

*Dottorato di ricerca in diritto tributario delle società
XXIII Ciclo*

Coordinatore: Chiar.ma Prof.ssa Livia Salvini

Modelli previdenziali e scelte impositive

RELATORE:

Chiar. mo Prof. G. Melis

CANDIDATO:

Antonello Cozza

Anno accademico 2010-2011

Modelli previdenziali e scelte impositive

Indice

Premessa	4
Capitolo 1	6
1 Spunti ricostruttivi del regime fiscale della previdenza complementare	6
1.1 Considerazioni introduttive	6
1.2 Evoluzione normativa	9
1.3 La previdenza volontaria nel sistema di sicurezza sociale delineato dall'art. 38 della Costituzione e la natura giuridica dei contributi previdenziali	14
1.3.1 La riforma pensionistica "Amato" ed il ruolo assegnato alla previdenza complementare dal legislatore nel D.lgs n. 124/1993.	25
1.3.2 L'impostazione della Corte Costituzionale: una previdenza complementare "funzionalizzata" a quella pubblica	28
1.3.3 La c.d. vicenda del "contributo sul contributo"	30
1.3.4 Profili di criticità della proposta ricostruttiva della Corte Costituzionale	39
1.3.5 La "funzionalizzazione" della previdenza complementare nella riforma del 2005	42
1.4 Gli schemi pensionistici della previdenza complementare ed i modelli prescelti	47
1.4.1 La tassazione della previdenza obbligatoria ed il modello EET "puro"	60
1.5 Principi costituzionali e scelte ispiratrici della previdenza complementare	65
1.5.1 Il principio del rinvio della tassazione o della sospensione dell'imposta; la nozione di "possesso dei redditi" ai fini fiscali	66
1.5.2 Lo spossamento del reddito come fondamento del regime di deduzione dei contributi	74
1.5.3 La novella del 2005 ed il modello delineato dal legislatore	82
1.5.4 La crisi del modello EET e i dubbi di costituzionalità della riforma previdenziale del 2005	93
1.5.5 Attuale funzione del principio della capacità contributiva	100
1.5.6 Capacità contributiva e fini extrafiscali: agevolazioni fiscali e regimi sostitutivi	106
1.5.7 Il principio di capacità contributiva e il dovere di solidarietà di cui all'art. 38 della Costituzione	110
1.5.8 Adozione del modello EET "ibrido", sua configurabilità in termini di agevolazione e compatibilità costituzionale	116

Capitolo 2	129
2 La previdenza complementare e le libertà fondamentali del Trattato sull'Unione Europea	129
2.1 Premessa	129
2.2 Gli schemi pensionistici della previdenza complementare e i modelli prescelti in ambito comunitario	134
2.3 Gli ostacoli all'esercizio delle libertà fondamentali del Trattato sull'UE in materia di previdenza complementare.	137
2.3.1 In particolare: la questione della deducibilità dei contributi previdenziali versati in un altro Stato Membro	141
2.3.2 I limiti alla deducibilità dei contributi previdenziali versati all'estero nella giurisprudenza della Corte di Giustizia e le cause di giustificazione	145
2.3.3 Le soluzioni adottate dalle istituzioni Comunitarie e l'evoluzione della normativa italiana	156
2.4 La Direttiva 2003/41/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 3 giugno 2003	162
2.4.1 L'attuazione In Italia della Direttiva 2003/41/CE	166
2.5 Il problema del trasferimento dei diritti pensionistici	170
Capitolo 3	177
3 Profili internazionali della tassazione delle prestazioni previdenziali	177
3.1 I fenomeni di doppia imposizione in materia pensionistica nel modello OCSE	177
3.2 Il riparto della potestà impositiva della previdenza complementare tra Stato della fonte e Stato di residenza	178
3.2.1 La disciplina impositiva in presenza di Convenzioni contro le doppie imposizioni	179
3.2.2 I rimedi volti ad arginare i fenomeni di doppia imposizione in assenza di Convenzione contro le doppie imposizioni	189
3.3 La soggettività giuridica dei fondi pensione in ambito internazionale: il Fondo pensione come "persona residente" ai fini convenzionali	191
3.4 La tassazione delle pensioni e delle remunerazioni analoghe nella nuova convenzione Italia – USA	200
Considerazioni conclusive	210
Bibliografia	216

Premessa

L'attenzione crescente nei confronti della previdenza complementare si spiega osservando la progressiva difficoltà della previdenza di base nel realizzare il soddisfacimento dei bisogni degli individui, a favore dei quali vi era originariamente il diretto intervento dello Stato.

Di tale fenomeno ha preso coscienza anche il legislatore che, con il D.lgs. n. 252/2005, ha portato a termine la preannunciata riforma del "secondo pilastro", attuando quanto previsto dalla legge delega n. 243/2004 di riforma del sistema pensionistico e abrogando il D.Lgs. n. 124/1993.

Le citate disposizioni di delega sono state attuate prevedendo un regime di favore non dei rendimenti prodotti in sede di accumulazione, bensì in sede di erogazione delle prestazioni pensionistiche complementari, scelta che si pone ai margini, se non oltre la legge delega.

Nel primo capitolo del presente lavoro, pertanto, dopo aver esaminato l'evoluzione storica della disciplina positiva domestica e delineato lo scenario giuslavoristico e costituzionale all'interno del quale il fenomeno previdenziale va inquadrato, cercheremo di analizzare i principi ispiratori della riforma previdenziale, verificando se il modello, tendenzialmente agevolativo, attualmente adottato dal legislatore possa in qualche maniera presentare profili di incompatibilità con i principi costituzionali, segnatamente del principio di capacità contributiva (art. 53 della Cost.) e di uguaglianza (art. 3 Cost) in correlazione tra loro.

A tal fine verranno descritte le varie fasi che caratterizzano il fenomeno previdenziale *tout court*, e segnatamente la fase della contribuzione, la fase dell'accumulazione e la fase della prestazione del trattamento pensionistico cercando di individuare gli elementi di carattere agevolativo, ispirati alla tutela del particolare interesse a cui è preposta la previdenza privata (ovvero la realizzazione di un compiuto sistema di sicurezza sociale), che la connotano, rispetto alla disciplina ordinaria prevista per la previdenza pubblica.

Il secondo e terzo capitolo saranno invece incentrati sull'approfondimento delle tematiche concernenti i profili comunitari ed internazionali della tassazione della previdenza complementare e delle componenti pensionistiche, evidenziando i numerosi ostacoli al funzionamento della disciplina fiscale della previdenza complementare in un'ottica "transnazionale" principalmente riconducibili all'esistenza di asimmetrie fiscali nel contesto internazionale.

In particolare, nel secondo capitolo verranno analizzati i profili comunitari del fenomeno previdenziale. Il considerevole incremento della mobilità internazionale delle persone fisiche generato dal fenomeno della globalizzazione economica unitamente allo sviluppo tecnologico, rende infatti, estremamente attuale una ricostruzione dello scenario normativo di riferimento relativo ai profili fiscali delle situazioni transfrontaliere in materia di previdenza complementare, sulla base del coordinamento delle norme domestiche predisposte dai diversi Stati membri dell'Unione Europea.

Verranno pertanto analizzati gli schemi pensionistici della previdenza complementare ed i modelli prescelti in ambito comunitario e sarà data evidenza degli ostacoli all'esercizio delle libertà fondamentali del Trattato sull'UE in materia di previdenza complementare, avendo particolare riguardo alla compatibilità dell'attuale sistema pensionistico con il principio di non discriminazione - teorizzato dalla Corte di Giustizia nella copiosa giurisprudenza in materia.

Da ultimo, nel terzo capitolo, verrà approfondita la tematica concernente le diverse modalità di tassazione dei proventi previdenziali quale possibile causa generatrice di fenomeni di doppia imposizione internazionale e le regole di ripartizione della potestà impositiva tra Stato della fonte e Stato di residenza, così come risultanti dal modello OCSE, nonché la questione della soggettività giuridica dei fondi pensione in ambito internazionale, avendo riguardo alla nozione del fondo pensione come "persona residente" ai fini convenzionali.

Capitolo 1

1 Spunti ricostruttivi del regime fiscale della previdenza complementare

1.1 Considerazioni introduttive

Il costante e progressivo interesse degli ultimi trenta anni verso la previdenza complementare è da ricondursi alla crescente difficoltà della previdenza di base nel soddisfare tutti quei bisogni socialmente rilevanti tipico del modello pensionistico del Welfare State.

Ed invero, a partire dalla crisi economica della fine degli anni '70, con la conclusione del ciclo espansivo che aveva caratterizzato l'Italia a partire dal dopo-guerra, la previdenza di matrice volontaria si è gradualmente imposta nell'immaginario collettivo come forma aggiuntiva di protezione e, insieme, rimedio alla carenze – attuali o temute come prossime – del sistema pubblico.

Oltre ai fattori di matrice economica, ha indubbiamente influito sul fenomeno in questione anche la crisi del modello del calcolo retributivo ("a ripartizione"¹) delle pensioni introdotta dalla allora riforma pensionistica del 1969². Detta innovazione, aprendo ai lavoratori la prospettiva del mantenimento durante la vecchiaia di un tenore di vita rapportabile a quello raggiunto al termine della carriera lavorativa, aveva ridotto in passato l'interesse per l'attivazione di forme di previdenza privata da accompagnare a quella pubblica.

Il progressivo peggioramento dei conti nazionali ha costretto successivamente il legislatore a intervenire ripetutamente, a partite dagli

¹ Nel sistema a ripartizione la spesa del pagamento delle pensioni deve essere coperta dai contributi versati nello stesso periodo dalla popolazione attiva; ogni lavoratore pertanto *"sottrae alla sua ricchezza finanziaria e consegna ad un soggetto pubblico di raccolta quanto occorre per erogare una rendita alla generazione degli anziani in pensione, maturando così il diritto a ricevere una rendita pensionistica dai contributi della nuova generazione di lavoratori attivi quando sarà a sua volta diventata generazione degli anziani"*; così M. Bessone, *Previdenza complementare*, Torino, 2004, pag. 4

² Cfr DPR n. 488 del 1968 e Legge n.153 del 30 aprile 1969

anni '90, nel settore della previdenza pubblica con conseguente spostamento della copertura previdenziale dai sistemi obbligatori pubblici (cosiddetto "primo pilastro") a forme complementari dirette ad assicurare al pensionato una rendita vitalizia aggiuntiva rispetto a quella di base, mediante l'adesione volontaria alle forme pensionistiche private collettive e complementari (cosiddetto "secondo pilastro"), ovvero alle forme pensionistiche private individuali e supplementari (cosiddetto "terzo pilastro").

Tali forme di previdenza privata – caratterizzate dalla volontarietà dell'adesione e dalla discrezionalità circa la misura delle contribuzioni – rispondono all'esigenza di consentire appunto ai lavoratori, all'atto della cessazione della loro attività, di mantenere inalterato il loro tenore di vita, attraverso la corresponsione di prestazioni pensionistiche (erogate sotto forma di capitale o di rendita periodica) che vanno ad aggiungersi a quelle assicurate dal sistema pubblico obbligatorio.

Conseguenza necessitata di tale scelta e' stata la riconversione tecnica del criterio di gestione finanziaria dell'intero sistema con l'abbandono del sistema retributivo e la conseguente adozione del sistema contributivo a capitalizzazione individuale³. Con il recente decreto legge n. 201 del 2011 (cosiddetto decreto "salva-Italia")⁴, è stato da ultimo previsto all'art. 24, comma 2, che le pensioni degli italiani saranno calcolate, con decorrenza 1 dicembre 2012, secondo il metodo cd. contributivo (pro-rata)⁵. Da tale quadro ne e' pertanto scaturito un graduale

³ Come noto la capitalizzazione comporta il versamento da parte del singolo lavoratore dei contributi accantonati in un "conto" a lui solo intestato. Quando il lavoratore cessa la sua attività, riceve la pensione pari al capitale accumulato ed ai risultati degli investimenti del capitale stesso, di modo che – attraverso tale sistema – opera un congegno di genere assicurativo finanziario che assume l'età anziana come un rischio da sopportare e da amministrare ognuno per se'.

⁴ Pubblicato in Gazzetta Ufficiale del 6 dicembre 2011.

⁵ Il mutamento del quadro macroeconomico e i conseguenti impatti sull'andamento tendenziale dei conti pubblici, hanno indotto il Governo ad adottare un'ulteriore manovra correttiva di finanza pubblica, volta a salvaguardare l'obiettivo del raggiungimento del pareggio di bilancio nel 2013, in linea con quanto indicato nella Nota di Aggiornamento del Documento di Economia e Finanza (DEF) 2011 presentata nel settembre scorso e conformemente con quanto concordato al Consiglio Europeo di ottobre.

spostamento della responsabilità nel garantire redditi pensionistici adeguati dal governo centrale ai cittadini privati (lavoratori, datori di lavoro e istituzioni preposte alla gestione dei regimi pensionistici integrativi) e, in termini, più strettamente giuridici, una modificazione dei soggetti responsabili del soddisfacimento del diritto sociale alla previdenza, con l'opportunità offerta ai lavoratori di scegliere sul mercato le fonti di reddito da pensione più consona.

Per questo, la maggior parte dei paesi dell'Unione Europea (specialmente Gran Bretagna e Olanda e da ultime anche Italia e Germania) ha sviluppato politiche di contenimento di quel comparto di spesa sociale che riguarda la previdenza, prevedendo incentivazioni fiscali rivolte ai sistemi pensionistici di tipo professionale e/o di tipo individuale.

Nel corso di questo primo capitolo, dopo aver delineato l'evoluzione normativa che ha portato all'attuale regime tributario delle forme pensionistiche complementari di cui al D.Lgs. 5 dicembre 2005, n. 252, analizzeremo le scelte ispiratrici dell'attuale modello di tassazione prescelto dal legislatore nonché la sua collocazione all'interno dei principi costituzionali, non prima di aver passato in rassegna il problema giuslavoristico della collocazione funzionale della previdenza complementare all'interno della Carta Costituzionale ed il suo tormentato rapporto con l'art. 38 della Costituzione.

Il Governo Monti ha così predisposto il decreto legge n. 201 che si aggiunge alle manovre di consolidamento dei conti già operate con il decreto-legge 6 luglio 2011, n.98 e il decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, introducendo ulteriori interventi correttivi pari circa all'1,3 per cento del PIL al 2014 – equivalenti a circa 21 miliardi annui di manovra fiscale netta -, cui si aggiungono un insieme di misure volte a favorire la crescita e sostenere il lavoro e il sistema produttivo per un valore, precisa la Relazione, di circa 12 miliardi.

In particolare l'obiettivo del Governo, per far sì che sia ripianato il debito pubblico e sia tutelata la posizione dell'Italia all'interno della cd. Eurozona, è quello di introdurre detto regime di calcolo, accelerando così l'entrata a regime di quanto già in realtà previsto dalle precedenti legislature.

Il metodo di calcolo contributivo pro-rata si applicherà, fatte salve eventuali modifiche, anche ai lavoratori che alla data del 1° gennaio 1995 possedevano almeno 18 anni di anzianità contributiva. La norma trova applicazione a decorrere dal 1° gennaio 2012. Detto questo, va considerato, che il passaggio è in misura "pro-rata".

