concerne l'articolo 13, gli utili derivanti dall'alienazione di azioni, quote o partecipazioni in una società o in una persona giuridica che possiede beni immobili situati in uno Stato, i quali, secondo la legislazione di tale Stato, sono sottoposti allo stesso regime fiscale degli utili derivanti dall'alienazione di beni immobili, sono imponibili in detto Stato. Ai fini dell'applicazione della presente disposizione, non sono presi in considerazione i beni immobili che sono utilizzati da detta società o persona giuridica nell'esercizio della propria attività, industriale, commerciale, agricola ovvero nell'esercizio di una attività non commerciale*". In senso conforme a tali previsioni, tra le altre, cfr. Convenzione con Canada, Cina, Finlandia, Filippine e Messico.

³⁷ Eccetto il caso in cui: "*a) il beneficiario soggiorna nell'altro Stato per un periodo o periodi che non oltrepassano in totale 183 giorni nel corso dell'anno fiscale considerato, e b) le remunerazioni sono pagate da o per conto di un datore di lavoro che non è residente dell'altro Stato, e c) l'onere delle remunerazioni non è sostenuto da una stabile organizzazione o da una base fissa che il datore di lavoro ha nell'altro Stato*", fattispecie per le quali opera invece la tassazione esclusiva nello Stato della residenza.

³⁸ Ad analogo risultato si addiuvano nell'ambito domestico (cfr. art. 23, c. 1, lett. c) del T.U.I.R.).

³⁹ Secondo l'art. 23, c. 2, lett. b) del T.U.I.R., tali redditi si considerano prodotti nel territorio dello Stato, se corrisposti dallo Stato, da soggetti residenti nel territorio dello Stato o da stabili organizzazioni nel territorio stesso di soggetti non residenti.

⁴⁰ Secondo l'art. 23, c. 1, lett. d) del T.U.I.R., sono rilevanti nel territorio dello Stato i redditi di lavoro autonomo derivanti da attività esercitate nel territorio dello Stato. In caso di redditi assimilati al lavoro dipendente di cui all'art. 50, c. 1, lett. c-bis), T.U.I.R., il collegamento territoriale si fonda sulla corresponsione del reddito (art. 23, c. 2, lett. b), T.U.I.R.).

6. Ulteriori note e conclusioni in tema di convenienza

Considerazioni particolari riguardano i dividendi (cfr. art. 10)⁴¹, gli interessi (cfr. art. 11)⁴² e, nella generalità dei Trattati, le *“royalties”* (cfr. art. 12), per le quali opera la tassazione concorrente tra i due Stati. Il criterio generale della tassazione nello Stato della residenza trova infatti una deroga, consentendo l'imposizione anche nello Stato della fonte in misura, tuttavia, limitata. Nei casi in cui lo Stato della fonte non preveda una ritenuta in uscita⁴³, si pone in dubbio l'esistenza di un reddito prodotto all'estero ai fini dell'agevolazione⁴⁴. Si tratta tuttavia di casi isolati; infatti, nella generalità dei casi, è prevista l'applicazione di ritenute nello Stato della fonte. Relativamente alle menzionate fattispecie, l'esistenza di Trattati contro le doppie imposizioni dovrebbe pertanto consentire i vantaggi offerti dal regime per i *“neo-residenti”*, che sembrano sussistere sia qualora non sia riconosciuto il *“foreign tax*

⁴¹ Secondo l'art. 23, c. 1, lett. b) del T.U.I.R., sono territorialmente rilevanti i redditi di capitale corrisposti dallo Stato, da soggetti residenti nel territorio dello Stato o da stabili organizzazioni nel territorio stesso di soggetti non residenti, con esclusione degli interessi e altri proventi derivanti da depositi e conti correnti bancari e postali. In merito a questi ultimi (*rectius “interessi e altri proventi derivanti da depositi e conti correnti bancari e postali”*), con riferimento alla *“lettura a specchio”* di cui all'art. 165, c. 2 del T.U.I.R., la circ. 9/E del 2015 ha tuttavia adottato un'interpretazione estensiva, ritenendo che *“l'esclusione prevista non pregiudichi il diritto al credito per le imposte estere pagate da soggetti residenti in relazione ad analoghe tipologie reddituali che siano state assoggettate a tassazione nel Paese della fonte, in conformità a parametri di collegamento coerenti con quelli affermati dall'articolo 23 del T.U.I.R.”*. Si noti che la medesima impostazione è valida anche ai fini della *“flat tax”*, come confermato dalla recente circ. 17/E del 2017.

