



Fondazione Centro Studi
U.N.G.D.C

Roma, 20 maggio 2009

**La residenza fiscale delle società nell'Ires ed il fenomeno
dell'esterovestizione societaria**

CIRCOLARE N. 7



CIRCOLARE N. 7

Roma, 20 maggio 2009

SOMMARIO

1. Premessa.....	3
2. La residenza fiscale: riflessioni introduttive	3
3. Il place of effective management	8
4. L'oggetto principale.....	16
5. L'inadeguatezza dei criteri della "sede dell'amministrazione" e dell' "oggetto principale" per le società di mera gestione patrimoniale.....	19
6. Il problema delle notifiche degli atti tributari ai soggetti "esterovestiti"	22
7. Conclusioni	30



1. Premessa

La presente circolare analizza il fenomeno dell'esterovestizione societaria, cercando di mettere in luce i diversi profili e le numerose variabili che rivestono un ruolo fondamentale nell'accertamento della residenza delle società. Il documento cercherà, inoltre, di fornire delle linee guida per poter correttamente interpretare i criteri di collegamento sostanziale previsti dall'art. 73 comma 3 del Tuir, e dall'art. 4 comma 3 del modello OCSE (sulla cui base sono redatte le convenzioni bilaterali stipulate dall'Italia), con particolare attenzione all'evoluzione interpretativa dei concetti in esame, desumibile dalle più recenti pronunce giurisprudenziali sul tema.

2. La residenza fiscale: riflessioni introduttive

L'esterovestizione di un soggetto può essere definita, in una accezione generale, come un fenomeno dissociativo fra residenza formale e residenza sostanziale, posta in essere al fine di beneficiare di un regime fiscale più vantaggioso rispetto a quello del Paese di effettiva appartenenza.

Il punto di partenza, nell'analisi del fenomeno in esame, è perciò il concetto stesso di residenza fiscale, disciplinato nel nostro ordinamento dall'art. 2 comma 2 del TUIR per quanto riguarda le persone fisiche - e soprattutto, per quel che qui interessa, dall'art. 73 3° comma per le persone giuridiche - per il quale "ai fini delle imposte sui redditi si considerano residenti le società e gli enti che per la maggior parte del periodo di imposta hanno la sede legale o la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale nel territorio dello Stato".

Come si desume facilmente dalla lettura delle disposizioni testé citate (nonché da quelle che regolano la residenza in tutti i principali ordinamenti tributari esteri), le norme interne sulla residenza fiscale prevedono generalmente la compresenza di un criterio formale (la sede legale nell'art. 73 comma 3) con almeno un criterio sostanziale (sede dell'amministrazione e oggetto principale). Tali criteri operano in modo disgiunto, nel senso che, per essere



considerati residenti, basterà che anche uno solo tra criterio formale e criterio sostanziale sia verificato: ciò evidentemente perché, altrimenti, ogni soggetto potrebbe trasferire all'estero la propria residenza fiscale con una semplice modifica statutaria, ovvero con la fissazione di una nuova sede legale.

D'altra parte, l'opportunità del criterio formale risulta evidente: limitarsi ad una attribuzione di residenza solo su criteri sostanziali, significherebbe rinunciare ad uno strumento di facile applicazione e di immediata controllabilità, che benché non garantisca l'effettività del collegamento con lo Stato, può ragionevolmente rappresentare una presunzione molto forte - anche assoluta⁽¹⁾ - di residenza. Nella stragrande maggioranza dei casi si ha in effetti coincidenza tra il luogo di residenza anagrafica o della sede legale, e quello determinato dalla verifica dei criteri sostanziali (sede dell'amministrazione, oggetto principale).

Pertanto, se l'operatività contemporanea e disgiunta tra criterio formale e criterio sostanziale rappresenta una necessità al fine di evitare abusi, non altrettanto necessaria ed appropriata pare la presenza di più criteri sostanziali che operino in maniera disgiunta uno dall'altro e con uguale rilevanza, come avviene nel nostro ordinamento interno.

La presenza di una pluralità di criteri di collegamento, senza regole per stabilire la prevalenza di uno sull'altro, comporta la possibilità che un soggetto possa essere considerato sostanzialmente residente in più Stati, anche quando vi è un'evidente prevalenza di un criterio su tutti gli altri, che magari conferma l'evidenza formale. E ciò avviene in particolare quando i criteri sostanziali alternativi sono fra loro molto diversi, e tali che possono essere verificati contemporaneamente in relazione a luoghi differenti.

¹ I criteri formali previsti dalle norme sulla residenza dell'ordinamento italiano (art. 2 comma 2 e art. 73 comma 3 del Tuir) sono stati interpretati da una parte della dottrina (G. MARINO, *La residenza nel diritto tributario*, Padova, 1999, pag. 23) quali presunzioni legali relative, e non assolute, come invece sembrerebbe da un'interpretazione letterale della norma (che non fa salva la prova contraria). Stante questa interpretazione, il contribuente potrà allora dimostrare, dandone concreta prova, che, benché formalmente risulti ancora residente nel territorio italiano (per effetto ad esempio dell'iscrizione nell'anagrafe dei residenti), la sua residenza effettiva è invece localizzata all'estero. La giurisprudenza tributaria, contrariamente a quella civilistica, non ha invece accolto tale interpretazione, ritenendo l'iscrizione nell'anagrafe quale presunzione legale assoluta di residenza (Cass. n. 1215 del 6 febbraio 1998): è stata tuttavia adombrata dalla stessa Suprema Corte (e dalla dottrina) una possibile incostituzionalità della norma, laddove non faccia salva la prova contraria fornita dal contribuente, relativizzando con ciò la presunzione stabilita dall'art. 2 comma 2 del Tuir.



Tale situazione potrebbe portare, interpretando letteralmente la norma, a conclusioni paradossali, che violano la ratio stessa delle disposizioni sulla residenza: un soggetto, infatti, potrebbe qualificarsi come residente in un certo Paese, in ragione di un criterio (ad esempio il “place of effective management”) che esprime un nesso di collegamento territoriale evidentemente meno significativo di un altro criterio sostanziale (ad esempio l’oggetto sociale), solo perché la norma non determina un ordine di prevalenza di un criterio sull’altro, ma li pone indistintamente sullo stesso piano (2). A tal proposito, ed in particolare sulle distorsioni che si potrebbero generare, data la concorrenza del criterio della sede dell’amministrazione con quello dell’oggetto sociale, è significativo quanto affermato dall’Amministrazione finanziaria, nelle osservazioni apposte all’art. 4 del Commentario OCSE: quest’ultima ritiene, infatti, che nell’individuazione della “sede dell’amministrazione” si debba dare rilievo, tra l’altro, al luogo in cui è esercitata l’attività principale, e non solo a quello in cui vengono a materializzarsi gli impulsi volitivi dell’ente, di fatto rendendo connessi i due criteri sostanziali previsti dall’art. 73 comma 3 (3) (4).

² Si pensi ad esempio, ad una società svizzera, che gestisca una pizzeria a Zurigo, il cui unico socio-amministratore sia un napoletano residente a Posillipo, il quale quotidianamente impartisce le direttive e svolge le principali operazioni di amministrazione dalla propria dimora in Italia (l’esempio è tratto da R. LUPI “*Il radicamento al territorio tra strutture operative e Holding*” in Dialoghi di Diritto Tributario, n. 6/2005, pag.934 e ss.). In un siffatto caso, posto che l’art. 73 del Tuir prevede, quali criteri sostanziali alternativi, l’ubicazione nel territorio nazionale di uno tra la sede dell’amministrazione o l’oggetto principale, si potrebbe considerare la società svizzera quale soggetto residente in Italia, sconfessando perciò l’evidenza formale, in quanto la sede dell’amministrazione è localizzabile nell’abitazione del socio-amministratore napoletano. Una tale interpretazione, benché letteralmente sostenibile, risulta tuttavia non appagante sotto il profilo della ragionevolezza: infatti, in questo caso, è evidente che l’attività sociale è radicata nel territorio svizzero (la pizzeria si trova a Zurigo) ed è quindi impensabile poter valorizzare un diverso criterio di collegamento per determinare la residenza di un soggetto come quello dell’esempio.

Nell’interpretare le norme sulla residenza, si dovrebbe necessariamente andare oltre ad una mera interpretazione letterale, cercando, in ogni singola fattispecie concreta, di determinare quale sia il criterio di collegamento sostanziale che meglio colga il reale significato del concetto di residenza, anche qualora la norma stabilisca, letteralmente, una pluralità di criteri con operatività disgiunta. Nel caso dell’esempio sarà allora irrilevante il luogo da dove provengono le direttive del vertice societario, proprio per la assoluta ed inequivocabile prevalenza del luogo di radicamento dell’attività (oggetto principale) rispetto ogni altro criterio.

³ Nell’opinione espressa dall’Amministrazione fiscale italiana si legge che: “*the place where the main and substantial activity of the entity is carried on is also to be taken into account when determining the place of effective management*”.

⁴ Anche la dottrina, al fine di evitare che la presenza di più criteri sostanziali porti alla identificazione di più Stati di residenza, come avverrebbe valorizzando nell’esempio della pizzeria svizzera il criterio della sede dell’amministrazione, ha elaborato un’interpretazione del criterio della sede dell’amministrazione tale da limitare le distorsioni sopra evidenziate: è stato sostenuto, a tal proposito, che “*in questi casi oggetto dell’amministrazione (rectius sede dell’amministrazione), nel senso di “gestione” e oggetto principale coincidono, sia ai sensi della legge interna sia ai sensi di quella convenzionale*” (R. LUPI “*Il radicamento al*



E' appena il caso di ricordare che, oltre che dalle norme di diritto interno, la residenza viene regolamentata dalle norme previste nelle convenzioni bilaterali contro la doppia tassazione internazionale.

La norma di fonte pattizia serve, in particolare, a risolvere i conflitti di residenza tra due diversi Stati che considerano, entrambi, il medesimo soggetto residente nel proprio territorio nazionale. La disposizione convenzionale stabilisce, perciò, un criterio univoco per determinare la residenza di un soggetto, oppure un sistema di graduazione dei diversi criteri di collegamento (5): nelle convenzioni stipulate in conformità del modello OCSE (6), la prima metodologia viene utilizzata per le persone giuridiche, prevedendo, quale criterio unico per la risoluzione dei conflitti di residenza, il criterio del "place of effective management", mentre la seconda metodologia viene utilizzata per le persone fisiche, dove la residenza viene stabilita avendo riguardo, in linea gerarchica, al luogo dell'abitazione principale, al

territorio tra strutture operative e Holding" in Dialoghi di Diritto Tributario, n. 6/2005, pag.934 e ss). Analogamente S. COVINO (nello stesso articolo) sostiene che: "si può affermare che la sede dell'amministrazione è un concetto per molti versi connesso con quello di oggetto principale".