Infatti, il nuovo regime pensionistico si applicherà, con decorrenza 1 gennaio 2012 a tutti i lavoratori, indipendentemente dal numero degli anni contributi accumulati al dicembre 1995, ma opererà solo con riferimento ai versamenti futuri.

1.2 Evoluzione normativa

Il quadro legislativo in materia di previdenza complementare prima del D. Lgs. 21 aprile 1993, n. 124 è stato per anni molto esiguo, mancando - di fatto - una regolamentazione organica dell'intero fenomeno nel nostro ordinamento.

Difatti, la sola norma in materia era ravvisabile nell' art. 2117 c.c. che peraltro disciplinava e tutelava i fondi speciali per la previdenza e l'assistenza costituiti all'interno dell'azienda in caso di dissesto del datore di lavoro⁶.

Per la prima volta la regolamentazione della previdenza complementare e' stata avviata con il D. Lgs. 21 aprile 1993 n. 124⁷, che ha disciplinato l'istituzione dei fondi pensione chiusi e/o aperti, rispondendo ad una doppia esigenza: da un lato ridurre le aliquote contributive del sistema previdenziale di base, dall'altra garantire maggiori livelli di copertura previdenziale facendo ricorso alle agevolazioni tributarie.

Si consideri, infatti, che, prima dell'entrata in vigore del D. Lgs. n. 124/1993, l'Italia era l'unico Paese dell'Europa Occidentale nel quale la previdenza complementare non fosse espressamente prevista e regolamentata⁸.

⁶ Introdotta per regolare soltanto un aspetto particolare (la difesa del credito dei lavoratori beneficiari dei fondi speciali, in caso di fallimento del datore di lavoro), in un settore essenzialmente marginale (quello della previdenza e dell'assistenza volontaria) e destinato, anche in ragione, di detta marginalità, ad essere regolato prevalentemente tramite atti negoziali, anche unilaterali, la norma in questione, con il passare degli anni e le modifiche ordinamentali sopravvenute, di fatto e' stata progressivamente caricata di significati e valenze vari. Tanto da finire per essere comunemente considerata – una volta che il legislatore ha avviato il processo di riforma del vigente sistema previdenziale – fattispecie antisignana della forma di previdenza rappresentativa del secondo pilastro del nuovo sistema; Cfr. M. Cinelli, *La previdenza volontaria nel sistema italiano e comunitario di sicurezza sociale*, in *La previdenza complementare, Il codice civile commentato*, Milano, 2009, pag. 5 e ss.

⁷ Tale decreto legislativo trae origine dall'art. 3, comma 1, lett v) della L. 23 ottobre 1992, n. 421, recante la delega al Governo per la razionalizzazione e la revisione della disciplina in materia di sanità, pubblico impiego, previdenza e finanza territoriale.

⁸ Da ciò e' derivato che sino alla predetta data i fondi pensione (rectius, casse di previdenza) non erano, circa i volumi raccolti, tra i principali collettori di risparmio, Cfr in tal senso, M. Procopio, *Fondi pensione e TFR, profili giuridici e disciplina tributari*, Milano, 2008, pag. 18.

Tale decreto rappresentò un superamento del previgente regime fiscale della previdenza privata caratterizzato dal principio del rinvio della tassazione del reddito accantonato per fini previdenziali, introducendo un regime di limitata detrazione d'imposta, concorrente con quello previsto per i premi per contratti di assicurazione sulla vita.

Tuttavia tale decreto non raggiunse gli obiettivi prefissati, non riuscendo a motivare gli italiani ad aderire alle forme di previdenza complementare. Ne è conseguita una serie di interventi normativi che ha portato ad una copiosa legislazione negli ultimi 15 anni nella materia⁹.

La prima in particolare, nota come la "riforma Dini" di cui alla legge dell'8 agosto 1995, n. 335 ha ridisegnato il sistema pensionistico obbligatorio, consentendo il passaggio dal sistema retributivo a quello contributivo¹⁰ e sancendo di fatto la compresenza tra previdenza privata complementare e quella obbligatoria pubblica¹¹. Con tale riforma sono inoltre state introdotte importanti modifiche riguardanti il regime tributario

⁹ Per una approfondita analisi del fenomeno previdenziale ante-riforma si vedano tra gli altri G. Corasaniti, *Lineamenti della nuova disciplina fiscale della privata e dei contratti assicurativi*, in "Diritto e pratica tributaria" n. 2/2000, parte I, pagg. 255 e seguenti; P. Ludovici, *Il nuovo regime tributario delle forme pensionistiche*, in "Rivista di diritto tributario", 1993, n. 11, parte I, pagg. 1163 e seguenti; F. Marchetti, *Elementi ricostruttivi della disciplina fiscale della previdenza complementare*, in "Rassegna tributaria" n. 1/1996, pagg. 28 e seguenti; F. Marchetti, *La previdenza privata nel sistema delle imposte sui redditi*, Padova, 1989, pagg. 51 e seguenti; S. Capolupo, *Il trattamento fiscale della previdenza integrativa*, in "il fisco" n. 23/1993, pag. 6678 e seguenti; M. Procopio, *Identificazione di prestazioni pensionistiche complementari*, in "Corriere tributario", n. 43/1998, pagg. 3184 e seguenti; M. Procopio, *Fondi pensione: verso una nuova riforma*, in "Corriere tributario", 1999, pagg. 2173 e seguenti; G. Stancati, *Ancora in tema di previdenza complementare: il regime tributario dei fondi "interni"*, in "Il fisco" n. 27/1996, pagg. 6417 e seguenti; B. Visentini - F. Marchetti, *Riforma della previdenza complementare: riflessioni sul trattamento fiscale*, in "Econ. It.", 1995, pagg. 95 e seguenti.

¹⁰ Come detto, secondo tale modello, la pensione non è più calcolata in base agli ultimi anni di retribuzione (sistema retributivo), ma in base ai contributi effettivamente versati dal lavoratore nell'intera vita lavorativa.

¹¹ Con la legge n. 335/1995 viene previsto: la deducibilità dal reddito pari al 2% dei contributi versati dai datori di lavoro e dai lavoratori dipendenti, per un importo massimo di 2,5 milioni annui; per i lavoratori autonomi invece una deducibilità pari al 6%, con un importo massimo di 5 milioni annui; la tassazione del fondo in misura fissa, corrispondente a 5 milioni nei primi 10 anni e 10 milioni negli anni successivi; l'eliminazione del prelievo del 15% sui versamenti effettuati al fondo; l'applicazione di una ritenuta a titolo d'imposta per i redditi diversi ed i redditi di capitale; l'applicazione della tassazione separata per le prestazioni erogate in forma di capitale.

dei contributi, delle prestazioni e dei fondi pensione (artt. 11, 12 e 13 della legge n. 335/1995)¹².

In particolare, per quanto riguarda le prestazioni erogate in forma di trattamento periodico, esse erano assoggettate ad imposta come redditi assimilati a quelli di lavoro dipendente e tassate solo sull'87,5% dell'importo erogato, tenendo conto che sui rendimenti finanziari il fondo pensione subiva una ritenuta alla fonte con l'aliquota del 12,5%.

Il successivo D.Lgs. n. 47 del 18 febbraio 2000 (successivamente modificato dal D.Lgs. n.168/2001) ha profondamente innovato tale materia, con l'obiettivo di favorire l'ulteriore sviluppo dei fondi pensione. Viene così eliminata qualsiasi distinzione tra i redditi di lavoro dipendente e quelli di lavoro autonomo in maniera tale che ogni soggetto titolare di un reddito imponibile può usufruire della deducibilità dei versamenti effettuati ai fondi aperti o chiusi. La deducibilità si estende pertanto al reddito complessivo, tanto che, qualora il lavoratore lo richieda, il datore di lavoro in sede di dichiarazione, ai fini del calcolo della deducibilità medesima, deve tener conto anche degli altri redditi che concorrono a formare il reddito complessivo del lavoratore (redditi diversi, di fabbricati, ecc.) evitando così che il lavoratore debba necessariamente presentare la dichiarazione al fine di ottenere la deducibilità.

I premi e i contributi versati alle forme pensionistiche complementari ed individuali vanno assunti al lordo delle somme destinate, ai sensi dello statuto o del regolamento, alla copertura delle spese del fondo e delle prestazioni accessorie di invalidità e di premorienza eventualmente previste.

Con il decreto in parola viene inoltre realizzata la conciliazione fra il principio del rinvio della tassazione del reddito accantonato per finalità previdenziali (assioma generalmente adottato nei più evoluti sistemi fiscali per agevolare il risparmio previdenziale rispetto a quello finanziario) e tassazione sostitutiva dei redditi finanziari delle persone fisiche,

¹² Si veda per maggiori approfondimenti la Circ. n.235/E del 9 ottobre 1998.

prevedendo la detassazione dei contributi versati a forme previdenziali complementari, la tassazione per maturazione dei redditi finanziari prodotto dal fondo pensione con imposta sostitutiva delle imposte sui redditi dovute dal fondo pensione (autonomo soggetto d' imposta), la tassazione delle prestazioni previdenziali (in capitale o in rendita) solo per la parte corrispondente ai contributi dedotti, mandando esente la parte corrispondente ai rendimenti finanziari già tassati.

Volendo rappresentare il sistema delineato dal D.Lgs. n. 47/2000 secondo le formule utilizzate dalla dottrina economica¹³, esso appariva rispondere allo schema E-Ets-Te ovvero esenzione nella fase di accantonamento del risparmio previdenziale, esenzione nella fase di accumulazione del risparmio accantonato e tassazione sostitutiva, per maturazione, dei redditi finanziari prodotti nella medesima fase, tassazione progressiva nella fase di erogazione della prestazione previdenziale in misura corrispondente ai contributi dedotti ed esenzione dei redditi finanziari prodotti nella fase di accumulazione e già tassati con imposta sostitutiva in tale fase¹⁴ (si veda *amplius* paragrafo 1.5.1).

Tuttavia, con il trascorrere degli anni ci si è accorti che il D.Lgs n. 124/1993, seppur ripetutamente modificato al fine di renderlo più appetibile, non aveva la forza per indurre i contribuenti italiani a privarsi di risparmi certi per conseguire prestazioni aleatorie¹⁵. E' per questa ragione

¹³ L. Gandullia – M.C. Guerra, *Il riordino del regime di tassazione della previdenza complementare e la convenienza fiscale dei singoli strumenti*, in Rapporto IRS sul mercato azionario 1999, Il Sole 24 ore; Giannini S. - Guerra M.C., *Alla ricerca di una disciplina fiscale per la previdenza complementare*, in La previdenza complementare in Italia, a cura di M. Messori, Bologna, 2006.

¹⁴ In tal senso F. Marchetti, *Valutazioni giuridiche: è possibile un nuovo modello fiscale per la disciplina complementare*, in *Previdenza complementare e disciplina fiscale*, F.Marchetti-M. Marè, Bologna, 2009, pag. 36.

¹⁵ Con il D. Lgs. 124/1993 era stato abbandonato il principio del “rinvio della tassazione del reddito accantonato per fini previdenziali” per modellare la disciplina fiscale della previdenza privata su uno schema parzialmente agevolativo del tutto analogo a quello previsto per le assicurazioni sulla vita, sostituendo al precedente regime di integrale esclusione da imposta un regime di limitata detrazione d'imposta, concorrente con quello previsto per i premi pe contratti di assicurazione sulla vita. Nei fatti con il decreto in parola si arrivò a trattare la previdenza complementare privata come un qualunque altro strumento di risparmio (non necessariamente previdenziale) anzichè come forma di accantonamento di reddito vincolato a fini previdenziali.

che il legislatore ha ritenuto che l'unica strada percorribile per incentivare l'adesione ai fondi pensione passasse per l'incremento delle agevolazioni fiscali.

Alla luce di ciò è stato introdotto il D.lgs. n. 252/2005 che, a partire dal 1 gennaio 2008, ha effettuato la preannunciata riforma del "secondo pilastro", attuando quanto previsto dalla legge delega n. 243/2004 di riforma del sistema pensionistico e abrogando il D.Lgs. n. 124/1993.

La scelta del Governo appare ragionevole se solo si considera che una nuova modifica al previgente decreto legislativo del 1993, già più volte modificato nel corso degli anni con i provvedimenti sopra citati, costituiva un'opera particolarmente complessa, con il rischio di approdare ad un corpo normativo confuso e di difficile attuazione.

Sotto il profilo sistematico, infatti, non può sfuggire che la tecnica legislativa utilizzata per definire la disciplina fiscale della previdenza complementare sia connotata dalla eccessiva frammentarietà degli interventi normativi succedutisi nel tempo, il più delle volte, contenuti, in provvedimenti di carattere organico attinenti a profili non strettamente fiscali. Ciò ha reso necessario un continuo lavoro di adeguamento e di coordinamento tra la normativa speciale e quella recata dal Testo Unico delle Imposte sui Redditi, ma anche, con quella del D.P.R. n. 600/1973, in tema soprattutto, di ritenute alla fonte sui redditi di capitale. Inoltre, l'avvicinarsi di provvedimenti di riforma ha richiesto l'elaborazione di non sempre soddisfacenti discipline di diritto transitorio.

Si è quindi preferito procedere al varo di un nuovo provvedimento con il chiaro intento di superare i problemi che fino ad allora avevano costituito motivo di ritardo nello sviluppo della previdenza complementare.

Prima di procedere all'analisi dei principi ispiratori della riforma del 2005, riteniamo opportuno analizzare il contenuto del modello di sistema previdenziale così come delineato dal legislatore costituzionale nell'art. 38 Cost. nel tentativo di coordinamento dei vari principi costituzionali interessati, accogliendo peraltro una lettura della Costituzione che risponde

alla moderna ispirazione del pensiero economico liberale assegnando allo Stato ed alla sua efficienza “una non irrilevante funzione redistributrice e regolatrice e, comunque, di garante ultimo dei diritti di libertà e Welfare” in contrasto con quelle più radicali che si richiamano alle teorie contrattualistiche e dei diritti primordiali¹⁶.

È, infatti, opportuno ricordare che il fenomeno previdenziale deve essere ricostruito sulla base dei vari valori tutelati dalla Costituzione, che sistematicamente interrelati disegnano i confini della previdenza obbligatoria, da un lato, con la previdenza volontaria, dall’altro, con l’ordinamento tributario.

La previdenza sociale, che è contemplata come obbligatoria per i lavoratori (art. 38, comma 2 Cost.), deve infatti coordinarsi con la tutela del risparmio (art. 47 Cost) e con la possibilità di accesso a forme di previdenza volontaria, sia in forma individuale che associata in un sistema che limita forme di prestazioni patrimoniali e personali imposte (art. 23 e 53 Cost) e “riconosce” le libertà inviolabili sancite dalla Carta costituzionale, fra le quali rileva particolarmente la libertà economica descritta, nel contesto di tutte le altre libertà, nell’art. 3, secondo comma, oltre che nell’art. 41 della Costituzione.