⁴² Cfr. nota 41.

⁴³ Ad esempio, Emirati Arabi e Lussemburgo (per gli interessi).

⁴⁴ Nella maggior parte dei Trattati, infatti, il *“foreign tax credit”* viene riconosciuto solamente ai redditi che lo Stato della fonte assoggetta ad imposizione conformemente alla specifica Convenzione applicabile. Fanno eccezione alcune Convenzioni quali, ad esempio, le Convenzioni con Argentina e Brasile che consentono un credito d'imposta figurativo (c.d. *“matching credit”*) a fronte di imposte non effettivamente pagate. Si tratta di misure eccezionali finalizzate ad attrarre investimenti stranieri in tali Paesi e di evitare il completo trasferimento dell'onere impositivo su tali redditi dal Paese della fonte al Paese della residenza, tenuto conto che quest'ultimo, ove non concedesse il *“foreign tax credit”*, preleverebbe interamente le imposte cui ha rinunciato lo Stato della fonte. Si deve tuttavia rilevare come *“tax-sparing credits”* siano riconosciuti anche in alcuni Trattati con Paesi industrialmente avanzati, quali Finlandia, Portogallo e Svezia. Al di là di tali particolari fattispecie, potenzialmente agevolabili anche ai fini della *“flat tax”*, è dubbio che il neo-regime opzionale possa risultare applicabile ai casi in cui lo Stato della fonte rinunci ad esercitare la potestà impositiva concessa dalle previsioni pattizie.

*credit*⁴⁵ che nei casi in cui i redditi esteri concorrano al reddito complessivo⁴⁶.

Non sembra invece esistano dubbi circa l'esclusione dal regime della "flat tax" dei redditi non riconducibili ad una delle categorie ricomprese nelle previsioni pattizie quali, ad esempio, i redditi derivanti da prestazioni commerciali effettuate nell'altro Stato in assenza di una stabile organizzazione^{47 48}.

La disamina delle diverse fattispecie sopra riportata mette in luce come, in presenza di un Trattato contro le doppie imposizioni, il regime della "flat tax" risulti di interesse in determinate fattispecie, principalmente circoscritte ai redditi d'impresa derivanti da attività esercitate nell'altro Stato mediante stabili organizzazioni, ai redditi di capitale (*i.e.* interessi e dividendi), alle "*royalties*", ai redditi immobiliari e a quelli degli artisti e sportivi⁴⁹, rimanendo invece esclusi dal regime agevolato la quasi generalità dei "*capital gain*" da cessione di partecipazioni, ivi comprese quelle in imprese immobiliari, per i quali, salvo eccezioni, le Convenzioni contro le doppie imposizioni prevedono la tassazione esclusiva nello Stato dell'alienante, con ciò ponendo in dubbio l'esistenza di un

⁴⁵ Si pensi, ad esempio, al caso dei redditi assoggettati a ritenuta a titolo di imposta, a imposta sostitutiva o a imposizione sostitutiva operata in sede di presentazione della dichiarazione dei redditi ai sensi dell'art. 18 del T.U.I.R.. Si rammenta, al riguardo, che secondo tale ultima disposizione (cfr. art. 18) "*il contribuente ha facoltà di non avvalersi del regime di imposizione sostitutiva ed in tal caso compete il credito d'imposta per i redditi prodotti all'estero*" ma ciò non è ammesso in relazione agli interessi, ai premi e agli altri frutti derivanti da obbligazioni e titoli similari esteri (cfr. art. 4, c. 2, del d.lgs. n.239 del 1996) e agli utili relativi a partecipazioni non qualificate in soggetti esteri, nonché i proventi derivanti da contratti di associazione in partecipazione stipulati con soggetti esteri e caratterizzati da apporti diversi da opere e servizi e di natura "non qualificata" (cfr. art. 27, c. 4, DPR n.600/1973).