A parere di chi scrive, sostenere in via interpretativa che i diversi criteri previsti dalla norma siano in buona parte equivalenti, vorrebbe dire sostenere che la norma è, almeno in parte, ripetitiva e tautologica, ed allo stesso tempo incompleta, in quanto non individuerebbe un idoneo criterio di collegamento per quelle entità non caratterizzate da un radicamento dell'oggetto principale con il territorio. Oppure, in relazione a quest'ultimo aspetto, la soluzione proposta dagli autori citati, significherebbe ammettere una diversa interpretazione del criterio della sede dell'amministrazione in relazione ai singoli casi concreti, interpretando tale criterio come un criterio sovrapponibile al criterio dell'oggetto principale per quelle attività evidentemente radicate nel territorio, ed invece interpretarlo come luogo da cui promanano le direttive strategiche dell'ente in quelle attività che non hanno un evidente collegamento territoriale. Tale soluzione, certamente sostenibile, comporta tuttavia una complicazione nella non già chiara interpretazione del criterio della sede dell'amministrazione, complicazione evitabile se, in via interpretativa, si affermasse che la pluralità di criteri sostanziali previsti dalla norma non avesse in realtà valenza disgiunta (come sembra invece dalla formulazione letterale quantomeno dell'art. 73 del Tuir), ma la loro valenza fosse alternativa, nel senso che un criterio sarebbe valorizzabile solo quando l'altro non debba essere ritenuto ragionevolmente "prevalente".

⁵ Tali norme vengono denominate "tie-breaker rules".

⁶ L'art. 4 comma 1 del Modello elaborato dall'OCSE, dispone che "Ai fini della presente Convenzione, l'espressione "residente di uno Stato" designa ogni persona che, in virtù della legislazione di detto Stato, è assoggettata ad imposta nello stesso Stato, a motivo del suo domicilio, della sua residenza, della sede della sua direzione o di ogni altro criterio di natura analoga. Tuttavia, tale espressione non comprende le persone che sono assoggettate ad imposta in questo Stato soltanto per il reddito che esse ricavano da fonti situate in detto Stato o per il patrimonio ivi situato". I commi 2 e 3 invece stabiliscono i criteri per dirimere i conflitti di competenza come indicato nel testo.



centro degli interessi vitali, al luogo in cui soggiorna abitualmente ed infine alla nazionalità del soggetto (7).

Per capire la portata concreta della norma convenzionale in relazione al fenomeno delle esteroinvestizioni, si deve sottolineare che, quando vi sia un effettivo conflitto di residenza tra i due Paesi contraenti, e nei limiti delle disposizioni contenute nella convenzione, l'unico criterio valorizzabile per stabilire la residenza del contribuente è quello previsto dalla norma pattizia, in quanto quest'ultima, per il principio di specialità, deve ritenersi prevalente rispetto alle norme dell'ordinamento interno (8).

Ciò comporta che l'amministrazione finanziaria, al fine di fissare, ad esempio, la residenza di una società con sede legale in uno Stato con cui è stata stipulata una convenzione bilaterale (e quindi ivi residente in applicazione della normativa interna di quest'ultimo), non potrà fare leva sulla localizzazione dell'oggetto dell'attività, ma potrà unicamente valorizzare il criterio previsto dalla norma convenzionale (il "place of effective management" appunto).

⁷ E' in atto un ripensamento sulla adeguatezza del criterio del "place of effective management" quale unico criterio previsto, per le persone giuridiche, dal par. 3 dell'art. 4 del Modello OCSE per dirimere i conflitti di residenza tra due Stati contraenti: il T.A.G. (*Technical Advisor Group*), istituito in sede OCSE, ha avanzato, tra le alternative possibili, il suggerimento di riformulare il testo del paragrafo 3 dell'art. 4, prevedendo, analogamente a quanto già previsto per le persone fisiche, una pluralità di criteri gerarchici alternativi. I tests proposti per determinare lo Stato di residenza sarebbero tre: il primo rimarrebbe il luogo di direzione effettiva, il secondo dovrebbe essere scelto tra lo Stato in cui le relazioni economiche sono più strette, quello in cui è principalmente svolta l'attività d'impresa, o lo Stato in cui sono prese principalmente le decisioni aziendali (anche se tale criterio sembra essere in buona sostanza equivalente all'interpretazione del criterio del "place of effective management" e risulterebbe quindi un doppione). Il terzo test proposto è invece quello dello Stato in cui è stata costituita la società.

Se la modifica del par. 3 dell'art. 4 del Modello OCSE attraverso l'introduzione di una pluralità gerarchica di criteri pare essere sicuramente una soluzione migliore rispetto a quella attuale, i tests proposti non convincono, in quanto in buona parte ripetizione di criteri che venivano comunque valorizzati in sede interpretativa, all'interno del generale criterio della sede di direzione effettiva, come si avrà modo di vedere nel prosieguo: l'unico criterio proposto che potrebbe avere una certa rilevanza pratica pare essere quello dello Stato in cui le relazioni economiche sono più strette, che rappresenta criterio diverso sia dall'oggetto principale, sia dal criterio della sede di amministrazione.

⁸ Sulla prevalenza delle norme di ratifica dei trattati internazionali rispetto alle norme interne, anche successive, per effetto del principio di specialità si veda L. CARPENTIERI, R. LUPI, D. STEVANATO "Il diritto tributario nei rapporti internazionali", Luogo, Anno di edizione, pag. 68 e ss. E G. MARINO *op.cit.* pag. 191 e ss.



3. Il place of effective management

Per il fine che ci si è prefissati, è bene iniziare dall'analisi del concetto di "sede di direzione effettiva", che rappresenta, come detto, il criterio fondamentale per la determinazione della residenza sostanziale degli enti, soprattutto in virtù della sua valenza come criterio convenzionale per dirimere i conflitti di residenza. Inoltre, come sottolineato dalla dottrina e dalla giurisprudenza, il criterio del "place of effective management" può ben essere tradotto con il concetto di "sede dell'amministrazione", previsto dall'art. 73 del Tuir, sicché i due concetti possono ritenersi equivalenti.

In sede di commentario OCSE, vengono fornite alcune linee guida interpretative: secondo tale documento, la "sede di direzione effettiva" deve essere individuata nel luogo di assunzione delle decisioni chiave (di natura gestionale e commerciale) necessarie per la conduzione dell'attività della persona giuridica, nel luogo dove la persona o il gruppo di persone che esercitano le funzioni di maggior rilievo assumono ufficialmente le loro decisioni, o ancora nel luogo di determinazione delle strategie che dovranno essere adottate dall'ente nel suo insieme. La valutazione di tali elementi deve essere sempre fatta in un'ottica di prevalenza della sostanza sulla forma, come ricorda esplicitamente lo stesso commentario per cui "la determinazione del luogo della direzione effettiva è una questione di fatto, nella quale occorre far prevalere la sostanza sulla forma".

L'individuazione della sede di direzione effettiva con il luogo da cui promanano le direttive del vertice societario è condivisa anche dalla giurisprudenza interna sia in ambito propriamente tributario, sia in ambito più prettamente civilistico (9), posto che il concetto di "sede dell'amministrazione" si ritrova anche nella definizione civilistica di residenza per le persone giuridiche, ai sensi dell'art. 25 l. n. 218/1995.

In prima battuta, perciò, la sede dell'amministrazione può essere concretamente individuata nell'effettivo luogo dove il consiglio di amministrazione (o comunque l'organo gestorio) si riunisce e delibera, o, nei casi di delega (amministratore delegato o comitato esecutivo), il

⁹ Si veda ad esempio Cass. 16 giugno 1984, n. 3604; Cass. 9 giugno 1988, n. 3910.



luogo dove la delega viene materialmente adempiuta, sempreché essa non si rilevi una pura “ripetizione non autonoma” delle decisioni già prese in sede di Cda (10).

Sempre in una visione sostanzialistica del criterio del “place of effective management”, potrà essere valorizzato anche il luogo in cui venga convocata l’assemblea dei soci, quando sia dimostrabile che il potere gestorio dell’ente sia detenuto nella sostanza da uno o più soci di riferimento, o, addirittura, il luogo di residenza di un socio, qualora il suo grado di ingerenza nell’amministrazione dell’ente risulti molto evidente, tale da ritenere l’ente stesso una sua mera “appendice”.

Sotto quest’ultimo profilo, l’interpretazione del criterio della “sede dell’amministrazione” pone alcuni rilevanti problematiche, in particolare con riguardo alle società appartenenti a gruppi societari. All’interno dei gruppi, infatti, il potere gestorio di ciascuna società è sempre condizionato, secondo gradi di intensità diversi, dall’attività di “direzione e coordinamento” svolta dalla società capogruppo, che stabilisce le linee strategiche, definisce l’assetto organizzativo e decide sulle operazioni di maggior rilevanza per l’intero gruppo, anche qualora esse vengano poi poste in essere in capo ad una società partecipata.

In tale contesto, la sede di direzione effettiva non potrà essere intesa come il luogo in cui vengono prese le decisioni strategiche, in quanto tali decisioni vengono assunte a livello della capogruppo (o comunque, a livello di altre società sopraordinate), ma dovrà essere interpretato come il luogo in cui vengono assunte le decisioni relative all’amministrazione propria dell’ente, che in una società appartenente ad un gruppo societario, si limitano tendenzialmente alla “gestione e direzione quotidiana”. Diversamente, si assisterebbe all’inaccettabile conclusione che il “place of effective management” di tutte (o quantomeno gran parte) delle società appartenenti ad un gruppo debba essere ricondotto presso le strutture di comando della capogruppo, con la conseguenza che, qualora non sia evidente il radicamento delle società nel territorio degli Stati esteri in cui sono situate le loro sedi legali,

¹⁰ Pietra miliare nell’interpretazione del concetto di “*place of effective management*” è sicuramente la sentenza di inizio secolo sul caso De Beers, “*De Beers Consolidated Mines Ltd. V. Howe (1906) 5 T.C. 198.*”



esse potrebbero essere considerate fiscalmente residenti nello Stato della capogruppo, con buona pace della libertà di stabilimento garantita in sede comunitaria (11).