Al fine di fornire le cornici del quadro generale che accompagnerà la nostra disamina circa la compatibilità costituzionale dell’attuale modello previdenziale occorre, pertanto, partire da una compiuta disamina del contenuto dell’art. 38 Cost..

1.3 La previdenza volontaria nel sistema di sicurezza sociale delineato dall’art. 38 della Costituzione e la natura giuridica dei contributi previdenziali

¹⁶ Così F. Gallo, *Giustizia sociale e riforme tributarie*, Oss. It., Bologna, n. 5, 2003, pag. 848.

La problematica della collocazione funzionale della previdenza privata nel sistema di sicurezza sociale dell'art 38 Cost. ha da sempre rappresentato un tema di scontro fra gli studiosi della materia, dato il rilievo non meramente teorico da essa rivestito¹⁷.

Due essenzialmente le posizioni attorno alle quali la dottrina si è divisa: quella¹⁸ secondo la quale la previdenza privata, in quanto libera e facoltativa andrebbe ricondotta all'ultimo comma dell'art 38 Cost.¹⁹ e l'altra²⁰ che, sostenendo il concorso anche di questa forma di previdenza alla realizzazione della garanzia dei "mezzi adeguati alle esigenze di vita" – quindi alla soddisfazione di bisogni socialmente rilevanti -, la collocherebbe al comma 2²¹ della stessa norma.

Prima di esaminare le diverse teorie che si sono succedute negli anni, riteniamo utile, ai fini dell'inquadramento generale del fenomeno previdenziale, effettuare delle brevi considerazioni di carattere generale sulla natura giuridica dei contributi previdenziali dal momento che, in relazione al rapporto giuridico sotteso alla natura del contributo

¹⁷ Per una approfondita disamina in materia giuslavoristica e costituzionale si veda G. Zampini, *La previdenza complementare. Fondamento costituzionale e modelli organizzativi*, Padova, 2004, M. Cinelli, *Stato sociale e ordinamento comunitario: principi generali*, in M. Bessone, F. Carinci (a cura di), *La previdenza complementare - IV - Diritto del lavoro*, Commentario diretto da F. Carinci, Torino, 2004.

¹⁸ Per una diversità di funzioni tra previdenza pubblica e previdenza complementare e per una riconduzione di quest'ultima alla garanzia di cui all'art 38, comma 5, Cost., cfr in particolare cfr. M. Persiani, *Previdenza pubblica e previdenza privata*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2000; G. Ferraro, *La previdenza complementare nella riforma del Welfare*, Milano, 2000, pag. 73; M. Grandi, *Previdenza integrativa e previdenza privata*, in *Quest. Attuali di dir. Lav.*, (supplemento), in *Not. Giur. Lav.*, 1989, 2, pag. 230 e segg.; G. Santoro Passarelli, *Il trattamento di fine rapporto*, Torino, 1995, pag. 68; G. Proia, *La Corte Costituzionale e la previdenza complementare*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1995, II, pag. 173 e segg.

¹⁹ Secondo l'ultimo comma dell'art. 38 Cost. "L'assistenza privata è libera".

²⁰ Per una funzione concorrente tra le due forme di previdenza e per una riconduzione di entrambe entro la comune copertura dell'art 38, comma 2, Cost., cfr. R. Pessi, *La riforma del sistema previdenziale*, Padova, 1995, pag. 48 e segg.; G. Ciocca, *I fondi pensione e la libertà della previdenza privata*, in *Dir. Lav.* 1995, I, pag. 366 e segg.; P. Sandulli, *Previdenza complementare*, in *Dig. Disc. Priv.*, XI, Giapichelli, Torino, 1995, pag. 243 e segg.

²¹ Ai sensi dell'Art. 38 Cost., comma 2 "I lavoratori hanno diritto che siano preveduti ed assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria".

previdenziale, nel corso del tempo si è infatti alimentato un vivace dibattito dottrinale, dando luogo a teorie contrapposte²².

In linea generale, occorre premettere che al contributo previdenziale, come tutti i tributi, possiamo conferire i caratteri di prestazione pecuniaria coattiva che i lavoratori sono tenuti a versare ad un determinato ente pubblico o privato, al verificarsi del presupposto di fatto (ad esempio la maturazione del TFR).

Ricordiamo come il tributo rappresenta un prelievo di ricchezza esercitato coattivamente da un ente pubblico sul contribuente, in cui non necessariamente ad una prestazione corrisponde una controprestazione.

Traslando il concetto al contributo previdenziale, vediamo come esso rappresenti una prestazione patrimoniale posta a carico dei lavoratori subordinati, in virtù dell'erogazione di una controprestazione pensionistica futura.

La dottrina tributarista, dal canto suo, ha proceduto con notevoli difficoltà sul piano della qualificazione giuridica dei contributi

²² Cfr. P. Puri, *Destinazione previdenziale e prelievo tributario*, Milano, 2005, pag. 116 e ss., il quale effettua un esame delle varie tesi sulla natura giuridica del contributo, ed afferma che “secondo la tesi giuslavoristica più datata, il contributo costituirebbe retribuzione differita (F. Carnelutti, *Infortuni sul lavoro (Studi)*, vol. I, Roma, 1913, IX), si tratta di una teoria oggi non più sostenibile. Secondo un'altra teoria (A.D. Giannini, *I concetti fondamentali del diritto tributario*, Torino, 1956, 67) il contributo è un prelievo coattivo a favore di un'intera categoria di lavoratori, rispondendo ad un interesse riferito a tutta la collettività che realizza il fine previdenziale attraverso un sistema a ripartizione. Nè sembra utile sostenere (G. Cerri, *Profili costituzionali del sistema prepensionistico*, in *Dir. San.*, 1983, 2302 e seg.) che la prestazione previdenziale è una parte della retribuzione, differita a scopi previdenziali, il cui onere (il contributo) viene trasferito in avanti (sul prezzo) od all'indietro (sui salari) od in entrambe le direzioni. Si tratta infatti di una affermazione priva di pregio giuridico che evidenzia un fenomeno comune anche a tributi (vedi il caso Irap) la cui natura è indubitabile. Ugualmente inaccettabile la tesi che si limita a collocare la contribuzione previdenziale nella parafiscalità. Pertanto la pretesa che il contributo realizzi una forma redistributiva diversa da quella degli ordinari strumenti tributari sembra rappresentare la sommaria conclusione di una fase storica superata nella quale la dottrina, pur avendo avvertito la natura pubblicistica del contributo assicurativo, non era ancora in grado di riconsocere la natura tributaria ed era costretta a mutuare una terminologia estranea al nostro ordinamento, dando rilievo a requisiti quali la neutralità, la destinazione a bisogni indivisibili, la universalità dei contributi. Così, se il tributo è categoria generale e residuale, qualsiasi prelievo che non trovi in sé una causa costituzionalmente lecita (quale, ad esempio, l'esproprio della proprietà, la definizione del godimento di un certo tipo di beni, l'obbligo di remunerazione secondo la qualità e quantità del lavoro prestato ecc.) assume necessariamente carattere tributario ed è soggetto al principio di capacità contributiva”.

previdenziali²³, ora riconducendo tali prelievi all'area della "parafiscalità"²⁴, ora invece riconducendoli alla nozione di tributo, anche se nell'ambito talvolta della tassa o comunque dei prelievi a carattere commutativo²⁵, talvolta dell'imposta speciale²⁶, altre volte infine dell'imposta *tout court*²⁷. Tale peraltro è la natura assegnata ai contributi nei casi in cui essi siano a carico di un soggetto diverso da quello che è il destinatario (eventuale) della prestazione previdenziale.

Non si discute dunque sul fatto che i contributi si risolvono in prestazioni patrimoniali imposte²⁸ se assolvono una funzione pubblica costituzionalmente tutelata come quella della previdenza anche se risultano caratterizzati da una redistribuzione interna ovvero esplichino i suoi effetti a beneficio della stessa categoria presso la quale è prelevato²⁹.

²³ Per una generale disamina delle nozioni di "tributo", "imposta", "tassa" e "contributo" si rimanda a G. Falsitta, *Manuale di diritto tributario – Parte generale*, Milano, 2004, pag. 8 e ss.

²⁴ Si veda A. Fantozzi, *Il diritto tributario*, Torino, 2004, pag. 80 che ascrive i contributi all'area della "parafiscalità", in quanto caratterizzati dal fatto di essere dovuti ad enti pubblici non territoriali, di essere prelevati da questi in virtù della potestà di imperio loro conferita dalla legge e per essere tali contributi correlati da un lato con il costo del servizio (paracommutativa) e dall'altro con la sua effettuazione (tributi speciali o imposte di scopo).

²⁵ Vedi G. Falsitta, *Manuale di diritto tributario. Parte generale*, 4° ed., Milano, 2004, pag. 10 che sottolinea che ove i soggetti obbligati vantino un diritto alla controprestazione previdenziale o assistenziale, la prestazione coattiva si indentificherebbe con la tassa. Osserva peraltro acutamente l'Autore che la "parafiscalità" è un settore della fiscalità che i tributaristi non trattano, nell'ambito del diritto tributario, non perchè vi siano differenze ontologiche tra fiscalità e parafiscalità, ma semplicemente perchè, per tradizione, di essa si occupano i giuslavoristi, quale aspetto della complessiva disciplina del rapporto di lavoro.

²⁶ F. Moschetti, *Il principio della capacità contributiva*, Padova, 1973, pag. 186, per il quale "il contributo previdenziale non è nè un pagamento di una prestazione rivolta al contribuente (tassa), nè un pagamento per il godimento individuale di una prestazione rivolta al categoria di cui il contribuente fa parte (contributo). E' sempre un prelievo coattivo che prescinde dal godimento di un servizio pubblico, assuma questo l'aspetto di prestazione ad personam o dell'intera categoria. L'ente pubblico assicuratore compie delle prestazioni ad personam, ma queste o non sono mai rivolte al contribuente (se datore di lavoro) o sono rivolte a lui solo eventualmente. Il contributo previdenziale è quindi un dovere di pagare i servizi che ricevono altri. Più precisamente, è un'imposta speciale".

²⁷ È la tesi recentemente sostenuta da P. Puri, *Destinazione previdenziale e prelievo tributario*, Milano, 2005, pag. 72 e seguenti.

²⁸ Si veda G. Melis, *Sulla incostituzionalità del "contributo" a favore dell'Enpam di cui all'art.1, comma 39, della L. n. 243 del 2004*, in *Rass. Trib. n. 1/2006*, pag. 59 e seguenti.

²⁹ Si veda in tal senso la recente sentenza Cass. n. 20845 del 25 maggio 2011 secondo la quale "i contributi non costituiscono parte integrante del salario ma un tributo, in quanto tale da pagare comunque ed in ogni caso, indipendentemente dalle vicende finanziarie dell'azienda. Ciò trova la sua ratio nelle finalità, costituzionalmente garantite, cui risultano

Caratteri che invece non sembrano attribuibili al contributo alla previdenza complementare che pure taluno³⁰ qualifica analogamente ai contributi obbligatori in termini di imposta. In realtà l'appartenenza della previdenza complementare al sistema pensionistico per la sua funzione di garantire complessivamente il diritto dei lavoratori a mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in tutti i casi di pensionamento non appare sufficiente a configurare il contributo ai fondi pensione come un'imposta.

La natura impositiva di questi ultimi è smentita dalla inesistenza di un vero e proprio obbligo alla contribuzione, stante il perdurare della libertà di adesione al sistema previdenziale complementare, pur riconoscendo l'esistenza di condizionamenti forti (gli incentivi fiscali e quelli relativi alla destinazione del T.F.R.), ma insuscettibili di qualificare il rapporto in termini di obbligatorietà.

Infatti anche ammettendo che la previdenza complementare non persegua unicamente interessi privati (e in particolare interessi attinenti allo svolgimento del rapporto di lavoro)³¹, la natura impositiva del contributo è esclusa dall'assenza di un obbligo e di una funzione solidaristica operante all'interno del fondo pensione nonché per la prevalenza di meccanismi

preordinati i versamenti contributivi e anzitutto la necessità che siano assicurati i benefici assistenziali e previdenziali a favore dei lavoratori. Ne consegue che la commisurazione del contributo alla retribuzione deve essere considerata un mero criterio di calcolo per la quantificazione del contributo stesso” con commento di F. d’Ayala Valva, *Anche il contributo previdenziale è un tributo. Conseguenze e prospettive*, in Riv. Dir. Trib., n. 6/2011, pag. 295 e ss.; Id., *L’evasione previdenziale verso il giudice tributario e il garante del contribuente*, in Boll. Trib. n.21/2011, pag. 1589 in cui l’Autore, partendo dall’affermazione circa la natura tributaria dell’obbligazione previdenziale in capo al datore di lavoro, porta avanti una riflessione attenta sulle possibili ricadute sulle modalità di tutela giurisdizionale predisposte per le violazioni dei versamenti contributivi, concludendo che “il riconoscimento della natura tributaria del contributo previdenziale non comporta solo limitazioni, ma certamente l’applicazione, all’intera procedura amministrativa e procesuale, dei principi previsti anche dallo Statuto del Contribuente”.

³⁰ F.P. Rossi, *La previdenza sociale*, Padova, 2000, pag. 13-14.

³¹ È la tesi di M. Persiani, *Previdenza pubblica e previdenza privata*, in Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind., 2000, pag. 21 secondo il quale la destinazione delle forme di previdenza privata imporrebbe di assegnare natura essenzialmente retributiva alla contribuzione posta a carico del datore di lavoro con la conseguenza di “ritenere che le prestazioni, anche quando non sono esclusivamente e direttamente a carico del datore di lavoro, hanno natura di retribuzione differita in funzione previdenziale”.

sinallagmatici fra contributo e prestazione discendenti dall'adozione del sistema contributivo puro³².

Ne deriva che la previdenza complementare, essendo sorta con la finalità di garantire ai lavoratori - contribuenti una pensione aggiuntiva a quella di base, in modo tale da assicurare ai lavoratori mezzi sufficienti ed adeguati alle loro esigenze di vita, non ci permette di individuare il contributo versato ai fondi pensione come un'imposta, considerata la volontarietà di adesione al fondo.

Chiarita brevemente la natura della previdenza complementare, tornando alla problematica della collocazione funzionale della previdenza privata nel sistema di sicurezza sociale, alla base delle differenti posizioni elaborate dalla dottrina, stanno due diverse elaborazioni ricostruttive, per così dire "di sistema", sorte intorno all'art 38 Cost..

La prima di tali impostazioni, fondata sul ruolo primario ed universalistico della tutela predisposta dallo Stato, propende per una configurazione del sistema di sicurezza sociale come diretto alla creazione di un "*servizio pubblico finalizzato alla liberazione del cittadino tout court dal bisogno*" (come preconditione per l'effettivo godimento dei diritti civili e politici), del quale la stessa evoluzione della legislazione previdenziale sarebbe espressione.