⁴⁶ E' ad esempio il caso degli utili di fonte estera relativi a partecipazioni qualificate.

⁴⁷ Secondo l'art. 7, c. 1 delle Convenzioni, "*gli utili di un'impresa di uno Stato sono imponibili soltanto in detto Stato, a meno che l'impresa non svolga la sua attività nell'altro Stato per mezzo di una stabile organizzazione ivi situata*". In senso conforme, cfr anche l'art. 23, c. 1, lett. e) del T.U.I.R., secondo il quale "*si considerano prodotti nel territorio dello Stato i redditi d'impresa derivanti da attività esercitate nel territorio dello Stato mediante stabili organizzazioni*".

⁴⁸ Ad analoghe conclusioni, secondo l'impostazione dell'Agenzia delle Entrate, si dovrebbe addvenire in tutti i casi in cui vi sia difformità tra le previsioni interne dello Stato della fonte e quelle convenzionali. E' il caso, ad esempio, di una stabile organizzazione riconosciuta dallo Stato della fonte in difformità alle previsioni pattizie. In questi, infatti, l'imposta estera dovrebbe essere chiesta a rimborso (cfr. ris. n. 277/E del 2008 cit.).

⁴⁹ Si è già avuto modo di evidenziare come la "flat tax" non risulti di particolare interesse per le plusvalenze immobiliari, generalmente esonerate da imposizione in Italia. La "flat tax" potrebbe invece risultare di interesse in presenza di attività lavorativa abitualmente svolta all'estero o di rilevanti cariche in società estere. Non si può tuttavia sottacere come tali attività all'estero e, in generale, una presenza estera significativa, presentino rischi di doppia residenza, facendo così venir meno i vantaggi del regime opzionale.

reddito prodotto all'estero ai fini del regime opzionale.

A diverse conclusioni si giunge invece qualora i redditi siano prodotti in Stati con i quali l'Italia non ha stipulato Convenzioni contro le doppie imposizioni (i.e. tipicamente "*paradisi fiscali*"). In tali casi, infatti, opererebbe a pieno titolo la "*lettura a specchio*" prevista dall'art. 165, c. 2 del T.U.I.R., la quale, rimandando all'art. 23, estende notevolmente il novero dei "*redditi prodotti all'estero*" assoggettabili alla "flat tax".

Si tratta pertanto di una disposizione ad effetti imprevisi che sembra agevolare in modo particolare i redditi detenuti in paesi a bassa fiscalità e non trasparenti. Si deve infatti evidenziare che la "flat tax" determina una rinuncia all'imposizione ordinaria che risulta tanto più conveniente quanto minore è il carico impositivo nello Stato della fonte. Ciò si presta a pianificazioni fiscali aggressive, al fine di avvantaggiarsi di una sostanziale doppia esenzione. La cosa risulta ancora più evidente se si considera che la "flat tax" interessa anche i "*capital gain*" e i dividendi da paesi "*black list*"⁵⁰ - che proprio le disposizioni interne (cfr. artt. 47 e 68 del T.U.I.R.) tendono a contrastare prevedendone la tassazione in misura piena⁵¹ ⁵² - nonché il regime antielusivo delle "*Controlled Foreign Companies*" (Cfc) disciplinato dall'art. 167 del T.U.I.R.⁵³ ⁵⁴.

⁵⁰ Cfr. circ. n.17/E del 2017 secondo la quale "*l'imposta sostitutiva in esame viene riconosciuta indipendentemente dallo Stato estero di provenienza e a prescindere dalla tassazione ivi scontata*".

⁵¹ Fatta salva la dimostrazione della sussistenza, sin dall'inizio del periodo di possesso della partecipazione, dell'esimente di cui alla lettera b), comma 5, dell'articolo 167 del T.U.I.R., ossia che dalle partecipazioni non consegue l'effetto di localizzare i redditi in Stati o territori a regime fiscale privilegiato.