Per stabilire, perciò, quando l'ingerenza del socio rientri nell'attività di direzione e controllo e quando invece ne ecceda, sostituendosi alla stessa attività di amministrazione dell'ente controllato, si dovrà avere riguardo all'attività che si è definita di "gestione e direzione quotidiana dell'ente": essa si concretizza, in sostanza, in tutte le attività "ordinarie" e caratterizzate da una certa continuità, come, ad esempio, l'attività di organizzazione e di controllo dei processi e dei fattori produttivi, la gestione del personale, le attività di relazione con i terzi, la stipula di contratti inerenti alla gestione ordinaria, gli incassi e i pagamenti (significativo è ad esempio stabilire chi ha l'effettiva titolarità dei conti correnti intestati all'ente e chi di fatto ne dispone), gli adempimenti fiscali. Si dovrà però avere attenzione a non confondere questa tipologia di attività con una mera attività di back office: la "gestione e direzione ordinaria" deve comunque esprimere un'attività di direzione, in cui la componente decisionale e di responsabilità deve essere preminente.

Se, perciò, tutte, o quantomeno la maggior parte, di queste attività di "ordinaria amministrazione" possono essere ricondotte direttamente al socio, ben si potrebbe sostenere che l'ente viene di fatto amministrato direttamente dal socio di riferimento, e quindi la sede dell'amministrazione potrà essere ragionevolmente individuata nella sede stessa della capogruppo.

Contrariamente, invece, se nella società partecipata si riscontra l'autonomo svolgimento delle attività di "gestione quotidiana", ancorché ridotte ai minimi termini per effetto della penetrante ingerenza della capogruppo, non potrà essere legittimamente affermato che la sede dell'amministrazione dell'ente debba essere individuata presso la sede della capogruppo, ma andrà individuata nel luogo in cui concretamente le attività di gestione ordinaria vengono svolte (12).

¹¹ Sull'inadeguatezza, per le società appartenenti ad un gruppo societario, ed in particolare per le subholding, dell'interpretazione del criterio della "sede dell'amministrazione" in relazione al luogo da cui promanano gli impulsi volitivi, si rinvia a A.M. GAFFURI, S. COVINO "Ancora su residenza fiscale, sede amministrativa e società holding" in Dialoghi di Diritto Tributario n. 1/2006, pagg. 77 e ss.

¹² Sul tema del controllo societario e sulla localizzazione della sede di direzione effettiva in tali situazioni, anche con riferimento ad un orientamento interpretativo a livello comunitario, è interessante la lettura di un recentissimo contributo apparso su Dialoghi Tributari n. 3/2008, pag. 91 e ss. "La residenza della società e



Ma anche al di là di quanto finora precisato, la localizzazione della sede di direzione effettiva per le società appartenenti a gruppi societari dovrebbe avvenire avendo ben presente la tendenza a concentrare, in capo alla capogruppo, le decisioni strategiche per tutte le società controllate. Per le società appartenenti a gruppi societari, perciò, l'individuazione della sede di direzione presso i locali di comando della controllante, potrà essere legittimamente sostenuta solo se lo svuotamento decisionale della controllata risulti tale da eccedere il "tradizionale" accentramento delle "funzioni decisorie" in seno alla capogruppo. Il confronto non dovrà però essere fatto solamente in relazione ad un fantomatico "grado di accentramento" medio, riscontrabile negli altri gruppi societari, ma dovrà soprattutto essere svolto in relazione a quanto succede nei confronti delle altre società del medesimo gruppo. Così, se per tutte le società consociate si riscontra l'accentramento delle funzioni di pianificazione strategica, finanza e coordinamento amministrativo e contabile, in capo alla controllante, queste attività non potranno essere valorizzate per determinare il luogo in cui deve essere localizzato il "place of effective management" della singola controllata.

Su tale problematica si è di recente pronunciata la Commissione Tributaria Regionale della Toscana (13), che, in un caso di asserita esteroinvestizione di una sub-holding estera di un gruppo italiano, ha precisato che altro è l'attività di controllo strategico che promana dalla capogruppo, ed altro ancora è l'attività amministrativa "quotidiana" ed "ordinaria" svolta dalla controllata. I giudici toscani affermano infatti che: "L'esistenza di un penetrante controllo di una società nei confronti di altra e perciò l'assoggettamento della società

controllo tra schemi OCSE ed episodi giurisprudenziali esterni" di G. MARINO, M. MARZANO E R. LUPI. Sottolineano gli autori che in sede internazionale l'interpretazione del criterio del "place of effective management" è totalmente disgiunta da quello dell'oggetto principale, in quanto è utilizzabile anche per la localizzazione della residenza di società largamente operative, diversamente perciò dalla posizione prevalente in Italia che tende, come sottolineato, ad interpretare il criterio della sede dell'amministrazione in connessione all'oggetto dell'attività per le società operative, dove è evidente il collegamento con il territorio della stessa struttura produttiva (il negozio, la fabbrica, etc..), e solo per le società tipicamente non operative (holdings su tutte) come criterio completamente autonomo.

Sulla tematica del controllo, molto interessanti sono le precisazioni svolte dagli autori in relazione alla differenza tra il potere di influenza esercitabile dai soci di riferimento e i poteri e le responsabilità che comunque rimangono, in via autonoma, in capo agli amministratori: le implicazioni giuridico-economiche del modello di governance che regola la società controllata, e le implicazioni dovute al rapporto di mandato tra soci ed amministratori non permettono, a ben guardare, di attribuire al socio il potere di gestione dell'ente controllato, nemmeno nel caso di controllo totalitario.

¹³C.T.R. Toscana, sentenza n. 61/25/07 del 3/12/2007, in GT – Riv. Giur. Trib. n. 5/2008, pag. 429, con commento di D. STEVANATO.



controllata costituisce fenomeno ben diverso dallo svolgimento delle attività di gestione amministrativa della società controllata. Le due fattispecie non possono essere né sommate né confuse, perché, altrimenti, situazioni giuridicamente rilevanti, fra loro nettamente differenziate, verrebbero rese coincidenti con effetti aberranti sul piano giuridico”.

Alla luce di quanto sin qui rappresentato, va ribadito, quindi, che nel configurare l’“esterovestizione” non rilevano elementi strutturali quali l’attività di direzione e coordinamento strategico, o l’attività accentrata di “gestione” di taluni servizi finalizzata al risparmio di costi, elementi questi che sono del tutto connaturati ed ordinari nel fenomeno che possiamo definire “di gruppo”, e che nulla c’entrano, a ben vedere, con la residenza fiscale della singola società che lo compone..

Un altro profilo da considerare per una corretta interpretazione del criterio del “place of effective management” è il seguente. L’attività di amministrazione – sia se intesa come attività di determinazione delle scelte strategiche, sia, nel caso dei gruppi societari, come “gestione ordinaria” dell’ente - risulta essere un’attività tendenzialmente priva di un chiaro collegamento territoriale, essendo essenzialmente basata su processi cognitivi e relazionali, che, grazie anche alle moderne tecnologie, possono essere comunicati e resi esecutivi in tempi brevissimi anche in luoghi molto distanti uno dall’altro.

Se si vuole garantire la sostanzialità del criterio della “sede di direzione effettiva”, non si potrà ritenere sufficiente, al fine della verifica dello stesso, l’individuazione del luogo in cui si sono svolte le riunioni dei soggetti che amministrano l’ente, in quanto la sola valorizzazione di questi elementi comporterebbe, data la facilità di trasferimento dei soggetti e la possibilità di utilizzare forme di riunione a distanza (ad esempio la videoconferenza) (14), la possibilità per il contribuente di localizzare il “place of effective management” a proprio piacimento, sganciandolo perciò dallo Stato di effettiva residenza. Inoltre, la valorizzazione del solo luogo in cui gli amministratori si riuniscono per deliberare, non garantisce che l’attività di amministrazione si sia lì effettivamente svolta con la continuità

¹⁴ Le riunioni in videoconferenza si considerano giuridicamente svolte nel luogo in cui si trovano fisicamente il presidente ed il segretario dell’organo collegiale. Perciò, per poter legittimamente affermare che una riunione si è svolta in un determinato luogo, basterà che in tale luogo si trovino fisicamente, non già tutte le persone che compongono l’organo deliberante, ma solamente il presidente ed il segretario.



temporale (15) prevista dalle norme sulla residenza, in quanto le riunioni dell'organo gestorio sono solamente momenti "istantanei", la cui frequenza nell'anno è solitamente limitata.

Per determinare in modo sostanziale il luogo di localizzazione del "place of effective management", diviene allora maggiormente significativa la figura stessa delle persone fisiche che amministrano l'ente, ed in particolare la loro residenza.

Si deve infatti tener conto che, in sede processuale, l'accertamento della localizzazione della sede di gestione effettiva avverrà inevitabilmente sulla base di elementi indiziari, proprio per effetto della "alta volatilità territoriale" dell'attività di amministrazione e dell'interpretazione "aperta" del criterio in esame: nell'influenzare il libero convincimento del giudice, sarà allora fondamentale apportare presunzioni (ancorché semplici) che risultino ragionevoli ed in linea con comportamenti "comuni" e tendenzialmente non anti-economici (16).

Così, ad esempio, qualora l'organo gestorio fosse costituito prevalentemente dai medesimi soggetti che costituiscono il board della capogruppo (tra cui, magari, anche quelli delegati all'amministrazione ordinaria), è ovvio che la presunzione che vi sia "commistione" tra socio di riferimento ed ente partecipato sarà particolarmente forte, e quindi, l'asserzione che il "place of effective management" debba essere individuato nei luoghi di comando della stessa capogruppo sarà più difficile da superare, anche al di là del fatto che il consiglio di amministrazione si fosse effettivamente riunito presso la sede legale della partecipata (17).

¹⁵ Sia l'art. 2 che l'art. 73 del Tuir prevedono che la verifica dei criteri per determinare la residenza debba permanere "per la maggior parte del periodo di imposta".

¹⁶ L'onere della prova, in una asserita ipotesi di esterovestizione, è naturalmente a carico della Amministrazione Finanziaria, che dovrà provare la dissociazione fra residenza formale e residenza sostanziale. Tuttavia, essendo l'accertamento della residenza effettiva, come detto nel testo, basato su elementi indiziari che devono convincere il giudice, l'esito del processo sarà legato alla capacità delle parti di addurre motivazioni convincenti sulla tesi sostenuta, facendo sì che il principio dell'onere probatorio perda in parte la propria rigidità. Nell'indicare gli elementi indiziari che, in concreto, possono avere (e storicamente hanno avuto) maggiore influenza sulle dinamiche decisionali, si indicheranno, quindi, indifferentemente, elementi che potranno essere valorizzati dall'amministrazione finanziaria per provare l'esterovestizione, o viceversa dal contribuente per provare che la residenza effettiva è la medesima che emerge formalmente.