Tale lettura, concependo il sistema giuridico delineato dall'art 38 Cost. come un unico grande sistema, ispirato all'idea di sicurezza sociale, presuppone il superamento dei termini tradizionali della dicotomia tra assistenza (comprendente gli interventi a favore dei cittadini inabili e bisognosi) e previdenza (riferita ai lavoratori sulla base di un sistema di assicurazioni sociali) e riconduce quest'ultima ad un comune *genus* di interventi di natura solidaristica e redistributiva (espressione del comma 2 dell'art 3 Cost.) finalizzati alla liberazione dal bisogno, attraverso il

³² P. Puri, *Destinazione previdenziale e prelievo tributario*, Milano, 2005, pag. 142.

riconoscimento di una protezione minimale, rispetto al catalogo di eventi individuati dalla norma costituzionale (infortuni, malattie, vecchiaia ecc).

Secondo la ricostruzione in esame, la solidarietà privata - collettiva persegue interessi meramente privati, comunque consentiti dall'ordinamento costituzionale (art. 38, ult. comma, Cost.), identificabili con bisogni diversi e aggiuntivi rispetto a quelli essenziali (come quelli connessi al mantenimento del tenore di vita raggiunto durante l'attività lavorativa) e del tutto indifferenti per lo Stato, che realizza invece, solo l'interesse pubblico, individuabile esclusivamente in bisogni socialmente rilevanti, da soddisfare attraverso il ricorso alla fiscalità generale, in adempimento del principio di solidarietà (art. 2, Cost.) .

Con ciò, la previdenza privata, data la profonda diversità funzionale rispetto alla previdenza pubblica, viene garantita unicamente rispetto alla sua sussistenza, nell'assenza di qualsiasi collegamento con il sistema di base e con l'idea di sicurezza sociale.

La seconda posizione della dottrina³³ muove da presupposti completamente diversi. Essa identifica un modello di Stato ispirato a canoni di pluralismo e sussidiarietà, all'interno del quale vi è spazio per la convivenza di tecniche tutorie di diversa ispirazione, identificabili da un lato con l'intervento pubblico e, dall'altro, con forme di solidarietà che sarebbero espressione di un'autonomia collettiva totalmente libera. In un sistema così configurato, il ruolo dello Stato non si impone mai come monopolio necessario, configurandosi invece esclusivamente come garanzia finale.

Esso infatti non provvede alla realizzazione della tutela previdenziale direttamente, ma la garantisce secondo le modalità descritte dal comma 4° dell'art 38 Cost.; quindi attraverso gli organi e gli istituti dallo stesso predisposti o integrati, secondo un'interpretazione del termine "istituti" volta a ricomprendere al suo interno strutture diverse e distinte

³³ Cfr. V. Simi, *L'attuazione dei principi costituzionali in materia di sicurezza sociale, in Il pluralismo previdenziale secondo Costituzione*, Milano, 1986, pag. 36; G. Chiarelli, *Appunti sulla sicurezza sociale*, Rivista del diritto del lavoro, 1965, pag. 287 e segg.

dallo Stato, autonome rispetto ad esso ed espressione di una solidarietà collettiva alla quale gli stessi soggetti interessati partecipano attraverso la contribuzione obbligatoria.

Da queste due letture dell'art 38 Cost., cui corrisponde un diverso approccio all'idea di previdenza sociale, emerge non solo una distanza interpretativa su ruolo e funzioni della previdenza privata, ma anche un'opposta configurazione del rapporto tra quest'ultima e la previdenza pubblica, nonché dei limiti conseguentemente ad essa opponibili in sede di legislazione ordinaria.

La prima delle tesi sopra richiamate, nell'attribuire un'autonomia di ambiti e funzioni a previdenza pubblica e previdenza volontaria, garantisce la libertà di quest'ultima con una disposizione assoluta e incondizionata; in quest'ottica la previsione di limiti a tale libertà, sembra potersi ammettere attraverso l'introduzione di elementi di regolazione solo nella misura in cui essi si rendano necessari ad incentivare il buon funzionamento dei mercati finanziari e la tutela del risparmio, mediante l'investimento in fondi pensione.

Diversamente si esprimono i sostenitori³⁴ dell'opposta lettura, per i quali sussiste una logica di complementarietà tra componenti pubbliche e componenti private del sistema pensionistico, cosicché queste ultime sono vincolate alla realizzazione delle stesse finalità del sistema pubblico - e identificabili nella garanzia dei "mezzi adeguati" contenuta all'art 38 Cost.: di qui l'imposizione di eventuali limiti alla previdenza privata, nella volontà di garantire la realizzazione di tale finalità.

Con l'emanazione della prima disciplina sistematica della previdenza privata ed il contemporaneo innalzamento dei requisiti pensionistici e la riduzione delle prestazioni per il superamento del richiamo all'ultima retribuzione per il calcolo delle pensioni (con la c.d. Riforma "Amato"), il rilievo anche pratico della questione teorica è

³⁴ G. Ferraro, " *La problematica giuridica dei fondi pensione*", in G. Ferraro, op. ult. cit., pag. 7.

divenuto particolarmente evidente e il dibattito sulla tematica della norma costituzionale di riferimento per la previdenza privata si è fatto maggiormente acceso, tra quanti in nome della garanzia di cui all'art 38 ult. comma Cost., difendono l'autonomia e l'indipendenza di tale forma di previdenza e quanti invece, sostenendo una identità di funzioni tra previdenza privata e previdenza pubblica³⁵, ammettono la necessità di una subordinazione della prima alla seconda; con ciò riconducendo entrambe entro la comune copertura dell'art 38 comma 2, Cost.

In tal senso, proprio nell'inquadramento dato dalla riforma del '92 alla materia della previdenza privata, deve ricercarsi il rafforzamento dei presupposti giustificativi di tale ultima impostazione. Il dichiarato fine perseguito dal legislatore attraverso tale provvedimento era infatti quello di mitigare la riduzione di effettività della tutela previdenziale pubblica che lo stesso aveva iniziato a realizzare attraverso il ricorso ad una previdenza privata, concepita in stretta connessione con il sistema pubblico e tendente insieme a questo ad attenuare il precetto dell'adeguatezza di cui all'art 38 comma 2 Cost., sulla base di un'identità di funzioni.

La stessa introduzione nell'ordinamento, con le riforme degli anni '90 del termine "prestazioni complementari" - mutuato dai "*regimes complémentaires*" francesi e prima mai utilizzato - veniva ad esprimere questo nuovo rapporto tra previdenza pubblica e previdenza privata, costruito dal legislatore.

Con esso si voleva infatti manifestare la necessità per lo Stato di un suo completamento, al fine della realizzazione della garanzia di "più elevati livelli di copertura previdenziale" (art 3, lett. v), L. 421/1992).

Il dibattito sul tema è risultato particolarmente vivace, in quanto dall'opzione sull'inquadramento costituzionale del cosiddetto "risparmio previdenziale" (si noti, come evidenziato da autorevole dottrina³⁶, che il

³⁵ Si rinvia al paragrafo 1.4.1 per una disamina circa la disciplina fiscale della previdenza obbligatoria.

³⁶ L'espressione è di F. Marchetti, *Il risparmio nel sistema delle imposte sui redditi*, Milano, 1997, pag. 23.

concetto di “risparmio previdenziale” si contrappone al “risparmio finanziario” - o risparmio *tout court* -, individuandosi il primo “*in quella parte di reddito non consumata destinata alla copertura dei rischi protetti dall’art. 38 della Costituzione, e cioè connessi alla perdita della capacità di lavoro e di guadagno*” ed il secondo in quella “*parte di reddito non consumato che non costituisce un mero “tesaureggiamento” ma sia utilizzata per investimento, rientrando nella diversa tutela costituzionale dell’art. 47 della Costituzione*”) dipendeva inoltre, sia il trattamento fiscale delle somme accumulate dalle forme pensionistiche complementari, sia l’imponibilità delle medesime dal punto di vista contributivo.

Come affermato da recente giurisprudenza³⁷, la situazione rende conto del difficile approccio del legislatore italiano con la previdenza complementare, che ha delineato un percorso incerto della disciplina di queste forme integrative trasformate nel tempo da "tutela assicurativa", rispondente al principio del risparmio finanziario (che trova la propria garanzia costituzionale nell'art. 47 della Carta fondamentale), a "tutela previdenziale", rispondente al principio del risparmio previdenziale (che trova la propria garanzia costituzionale nell'art. 38 della Carta fondamentale): la differenza principale tra le due forme di risparmio sta nel fatto che, nel primo caso l'investimento concerne una somma che è già patrimonio del soggetto, mentre nel secondo caso, l'investimento concerne una somma che origina da redditi di lavoro (e questa correlazione tra investimento e redditi di lavoro non è senza conseguenze sul regime tributario delle prestazioni erogate dai Fondi pensione, regime che non può essere diverso da quello cui sono soggetti i redditi da cui l'investimento trova alimento).

Ricondurre la previdenza complementare nell’ambito del comma 5 dell’art. 38 citato, avrebbe significato attribuire alle somme versate dai datori di lavoro a finanziamento della previdenza integrativa natura e funzione retributiva. Conseguentemente, le medesime dal punto di vista

³⁷ Cfr. Cass. Civ. Sez. Unite, sent. 13642 del 22 giugno 2011.

fiscale, avrebbero dovuto essere assoggettate al prelievo ordinario previsto per il risparmio finanziario.

Se si fosse, infatti, richiamato il comma 5 dell'art. 38 della Costituzione sarebbe stato difficile non pervenire alla conclusione che tutte le forme di previdenza integrativa non rientravano nella libertà di assistenza (a cui il Costituente con quel precetto aveva voluto chiaramente riferirsi, richiamandosi all'esperienza storica della beneficenza privata, soprattutto quella religiosa), bensì nell'art. 47 della Costituzione³⁸, con la conseguente impossibilità di giustificare una disparità di trattamento, tra diverse destinazioni al risparmio del salario individuale³⁹.

Per quanto riguarda il trattamento contributivo, poi, il richiamo al comma 5 avrebbe comportato il disconoscimento della natura previdenziale delle prestazioni pensionistiche previdenziali – potendosi piuttosto, parlarsi di retribuzione differita – e, conseguentemente, della natura contributiva delle somme versate per alimentare la previdenza complementare, per cui le medesime sarebbero dovute essere assoggettate al prelievo contributivo a favore della previdenza obbligatoria (c.d. vicenda del “contributo sul contributo” di cui si dirà ampiamente nel paragrafo 1.3.3).

Partendo dalla riforma “Amato”, vedremo nei successivi paragrafi come la questione sia stata affrontata dalla giurisprudenza della Corte Costituzionale nelle sue numerose pronunce, al fine di poter tracciare un primo resoconto circa la collocazione funzionale del fenomeno previdenziale in seno all'art. 38 della Costituzione.

³⁸ L'art. 47 Cost testualmente recita: “La Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme; disciplina, coordina e controlla l'esercizio del credito. Favorisce l'accesso del risparmio popolare alla proprietà dell'abitazione, alla proprietà diretta coltivatrice e al diretto e indiretto investimento azionario nei grandi complessi produttivi del Paese”.

³⁹ Si veda in tal senso R. Pessi, *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, Padova, 2008, pag. 291.

1.3.1 La riforma pensionistica “Amato” ed il ruolo assegnato alla previdenza complementare dal legislatore nel D.lgs n. 124/1993.

Il legislatore ha a lungo ignorato il fenomeno della previdenza privata; ciò nonostante la progressiva assunzione da parte di questo di dimensioni significative, almeno in certi settori del lavoro subordinato (come quello bancario e assicurativo). Nel momento in cui però la crisi finanziaria del sistema pubblico di base – iniziata già dalla fine degli anni '70 - ha imposto una riduzione dell'effettività della tutela garantita da tale sistema, esso è intervenuto a disciplinare, e in qualche modo a favorire, la costituzione di forme di previdenza privata, attuando, parallelamente una riduzione del livello delle prestazioni previdenziali garantite dal sistema pubblico - tramite la revisione del calcolo delle prestazioni e la restrizione dei requisiti di accesso alle stesse -, nell'ottica di un contenimento della spesa pensionistica.

La scelta verso i fondi pensione in Italia (per la quale sussistono remore da parte della sinistra sindacale e politica, tradizionalmente legata al monopolio degli interventi statali in campo previdenziale) è stata quindi prodotta dalla crisi del sistema previdenziale obbligatorio (che ha consentito di superare le remore ricordate, mancando le risorse per garantire i previgenti livelli di copertura previdenziale); questa ha generato infatti l'emersione di una progressiva centralità della materia della previdenza complementare, alla quale è stato attribuito un ruolo di necessario bilanciamento delle restrizioni nell'intervento pubblico, all'interno di un progetto di ristrutturazione dell'intero sistema previdenziale, orientato a obiettivi prevalentemente economico-finanziari⁴⁰.

Alla base della profonda crisi del nostro sistema di *Welfare* si individuano una serie di fattori endogeni ed esogeni. Tra questi, in particolare: l'evoluzione della struttura della popolazione (intesa come modifica dei tassi di nascita, delle speranze di vita e dei flussi migratori); la

⁴⁰ Si veda in tal senso G. Sigillò Massara, *Sul fondamento costituzionale della previdenza complementare*, in *Lavoro e Previdenza* oggi, n.5, 2010, pag. 509.

trasformazione dei rapporti all'interno della struttura familiare (e in special modo il venir meno del carattere di stabilità della famiglia, tradizionale strumento alternativo alla solidarietà sociale, e l'incremento della partecipazione al lavoro delle donne); la crisi del mercato del lavoro e la crescita della disoccupazione, alla quale si è risposto attraverso il ricorso a dannose e costose politiche di protezione troppo spesso orientate a logiche di passività; infine, la tendenza del legislatore previdenziale alla reiterazione di comportamenti politici irresponsabili a partire soprattutto dalla seconda metà degli anni '60, che hanno portato per finalità talora anche di puro consenso elettorale ad una smoderata proliferazione di diritti sociali ed alla conseguente eccessiva espansione della spesa pensionistica.

In rapporto a quest'ultimo elemento, vale la pena ricordare come il nostro sistema previdenziale, grazie alla combinazione storica di un andamento economico e demografico particolarmente favorevoli, abbia conosciuto, nei decenni passati, una stagione di ampia e progressiva espansione della sua sfera oggettiva e soggettiva di riferimento. Questo a causa di politiche orientate alla soddisfazione e all'accoglimento di richieste riconducibili al particolarismo di singoli gruppi sociali, attuate attraverso numerose e generose operazioni legislative, spesso poco coerenti con l'obiettivo del perseguimento dell'interesse pubblico generale e oggi giudicate "misure più di facciata (o "di bandiera") che di efficace e sostanziale portata per i materiali destinatari"⁴¹.

In questo contesto, caratterizzato dall'assoluta centralità del perseguimento del mantenimento del potere di acquisto sulla necessità del rispetto di una equivalenza attuariale fra prestazioni e contributi, attraverso il progressivo indebolimento delle basi assicurative del sistema, si è così arrivati all'insostenibilità finanziaria del sistema previdenziale pubblico.

⁴¹ In particolare, per quel che riguarda le prestazioni pensionistiche, a partire dalla fine degli anni '60 l'ammontare della pensione si determinava sulla base di anzianità lavorativa ed entità dell'ultima retribuzione (art 5, DPR n. 484/1968 e art 14, L. n. 153/1969); in corrispondenza quindi di quaranta anni di servizio poteva maturarsi il diritto ad una prestazione pensionistica pari all'80% della retribuzione percepita nell'ultimo periodo di attività lavorativa.