⁵² Le disposizioni sui dividendi e i "*capital gain black list*" potrebbero tuttavia interessare anche Paesi con i quali sono in essere convenzioni contro le disposizioni (a tal fine, risulta infatti applicabile l'art. 167, c. 4 del T.U.I.R. che considera di "*favore*" i regimi fiscali con un livello nominale di tassazione inferiore al 50 per cento di quello applicabile in Italia). In questi casi, come sopra argomentato, il regime "*resident non domiciled*" potrebbe risultare non applicabile in assenza di un reddito prodotto all'estero secondo le previsioni pattizie.

⁵³ Cfr. circ. n. 17/E del 2017, sebbene sarebbe anche possibile addivenire a diverse conclusioni (i.e. assenza di un reddito prodotto all'estero agevolabile) sulla base di una interpretazione meramente letterale dell'art. 23 del T.U.I.R.. Il regime delle Cfc non pare infatti riconducibile a una delle singole categorie previste dall'art. 23 del T.U.I.R.. In particolare, non sembra applicabile la lettera g) del comma 1, a mente della quale si considerano prodotti nel territorio dello Stato i redditi di cui agli articoli 5, 115 e 116 imputabili a soci, associati o partecipanti non residenti, in quanto tali disposizioni prevedono l'assolvimento dell'obbligo impositivo direttamente in capo ai soci non residenti, la qual cosa non si verifica nell'ambito delle Cfc.

⁵⁴ La compatibilità delle Cfc con i Trattati contro le doppie imposizioni è da sempre oggetto di ampio

7. Profili di illegittimità del regime dei “neo-residenti”

Dall’analisi normativa emergono rilevanti profili di criticità che potrebbero minare la legittimità della “flat tax” come regime di tassazione nel nostro ordinamento.

Non vi è dubbio, infatti, come il nuovo regime determini un trattamento di favore per i “neo-residenti”, violando il principio di uguaglianza sancito dall’art. 3 della Costituzione che esige “*parità di trattamento per situazioni eguali ovvero analoghe e per converso, una disciplina differenziata per situazioni non riconducibili a*

dibattito (*ex multis*, cfr. A. M. Gaffuri, *La tassazione dei redditi di impresa prodotti all'estero. Principi generali*, in *L'ordinamento tributario italiano*, Giuffrè, 2008, p. 282 ss., C. Sacchetto-P. Plebani, *Compatibilità della legislazione Cfc italiana con le norme convenzionali e con l'ordinamento comunitario*, in *Dir. prat. tribut. int.*, 2002, p. 13 ss., E. Pistone, *Normativa Cfc, convenzioni internazionali e diritto comunitario*, in *Tributimpresa*, 2004, p. 47 ss., C. Rotondaro, *Note minime in tema di compatibilità dei regimi Cfc con il diritto comunitario. Alcune riflessioni sul caso italiano*, in *Riv. dir. trib.*, I, 2000, p. 517 ss., De Luca, *Ancora sul rapporto tra convenzioni bilaterali contro le doppie imposizioni e normative nazionali in tema di imputazione dei redditi dei soggetti esteri controllati*, in *Dir. prat. tribut. int.*, 2003, p. 641 ss.). L'imputazione del reddito della controllata al soggetto italiano prevista dall'art. 167 del T.U.I.R. sembra infatti contrastare le previsioni dell'art. 7 dei Trattati, a mente del quale i redditi di una impresa sono imponibili soltanto nello Stato di residenza, ad eccezione del caso in cui venga svolta nell'altro Stato contraente una attività per mezzo di una stabile organizzazione. A diverse conclusioni si può tuttavia addivenire considerando che lo scopo delle convenzioni non è solamente quello di evitare la doppia imposizione ma anche nel prevenire l'evasione e l'elusione fiscale. In senso conforme, cfr. lo stesso Commentario all'art. 1 del Modello di Convenzione OCSE che al paragrafo 23 testualmente recita “*The use of base companies may also be addressed through controlled foreign companies provisions. A significant number of member and non-member countries have now adopted such legislation. Whilst the design of this type of legislation varies considerably among countries, a common feature of these rules, which are now internationally recognised as a legitimate instrument to protect the domestic tax base, is that they result in a Contracting State taxing its residents on income attributable to their participation in certain foreign entities. It has sometimes been argued, based on a certain interpretation of provisions of the Convention such as paragraph 1 of Article 7 and paragraph 5 of Article 10, that this common feature of controlled foreign companies legislation conflicted with these provisions. For the reasons explained in paragraphs 14 of the Commentary on Article 7 and 37 of the Commentary on Article 10, that interpretation does not accord with the text of the provisions (...) It is recognised that controlled foreign companies legislation structured in this way is not contrary to the provisions of the Convention*”. Orbene, l'assoggettamento ad imposizione nel Paese di residenza dei soggetti che esercitano il controllo della Cfc in deroga alle previsioni pattizie dovrebbe escludere la presenza di un reddito prodotto all'estero agevolabile ai fini del regime “*res non dom*”. Tale conclusione sembra suffragata dallo stesso Commentario OCSE all'art. 7 ove, al paragrafo 14, vengono enunciati i seguenti principi: “*The purpose of paragraph 1 is to limit the right of one Contracting State to tax the business profits of enterprises of the other Contracting State. The paragraph does not limit the right of a Contracting State to tax its own residents under controlled foreign companies provisions found in its domestic law even though such tax imposed on these residents may be computed by reference to the part of the profits of an enterprise that is resident of the other Contracting State that is attributable to these residents' participation in that enterprise. Tax so levied by a State on its own residents does not reduce the profits of the enterprise of the other State and may not, therefore, be said to have been levied on such profits (see also paragraph 23 of the Commentary on Article 1 and paragraphs 37 to 39 of the Commentary on Article 10)*”.