¹⁷ In questo caso, infatti, la dimostrazione che effettivamente vi siano state le riunioni degli amministratori presso la sede legale della società per adottare le decisioni relative all'amministrazione dell'ente, mediante, ad esempio, la presentazione dei biglietti aerei, o altra documentazione idonea a provare l'effettiva tenuta del C.d.A. presso la sede della holding, potrebbe essere vinta dalla considerazione che tale spostamento non era necessitato, posto che il board, essendo prevalentemente lo stesso di quello della capogruppo, avrebbe ben potuto deliberare dai luoghi utilizzati per la prima, e che quindi lo spostamento era solamente preordinato ad evitare la



Altrettanto forte risulterà la presunzione che l'attività di amministrazione sia effettivamente svolta nel paese di residenza degli amministratori (18), quando la maggior parte di essi sia residente in uno stesso Stato diverso da quello in cui ha sede l'ente amministrato: in una siffatta situazione, risulterà poco credibile, perché particolarmente anti-economico, poter pensare che gli amministratori svolgano effettivamente la propria attività decisionale nel paese in cui ha sede la società, ivi trasferendosi "quotidianamente" (o quantomeno con quella continuità prevista dalla norma); risulterà, invece, più logico pensare che i processi decisionali si siano effettivamente formati nel paese di residenza della maggior parte degli amministratori (sia in un primo step come processo decisionale individuale, sia in un secondo step, come processo collettivo dovuto al confronto tra i diversi soggetti).

Come già detto in precedenza, qualora vi siano delle deleghe per l'ordinaria amministrazione a favore di uno o più amministratori, per localizzare la sede di gestione effettiva si dovrà preferire il luogo dove la delega è adempiuta, proprio perché i compiti delegati hanno tendenzialmente una ripetitività temporale che risulta più idonea a stabilire l'esistenza del collegamento territoriale, rispetto alle mansioni che rimangono di competenza dell'organo gestorio nella sua interezza (la straordinaria amministrazione), che sono invece caratterizzate da una frequenza episodica. In questi casi, perciò, la presunzione di residenza dell'ente si baserà più verosimilmente sulla residenza dei soli amministratori delegati,

riqualificazione della residenza nello Stato della capogruppo. Tale contestazione, avanzata dall'amministrazione finanziaria, prenderebbe forza dalle evidenze empiriche che il costo di una siffatta "costruzione probatoria" sarebbe contenuto dati i veloci mezzi di trasporto di cui oggi si dispone, o degli altri strumenti di trasferimento di dati ed immagini messi a disposizione dalla moderna tecnologia.

¹⁸ L'art. 35 comma 13 del D.L. 223/2006, aggiungendo il comma 5-bis all'art. 73 del Tuir ha elevato a presunzione legale la presunzione di residenza in Italia di una società basata sulla residenza della maggior parte dei componenti dell'organo gestorio dell'ente stesso, limitatamente però alle società o enti che detengano partecipazioni di controllo in società italiane. Stabilisce infatti la norma che: "*Salvo prova contraria, si considera esistente nel territorio dello Stato la sede dell'amministrazione di società ed enti che detengano partecipazioni di controllo, ai sensi dell'art. 2359, primo comma, del codice civile, nei soggetti di cui alle lettere a e b del comma 1 se, in alternativa: a) sono controllati anche indirettamente ai sensi dell'articolo 2359, primo comma, del codice civile, da soggetti residenti nel territorio dello Stato; b) sono amministrate da un consiglio di amministrazione, o altro organo equivalente di gestione, composto in prevalenza di consiglieri residenti nel territorio dello Stato*". Sulla novella introdotta dal D.L. 223/2006 relativa alle presunzioni di residenza delle società estere che detengono partecipazioni in società italiane si permetta di rinviare alla Circolare n. 1 Fondazione Centro Studi U.N.G.D.C. anno 2007.



quando si riesca a corroborare ciò con evidenze fattuali che confermino che le deleghe sono effettivamente adempiute da tali soggetti e, quindi, non puramente formali (19).

E' in questi termini che va inquadrato il non infrequente caso in cui, in una struttura di gruppo, il presidente del Consiglio di amministrazione della controllante rivesta la medesima carica anche nelle controllate. In questi casi, infatti, spesso il Presidente del CdA delle controllate si limita a svolgere una funzione di mero indirizzo, senza ingerirsi nell'operatività amministrativa e gestionale della società stessa, che in concreto viene affidata agli amministratori delegati o comunque a dirigenti muniti di ampie procure. Ebbene, in siffatti casi è evidente come la particolarità e limitatezza della funzione in questione sia inidonea a far assumere rilevanza, per determinare la residenza fiscale delle controllate, all'attività svolta dal presidente del board.

La stessa identificazione dei soggetti che amministrano l'ente può comportare accertamenti di fatto volti a verificare se l'attività di amministrazione sia effettivamente svolta dai soggetti formalmente investiti del ruolo di amministratori, o se, invece, il potere gestorio dell'ente debba essere ricondotto a soggetti diversi: ciò può succedere, sia con riferimento al socio di riferimento, che spesso risulta essere, come già detto, l'effettivo amministratore dell'ente partecipato, sia in riferimento ad altre figure, che spesso non rivestono nessun ruolo interno alla società, ma l'amministrano per mezzo di rapporti contrattuali di vario genere. Si ricorda,

¹⁹ In una recentissima sentenza della C.T.P. di Belluno (sent. 173/01/2007 in Corr. Trib. 12/2008 con commento di D. STEVANATO "*Holdings statiche e accertamento della residenza fiscale italiana dell'ente estero*") è stata affermata la residenza in Italia di una società di diritto tedesco controllata da una società italiana, facendo principalmente leva sul fatto che, in presenza di due amministratori con poteri disgiunti, tutte le principali decisioni ed operazioni poste in essere dalla controllata tedesca erano ascrivibili all'amministratore residente in Italia, che era anche amministratore e socio della società controllante, mentre nel processo non erano state concretamente provate le mansioni adempiute dall'altro amministratore, residente in Germania. Molto probabilmente, se si fosse concretamente dato prova che l'amministratore tedesco adempiva a tutte le mansioni riguardanti l'ordinaria amministrazione, il giudizio della Commissione avrebbe potuto essere diverso, in quanto, come sottolineato nel testo, l'intervento dell'amministratore-socio della controllante – nelle principali operazioni della società, sarebbe stato giustificato come ingerenza rientrante nell'attività di "direzione e coordinamento", che, come visto, in presenza di altri elementi, non dovrebbe essere valorizzata nella localizzazione della sede dell'amministrazione. Dalla sentenza emerge quindi con chiarezza come, per scongiurare la riqualificazione della residenza di un ente, non sia sufficiente la presenza di amministratori residenti nello Stato in cui è situata la sede dell'ente, e neppure che formalmente ad essi siano attribuiti i poteri di amministrazione ordinaria (mediante deleghe o prevedendo, come nel caso sentenziato, l'amministrazione disgiunta) ma in sede processuale andrà data prova che i poteri attribuiti a tali soggetti erano concreti e realmente esercitati da questi ultimi.



a tal riguardo, il caso deciso dalla Commissione Tributaria Centrale (20), che ritenne fiscalmente residente in Italia una società panamense che aveva dato formale procura quale “agente generale” ad una persona fisica residente a Napoli, la quale eseguiva di fatto la generalità degli interessi della società. L’ampiezza della procura e gli elementi di fatto riscontrati dall’Amministrazione Finanziaria (l’estrema libertà di manovra e la commistione tra il patrimonio sociale e i conti correnti del procuratore), avevano indotto i giudici a confermare la ricostruzione dell’Ufficio accertatore, che aveva ritenuto residente in Italia la società stessa per avere in Italia (presso il domicilio del procuratore) l’effettiva sede dell’amministrazione.

4. L’oggetto principale

Oltre alla sede dell’amministrazione, l’altro criterio sostanziale previsto dall’art. 73 comma 3 del Tuir è l’oggetto principale.

A prima vista, tale criterio sembra essere puntualmente definito dalla stessa norma, che ai successivi commi 4 e 5 stabilisce che “l’oggetto esclusivo o principale dell’ente residente è determinato in base alla legge, all’atto costitutivo o allo statuto, se esistenti in forma di atto pubblico o di scrittura privata autenticata o registrata. Per oggetto principale si intende l’attività essenziale per realizzare direttamente gli scopi primari indicati dalla legge, dall’atto costitutivo o dallo statuto. 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”.

Se le disposizioni sopra riportate fossero realmente riferibili al concetto di “oggetto principale” quale criterio per determinare la residenza di un soggetto, sarebbe negata la sua natura di criterio sostanziale, in quanto la sua verifica sarebbe legata a quanto formalmente previsto nell’atto costitutivo o nello statuto dell’ente e, solo in mancanza di questo, all’attività effettivamente esercitata. Queste due disposizioni, invece, devono essere

²⁰ Comm. Trib. centr. Sez. VII, 10 ottobre 1996, n. 4992, in Dir. Prat. Trib. 1999, II, 87 ss., con nota di T. ARAGNO.



ricollegate direttamente al comma 1 (e non quindi al comma 3 che le precede), che individua, tra i soggetti passivi dell'Ires, gli enti pubblici e privati diversi dalle società, residenti nel territorio dello Stato, che hanno o meno per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali: i commi 4 e 5 interpretano, perciò, il concetto di "oggetto principale" in tale ambito e servono quindi esclusivamente per determinare la commercialità o meno dell'ente.

La localizzazione dell'oggetto principale risulta essere di immediata accertabilità per quelle attività caratterizzate da un evidente ed univoco radicamento in un determinato territorio (come ad esempio un negozio, una fabbrica, un'attività di servizi il cui mercato si esaurisce all'interno di un unico Stato), mentre è foriero di mille difficoltà quando oggetto dell'accertamento siano enti con rilevanza transnazionale, caratterizzati da una pluralità di aggregazioni produttive (punti vendita dislocati in più Paesi, fasi del processo produttivo geograficamente delocalizzate), o da una pluralità di beni gestiti.

Per accertare il luogo dell'oggetto principale si deve fare principalmente riferimento ai rapporti economici che l'ente pone in essere coi terzi, distinguendoli da quelli che rientrano nell'attività di amministrazione, in quanto, altrimenti, i due criteri previsti dall'art. 73 comma 3 tenderebbero a sovrapporsi.

Per determinare il Paese di residenza mediante la localizzazione dell'oggetto principale, potrà allora essere valorizzato il principale mercato di destinazione, dove ad esempio sono localizzati la maggior parte dei punti vendita o in cui è realizzata la maggior parte del fatturato; può anche accadere, viceversa, che, per alcuni settori economici, rilevi maggiormente il mercato di approvvigionamento piuttosto che quello di sbocco: in tali casi, l'oggetto principale andrà localizzato nel paese in cui si realizzano la maggior parte delle forniture; ancora potranno essere valorizzati criteri quali il Paese in cui viene impiegato il maggior numero di dipendenti, o in cui maggiore è l'ammontare degli investimenti.