Nell'ottica del ripristino di un rapporto sostenibile tra spesa pensionistica e prodotto interno lordo, si rendeva quindi necessario un ripensamento e una rimodulazione dell'assetto previdenziale presente, all'interno del quale la previdenza privata andasse ad assumere un ruolo in qualche modo salvifico rispetto alla crisi del sistema previdenziale pubblico.

Essa infatti compensando la riduzione di copertura sociale del sistema di base, attraverso l'integrazione dei trattamenti pensionistici da questo erogati, sarebbe andata ad identificarsi come un presidio "terapeutico" rispetto alla crisi del sistema pensionistico. Al contempo, la scelta di assegnare alla componente pensionistica complementare tale ruolo avrebbe auspicabilmente portato il vantaggio di un generale sviluppo del sistema pensionistico e occupazionale, data la valorizzazione dei fondi pensione come strumenti di intermediazione finanziaria, capaci di alimentare finanziariamente edilizia e imprese minori.

Ciò fu realizzato dal legislatore degli anni '90 attraverso la creazione di un nesso di complementarità tra previdenza pubblica e previdenza privata, che presupponeva l'avvicinamento strutturale dei due sistemi in un disegno di funzionalizzazione del secondo al primo .

Con la legge n. 421/1992 (riforma "Amato"), infatti, si intese realizzare il riequilibrio finanziario delle gestioni pensionistiche, stabilizzando il rapporto tra spesa previdenziale e prodotto interno lordo; l'omogeneizzazione tendenziale dei trattamenti pensionistici obbligatori; l'agevolazione, infine, della costituzione di forme pensionistiche per l'erogazione di trattamenti pensionistici complementari⁴².

⁴² Tali propositi furono attuati rispettivamente con i successivi D.lgss. n. 503/1992 e n. 124/1993, nonché con una serie di altri interventi, tutti ricompresi nel periodo 1992-1994, volti ad introdurre elementi di razionalizzazione nella tutela previdenziale. In particolare, il D.lgs n. n. 124/1993 attuava la delega contenuta all'art 3, lett. v) della L. n. 421 che mirava a realizzare più elevati livelli di copertura previdenziale, attraverso l'incentivazione di forme complementari di previdenza. Questa stessa finalità fu poi ribadita dal legislatore con la successiva L. n. 335/1995, art 1 (riforma "Dini"). Con essa si completava il disegno di una modificazione strutturale del sistema pensionistico, attraverso una riforma per la prima volta congiunta di sistema pensionistico obbligatorio e complementare, volta a

Nel riformare il sistema pensionistico esistente, il legislatore optò quindi per un sistema “binario” di protezione sociale, fondato su due pilastri. Da un lato quello pubblico, a partecipazione obbligatoria, funzionante secondo il meccanismo della ripartizione, gestito da istituzioni di natura pubblica. Dall’altra quello privato a capitalizzazione e a partecipazione volontaria. Entrambi tra loro combinati in un’ottica secondo la quale il secondo avrebbe compensato l’arretramento del primo nella realizzazione della finalità generale di liberazione dal bisogno .

1.3.2 L’impostazione della Corte Costituzionale: una previdenza complementare “funzionalizzata” a quella pubblica

L’inquadramento dato dal legislatore alla materia della previdenza complementare nella riforma “Amato” fece da sfondo e giustificò l’idea di una previdenza complementare funzionalizzata a quella pubblica e riconducibile al 2° comma dell’art 38 Cost., che gran parte della dottrina⁴³ in quegli anni teorizzava e che la Corte Costituzionale avallò.

Tale inquadramento mostrava infatti l’adesione a quella teoria che concepisce il sistema previdenziale come un sistema articolato su quattro cerchi concentrici, dei quali solo i primi 3 insistono su bisogni socialmente rilevanti⁴⁴. In particolare, il primo coincide con la garanzia del minimo vitale (comma 1 dell’art. 38 Cost.) e il secondo si identifica con il trattamento minimo per un’esistenza libera e dignitosa (comma 2 dell’art. 38 Cost.)

dimostrare il collegamento non più solo di fatto, ma ora giuridicamente istituzionalizzato, tra i due livelli pensionistici.

⁴³ Per tutti cfr. P. Sandulli, *Previdenza complementare*, in Dig. Disc. Priv., XI, Giapichelli, Torino, 1995, pag. 243 e segg. ; R.Pessi, *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, Padova, 2008, pag. 652 e segg.; R. Pessi, *La collocazione funzionale delle recenti innovazioni legislative in materia di previdenza complementare nel modello italiano di sicurezza sociale*; in Scritti in memoria di Massimo D’Antona, Vol. III, parte III; Giuffrè, 2004, pag. 3203 e segg.; F. Mazziotti, “*Prestazioni pensionistiche complementari e posizioni contributive*” in Dir. Lav., 1997, n.4, pag. 242.

⁴⁴ Vedi in tal senso G. Sigillò Massara, *Sul fondamento costituzionale della previdenza complementare*, in Lavoro e Previdenza oggi, n.5, 2010, pag. 509.

Entrambi i primi due cerchi - relativi a bisogni soggettivamente esistenti ed oggettivamente accertati - sono tuttora occupati dal sistema di tutela pubblico. Il terzo cerchio, invece, riferibile al bisogno presunto del mantenimento del tenore di vita raggiunto durante l'attività lavorativa, originariamente ricoperto dalla previdenza pubblica, è stato gradualmente ceduto alla previdenza integrativa; ciò per una dichiarata indisponibilità di risorse che impone alla previdenza pubblica un arretramento tutela.

Il quarto cerchio infine rimane affidato alla previdenza meramente privata, dal momento che va ad insistere su bisogni meritevoli di tutela ma privi del carattere della rilevanza sociale.

La ricostruzione del sistema previdenziale appena descritta, nel giustificare il sistema di limitazioni e vincoli imposto dal legislatore con le riforme degli anni '90, presupponeva una visione dello Stato che da "gestore" si proponesse anche come "regolatore" delle componenti private del sistema, funzionalizzandole, in una logica di complementarietà, alla realizzazione di quelle garanzie ora da lui dismesse⁴⁵.

Tale impostazione è stata poi accolta nella tesi ricostruttiva prospettata dalla Corte Costituzionale che, nel sostenere la sussistenza di un collegamento funzionale tra previdenza obbligatoria e previdenza complementare – che subordinasse quest'ultima alla realizzazione degli obiettivi perseguiti dalla prima⁴⁶-, ha mostrato di fare propria la concezione di quest'ultima elaborata dalla dottrina appena ricordata.

⁴⁵ T. Treu, *La previdenza complementare nel sistema previdenziale*, in Studi in onore di Mario Grandi, Padova, 2005, pag. 753 e segg.

⁴⁶ Corte Cost. 3 ottobre 1990, n. 427, in Foro It., 1991, I, col. 2005, con nota di O. Mazzotta; Corte Cost. 8 settembre 1995, n. 421, in Foro It., 1995, I, col. 3392, in Arg. Dir. Lav., 1995, 2, pag. 173; Corte Cost. 8 giugno 2000, n. 178, in Mass. Giur. Lav., 2001, n. 1-2, pag. 91, con nota di P. Sandulli; Corte Cost. 16 aprile 2002, n. 121, in Giur. cost. 2002, pag. 948, relative alla vicenda del "contributo di solidarietà" imposto alla prima per finanziare la seconda e Corte Cost. 9 luglio 1999, n. 289, in Giur. Cost., 1999, pag. 2432; Corte Cost., 28 luglio 2000, n. 393, in Mass Giur. Lav., 2000, n. 8/9, pag. 965, con nota di R. Pessi e in Arg. Dir. Lav., 2001, 2, pag. 619, con nota di G. Proia; Corte Cost. 27 luglio 2001, n. 319, in Notiz. Giur. Lav., 2002, p. 250, su requisiti di accesso e livelli delle prestazioni pensionistiche complementari.

In tal senso, secondo alcuni⁴⁷, la Corte non fece altro che limitarsi a prendere atto di ciò che ormai era sotto gli occhi di tutti: la necessità di piegare la natura della previdenza privata alle esigenze della previdenza pubblica, attraverso l'attribuzione alla prima di un ruolo ancillare nei confronti della seconda, sulla base dell'improrogabile esigenza di un contenimento di spesa .

L'opportunità data alla Corte Costituzionale per pronunciarsi su ruolo e funzioni assegnati ai fondi pensione, ha avuto origine dalla c.d. vicenda del "contributo sul contributo" - relativa al tema della imponibilità contributiva ai fini INPS del finanziamento verso la previdenza complementare⁴⁸ - e da quella dei requisiti per l'accesso alle prestazioni pensionistiche complementari⁴⁹.

In tali occasioni, il Giudice delle leggi ebbe modo di esprimere il suo punto di vista consolidando poi nel tempo un orientamento monolitico, teso a ricondurre la previdenza complementare nell'alveo del comma 2 dell'art. 38 Cost., sul presupposto della condivisione, tra previdenza pubblica e previdenza complementare, del comune obiettivo della tutela previdenziale adeguata.

1.3.3 La c.d. vicenda del "contributo sul contributo"

La questione si pose quando all'inizio degli anni '80⁵⁰ gli enti previdenziali, sulla spinta dell'esigenza di ridurre il proprio disavanzo, diedero avvio ad una campagna ispettiva e ad un contenzioso con le imprese che avevano istituito fondi integrativi, esigendo da parte di queste

⁴⁷ G. Proia, *Aspetti irrisolti del problema dei rapporti tra previdenza pubblica e previdenza complementare*, in Arg. Dir. Lav., 2001, 2, pag. 621.

⁴⁸ Cfr. Corte Cost. 3 ottobre 1990, n. 427; Corte Cost. 8 settembre 1995, n. 421; Corte Cost. 8 giugno 2000, n. 178; Corte Cost. 16 aprile 2002, n. 121.

⁴⁹ Corte Cost. 9 luglio 1999, n. 289, cit.; Corte Cost. 28 luglio 2000, n. 393, cit.; Corte Cost. 27 luglio 2001, n. 319.

⁵⁰ M. Persiani, *Previdenza pubblica e previdenza privata*, in Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind., 2000, XIII Congresso dell'Associazione italiana del diritto del lavoro e della sicurezza sociale. - Ferrara - 11/13 maggio 2000, pag. 201 e segg.; G. Zampini, *La previdenza complementare. Fondamento costituzionale e modelli organizzativi*, Cedam, Padova, 2004, pag. 218 e segg.

il versamento dei contributi di previdenza e assistenza di cui all'art 12, L. n. 153/1969⁵¹, anche rispetto alle somme versate a finanziamento di detti fondi⁵².

La disposizione citata, nell'individuare la nozione di retribuzione imponibile per il calcolo della contribuzione previdenziale in "tutto ciò che il lavoratore riceve dal datore di lavoro in denaro o in natura (...) in dipendenza del rapporto di lavoro", prevedeva nel testo allora vigente alcune eccezioni considerate elenco tassativo dalla giurisprudenza; fra queste non risultavano le somme accantonate per il finanziamento dei fondi pensione privati. E' sulla base di tale omissione che si determinò la grave situazione di incertezza interpretativa su cui si radicarono le rivendicazioni degli enti, suscitando il sorgere di diverse posizioni in dottrina e giurisprudenza.

Con l'avvio del contenzioso da parte dell'INPS – che si scontrava con una generalizzata prassi di sistematica omissione contributiva, avallata dalla giurisprudenza di merito⁵³, nonché dallo stesso Ministero del Lavoro⁵⁴, esplose il dibattito sulla natura retributiva o contributiva degli accantonamenti ai fondi pensionistici complementari, al quale strettamente si connetteva la questione dei rapporti tra previdenza pubblica e previdenza

⁵¹ Secondo la formulazione originaria dell'art. 12 della legge n. 153/1969, infatti, la nozione di retribuzione imponibile a fini previdenziali comprendeva "tutto ciò che il lavoratore riceve dal datore di lavoro in denaro o in natura, al lordo di qualsiasi ritenuta, in dipendenza del rapporto di lavoro". La giurisprudenza ha assunto sempre una lettura omnicomprensiva del dettato normativo che superava la nozione di retribuzione in senso stretto, per accoglierne una più ampia sino a ricomprendere qualunque erogazione datoriale, riconducibile, in via diretta o indiretta, al sinallagma contrattuale e non espressamente esclusa dall'art. 12 in parola. In tal modo, anche la contribuzione versata a i fondi di previdenza era assoggettata a contribuzione. Sulla complessa vicenda che ha interessato la nozione di retribuzione imponibile si veda P. Bozzao, *Ancora sulla legittimità costituzionale della contribuzione a favore della previdenza complementare*, in *Dir. Lav.*, 2000, II, pag. 306.

⁵² Sul punto cfr. G. Zampini, *op. ult. cit.*, pag. 218-234.

⁵³ La giurisprudenza di merito, riconosceva oltre che della funzione anche della natura previdenziale dei contributi destinati alla previdenza privata, escludendo di conseguenza tali versamenti dall'assoggettabilità a contribuzione previdenziale. In particolare cfr. Pretore di Torino, 16 marzo 1981, in *Orient. Giur. Lav.*, 1981, pag. 791; Pret. Milano, 24 febbraio 1984, in *Orient. Giur. Lav.*, 1984, pag. 910; Trib. Milano, 8 maggio 1985, in *Orient. Giur. Lav.*, 1985, pag. 991; Trib. Milano, 25 marzo 1987, in *Orient. Giur. Lav.*, 1987, pag. 532; Trib. Firenze, 8 maggio 1988, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1988, II, pag. pag. 238.

⁵⁴ Cfr. *Circ. Min. Lav.*, 2 febbraio 1973, n. 6, in *Riv. It. Prev. Soc.*, 1973, pag. 946.

privata, e quella conseguente della natura e della funzione da attribuire a quest'ultima. Con tale vicenda, infatti, dato l'aggravio di oneri che l'accoglimento delle pretese dell'INPS avrebbe comportato per i datori di lavoro che avevano istituito regimi previdenziali aziendali e data l'inevitabile alterazione funzionale di questi ultimi, si poneva in risalto per la prima volta un profilo di interferenza tra previdenza pubblica e previdenza privata⁵⁵.

Nel dibattito, la Corte di Cassazione⁵⁶, mostrò di aderire alla tesi degli enti previdenziali, consolidando tale orientamento nel corso degli anni '80, malgrado il dissenso di gran parte della dottrina⁵⁷.

In particolare la Cassazione sostenne la natura di retribuzione differita imponibile delle somme versate per i fondi pensione, facendo propria una nozione di retribuzione tendenzialmente ampia, coincidente con qualsiasi erogazione datoriale più o meno direttamente riconducibile al sinallagma contrattuale, non espressamente esclusa dall'art. 12 , L. n. 153/1969.

Tale interpretazione prescindeva dalla funzione propria della specifica erogazione e si svincolava del tutto dal contesto sinallagmatico

⁵⁵ M. Persiani, *Previdenza pubblica e previdenza privata*, in Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind., 2000 , XIII Congresso dell'Associazione italiana del diritto del lavoro e della sicurezza sociale. – Ferrara – 11/13 maggio 2000, pag. 210 e seg.