sostanziale identità"⁵⁵.

Ulteriormente, l'imposta sostitutiva forfettaria (i.e. euro 100.000 ed euro 25.000 per i familiari) appare ledere i principi di *"progressività dell'imposizione"* e di *"capacità contributiva"* (art. 53 della Costituzione).

Nel primo caso, infatti, molte sono le perplessità che l'introduzione della "flat tax" suscita. Il concetto di *"progressività"* non solo è riferibile al sistema tributario in genere (e non ai singoli tributi)⁵⁶ ma conferma ulteriormente la tesi che *"la scelta tra imposte proporzionali e progressive non (...) riguarda"* l'economia pubblica, *"ma discende dall'accettazione di un principio politico"*⁵⁷ come evincibile dalla collocazione della disposizione sotto il Titolo Quarto della Costituzione (Rapporti politici; e non sotto il Titolo Terzo dedicato ai Rapporti economici). D'altra parte, l'affermazione secondo cui il principio di progressività riguarda il sistema tributario in genere e non i singoli tributi costituisce un punto fermo costituzionale. Se è vero che l'intento costituzionale è teso ad impedire vantaggi fiscali attraverso modalità giuridiche, l'adozione ovvero l'utilizzo delle quali sia unicamente rivolto, in assenza di *"ragioni economicamente apprezzabili"*, al risparmio d'imposta (anche laddove non ricorra alcuna violazione o contrasto puntuale ad alcuna specifica disposizione)⁵⁸, è altrettanto vero che l'adozione di una "flat tax" come quella introdotta dal novello art. 24-bis del T.U.I.R. non risulterebbe accettabile alla luce dei soggetti interessati e dei risultati che ne scaturiscono. E se è vero, come sostenuto in dottrina, che la *"progressività"* nell'imposizione reddituale può anche sconfinare, in un'ottica sociale, in forme *"personalistiche"* dipendenti non tanto da meri indici patrimoniali o reddituali quanto da altri indici di capacità economica (quali l'esistenza di situazioni di handicap o di sottoprotezione sociale), evidentemente l'assunzione nel nostro ordinamento tributario di un novello regime di *"tassazione piatta"* per soli *"non residenti con alte potenzialità"* palesa un capovolgimento di fronte non facilmente plasmabile ai canoni costituzionali.