Per le società che gestiscono beni patrimoniali (soprattutto immobili e partecipazioni), si potrebbe ritenere, secondo una certa opinione, che la localizzazione dell'oggetto sociale debba farsi coincidere con il luogo in cui sono localizzati i beni gestiti: così se una società con sede legale all'estero è proprietaria esclusivamente di immobili siti in Italia, si potrebbe ritenere che l'oggetto principale della società si trova in Italia.



Meno immediato è il caso di una società con sede legale all'estero che detenga partecipazioni in società di residenza (e nazionalità) italiana. In questo caso i beni detenuti dalla società sono i pacchetti azionari o le quote delle società partecipate, e non già direttamente le aziende di queste ultime: applicando la "regola" vista per gli immobili, si dovrebbe affermare che la localizzazione dell'oggetto principale coincide con il luogo in cui sono materialmente custoditi i beni cartolari. Tale affermazione risulta tuttavia priva di un effettivo significato, dato che, proprio per la cartolarità (o immaterialità) di detti beni, il collegamento territoriale di questi è assolutamente privo di significatività, in quanto sarebbe semplicissimo per il contribuente detenere tali beni nel Paese in cui si vuole localizzare la residenza.

Si potrebbe allora dare rilevanza alla localizzazione dei beni di primo grado (le aziende) posseduti dalla società partecipata: se la società italiana partecipata ha il proprio oggetto principale in Italia, allora anche l'oggetto principale della partecipante andrà localizzato in Italia, qualora la partecipazione costituisca il principale bene di quest'ultima. Questa interpretazione è tuttavia criticabile in quanto scavalca tout court lo schermo societario: a ben vedere, infatti, l'istituto giuridico della società si risolve sempre in una fictio legittimata dall'ordinamento, il quale però deve accettarne le derivazioni logiche, e quindi, nel caso di specie, l'autonomia del bene di secondo grado rispetto alle aziende sottostanti (21). Per le società holding, come si vedrà specificamente nel prossimo paragrafo, è quindi preferibile ricercare altre soluzioni interpretative o, de iure condendo, autonomi criteri per la determinazione della residenza.

Una conferma di quanto appena affermato viene data – seppur con riferimento all'imposta di successione – dalla Corte di Cassazione (Corte di Cassazione, sent. 11 giugno 2007, n. 13579, che riprende Cass., sent. 6 aprile 2004, n. 6799) (22). Secondo la Suprema Corte, non è assoggettabile ad imposta in Italia il trasferimento mortis causa delle azioni o quote di una società estera che abbia, come unico o principale asset, la titolarità della partecipazione di controllo in una società residente in Italia. Ciò, in quanto la semplice relazione di controllo

²¹ Su analoga posizione A. MANZITTI "Considerazioni in tema di residenza fiscale delle società", in Riv.dir.trib. 1998, IV, pag. 181 e ss.

²² Per un commento a tale decisione si veda Stevanato, Oggetto principale della holding e territorialità dell'imposta sulle successioni e donazioni, in Corr. Trib., 2007, 2353 ss.



non costituisce di per sé motivo sufficiente per far considerare la società controllata come stabile organizzazione in Italia della controllante estera, e nemmeno per affermare che la controllante abbia il proprio oggetto principale dell'attività in Italia, e debba quindi considerarsi ivi residente. Tale relazione di controllo costituisce tutt'al più un elemento indiziario, sfornito comunque di autonoma valenza probatoria, necessitando il riscontro di ulteriori circostanze gravi, precise e concordanti.

5. L'inadeguatezza dei criteri della "sede dell'amministrazione" e dell' "oggetto principale" per le società di mera gestione patrimoniale

Anche alla luce delle considerazioni finora svolte, è intuitivo che i contribuenti che hanno la maggiore possibilità, volendolo, di localizzare all'estero gli elementi strumentali alla propria attività, sono certamente le società di godimento di cespiti patrimoniali "cartolari", quali attività finanziarie, partecipazioni, marchi e brevetti o altri beni immateriali.

Tali soggetti riescono, infatti, a ridurre al minimo i collegamenti con il territorio, in quanto non abbisognano di nessuna struttura concreta per lo svolgimento della loro attività (ed infatti la loro sede viene generalmente domiciliata presso studi professionali o sedi di altre società) e non necessitano nemmeno di una gestione attiva, limitandosi piuttosto a sfruttare passivamente le potenzialità reddituali dei beni detenuti (23). Inoltre, l'organo amministrativo di tali società, non dovendo far altro che gestire passivamente i cespiti patrimoniali, non deve necessariamente essere composto da figure altamente specializzate, o caratterizzate da capacità imprenditoriali difficilmente ripetibili. L'organo gestorio, in questi casi, assume, perciò, un carattere di "fungibilità": potrà quindi essere composto da professionisti residenti nel luogo in cui ha sede la stessa società, eliminando così in radice le possibili contestazioni sul luogo in cui effettivamente l'organo amministrativo dell'ente si sia riunito o abbia esercitato le proprie attività di gestione.

²³ Gli amministratori di tali società vengono spesso scelti tra gli stessi professionisti nei cui studi sono domiciliate, proprio perché la gestione dell'attività sociale è embrionale e si concretizza quasi esclusivamente in adempimenti più formali che sostanziali (firmare atti, partecipare ad assemblee su indicazioni che vengono fornite dai soci e poco altro).



Con riferimento a queste tipologie di enti, si riscontra perciò la tendenziale inadeguatezza dei criteri di collegamento territoriali sostanziali previsti dall'art. 73 comma 3 e dalle norme convenzionali, in quanto, per le circostanze appena evidenziate, questi criteri risultano facilmente strumentalizzabili da parte del contribuente, avendo nel concreto una consistenza più formale che sostanziale.

La problematica in oggetto sconta evidentemente un limite normativo: i criteri utilizzati sia dal diritto interno che in ambito internazionale per stabilire la residenza fiscale di una società sono chiaramente pensati per un ente che svolge un'effettiva attività di impresa. Nel caso di società di mera intestazione di patrimoni (e tanto più se "cartolari"), viene a mancare del tutto l'attività "imprenditoriale", in quanto un siffatto ente si limita a sfruttare le potenzialità reddituali dei cespiti posseduti, non diversamente da quanto farebbe un investitore privato privo della qualifica di imprenditore. Ragionare in termini di "sede dell'amministrazione", quale luogo in cui vengono assunte le decisioni strategiche dell'ente (ben distinguendo - come prima già s'è detto - tra l'altro ciò che è l'attività di amministrazione da ciò che è influenza del socio), non ha, perciò, molto senso se riferito a soggetti che non svolgono alcuna reale attività, limitandosi a detenere passivamente partecipazioni, piuttosto che marchi o capitali finanziari (24)(25). E lo stesso si potrebbe dire in relazione al criterio dell'oggetto principale dell'attività, che necessariamente presuppone l'esistenza di una concreta attività d'impresa.

A ben guardare, la previsione di medesimi criteri di collegamento sia per le società operative che per quelle "meramente intestatarie di beni" si inserisce in una problematica di più ampio raggio che contraddistingue il nostro ordinamento tributario, ovvero la scelta di considerare le società commerciali quali "imprese in senso fiscale" in ragione di un elemento di ordine puramente formale, e cioè la scelta dello strumento societario per l'esercizio di un'attività di impresa o l'intestazione di un patrimonio. Tale scelta semplificatoria ha spesso evidenziato,

²⁴ Le stesse considerazioni sono condivise da D. STEVANATO "*Holding di partecipazioni e presunzione di residenza*", Corr. Trib. 1/2008 pag. 69 e ss e dello stesso autore "*Oggetto principale ed interposizione ai fini della residenza fiscale*" in Dialoghi di Diritto Tributario 12/2007.

²⁵Parzialmente diversa è la situazione di società di mera intestazione di patrimoni immobiliari: per esse il collegamento territoriale risulta più evidente per effetto della localizzazione degli immobili posseduti.



in diversi ambiti della fiscalità, delle controindicazioni che hanno reso necessario degli accorgimenti correttivi specifici: si pensi, ad esempio, alla disciplina delle società di comodo. Non è evidentemente questa la sede per addentrarci nelle problematiche ora abbozzate. Qui si può solo rilevare come, in un'ottica de iure condendo, sarebbe forse il caso di riflettere concretamente sulla opportunità di prevedere distinti criteri di collegamento per le società di "mera intestazione di beni" in virtù delle sostanziali differenze di tali enti rispetto alle società operative. Proprio per l'assenza di una effettiva attività imprenditoriale, per queste tipologie di società (26) i criteri di collegamento non dovrebbero aspirare ad individuare il territorio statale entro i cui confini si svolge concretamente una certa attività direzionale (sede dell'amministrazione) o materiale (oggetto principale), ma piuttosto il luogo in cui effettivamente vengono goduti i frutti derivanti dallo sfruttamento passivo del patrimonio intestato all'ente.

Oltre a quanto fin qui esposto si possono aggiungere conclusivamente alcune ulteriori considerazioni.

Va innanzitutto sottolineato come sia pacificamente ricorrente nella prassi internazionale la strutturazione dei gruppi attraverso sub holding collocate in Stati diversi da quello di residenza della capogruppo.

In tale ottica, ci si dovrebbe quindi interrogare sulle conseguenze che avrebbe, nella lotta al fenomeno dell'esterovestizione, un approccio eccessivamente appiattito sul concetto di controllo, quasi a voler aprioristicamente ritenere residente in Italia ogni società sub-holding di tipo "statico" controllata da un soggetto italiano. Se si ribaltasse il discorso - facendo quindi riferimento alle fattispecie nelle quali vi sono gruppi esteri aventi sub holding italiane - si dovrebbero forse considerare residenti all'estero tutte le sub holding italiane, solo perché controllate da soggetti esteri?