⁵⁶ Cfr. Cass., Sez. Un., 14 novembre 1975, n. 3850, in Giust. Civ., 1976, I, pag. 413; Cass. 14 dicembre 1978, n. 5980, in Mass. Giur. Lav., 1979, pag. 607; Cass. 1° febbraio 1985, n. 664, in Giust. Civ., 1985, pag. 2778 e segg., con nota di Guarnieri G., Fondi aziendali di previdenza ed obbligo contributivo; Cass., 11 giugno 1986, n. 3877, in Orient. Giur. Lav., 1987, pag. 1086; Cass., 8 gennaio 1987, n. 61, in Mass. Giur. Lav., 1987, pag. 70 e segg. con nota di M. Persiani, *Previdenze contrattuali e contribuzione previdenziale*; Cass., 15 aprile 1987, n. 3761, in Mass. Giur. Lav., 1987, pag. 385 e segg., con nota di Persiani M., *Ancora sulla retribuzione assoggettabile a contribuzione previdenziale*.

⁵⁷ In particolare, secondo M. Persiani, op. ult. cit., pag. 214, i datori di lavoro ed i datori iscritti a forme di previdenza complementare, già adempivano agli obblighi fiscali e, essendo iscritti al regime generale, contribuivano anche a quest'ultimo, esprimendo così una solidarietà analoga a quella degli altri datori di lavoro e lavoratori; di qui l'illegittimità dell'imposizione di un' ulteriore contribuzione, contrastante con la direttiva costituzionale che impone di favorire la previdenza integrativa, assicurandone la libertà. Inoltre, nella posizione dell'INPS era implicito un paradosso: il contributo verso le pensioni private, finalizzate ad integrare quelle pubbliche, se considerato imponibile dall'INPS avrebbe determinato l'accrescimento anche della pensione pubblica, rendendo parzialmente inutile l'istituzione di forme complementari.

del rapporto di lavoro subordinato, incentrandosi quasi esclusivamente sulla coincidenza temporale tra quest'ultimo e l'erogazione datoriale.

Essa era inoltre criticabile sotto altri profili. Innanzitutto, i contributi versati dal datore a finanziamento di casse ed enti con finalità previdenziale non potevano configurarsi come somme destinate direttamente al lavoratore bensì al fondo che, anche nei casi in cui era interno al patrimonio aziendale e si atteggiava come separata voce del passivo di bilancio, andava comunque a concretizzare una distinta entità patrimoniale separata *ex art.* 2117 c.c. Tali contributi dovevano piuttosto qualificarsi come adempimento di un obbligo contrattuale assunto nei confronti di un soggetto terzo e ciò escludeva la realizzazione della fattispecie costitutiva dell'obbligo contributivo prevista dall'art. 12 cit. L'attribuzione della natura retributiva a tali somme peraltro, neppure poteva giustificarsi con la necessità di garantire l'intangibilità delle stesse; la rilevanza previdenziale e assistenziale di tali contributi, nella logica dell'art. 2117 c.c., avrebbe infatti attribuito comunque alle stesse un'intangibilità assoluta.

Al contrario, la natura previdenziale dei contributi ai fondi pensione integrativi sarebbe stata testimoniata dalla coincidenza del regime fiscale di previdenza pubblica e privata caratterizzato dal differimento quindi per entrambe dell'imposizione al momento dell'erogazione delle prestazioni, assente rispetto ad istituti, che avendo natura propriamente retributiva, sono sottoposti "a monte" all'imposizione.

La posizione assunta dalla Corte di Cassazione sulla questione dell'assoggettabilità o meno a contribuzione previdenziale dei flussi di finanziamento alla previdenza integrativa poteva quindi spiegarsi unicamente sulla base della preoccupazione di salvaguardare la crisi finanziaria dell'INPS, a costo di alterare l'equilibrio tra previdenza privata

e previdenza pubblica, attraverso l'imposizione per la prima di un obbligo di finanziamento della seconda⁵⁸.

Un primo punto di svolta nel dibattito della Corte di Cassazione fu rappresentato dalla sentenza n. 427/1990⁵⁹, dalla quale scaturì, oltreché la soluzione della questione interpretativa, una nuova concezione della previdenza integrativa, fondata sul riconoscimento di una omogeneità di funzioni con la previdenza pubblica.

La Corte di Cassazione con ordinanze del 15.12.1989 e 23.01.1990 aveva rimesso alla Corte Costituzionale la questione della legittimità costituzionale del combinato disposto dell'art. 1 del D. Lgs n. 44/1985 e dell'art. 12 legge 153/1969 in relazione all' art. 3 Cost. per la disparità di trattamento fra i fondi di previdenza integrativa, in quanto il finanziamento verso quello per gli spedizionieri era esonerato da contribuzione verso l'INPS dalla legge speciale. La Corte dichiarando infondata la questione escluse la configurabilità della denunciata disparità di trattamento, sulla base del carattere eccezionale della norma relativa al fondo spedizionieri, che a suo avviso non andava estesa alla generalità dei fondi di previdenza integrativa, con conseguente sottoposizione delle somme destinate al finanziamento di questi ultimi all'obbligo della contribuzione previdenziale. Con tale pronuncia il Giudice delle leggi, pur mostrando di aderire alla teoria che riconosceva a tali contributi natura di retribuzione con funzione previdenziale, dichiarò che la previdenza integrativa andava incoraggiata, "anche in ossequio ad una direttiva della comunità economica europea"; al contempo però, sulla base del ricorso al "principio di solidarietà di cui all'art. 2 Cost." escluse che "il suo finanziamento, soprattutto se alimentato da redditi medio-alti", fosse "interamente esentato da una forma di contribuzione alla previdenza pubblica". In tal senso si

⁵⁸ Persiani M., *Previdenza pubblica e previdenza privata*, in Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind., 2000, XIII Congresso dell'Associazione italiana del diritto del lavoro e della sicurezza sociale, Ferrara – 11/13 maggio 2000, pag. 211 e 212.

⁵⁹ Corte Cost. 3 ottobre 1990, n. 427, cit.

indicò al legislatore la strada da seguire in materia: quella dell'istituzione di uno speciale contributo di solidarietà.

Particolarmente aspre furono le critiche che gran parte della dottrina⁶⁰ mosse a tale pronuncia, soprattutto per il richiamo al principio di solidarietà, che dati i suoi caratteri di generalità e universalità appariva difficilmente utilizzabile a sostegno di argomentazioni volte a risolvere situazioni specifiche, contingenti e riconosciute come privatistiche.

Contestata fu altresì la considerazione per cui le forme di previdenza privata avrebbero comportato una sottrazione di risorse alla solidarietà generale; ciò sulla base del fatto che i datori di lavoro che le finanziavano al contempo contribuivano alla previdenza pubblica⁶¹.

Con l'art. 9-*bis* della Legge n. 166/1991 il legislatore accolse l'indicazione della Corte Costituzionale. Da un lato infatti fornì un'interpretazione autentica dell'art. 12 della Legge n. 153/1969, che escludeva espressamente dall'imponibile INPS le contribuzioni previdenziali, le contribuzioni o somme versate o accantonate a finanziamento di casse, fondi, gestioni o forme assicurative previste da contratti collettivi, accordi o regolamenti aziendali per l'erogazione di prestazioni integrative previdenziali o assistenziali. Dall'altro impose l'assoggettamento di dette somme ad un "contributo di solidarietà" del

⁶⁰ Cfr. G. Zampini, *La previdenza complementare. Fondamento costituzionale e modelli organizzativi*, Padova, 2004, pag. 326 secondo cui "l'imposizione di un contributo di solidarietà di importo così rilevante suscitò perplessità e non soltanto per il timore che l'onere di quel contributo avrebbe, comunque, potuto determinare una crisi nei sistemi di previdenza privata e, inoltre, avrebbe raffreddato le propensioni all'istituzione di nuove forme di previdenza privata".

⁶¹ M. Persiani, *Previdenza pubblica e previdenza privata*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2000, XIII Congresso dell'Associazione italiana del diritto del lavoro e della sicurezza sociale. – Ferrara – 11/13 maggio 2000, pag. 214. Secondo l'Autore "le forme di previdenza privata non comportano, quindi, una sottrazione alla solidarietà generale: i datori di lavoro finanziano sia la previdenza privata che quella pubblica: quella privata, in adempimento di un'obbligazione contrattuale; quella pubblica in adempimento dell'obbligazione contributiva imposta dalla legge i necessaria attuazione del principio di solidarietà. Ed è per questo che suscitò perplessità l'imposizione di una ulteriore solidarietà ai datori di lavoro che finanziano la previdenza privata, soltanto perché la finanziano. Ulteriore solidarietà che si realizza con l'imposizione di una ulteriore contribuzione che, oltretutto, contrasta con la direttiva costituzionale e legislativa che impone di favorire la previdenza integrativa privata, rispettandone la libertà".

10%, specificatamente introdotto per la realizzazione dell'adempimento del dovere di solidarietà, imposto alla previdenza privata nei confronti della previdenza pubblica.

Pesanti furono anche in questo caso le censure che la dottrina non mancò di sollevare a tale intervento. Si sostenne ad esempio che esso rappresentava un'interpretazione molto riduttiva del "suggerimento" della Corte Costituzionale; il "contributo di solidarietà" realizzava infatti una solidarietà circoscritta alla categoria di appartenenza, volta ad arricchire la forma pensionistica pubblica dei lavoratori iscritti ai fondi integrativi e non invece a sostenere le fasce economicamente più deboli di lavoratori iscritti al regime generale INPS⁶². All'opposto, l'imposizione di un'ulteriore solidarietà, fu vista come l'irrazionale imposizione di un "contributo sul contributo"⁶³, assimilabile più a una imposta destinata a tassare un'attività privata, che ad una forma di contribuzione previdenziale.

L'obiettivo perseguito dal legislatore parve qui evidente: affiancare previdenza pubblica e previdenza privata attraverso un legame economico e funzionale volto a investire la seconda del compito di contribuire al finanziamento della prima in nome di un dovere di solidarietà che nascondeva motivazioni politico-sociologiche, poco coerenti con la volontà di una incentivazione effettiva e reale della previdenza complementare.

Le perplessità sollevate dall'art. 9-bis cit. resero necessario un nuovo intervento della Corte Costituzionale. Con la successiva sentenza 421/1995⁶⁴ il Giudice delle leggi accolse una questione di legittimità costituzionale sollevata con propria ordinanza risalente al 1 giugno 1995 n. 225, dichiarando la parziale illegittimità dell'art. 9- bis comma 1 L. n. 166/1991, nella parte in cui escludeva la ripetibilità dei versamenti

⁶² Tale contributo era in realtà "devoluto alle gestioni pensionistiche di legge cui sono iscritti i lavoratori" e non al Fondo pensioni lavoratori privati dell'INPS. Sul punto cfr. G. Zampini, *La previdenza complementare. Fondamento costituzionale e modelli organizzativi*, op. cit., pag. 223.

⁶³ M. Persiani, *Previdenza pubblica e previdenza privata*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2000, XIII Congresso dell'Associazione italiana del diritto del lavoro e della sicurezza sociale, Ferrara, 11/13 maggio 2000, pag. 213.

⁶⁴ Corte Cost. 8 settembre 1995, n. 421.

contributivi anteriori all'entrata in vigore della legge, concedendo nel contempo una generale sanatoria a favore di chi non aveva versato nulla all'INPS senza prevedere "una contropartita analoga al contributo di solidarietà imposto per il futuro". In tal modo si realizzava infatti una disparità di trattamento tra datori di lavoro inadempienti, sollevati completamente da ogni debito nei confronti degli istituti previdenziali, e datori adempienti, privati invece della possibilità di ottenere in restituzione quanto versato, in difformità con il principio di razionalità ed equità previsto all'art. 3 Cost. e con il dovere di solidarietà riconducibile al secondo comma dell'art. 38 Cost.

Circa l'esonero dall'ordinaria contribuzione sociale di cui all'art. 9-*bis*, la Corte negò la funzione di interpretazione autentica di tale disposizione, identificandola invece come un'eccezione da aggiungere a quelle elencate all'art 12, comma 2, L. n. 153/1969.

Con la pronuncia in questione la Corte mostrò di confermare quanto già espresso con la precedente pronuncia rendendo definitiva la qualificazione previdenziale e l'attrazione della previdenza integrativa nell'ambito del comma 2 dell'art. 38 Cost.. Ancora una volta la preoccupazione principale della Corte sembrava essere quella di contribuire a sanare il dissesto finanziario del sistema previdenziale pubblico tramite il concorso della previdenza privata⁶⁵.

Nemmeno quest'ultima sentenza mise però fine alla questione qui illustrata.

La sentenza da ultimo ricordata aveva invitato il legislatore ad introdurre una contropartita all'esonero dalla contribuzione INPS. Le disposizioni contenute nei commi 193 e 194 dell'art 1, L. n. 662/1996, che avevano così imposto, in deroga alla disciplina della prescrizione dei crediti previdenziali, un contributo di solidarietà retroattivo del 15% sui

⁶⁵ Persiani M., *Previdenza pubblica e previdenza privata*, in Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind., 2000 , XIII Congresso dell'Associazione italiana del diritto del lavoro e della sicurezza sociale, Ferrara, 11/13 maggio 2000, pag. 215-216; Zampini G., *La previdenza complementare. Fondamento costituzionale e modelli organizzativi*, op. cit., pag. 231.

finanziamenti alla previdenza privata eseguiti nel periodo dal 1° settembre 1985 al 30 giugno 1991.

Con la sentenza n. 178/2000⁶⁶ la Corte dichiarò in gran parte infondate le questioni di legittimità costituzionale sollevate in ordine a tale normativa. In particolare essa manifestò di non condividere i rilievi formulati in relazione al contrasto con il principio di uguaglianza (art. 3, Cost.)⁶⁷. Ritenne altresì inconferente il richiamo all'art. 53 Cost., che impronta il sistema tributario al principio della capacità contributiva, ritenuto violato dall'imposizione di un maggior onere contributivo del 15% in cifra fissa a carico dei soli datori che avevano costituito forme pensionistiche integrative. Allo stesso modo respinse la prospettata violazione dell'art 47 Cost. da parte della previsione della contribuzione prevista per il periodo 1°/09/1985 – 30/06/1991, giacché detto contributo avrebbe rappresentato soltanto “una contropartita necessaria dell'esclusione delle contribuzioni ai fondi di previdenza complementare dalla base imponibile per la determinazione dei contributi di previdenza e assistenza sociale”; ciò in adempimento dei fondamentali principi di solidarietà (art 2 Cost.) e razionalità – equità (art. 3 Cost.).

Con la successiva pronuncia n. 121/2002⁶⁸, la Corte respinse ancora una volta le varie censure mosse allo stesso provvedimento, richiamando le motivazioni già espresse nella sua precedente giurisprudenza⁶⁹.

⁶⁶ Corte Cost. 8 giugno 2000, n. 178, cit.