⁵⁵ Cfr. Corte costituzionale n.284 del 1986 e, anteriormente, Corte costituzionale 7 luglio 1972, n.120.

⁵⁶ Cfr. Corte costituzionale n.12 del 23 marzo 1960 e Corte Costituzionale n. 2 del 13 gennaio 2006.

⁵⁷ Cfr. A. Fossati, *Giustizia e uguaglianza in Economia Pubblica*, Workingpaper, 2004, 8, p. 6.

⁵⁸ Cfr. Cassazione SS.UU. civili, sent. 23 dicembre 2008, n.30055.

Nel secondo caso, la “capacità contributiva”, in materia tributaria, costituisce applicazione e sviluppo del principio di eguaglianza, rappresentando il parametro con cui una persona fisica è chiamata a concorrere alle spese pubbliche. Non vi è dubbio come il principio di uguaglianza cristallizzato nell’art. 3 della Costituzione non sia *tout court* sussumibile nel principio di identica imposizione per fattispecie differenziate (è il caso classico della differenza impositiva tra redditi di lavoro dipendente e redditi di lavoro autonomo); tuttavia, è altrettanto indubbio come detto principio vieti di disporre di modelli impositivi differenti in capo a soggetti identici, per situazioni reddituali identiche, senza giustificazioni di carattere economico o sociale⁵⁹.

In questo senso la “flat tax”, come congegnata dal legislatore domestico ai sensi dell’art. 24-*bis* cit., si palesa quale regime fiscale in contraddizione con l’onere, per la Repubblica Italiana, di rimozione degli ostacoli di ordine economico e sociale limitativi della libertà ed uguaglianza dei cittadini (cfr. art. 3, Cost.). La violazione dei principi costituzionali risulta ancora più evidente se si considera che il regime interessa un lasso temporale di lungo periodo (*i.e.* quindici anni). Eppure basterebbe prendere atto dei vari interventi, anche legislativi, che negli anni hanno auspicato l’introduzione di una “flat tax” generalizzata per tutti i cittadini residenti in Italia per realizzare appieno il salto di *ratio* insito nel novello art. 24-*bis* del T.U.I.R.⁶⁰. Infatti, sebbene l’introduzione di una generalizzata “flat tax” sia ancora

⁵⁹ Cfr. Corte costituzionale n.341 del 24 luglio 2000, secondo cui “*la Costituzione non impone affatto una tassazione fiscale uniforme, con criteri assolutamente identici e proporzionali per tutte le tipologie di imposizione tributaria*” esigendo “*invece un indefettibile raccordo con la capacità contributiva, in un quadro di sistema informato a criteri di progressività, come svolgimento ulteriore, nello specifico campo tributario, del principio di eguaglianza, collegato al compito di rimozione degli ostacoli economico-sociali esistenti di fatto alla libertà ed eguaglianza dei cittadini-persone umane, in spirito di solidarietà politica, economica e sociale (artt. 2 e 3 della Costituzione)*”.

⁶⁰ Uno per tutti, si veda la Proposta di legge della Lega Nord del 15 giugno 2015, XVII Legislatura, Camera dei deputati n. 3170 secondo la quale una “*drastica riduzione del carico fiscale*” nel nostro Paese per le persone fisiche, pari al 15%, “*costituirebbe, come già ampiamente dimostrato nelle economie dei Paesi che hanno applicato il modello di flat tax, la spontanea emersione delle operazioni illecite consentendo allo Stato di applicarvi l'imposta e quindi di incassare il gettito relativo. Gli studiosi della flat tax ritengono che in Italia una drastica riduzione del peso fiscale porterebbe a un'emersione fin dal primo anno di applicazione di almeno il 40 per cento del sommerso per un valore stimato di 160 miliardi di euro, che subendo un'imposizione del 15 per cento garantirebbe un gettito tributario diretto di almeno 20 miliardi all'anno nei primi due anni di funzionamento del nuovo regime fiscale, in crescendo negli anni a seguire ...*”. In dottrina, cfr. A.

oggi oggetto di disquisizioni accademiche ed economiche⁶¹, una tale soluzione probabilmente risulterebbe meno aggredibile dal punto di vista dell'uguaglianza.