Va comunque osservato che le presunzioni di residenza introdotte all'interno dell'art. 73 Tuir - per le quali si rimanda alla nostra Circolare n. 1/2006 -, sembra a prima vista spingere

²⁶La distinzione dei criteri di collegamento dovrebbe investire ogni persona giuridica caratterizzata dall'assenza di un'attività concreta, intesa eventualmente anche come attività istituzionale e non solamente di impresa. Gli strumenti di mera intestazione di patrimoni con autonoma personalità giuridica e/o fiscale, risultano essere sempre più numerosi con la sempre maggiore internazionalizzazione del diritto: si pensi ai trust, che potrebbero riproporre le stesse problematiche sulla determinazione della residenza fiscale di quelle or ora viste per le società di mera intestazione di patrimoni.



proprio verso un approccio di questo tipo, teso a valorizzare, in maniera un po' troppo semplicistica, il rapporto di controllo dell'ente estero da parte di un soggetto residente in Italia. E' quindi necessario, nel fornire la prova contraria, ben evidenziare le peculiarità del singolo caso, evidenziando eventualmente anche le contraddizioni che la sola valorizzazione del rapporto di controllo comporterebbe, senza tuttavia trascurare che potrebbe risultare difficile, per le società holding, replicare alla presunzioni di cui sopra allegando una reale attività d'impresa svolta nel territorio estero.

6. Il problema delle notifiche degli atti tributari ai soggetti "esterovestiti"

L'accertamento dei fenomeni di esterovestizione, oltre alle questioni di natura sostanziale precedentemente illustrate, pone alcune rilevanti problematiche attinenti al luogo e alle modalità di notifica degli avvisi di accertamento, intestati a soggetti che hanno la residenza formale (sede legale o luogo di costituzione) all'estero.

E' utile, in quest'ambito, allargare l'angolo visuale, facendo riferimento anche ai casi di esterovestizione relativa a persone fisiche. Infatti, come si avrà modo di valutare di seguito, le problematiche che si riscontrano nella notifica degli avvisi di accertamento a soggetti formalmente residenti all'estero, hanno dei tratti in comune indipendentemente dalla qualifica del soggetto (persone fisiche o persone giuridiche): ciò consente perciò, a differenza delle tematiche sostanziali, una disamina unitaria e complessiva, che investa sia l'una che l'altra tipologia di soggetti.

Per poter affrontare la tematica in oggetto, si deve innanzitutto brevemente richiamare il concetto di domicilio fiscale, che, come noto, rappresenta il luogo in cui vanno effettuate le notifiche al contribuente e in relazione al quale si determina l'Ufficio territorialmente competente ad emettere l'atto impositivo.

Partendo dal domicilio fiscale delle persone fisiche, l'art. 58 comma 2 del DPR 600/73 stabilisce che "le persone fisiche residenti nel territorio dello Stato hanno il domicilio fiscale nel comune nella cui anagrafe sono iscritte. Quelle non residenti hanno il domicilio fiscale nel comune in cui si è prodotto il reddito o, se il reddito è prodotto in più comuni, nel comune in cui si è prodotto il reddito più elevato. I cittadini italiani, che risiedono all'estero in forza di un rapporto di servizio con la pubblica amministrazione nonché quelli considerati



residenti ai sensi dell'art. 2, comma 2-bis, del testo unico delle imposte sui redditi, approvato con D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917, hanno il domicilio fiscale nel comune di ultima residenza nello Stato”.

La norma appena citata lega il domicilio fiscale della persona fisica alla sua residenza anagrafica, stabilendo, invece, per i non residenti (il cui collegamento con l'ordinamento fiscale italiano si limita al conseguimento di redditi prodotti all'interno del territorio dello Stato), che il domicilio fiscale debba essere individuato nel comune in cui si è prodotto il reddito più elevato tra quelli prodotti in Italia.

Il comma 2 dell'art. 58, a ben vedere, non disciplina il caso in cui la persona fisica sia (asseritamente) esterovestita, con una dissociazione tra residenza formale e residenza stabilita in base a criteri sostanziali (dimora abituale, sede principale degli affari e interessi): in questo caso, infatti, il soggetto, pur ritenuto fiscalmente residente in Italia (ex art. 2, comma 2, del Tuir), non è iscritto nelle anagrafi della popolazione residente (sarà eventualmente iscritto all'AIRE se soggetto italiano), e non è quindi possibile individuare il suo domicilio fiscale in relazione a tale dato formale, cui fa esclusivo riferimento l'art. 58. Se il contribuente persona fisica, fiscalmente residente in Italia per ragioni sostanziali (residenza o domicilio effettivo in Italia) conseguisse redditi prodotti nel territorio dello Stato italiano, potrebbe ritenersi applicabile, in analogia ai soggetti non residenti, il secondo periodo del comma 2 dell'art. 58 sopra citato, individuando perciò il domicilio fiscale nel comune in cui è stato prodotto il più elevato tra detti redditi. Qualora, invece, il soggetto esterovestito non conseguisse nessun reddito all'interno del territorio italiano, non vi sarebbe alcun criterio positivamente previsto dalla norma per individuare il domicilio fiscale. Conseguentemente, mancherebbe un luogo dove notificare eventuali atti di accertamento in relazione al conseguimento di redditi di fonte estera.

La norma evidenzia, perciò, un “vuoto normativo”, che deve necessariamente essere colmato in via interpretativa. Non è possibile che un contribuente italiano (27) non abbia un domicilio fiscale nel territorio dello Stato: diversamente, infatti, si assisterebbe all'assurda situazione in

²⁷ Un soggetto esterovestito, com'è noto, è assoggettato a tassazione in Italia sui redditi ovunque prodotti in virtù del fatto di essere fiscalmente residente nello Stato italiano (*worldwide taxation*), ed è quindi necessario, anche per esso, individuarne il domicilio fiscale.



cui il contribuente non può essere controllato, posto che l'Ufficio territorialmente competente a ciò è quello "distrettuale nella cui circoscrizione è il domicilio fiscale del soggetto" (28). Per colmare tale vuoto (quantomeno al fine di determinare l'Ufficio finanziario competente), si dovrà perciò fare necessariamente riferimento al luogo in cui si ritiene debba essere localizzata la residenza sostanziale, non essendoci altri criteri di collegamento con il territorio dello Stato: il domicilio fiscale sarà allora individuabile nel comune in cui si trovano la residenza o il domicilio civilistici del contribuente (29).

²⁸ Non aiuta a tal fine, come potrebbe sembrare ad una prima lettura, il primo comma dell'art. 59 DPR 600/73, che attribuisce all'Amministrazione finanziaria la facoltà di stabilire il domicilio fiscale, in deroga alle norme cui all'art. 58 citato, nel comune dove il soggetto stesso svolge in modo continuativo l'attività principale: tale norma, infatti, sembrerebbe dare rilevanza non già alla residenza formale, ma a quella sostanziale. Tuttavia, *in primis*, la norma fa riferimento esclusivamente al luogo in cui il soggetto esercita la propria attività principale, circoscrivendo perciò la facoltà dell'Amministrazione di stabilire il domicilio fiscale del contribuente ai soli casi in cui tale soggetto eserciti una attività economica all'interno dello Stato, e non già, quindi, quando la sua residenza fiscale in Italia sia dovuta all'esistenza nel territorio italiano della sola dimora abituale o del centro degli interessi intesi in senso affettivo e sociale, e non quindi economico. Inoltre, se il soggetto "esterovestito" esercitasse un'attività continuativa in Italia, essa comporterebbe l'emersione di un reddito ivi prodotto, e quindi in tal caso l'individuazione del domicilio fiscale di un siffatto contribuente sarebbe già possibile ai sensi del comma 2 dell'art. 58, senza dover scomodare perciò la facoltà prevista dall'art. 59.

In secondo luogo, la facoltà attribuita all'Amministrazione ha, in realtà, il solo fine di poter modificare il domicilio fiscale di un contribuente⁽²⁸⁾, e non già quindi stabilirlo in via originaria. L'ultimo comma dell'art. 59, infatti, stabilisce che il provvedimento con cui l'Amministrazione esercita la propria facoltà, deve essere motivato e notificato all'interessato ed ha effetto dal periodo successivo a quello in cui è stato notificato: queste condizioni all'efficacia del provvedimento, presuppongono, a ben vedere, l'esistenza di un domicilio fiscale del contribuente, in mancanza del quale si ripropongono, anche per il provvedimento, le medesime problematiche in tema di notifica dell'avviso di accertamento in conseguenza dell'esterovestizione del soggetto.

²⁹ Ci si dovrebbe chiedere, a tal proposito, cosa succederebbe qualora l'accertamento della "esterovestizione" (ovvero l'asserzione della residenza fiscale in Italia della persona fisica che formalmente risiede all'estero), non possa accompagnarsi alla precisa individuazione di un luogo puntuale, come può avvenire quando la residenza fiscale del soggetto derivi dalla presenza in Italia del centro degli interessi e degli affari dello stesso. Ci si potrebbe infatti imbattere in un caso in cui è palese che il centro degli affari e degli affetti del soggetto sia in Italia, perché ad esempio ivi risiede la sua famiglia, (la moglie in un comune italiano, la famiglia d'origine ed il figlio in un altro comune) ed ivi ha sede una società di cui lo stesso è socio di maggioranza (in un altro comune ancora): in una siffatta ipotesi, la residenza fiscale in Italia del soggetto può certamente ritenersi provata, ma stabilire in quale dei tre diversi comuni debba localizzarsi il suo centro degli interessi ed affari, al fine di stabilirne il domicilio fiscale, pare tutt'altro che semplice, in quanto ciò significherebbe graduare per importanza i tre diversi rapporti valorizzati.

In questo ed altri casi ipotizzabili, appare assai difficile stabilire senza incertezze in quale comune italiano il privato, formalmente residente all'estero, ha il proprio domicilio fiscale: la fissazione di quest'ultimo e la conseguente individuazione della competenza di un determinato Ufficio locale potrebbero perciò connotarsi per una qual certa arbitrarietà, con il rischio che, in sede processuale, l'avviso di accertamento emesso dall'Ufficio venga ritenuto illegittimo in quanto emesso da un Ufficio territorialmente incompetente. Per poter evitare tali problematiche, sarebbe necessario che l'art. 31 DPR 600/73 prevedesse una disposizione di chiusura residuale, che attribuisse in modo univoco e definitivo la competenza territoriale di un determinato Ufficio finanziario nei casi in cui il domicilio fiscale del soggetto non fosse individuabile ai sensi dell'art. 58, o fosse comunque obiettivamente incerta la sua individuazione.



Per quanto attiene alla notifiche, il domicilio fiscale rileva per effetto della disposizione contenuta nell'art. 60 DPR 600/73 lettera c), per la quale "salvo il caso di consegna dell'atto o dell'avviso in mani proprie, la notificazione deve essere fatta nel domicilio fiscale del destinatario".

Nel caso di un soggetto asseritamente esterovestito, che non abbia conseguito redditi prodotti in Italia (30), non vi è, come visto, una specifica disposizione normativa che univocamente stabilisca come individuare il domicilio fiscale del contribuente: si è appena sostenuto, che, in tal caso, il contribuente ha il domicilio fiscale nel luogo in cui viene individuata la residenza sostanziale in Italia del soggetto stesso.