⁶⁷ La Corte finì, infatti, con l'ammettere la contemporanea esistenza di un diversificato regime contributivo, argomentando sulla base del fatto che non poteva dirsi violato il principio d'uguaglianza dal mero succedersi nel tempo di discipline differenziate. Giustificò altresì la diversa entità del contributo di solidarietà (10% vs 15%) come la previsione di un contributo di entità superiore rispetto a quella stabilita dalla legge per contributi di analoga o identica natura relativamente al periodo 1°/09/1985 – 30/06/1991, sulla base della differenza temporale del periodo di riferimento, nonché in considerazione del beneficio della rateazione in 18 bimestri prevista per il pagamento del debito relativo al periodo più risalente

⁶⁸ Il riferimento è a Corte Cost. 16 aprile 2002, n. 121, cit., pag. 948.

⁶⁹ Nella motivazione di tale sentenza la Corte, infatti, ribadisce quanto già enunciato in precedenza in particolare che “Il contributo di solidarietà a carico dei datori di lavoro che non avevano adempiuto all'obbligo della contribuzione previdenziale, istituito per il passato dalla norma censurata, ha quindi natura di contributo nuovo e costituisce, secondo i principi di razionalità-equità e di solidarietà, una ragionevole e notevolmente vantaggiosa contropartita a fronte dell'esonero dal pagamento dei contributi previdenziali obbligatori,

Il reiterato rinvio alla Corte Costituzionale manifestava il disagio della magistratura ad accettare l'introduzione di un obbligo contributivo retroagente oltre il termine prescrizione valevole per la contribuzione previdenziale. Ma se – sul piano dei principi generali – ciò pareva stridente, il superamento della norma non poteva ragionevolmente inverarsi ad opera del Giudice delle leggi che quell'intervento legislativo aveva sollecitato.

In ogni caso – per ciò che rileva ai fini del discorso che stiamo conducendo - con tali ultime sentenze fu confermato l'intendimento di voler ad ogni costo ricondurre la previdenza complementare all'interno di un sistema complessivo, orientato all'attuazione delle finalità garantite dall'art. 38 comma 2 Cost. Tuttavia, poco convincenti apparivano le argomentazioni a sostegno di tale impostazione che lasciavano trasparire la loro strumentalità all'obiettivo condiviso dal legislatore con le riforme degli anni '90, di "rimpinguare il bilancio degli enti previdenziali"⁷⁰.

1.3.4 Profili di criticità della proposta ricostruttiva della Corte Costituzionale

Nella serie di pronunce qui analizzate emerge l'impressione di una riconduzione forzata della previdenza complementare nel sistema delineato dal comma 2 dell'art. 38 Cost., volta a garantire un'integrazione non solo - e non tanto - sul piano delle prestazioni, ma anche su quello delle funzioni tra previdenza pubblica e previdenza privata, come rimedio alla situazione di grave crisi finanziaria che aveva colpito il sistema pubblico di base ⁷¹.

Ciò sul presupposto di una coincidenza delle finalità perseguite tra forme pensionistiche private e regime pubblico che finisce per sopprimere l'idea di una previdenza complementare che sia espressione di autonomia privata (tesa alla soddisfazione di interessi meramente privati),

posta in essere dalla necessità di regolare tutte le situazioni di inadempimento ancora pendenti”.

⁷⁰ G. Zampini, op. ult. cit., pag. 232-233.

⁷¹ M. Persiani, op. ult. cit., pagg. 216-217.

identificando quest'ultima come propagine di un sistema unitario volto al perseguimento di funzioni pubbliche.

La chiamata della previdenza privata a concorrere al finanziamento della previdenza pubblica da un lato, e il condizionamento, sul piano delle prestazioni, alle esigenze di quest'ultima, dall'altro, manifestano infatti chiaramente la volontà di asservire la prima alla seconda, nell'obiettivo di garantire la tenuta finanziaria del sistema, superando i limiti - che diversamente dovrebbero imporsi - della garanzia di libertà di cui all'art 38, comma 5 Cost. e di autonomia collettiva di cui all'art 39 Cost.⁷².

La funzionalizzazione della previdenza complementare a quella pubblica, secondo quella dottrina che la Corte Costituzionale mostrò di seguire nelle pronunce relative alle questioni di cui si tratta, "non poteva che pagarsi con la libertà, risultando pacifico che il riconoscimento della finalità pubblicistica imponeva l'identificazione di un modello legale di riferimento e la sua sostanziale inderogabilità"⁷³.

Tale ragione, nella vicenda della contribuzione di solidarietà traspare chiaramente anche dal costante richiamo, nelle motivazioni delle sentenze, al necessario sacrificio di "redditi medio-alti", ritenuto necessario per "integrare le prestazioni previdenziali, altrimenti inadeguate, spettanti ai soggetti economicamente più deboli"⁷⁴.

Detto richiamo in particolare, rende infatti manifesto l'obiettivo di evitare il venir meno dei flussi contributivi alla previdenza pubblica, rendendo socialmente accettabile l'arretramento dei livelli di tutela garantiti dal sistema previdenziale pubblico, così come riformato attraverso l'utilizzo vincolato di una parte del risparmio privato ⁷⁵.

⁷² G. Proia, *La Corte Costituzionale e la previdenza complementare*, in Arg. Dir. Lav., 1995, II, pag. 173 e ss.

⁷³ In tal senso R. Pessi, *La collocazione funzionale delle recenti innovazioni legislative in materia di previdenza complementare nel modello italiano di sicurezza sociale*, in G. Ferraro, op. ult. cit., pag. 53 e seg.

⁷⁴ M. Persiani, op. ult. cit., pag.216.

⁷⁵ G. Proia, "Aspetti irrisolti del problema dei rapporti tra previdenza pubblica e previdenza complementare.", op. cit., pag. 622-623.

A ben vedere però il processo di avvicinamento tra i due sistemi pensionistici – quello pubblico e quello privato - avviato con la riforma “Amato” e confermato con la disciplina successiva, non pare potersi configurare come elemento di per sé idoneo e sufficiente a sostenere la complementarietà non solo di prestazioni, ma anche di funzioni sostenuta dalla Corte Costituzionale con la teoria della funzionalizzazione della previdenza complementare alla previdenza di base. La previdenza complementare, infatti, seppur chiamata ad operare a sostegno della previdenza pubblica, non sembra condividere, allo stato, la funzione che è caratteristica di quest’ultima.

Essa, infatti, è destinata all’esclusivo perseguimento di interessi privati, individuali e collettivi e, fintanto che l’adesione alla stessa sarà rimessa alla libera scelta individuale (art. 3, comma 4, D.lgs n. 124/1993), non potrà dirsi rispettata la funzione di concorso alla realizzazione dell’adeguatezza della prestazione sociale e di sollievo da situazioni di bisogno socialmente rilevanti, di cui all’art 38, comma 2, Cost..

Caratteristica essenziale della tutela prevista dall’art 38, comma 2 Cost. è infatti quella di operare in modo necessario e non facoltativo, data l’attinenza dei diritti in essa previsti con bisogni e valori fondamentali della persona umana, non riconducibili alla libera disponibilità del singolo.

La complementarietà attribuita alla previdenza privata da parte del legislatore non potrà quindi essere intesa se non come mera complementarietà di prestazioni, almeno fino a quando la stessa non venga chiamata ad operare indipendentemente dal consenso del soggetto interessato e nei confronti della generalità dei lavoratori. Solo allora potrà correttamente individuarsi nel comma 2° dell’art 38 Cost. il suo fondamento costituzionale.

Pare così condivisibile l’opinione di chi ha individuato nel processo di funzionalizzazione della previdenza complementare alla previdenza pubblica (realizzato dal legislatore con le riforme pensionistiche degli anni ’90 e avallato dalla Corte Costituzionale con una serie di pronunce

espressive di un indirizzo compatto e finora sempre ribadito), il risultato di una scelta politica di carattere contingente, tesa a soddisfare esigenze di tipo transitorio, identificabili nella necessità di compensare la diminuita effettività della tutela previdenziale pubblica, e come tali estranee alla logica del complessivo sistema previdenziale disegnato dal legislatore costituzionale⁷⁶.

Ma, secondo le previsioni di tale dottrina, proprio il carattere transitorio della premessa giustificativa dell'istituzione di un legame funzionale tra previdenza pubblica e previdenza complementare, avrebbe, con l'evoluzione stessa del sistema di previdenza complementare e più in generale del sistema di *Welfare*, man mano fatto perdere attendibilità a tale prospettazione ricostruttiva.

In tal senso, col tempo, sarebbe venuta meno l'esigenza di una disciplina legislativa che condizioni alla previdenza pubblica quella privata in termini di finanziamento e prestazioni e quest'ultima sarebbe tornata ad essere necessariamente libera, nonché assoluta prerogativa dell'autonomia collettiva.

Venuto quindi meno il fondamento sul quale l'impostazione della Corte Costituzionale si collocava, immancabilmente questa avrebbe dovuto essere rivista.

1.3.5 La “funzionalizzazione” della previdenza complementare nella riforma del 2005

Volendo riferire quanto osservato all'ultima riforma della previdenza complementare avviata a seguito della necessità di rilancio del secondo pilastro con la legge delega 23 agosto 2004, n. 242, è possibile osservare una conferma della linea oscillante intrapresa dal legislatore.

Infatti, mentre alcune disposizioni della delega riecheggiano i *dicta* della Consulta laddove accomunano la disciplina della previdenza

⁷⁶ Così M. Persiani, op. ult. cit., pag. 222 e segg.

complementare a quella della previdenza obbligatoria a testimonianza della medesima natura e del medesimo referente costituzionale delle due (si pensi, ad esempio alla legittimazione del fondo ad agire per il recupero dei contributi omessi, ovvero alla sottoposizione alle stesse regole in tema di pignorabilità delle prestazioni di previdenza complementare ed obbligatoria); altre vanno nella direzione opposta, esaltando il principio di libertà che è proprio della previdenza privata di cui al comma 5 dell'art. 38 Costituzione, ma che mal si concilia con il perseguimento dell'effettività della tutela previdenziale di cui al comma 2 del medesimo art. 38 (ci si riferisce, in particolare, a quelle norme che rimarcano la possibilità incondizionata di portabilità della posizione di previdenza complementare, a scapito della continuità del piano pensionistico).

Ma le previsioni che più testimoniano le incertezze del legislatore sono forse quelle relative alla destinazione tacita del trattamento di fine rapporto alle forme pensionistiche complementari. Ed infatti, nella logica dell'alleggerimento della tutela offerta dal sistema di previdenza obbligatoria, perseguito attraverso un inasprimento dei requisiti per il pensionamento, e della contemporanea crescita di importanza del secondo pilastro, la riforma del 2004 avrebbe potuto ben essere l'occasione per dettare modalità obbligatorie di adesione ai fondi pensione, del tutto coerenti con l'iscrizione della previdenza complementare nel comma 2 dell'art. 38 Costituzione, in quanto, fintantoché la previdenza complementare resta facoltativa, difficilmente la stessa potrà divenire un effettivo secondo pilastro del sistema previdenziale.

Invero, la direzione in cui intendeva originariamente muovere il Governo pareva essere proprio quella più coerente con l'attrazione della previdenza complementare nel comma 2 del citato art. 38: forme di adesione obbligatoria alla previdenza complementare erano, infatti, previste nella primissima versione del DDL 2145 presentato il 28 dicembre 2001 alla Camera dei deputati.

Le previsioni della delega n. 243/2004 sono state tradotte nell'ordinamento dal D.Lgs. 5 dicembre 2005 n. 252. Il decreto in parola ricalca grandemente la disciplina di cui al precedente D.Lgs. n. 124/1993. Ne consegue che, nel suo impianto complessivo, pare potersi affermare che anche la nuova disciplina rispecchia il pensiero della Corte Costituzionale circa la collocazione funzionale della previdenza complementare nel sistema previdenziale italiano (comma 2, art. 38 Costituzione).

Il collegamento tra previdenza obbligatoria⁷⁷ e complementare, dunque, è ribadito sin dalla disposizione di aperture del decreto delegato, il quale ribadisce che il fine delle forme previdenziali complementare è quello di innalzare il tasso di sostituzione della prestazione previdenziale rispetto al reddito lavorativo.

Anche molte delle disposizioni successive hanno confermato tale scelta; così, ad esempio, è per l'art. 11, che prevede che il diritto alla prestazione pensionistica si acquisisca solo al momento della maturazione dei requisiti di accesso alle prestazioni stabiliti nel regime obbligatorio di appartenenza, con almeno 5 anni di partecipazione alle forme pensionistiche complementari; ed ancora per quanto riguarda i destinatari del fondi pensione, che coincidono con i soggetti della previdenza complementare; le norme sull'istituzione; sulla costituzione dei fondi pensione, nonché quelle in materia di vigilanza e controllo del settore, affidato al controllo pubblico che, finalmente, lo esercita tramite un'unica autorità, la COVIP.

Se sin qui, dunque, il sistema giuridico della previdenza sociale delineatosi a seguito del D.Lgs. n. 252/2005 pare confermare quello disegnato dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 393/2000, tuttavia, vi sono alcune criticità che si pongono in distonia con tal disegno e che necessariamente, si ripropongono nel decreto di attuazione, a volte, anche

⁷⁷ Si rimanda la paragrafo 1.4.1 per un'approfondimento circa il regime di tassazione della previdenza obbligatoria.

in forma più acuta, rendendo più arduo il compito dell'interprete di dare sistematicità all'intero *corpus* normativo.

Così è per lo stesso nodo centrale della riforma che, come noto, è rappresentato dall'art. 8, il quale prevede forme di conferimento del trattamento di fine rapporto ai fondi pensione esplicite, ovvero tacite, entro sei mesi dalla data di entrata in vigore del decreto, o dell'assunzione se successiva. La previsione rappresenta certamente un rafforzamento dei meccanismi di adesione ai fondi pensione ed alla previdenza complementare *tout court*, ma è ancora ben lontana dal configurarsi come ipotesi di adesione obbligatoria alla medesima.

La medesima considerazione, inoltre, vale anche con riferimento al successivo comma 10 che prevede che l'adesione ad una forma pensionistica complementare non comporta l'obbligo della contribuzione a carico del lavoratore e del datore di lavoro, cui è comunque riconosciuta la facoltà di contribuire pur in assenza di accordi collettivi.

Dall'assetto delle citate disposizioni del D.Lgs. n. 252/2005, pertanto, emerge come il legislatore abbia voluto preservare il principio di libertà di adesione dei singoli lavoratori. Se, tuttavia, il fondamento costituzionale della previdenza complementare è ravvisabile nel comma 2 dell'art. 38, e così come la stessa Corte costituzionale ha avuto modo di rilevare, non vi è ragione per la quale la contrattazione collettiva di diritto comune non possa prevedere l'obbligatorietà della materia.

Procedendo nell'esame delle disposizioni che mal si conciliano con l'asserita afferenza della previdenza complementare alla medesima funzione della previdenza obbligatoria, vengono in rilievo soprattutto la norma che in luogo della rendita previdenziale consente al lavoratore iscritto al fondo pensione di riscuotere la prestazione – seppur solo parzialmente – sotto forma di capitale (art. 11), nonché la norma sul regime dei riscatti anticipati della posizione di previdenza complementare (art. 11, comma 7).