E' in ultimo da rilevare come il "res non dom" domestico realizzi una forma di concorrenza fiscale aggressiva da parte dell'Italia, la qual cosa risulta ancor più evidente per il fatto che la "flat tax" favorisce la produzione di redditi in paesi a regime fiscale privilegiato, in aperto contrasto con la lotta alle pratiche fiscali dannose ("Harmful Tax Practice") da anni perseguita dall'OCSE⁶² e dall'Unione europea. Non è pertanto fuori luogo tacciare la "flat tax", sebbene nell'ambito dell'imposizione diretta in capo alle persone fisiche, come regime per lo meno di dubbia legittimità fiscale.

Martino, *Una sola aliquota. La rivoluzione fiscale deve partire da qui*, in *Libero* del 24 agosto 2005. *Ultra*, cfr. *Il Libro Bianco*, 1994 con precisazioni di G. Tremonti.

⁶¹ Per una lucida recente analisi accademica, cfr. D. Stevanato, *Dalla crisi dell'Irpef, alla flat tax*, Il Mulino, 2016. *Ultra*, cfr. A. Sbroiavacca, R. Lupi, *Flat tax tra esperienze poco indicative e "utile provocazione"*, in *Dialoghi Tributari*, 2015, 1; F. Gallo, *L'uguaglianza tributaria*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012; F. Maffezzoni, *Il principio di capacità contributiva nel diritto finanziario*, Utet, 1970; AA.VV. *La crisi dell'imposizione progressiva del reddito*, a cura di Gerelli, Valiani, F. Angeli, 1984 (con contributi di V. Visco e G. Tremonti); L. Carpentieri, *L'illusione della progressività. Contributo allo studio del principio di progressività dell'ordinamento tributario italiano*, Roma, Dike, 2012. Tra i vari studi accademici internazionali, cfr. in particolare, R. Murphy, *A flat tax for the UK. The implications of simplification*. ACCA Discussion Paper, 2006, London; A. Heath, *Flat tax: towards a British Model*, Stockholm Network, 2006; A. Paulus, A. Peichl, *Effects of flat tax reform in western Europe on equity and efficiency*, Institute for Social and Economic Research, ESRC, n. 2008-06, March 2008; M. Bernier, *Why a flat tax would be fairer and more efficient*, Montreal Economic Institute, Economic Note, Tax policy series, November, 2004; S. Forbes, *Flat tax revolution: using a post card to abolish the lrs*, Washington D.C., Regnery Publishing, 2005.

⁶² Circa la illegittimità di regimi, quali la "res non dom" domestica, che prevedono una sostanziale esenzione nello Stato della residenza di redditi provenienti da paesi a bassa fiscalità, cfr. Rapporto OCSE del 1998 "Harmful Tax Competition - An emerging global issue": "Recommendation concerning restrictions on participation exemption and other systems of exempting foreign income in the context of harmful tax competition: that countries that apply the exemption method to eliminate double taxation of foreign source income consider adopting rules that would ensure that foreign income that has benefited from tax practices deemed as constituting harmful tax competition do not qualify for the application of the exemption method". Si pone in linea di continuità il Progress Report OCSE del 2004 ("The OECD's Project on Harmful Tax Practices") che raccomanda, tra le misure di contrasto delle pratiche fiscali dannose: "- The use of legislative provisions allowing the taxation of residents on amounts corresponding to income that benefits from harmful tax practices that is earned by entities established abroad in which these residents have an interest and that would otherwise be subject to substantially lower or deferred taxes" e "- The denial of the exemption method or modification of the credit method. Where a country levies no or nominal tax on most of the income arising therein because of the existence of harmful tax practices, it may not be appropriate for such income to receive an exemption otherwise intended to relieve double taxation. Member countries that permit foreign tax credits may wish to modify those rules to prevent the pooling of income benefiting from harmful tax practices with other income. In addition, such countries may wish to implement systems to verify the amounts claimed actually constitute creditable taxes".