Se tuttavia l'Amministrazione finanziaria notificasse l'avviso di accertamento, motivato appunto con l'asserita esterovestizione del soggetto (ovvero affermando la sua residenza fiscale in Italia), nel comune in cui la stessa ha accertato l'esistenza del domicilio civilistico del contribuente, si assisterebbe ad una paradossale situazione in cui il luogo dove poter validamente effettuare la notifica dell'atto di accertamento, non rappresenterebbe un elemento autonomo che si pone in via pregiudiziale rispetto alla legittimità nel merito della pretesa impositiva, ma si confonderebbe con essa.

In situazioni come questa, si innescherebbe perciò un circolo vizioso: per sapere se l'atto di accertamento poteva essere notificato nel luogo in cui l'Amministrazione ha individuato la residenza sostanziale del privato (ad esempio nel luogo in cui è localizzato il suo domicilio civilistico), occorre infatti prima stabilire se il soggetto formalmente residente all'estero ha

La disposizione di chiusura potrebbe avere un tenore del genere: "Quando l'individuazione del domicilio fiscale non fosse possibile in applicazione delle disposizioni di cui all'articolo 58, o essa fosse comunque obiettivamente incerta, l'Ufficio competente (ad emettere l'avviso di accertamento o ad irrogare le sanzioni) è l'Ufficio di X". La concentrazione in un determinato Ufficio di determinati compiti non è una novità nell'ordinamento fiscale italiano: si pensi alle richieste di rimborso Iva avanzate dai non residenti che vanno presentate al Centro operativo di Pescara, oppure le richieste preventive per l'applicazione di alcune detrazioni di imposta, anch'esse da presentare al medesimo centro di Pescara indipendentemente dal domicilio fiscale del richiedente.

³⁰Se il soggetto di cui si asserisce l'esterovestizione ha conseguito redditi di fonte italiana, e li ha dichiarati, il suo domicilio fiscale sarà, per quanto sopra detto, il luogo in cui tali redditi sono prodotti. L'amministrazione finanziaria procederà perciò alla notifica presso il comune nel quale tale luogo è localizzato, avendone conoscenza in quanto, ai sensi dell'art. 58 comma 4 DPR 600/73, "*in tutti gli atti, contratti, denunce e dichiarazioni che vengono presentati agli Uffici finanziari deve essere indicato il comune di domicilio fiscale delle parti, con precisazione dell'indirizzo*". Per tali contribuenti non vi è quindi nessuna problematica relativa alla notifica in quanto essa verrà effettuata nel comune comunicato dallo stesso soggetto che ha dichiarato i redditi conseguiti in Italia (si pensi ad un soggetto residente formalmente all'estero che possieda in Italia uno o più immobili).



effettivamente il domicilio nel luogo in cui è stato notificato l'atto, ma ciò è proprio l'oggetto del contendere.

Si tratta dunque di situazioni in cui l'esame di una questione pregiudiziale non può non essere compiuto se non esaminando prima una questione principale e di merito, la cui soluzione riverbera i suoi effetti sulla questione pregiudiziale. Paradossalmente, in casi come questo, la questione pregiudiziale della legittima notifica perde ogni autonomia, divenendo irrilevante, in quanto assorbita dalla questione di merito: se il giudice accerta che il domicilio civilistico del soggetto è localizzato in Italia (e precisamente nel luogo supposto dall'Amministrazione) la questione del vizio della notifica viene rigettata e il ricorso perciò respinto (per questioni attinenti al merito), mentre se il giudice esclude che il soggetto abbia il domicilio in Italia, la decisione della causa e l'accoglimento del ricorso verrà a dipendere anche stavolta per ragioni attinenti al merito, ancorché si tratti delle stesse ragioni che inficiano la notifica dell'atto impugnato (31).

Tale paradosso deve far riflettere sulla opportunità di legare il luogo in cui effettuare le notifiche a concetti sostanziali che possono essere oggetto di accertamento, piuttosto che fare riferimento solo ad elementi univoci di agevole accertamento, o quantomeno tali da poter essere ricondotti a scelte fatte dallo stesso contribuente. D'altro canto non si deve trascurare che il luogo di notifica rappresenta un luogo in cui dovrebbe essere ragionevolmente assicurata la conoscenza o, meglio, la conoscibilità dell'atto nella sfera giuridica del suo destinatario, e non deve quindi essere stabilito dal legislatore in un luogo che, al contrario, non garantisca un collegamento attuale con il soggetto a cui l'atto è destinato.

Il connubio di queste esigenze porterebbe a superare il divieto di notifica degli atti tributari presso il domicilio estero del contribuente, sancito dall'art. 60 comma 1 lettera f) del Dpr 600/73 (che dispone espressamente l'inapplicabilità dell'art. 142 c.p.c.) (32), quantomeno nei casi in cui l'indirizzo del soggetto nello Stato estero è facilmente conoscibile da parte

³¹ Le stesse considerazioni, come vedremo, possono essere svolte in caso di esterovestizione societaria, quando il luogo di notifica venga identificato nella sede dell'amministrazione dell'ente. A tal proposito si vedano le osservazioni di D. STEVANATO *"Prova dell'esterovestizione e luogo di effettuazione delle notifiche: viene prima l'uovo o la gallina?"*, in *Giurisprudenza Tributaria* n. 5/2008, pag. 438 e ss.

³² Dispone l'art. 142 c.p.c. primo comma che *"Se il destinatario non ha residenza, dimora o domicilio nello Stato e non vi ha eletto domicilio o costituito un procuratore a norma dell'art. 77, l'atto è notificato mediante spedizione al destinatario per mezzo della posta con raccomandata e mediante consegna di altra copia al Ministero degli affari esteri per la consegna alla persona alla quale è diretta"*.



dell'Amministrazione Finanziaria (33). Tale soluzione rappresenterebbe infatti quella ottimale in relazione alle due esigenze sopra evidenziate: l'indirizzo in cui il soggetto formalmente risiede all'estero è un dato incontrovertibile qualora dichiarato dal soggetto accertato o comunque dedotto da iscrizioni in anagrafi estere (si pensi ad esempio all'iscrizione all'AIRE), ed in ogni caso è comunque riferibile ad una manifestazione di scienza o di volontà (sia essa una dichiarazione resa dal soggetto stesso o un'iscrizione in elenchi pubblici) posta in essere dal soggetto stesso. Inoltre, tale dato non potrebbe costituire l'oggetto stesso dell'accertamento e quindi non verrebbe a crearsi quella situazione "circolare", in tema di legittimità della notifica, sopra evidenziata.

Analoghe critiche sono state mosse al luogo di notifica previsto dalla legge per i casi di cittadini italiani che hanno trasferito la propria residenza in paradisi fiscali, che vengono considerati, sino a prova contraria, fiscalmente residenti in Italia per effetto della presunzione legale cui all'art. 2, comma 2-bis, del Tuir: per tali soggetti, per il combinato disposto degli artt. 58 e 60, comma 1, lett. c), del DPR 600/73, le notifiche andavano effettuate nel comune di ultima residenza nello Stato. Le notifiche destinate a tali contribuenti venivano poi effettuate molto spesso in applicazione della lettera e) dell'art. 60 DPR 600/73, mediante affissione dell'avviso del deposito previsto dall'art. 140 c.p.c., presso l'albo del comune, essendo infrequente, in tali casi, che nel comune di ultima residenza si ritrovi un'abitazione, un ufficio o un'azienda del contribuente (34).

In questo caso, benché non si fosse di fronte ad una situazione "circolare" come quelle sopra evidenziate (che si generano quando la notifica viene eseguita nel luogo in cui si accerta l'esistenza della residenza sostanziale del soggetto), le regole di notifica apparivano comunque inadeguate a garantire una effettiva conoscibilità dell'atto da parte del destinatario. Sul punto è intervenuta la Corte Costituzionale, stabilendo, con la sentenza n. 366 del 7

³³ La *ratio* del divieto delle notifiche all'estero degli atti tributari sostanziali è infatti quella di alleggerire l'Amministrazione Finanziaria dall'onere di dover svolgere difficili e onerose ricerche: tale interesse viene tuttavia a mancare quando è facilmente conoscibile l'indirizzo estero a quale poter notificare l'atto, a mezzo posta.

³⁴ Dispone l'art. 60 comma 1 lettera e) DPR 600/73: "*quando nel comune nel quale deve eseguirsi la notificazione non vi è abitazione, ufficio o azienda del contribuente, l'avviso del deposito prescritto dall'art. 140 del codice di procedura civile, in busta chiusa e sigillata, si affigge nell'albo del comune e la notificazione, ai fine della decorrenza del termine per ricorrere, si ha per eseguita nell'ottavo giorno successivo a quello dell'affissione*".



novembre 2007, “l’illegittimità, in relazione agli artt. 3 e 24 Cost., del combinato disposto degli articoli 58, primo comma e secondo periodo del secondo comma, e 60, primo comma, lettere c), e) ed f), del d.P.R. n. 600/1973, nella parte in cui, in materia di notificazione degli atti tributari, non si prevede per coloro che sono iscritti nell’anagrafe degli italiani residenti all’estero (AIRE) l’estensione della normativa prevista dall’art. 142 c.p.c. che assicura l’effettiva conoscenza dell’atto al destinatario senza che si aggravi l’attività procedimentale dell’Amministrazione finanziaria”.

La rivisitazione delle regole di notificazione degli atti tributari destinati ai soggetti (quantomeno) formalmente non residenti pare perciò doverosa alla luce della presa di posizione della Consulta, al fine di evitare nuove pronunce di illegittimità costituzionale sulla falsariga di quella del novembre 2007. Quantomeno nei casi in cui l’attività dell’Amministrazione finanziaria non venga aggravata da onerose ricerche del domicilio estero del soggetto, si dovrebbe perciò ritenere legittima la sola notificazione presso quest’ultimo, o attraverso la procedura prevista dall’art. 142 c.p.c. oppure mediante la notificazione a mezzo di lettera raccomandata con avviso di ricevimento, come già previsto dalla lettera e-bis) dell’art. 60 citato: solo così infatti si garantirebbe l’effettiva conoscibilità dell’atto al suo destinatario (35).

Quanto al domicilio fiscale delle persone giuridiche, lo stesso viene fissato, ai sensi dell’art. 58 comma 3 DPR 600/73, “nel comune in cui si trova la loro sede legale o, in mancanza, la sede amministrativa; se anche questa manchi, essi hanno il domicilio fiscale nel comune ove è stabilita una sede secondaria o una stabile organizzazione all’estero e in mancanza nel comune in cui esercitano prevalentemente la loro attività”.

Nel caso di asserita esteroinvestizione societaria, quando l’ente estero non si sia mai rapportato con il Fisco italiano (perché non ha redditi di fonte italiana né un rappresentante fiscale in

³⁵ Non si può nemmeno obiettare che l’effettiva conoscibilità degli atti notificati è già assicurata dalla nuova lettera e-bis dell’art. 60, che prevede la facoltà per il contribuente non residente di comunicare al competente ufficio locale l’indirizzo estero presso il quale notificargli gli atti di accertamento: in primis perché si tratta di una facoltà per il contribuente e non di un obbligo posto a suo carico, ed in secondo luogo perché nelle fattispecie in cui viene asserita dall’Amministrazione finanziaria italiana una “esteroinvestizione” di un soggetto, non è ragionevole ipotizzare che detto soggetto comunichi al “competente ufficio locale” il proprio indirizzo estero. E’ evidente che qualora il soggetto formalmente residenti estero si ritenga, secondo le proprie prospettazioni, fiscalmente non residente in Italia (nonché privo di redditi di fonte italiana), non avrà alcun motivo per effettuare la comunicazione contemplata dalla citata lettera e-bis dell’art. 60.



Italia), la fissazione del domicilio fiscale avviene per mezzo dei medesimi criteri che vengono valorizzati per determinare la residenza sostanziale dell'ente in Italia, e cioè la sede dell'amministrazione (36) o l'oggetto principale dell'attività (luogo in cui l'ente esercita prevalentemente la sua attività).

Si ripropongono perciò le medesime problematiche già evidenziate per le persone fisiche di cui si asserisce l'esterovestizione, che non abbiano conseguito redditi prodotti in Italia, sia in relazione alla corretta individuazione dell'Ufficio finanziario territorialmente competente (nel caso in cui la determinazione puntuale della residenza sostanziale dell'ente sia problematica per la frammentazione sul territorio degli elementi di collegamento con lo Stato italiano), sia per quanto attiene al luogo in cui legittimamente notificare l'avviso di accertamento (data l'identità di tale questione preliminare con l'oggetto del contendere, cioè la prova dell'esterovestizione) (37).

In relazione al problema delle notifiche, si deve in ultimo sottolineare che, anche con riguardo alle persone giuridiche estere, come già visto per i privati contribuenti formalmente residenti all'estero, appare opportuna una rivisitazione delle norme sul domicilio fiscale e sul luogo di effettuazione delle notifiche (articoli 58 e 60 del DPR 600/73). Appare in particolare da ripensare il divieto di applicazione dell'art. 142 c.p.c.: quantomeno quando l'indirizzo

³⁶Nel determinare il luogo in cui fissare il domicilio fiscale, il Legislatore ha fatto riferimento al concetto di sede amministrativa, e non già della sede dell'amministrazione, come invece nella norma che determina i criteri per stabilire la residenza fiscale del soggetto. La differenza non è puramente lessicale: con "sede dell'amministrazione", il Legislatore fa riferimento, come visto, alla sede di effettiva gestione dell'ente, ovvero il luogo in cui vengono assunte le decisioni necessarie ad amministrarlo, mentre con l'espressione "sede amministrativa" si intende ogni luogo in cui la società pone in essere una qualsiasi attività di amministrazione, ad esempio la tenuta della contabilità sociale od ogni altro servizio di *back office*. E' ovvio che la sede dell'amministrazione è certamente anche una sede amministrativa, mentre non è assolutamente vero il contrario. Tuttavia, si può ritenere comunque che i due concetti possano essere considerati, nel caso di specie, sinonimi, *in primis* per l'utilizzo dell'articolo determinativo, che fa intendere l'esistenza di una sola "sede amministrativa", cosa che la qualifica in modo diverso rispetto ad una qualsiasi sede secondaria in cui si svolgano servizi di tenuta della contabilità o in genere di *book keeping*: posto che le sedi amministrative di un ente possono essere tranquillamente più d'una, l'uso dell'articolo determinativo fa ritenere che l'espressione utilizzata dal Legislatore nell'art. 58 voglia comunque indicare lo stesso concetto di sede dell'amministrazione, utilizzato nell'art. 73 del Tuir. In secondo luogo, la specificazione contenuta nel prosieguo del comma 3 dell'art. 58, dove viene stabilito che il domicilio è fissato nel comune in cui l'ente ha una sede secondaria: se la sede amministrativa fosse diversa dalla sede dell'amministrazione, essa rappresenterebbe necessariamente una sede secondaria, e quindi non vi sarebbe stato bisogno della specificazione di tale concetto, in quanto già assorbito dal più ampio concetto di sede secondaria.

³⁷ Si segnala, perché ha affrontato tale tema con un certo approfondimento, Comm.Trib. Reg. di Firenze, n. 61/25/07 del 3 dicembre 2007, in Giurisprudenza Tributaria, n. 5/2008, con commento di D. STEVANATO.



estero della sede legale dell'ente di cui si asserisce l'esterovestizione sia facilmente conoscibile dall'Amministrazione Finanziaria, la notifica dell'avviso di accertamento presso tale indirizzo dovrebbe divenire la regola ordinaria, in quanto solo così si garantisce al destinatario una effettiva conoscenza dell'atto tributario, e si rispettano le previsioni dello Statuto del contribuente.

Va infatti rammentato che l'art. 6 della L. 212/2000 pone in capo all'amministrazione l'obbligo di assicurare l'effettiva conoscenza al contribuente degli atti a lui destinati, imponendo che gli stessi siano comunicati nel luogo di "effettivo domicilio del contribuente, quale desumibile dalle informazioni in possesso della stessa amministrazione o di altre amministrazioni pubbliche indicate dal contribuente, ovvero nel luogo in cui il contribuente ha eletto domicilio speciale ai fini dello specifico procedimento cui si riferiscono gli atti da comunicare".

In tale contesto, la salvezza delle regole di notifica degli atti tributari ("Restano ferme le disposizioni in materia di notifica degli atti tributari") va letta in modo da non vanificare il principio di "effettiva conoscenza degli atti". Ciò dovrebbe comportare che, ferma restando l'applicazione della disciplina minima delle notifiche degli atti tributari, l'amministrazione finanziaria dovrebbe darsi carico di verificare se tale disciplina, nel caso concreto, assolva all'obbligo di assicurare l'effettiva conoscenza dell'atto, ed in caso contrario dovrebbe indurla ad assumere iniziative idonee a garantire tale risultato, ad esempio attraverso l'invio di una raccomandata presso l'indirizzo estero del soggetto (naturalmente ove conosciuto o conoscibile senza soverchie difficoltà).

7. Conclusioni

In conclusione, va sottolineato come il tema della residenza fiscale delle società nell'Ires, ed in particolare il fenomeno dell' "esterovestizione societaria" (nell'accezione qui accolta) costituisca un argomento di rilevante criticità.

Alla luce di quanto esposto nella presente Circolare – si può in conclusione evidenziare che:

- a) è del tutto condivisibile la ratio legislativa volta ad osteggiare comportamenti elusivi ed evasivi, perfezionati attraverso la collocazione all'estero di strutture in realtà effettivamente e concretamente residenti in Italia;



- b) tuttavia sul piano normativo, non si è ancora giunti a soluzioni che possano definirsi appaganti da un punto di vista sistematico; ciò, per una molteplicità di ragioni. Da un lato v'è senza dubbio la connaturata difficoltà ad individuare criteri di collegamento idonei ad intercettare manifestazioni di capacità economica effettivamente riconducibili al territorio italiano, specie con riguardo ad attività non radicate al territorio (attività che sono state definite ad "alta volatilità territoriale"); dall'altro, la concreta interpretazione di criteri attualmente previsti dal Legislatore presenta molteplici aspetti di problematicità e di dubbio, con particolare riguardo alla prova contraria idonea a disinnescare la valenza presuntiva di taluni strumenti normativi attualmente previsti nel nostro ordinamento (si fa riferimento alle presunzioni introdotte nel comma 5-bis dell'art. 73 del Tuir). Di talché - come s'è già rilevato sopra - emergono possibili profili di incoerenza ed irrazionalità nelle previsioni legislative attualmente presenti nell'ordinamento, sia con riferimento ai principi costituzionali (capacità contributiva, diritto di difesa, diritto ad un giusto processo, etc.) che con quelli di matrice comunitaria (libertà di stabilimento, proporzionalità, etc.);
- c) alcuni elementi costituiscono indefettibili punti di partenza per il pieno rispetto di codesti principi: tra essi, spicca senz'altro la necessità di non conferire rilevanza a criteri di collegamento meramente formali, dovendosi dare prevalenza, in questa materia, alla "sostanza" dell'attività in concreto svolta dal contribuente asseritamente "esterovestito";
- d) con particolare riferimento, poi, al caso delle holding statiche, i profili di criticità si acquiscono in quanto queste tipologie di società non esercitano una concreta attività operativa (o più in generale di impresa); per detti soggetti, perciò, i criteri di collegamento territoriale impiegati dal legislatore si rivelano ancor più inadeguati, posto che gli stessi sono stati pensati per determinare la residenza di soggetti operativi (sede dell'amministrazione e oggetto principale dell'attività presuppongono l'esercizio di una concreta attività imprenditoriale) e non per enti che svolgono attività di mera gestione patrimoniale;



- e) infine, la necessità di un intervento legislativo o quantomeno di una chiara ed univoca posizione interpretativa è avvertita anche in ordine al problema della notificazione degli atti impositivi ai soggetti esteroresidenti; punto fermo, in tale prospettiva, deve essere costituito senza dubbio dalla garanzia della conoscibilità dell'atto da parte del contribuente accertato, presupposto necessario per un pieno esercizio del diritto di difesa.



COMITATO SCIENTIFICO

Centro Studi UNGDC

PRESIDENTE

Presidente Prof. Raffaello Lupi

Area Fiscale

Coordinatore	Prof. Dario Stevanato*
	Prof. Mauro Beghin
	Dott. Nicola Cavalluzzo
	Dott. Lelio Cacciapaglia
	Dott. Franco Michelotti
Responsabili	Prof. Paolo Montesano
	Dott. Raffaele Rizzardi
	Dott. Maurizio Tozzi
Ricercatore	Dott. Mattia Varesano *

CONSIGLIO DI AMMINISTRAZIONE

Centro Studi UNGDC

Presidente	Dott. Michele Testa
Segretario	Dott. Eros De March
	Dott. Renato Bogoni*
Consiglieri	Dott. Luigi Carunchio
	Dott. Andrea Bonechi

*Relatori del documento