Tale analisi permette di affermare con pochi dubbi che il legislatore non abbia ancora colto appieno il rapporto tra previdenza complementare ed obbligatoria e fatto proprio dalla Corte costituzionale nei suoi ripetuti interventi.

Lo evidenziano i molti punti critici contenute nelle norme del D.Lgs. 252/2005 il quale non è riuscito a superare i nodi lasciati irrisolti dal D.Lgs. n. 124/1993 ed, anzi, ne ha acuiti alcuni, creando nuove “opportunità di fuga” dal sistema previdenziale e dall’effettività della tutela da questi offerta.

Sarebbe opportuno, al contrario, scegliere, quale sia il fine della previdenza complementare. E se si ritiene che esso sia quello di concorrere alla tutela offerta dal sistema obbligatorio, occorrerebbe introdurre alcune modifiche alla disciplina in essere, in particolare, con riferimento al momento genetico del rapporto, magari attraverso meccanismi di adesioni più stringenti o anche obbligatori, nonché prevedendo l’erogazione della prestazione necessaria sotto forma di rendita e la conseguente esclusione di un diritto di riscatto della posizione individuale, salvo ristrettissime ipotesi dettate dal principio di solidarietà (come ad esempio, per spese sanitarie).

Solo per questa via sembra possibile pervenire, infatti, ad un corretto e sostenibile sviluppo dell’intero sistema previdenziale, coerentemente al dettato dell’art. 38 della Costituzione⁷⁸.

Allo stato della legislazione, al contrario, la disciplina sulla previdenza complementare, presenta una configurazione ambigua e di difficile collocazione, in quanto ad adesione facoltativa e in quanto non propriamente calibrata sul criterio costituzionale dell’adeguatezza delle prestazioni, essa non può essere riconosciuta con assoluta certezza come puntuale espressione del principio dettato dal comma 2 dell’art. 38 della Costituzione; né in quanto rigidamente “funzionalizzata” e disciplinata nel

⁷⁸ Si rimanda al paragrafo 1.5.7 per l’analisi del rapporto tra il dovere di solidarietà di cui all’art. 38 ed il principio di capacità contributiva ex art. 53 della Costituzione.

suo assetto operativo, essa può dirsi puntuale espressione del comma 5 di quella stessa norma costituzionale.

1.4 Gli schemi pensionistici della previdenza complementare ed i modelli prescelti

Delineato quindi lo scenario giuslavoristico all'interno del quale il fenomeno previdenziale va inquadrato, è idea comunemente accettata⁷⁹ nel dibattito corrente che alla previdenza complementare debba essere riservato un trattamento fiscale di favore. Ed infatti le principali esperienze in materia di previdenza hanno evidenziato che un trattamento tributario favorevole, con la previsione di diverse forme di agevolazioni sui versamenti, sul reddito degli intermediari e sull'offerta di prestazioni, può essere un fattore decisivo di successo dei fondi pensione, soprattutto quando la scelta di adesione è su base volontaria.

Sicché il trattamento fiscale dei fondi pensione è un aspetto di notevole importanza qualora intenzione dello Stato sia quella di agevolare la nascita e lo sviluppo di un sistema previdenziale privato a capitalizzazione, ad adesione volontaria. In Italia, peraltro, tale obiettivo si intreccia, peraltro, con quello di accelerare il superamento dell'istituto del Trattamento di fine rapporto (Tfr) utilizzando le risorse ad esso destinate come principale fonte per il finanziamento della previdenza complementare.

Nella generalità dei paesi, d'altronde, i fondi pensione possono essere considerati, almeno in parte, un prodotto fiscale⁸⁰. Il legame fra

⁷⁹ M. Marè, *Valutazioni economiche: le ragioni e le modalità della tassazione adeguata della previdenza complementare*, in F. Marchetti – M. Marè, *Previdenza complementare e disciplina fiscale*, Bologna, 2009, pag. 13.

⁸⁰ L'intreccio fra disciplina fiscale e regolamentazione finanziaria influenza, infatti, in modo rilevante il ruolo dei fondi pensione sui mercati finanziari, per quanto attiene ad aspetti cruciali quali:
– la *stabilità della raccolta*, garantita dall'obbligo di permanenza all'interno di un piano per un numero minimo di anni;

disciplina fiscale e fisionomia dei fondi pensione è infatti ovunque molto stretto: l'agevolazione è concessa subordinatamente al soddisfacimento di requisiti che interessano tutti gli aspetti più rilevanti del funzionamento dei fondi stessi, quali i requisiti di accesso, la trasparenza della gestione, il soddisfacimento di eventuali vincoli di portafoglio, le regole di *funding* e così via⁸¹.

Molto spesso, inoltre, le caratteristiche di nuove forme pensionistiche sono definite da leggi che hanno per oggetto la disciplina fiscale dei prodotti previdenziali, come è avvenuto nel caso delle forme previdenziali individuali anche in Italia⁸².

In questo ambito, lo strumento fiscale è inoltre utilizzato come leva per il perseguimento di obiettivi di politica sociale: si pensi alle regole di non discriminazione, all'innalzamento dell'età a cui si è ammessi ai benefici, ai limiti posti all'ammontare degli stessi (correlato o meno all'ammontare di pensione garantita dal sistema pubblico)⁸³. E d'altronde, a

– la *composizione del portafoglio*, laddove la fruizione dei benefici fiscali sia subordinata al rispetto di vincoli di tipo quantitativo o qualitativo. Va in particolare ricordato che, in alcuni paesi, come ad esempio il Canada, la regolamentazione fiscale limita la quota di portafoglio che può essere investita in attività estere. Quali debbano essere le caratteristiche ottimali di questi tipi di vincoli è tuttora oggetto di dibattito.

⁸¹ Per una disamina anche in chiave economica del fenomeno previdenziale cfr S. Giannini e M.C. Guerra, *Alla ricerca di una disciplina fiscale per la previdenza complementare*, in *La previdenza complementare in Italia*, a cura di M. Messori, Bologna, Il Mulino e M.C. Guerra, *La previdenza complementare deve essere incentivata fiscalmente?*, in Riv. prev. pubbl. priv., 2001.

⁸² La definizione delle regole per “qualificarsi” come enti ammessi al regime fiscale favorevole interagisce, inoltre, strettamente con quella dettata dalle autorità che regolano i mercati finanziari, tanto che, molto spesso, l'autorità fiscale figura fra i soggetti a cui è demandata la vigilanza sui fondi pensione. Nel Regno Unito, in particolare, la regolamentazione della previdenza privata è affidata, principalmente, a tre organismi: OPRA (Occupational Pensions Regulatory Body), FSA (Financial Services Authority) e IRS.

⁸³ Dall'altro, la generosità dell'incentivo concesso rende necessario intervenire per evitare abusi, e cioè per impedire che di esso godano anche forme di risparmio non previdenziale, o che esso vada a beneficio del datore di lavoro attraverso pratiche di overfunding.

L'intreccio fra disciplina fiscale e regolamentazione finanziaria influenza in modo rilevante il ruolo dei fondi pensione sui mercati finanziari, per quanto attiene ad aspetti cruciali quali:

– la stabilità della raccolta, garantita dall'obbligo di permanenza all'interno di un piano per un numero minimo di anni;

– la composizione del portafoglio, laddove la fruizione dei benefici fiscali sia subordinata al rispetto di vincoli di tipo quantitativo o qualitativo.

giustificare una legislazione tributaria incentivante a favore dei fondi pensione, vi sono innanzitutto gli effetti rilevanti sul tasso di crescita dell'economia e sullo sviluppo dei mercati finanziari: la maggiore disponibilità di risparmio tende a produrre infatti esternalità positive sulla crescita economica e consente al contempo l'affermazione sul mercato dei capitali di investitori istituzionali quali i fondi pensione, che solitamente prediligono investimenti di media e lunga durata.

La principale giustificazione di natura economica che spinge all'adozione di un regime fiscale di maggiore favore a beneficio della previdenza complementare risiede nel valore meritorio attribuito al risparmio previdenziale; pertanto, esso andrebbe favorito al fine di superare la miopia e l'inerzia di quei soggetti che attribuiscono scarsa rilevanza a tale necessità⁸⁴. Di volta in volta, poi esso risponde ad altre esigenze: favorire o, quanto meno, non ostacolare la mobilità del lavoratore; agevolare il passaggio da una forma previdenziale ad un'altra; prevenire fenomeni di elusione fiscale, quali l'*overfunding* etc. .

La concessione di generosi incentivi fiscali rappresenta quindi un fattore strategico di grande rilevanza per la diffusione della previdenza complementare, in assenza del quale, secondo alcuni, i fondi pensione non potrebbero svilupparsi in maniera duratura ed organica; inoltre, lo sviluppo della previdenza complementare renderebbe possibile ingenti risparmi di spesa pubblica⁸⁵.

⁸⁴ In tal senso M. Marè, *op. cit.*, pag. 14 secondo cui “la previsione di incentivi fiscali consentirebbe inoltre di limitare fenomeni di moral hazard messi in atto da quanti, in modo strategico, decidono di non aderire a una forma di previdenza complementare pensando di poter contare, al momento del pensionamento, sulle tutele offerte dagli schemi previdenziali di natura pubblica”.

⁸⁵ Secondo M.C. Guerra, *La previdenza complementare deve essere incentivata fiscalmente?*, in Riv. prev. pubbl. priv., 2001, pag.20 e ss. “diviene cruciale non sopravvalutare il ruolo che l'incentivo fiscale può giocare nel determinare lo sviluppo della previdenza complementare. L'evidenza empirica sottolinea, infatti, che benché esista indubbiamente una correlazione fra sviluppo della previdenza complementare e regime fiscale ad esso riservato, elevate agevolazioni fiscali non sono condizione né necessaria né sufficiente per tale sviluppo. Vi sono paesi infatti, quali l'Austria e il Portogallo, in cui, pure a fronte di un'elevata agevolazione fiscale, la previdenza complementare stenta ad assumere un ruolo significativo, e paesi come la Finlandia e il Giappone in cui, pure a fronte di un regime fiscale meno generoso, i fondi pensione hanno conosciuto un rilevante

Schematizzando al massimo, dunque, l'intervento pubblico in campo previdenziale viene ricondotto a due principali motivazioni:

- in primo luogo si sostiene che se lasciati a se stessi, gli individui assumerebbero comportamenti miopi nei confronti del proprio futuro, sarebbero cioè portati a sottovalutare il risparmio necessario per garantirsi una dignitosa vecchiaia. Forzandoli ad aderire ai piani previdenziali pubblici, lo Stato agisce "paternalisticamente", sostituendosi ad essi quale miglior giudice dei loro stessi interessi;
- in secondo luogo, si teme che gli individui possano assumere comportamenti sleali, scegliendo consapevolmente di non risparmiare in modo adeguato per la propria vecchiaia nella certezza di poter poi contare sui piani di assistenza pubblica predisposti nei confronti delle persone prive di mezzi. Rendendo obbligatoria l'assicurazione contro il rischio di rimanere privi di mezzi di vecchiaia, lo Stato evita comportamenti opportunistici di questo genere.

La meritorietà e l'obbligatorietà di tale sistema di previdenza possono essere portate a fondamento del regime fiscale agevolativo ad esso riconosciuto da un lato, e dall'altro, visto il carattere meritorio sopra ricordato, costituzionalmente compatibile con la portata dell'art. 38, comma 2 della Costituzione secondo il quale "*i lavoratori hanno diritto che siano preveduti ed assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria*".

Venendo ai modelli economici solitamente utilizzati per il fenomeno previdenziale, occorre osservare che la tassazione della previdenza integrativa e' articolata in tre fasi, che vanno tenute congiuntamente in considerazione per valutare la coerenza complessiva del sistema impositivo

sviluppo. Come è ovvio, altri fattori sono fondamentali nel determinare tale sviluppo. Fra di essi, la dimensione del sistema pensionistico pubblico è sicuramente uno dei più rilevanti, ma sono di estremo rilievo anche il livello del reddito, lo sviluppo dei mercati, l'indice di dipendenza, le caratteristiche delle relazioni industriali e del mercato del lavoro e la politica di regolamentazione. Tutti questi fattori devono essere accuratamente considerati, a fianco del fattore fiscale, nell'impostare un'adeguata politica di sostegno della previdenza complementare.

e il suo grado di agevolazione rispetto ad altre forme di impiego del risparmio.

In particolare, gli schemi pensionistici della previdenza complementare possono essere oggetto di imposizione in tre distinte fasi:

- i) La tassazione dei contributi dei datori di lavoro e dei lavoratori che confluiscono al fondo (fase di accumulo della contribuzione)
- ii) La tassazione dei redditi accumulati in capo al fondo⁸⁶, sia durante il periodo di contribuzione sia durante quello di erogazione delle

⁸⁶ Il fondo, nell'ambito dei propri investimenti può maturare tanto redditi di capitali che redditi diversi. Prima della riforma del 2005 era concessa anche la possibilità per i fondi di effettuare investimenti immobiliari e pertanto ritrarre redditi di natura fondiari (cfr. l'art. 17, comma 6 del d.lgs. 252/2005 che disciplina i fondi che detenevano immobili alla data del 28 aprile 1993, giacchè i "nuovi" fondi pensione non possono detenere direttamente immobili secondo il combinato disposto dell' art. 6, comma 1 e l'art. 20, comma 2 del d.lgs. 252/2005, nonché l'art. 5 del decreto n. 62 del 10 maggio 2007). Si veda sul punto F. Rasi, *La disciplina fiscale delle forme pensionistiche complementari*, in *Previdenza complementare e disciplina fiscale*, di F. Marchetti - M. Marè, Bologna, 2009 pag. 176 e ss secondo cui "il legislatore dimostra così di confermare l'originario impianto di tassazione; tuttavia tale disposizione deve essere coordinata con l'art. 6, comma 1, lett. d) del d.lgs. 252/2005 che conferma altresì il disfavore del legislatore per l'investimento diretto da parte di fondi pensione in beni immobili. Vengono così esclusi dai modelli gestionali a cui possono ricorrere i fondi pensione l'investimento diretto in beni immobili, in favore della "sottoscrizione o acquisizione di azioni o quote di società immobiliari nelle quali il fondo pensione può detenere partecipazioni anche superiori ai limiti di cui al comma 13, lett. a, nonché di quote di fondi comuni di investimento immobiliari chiusi".

L'investimento immobiliare diretto risulta così un'ipotesi residuale, peraltro disincentivata dall'art. 20, comma 3, d.lgs. 252/2005 secondo cui "qualora le forme pensionistiche di cui al comma 1 intendano comunque adeguarsi alle disposizioni di cui all'articolo 6, comma 1, lettera d), le operazioni di conferimento non concorrono in alcun caso a formare il reddito imponibile del soggetto conferente e i relativi atti sono soggetti alle imposte di registro, ipotecarie e catastali nella misura fissa di euro 51,64 per ciascuna imposta; a dette operazioni si applicano, agli effetti dell'imposta sull'incremento di valore degli immobili, le disposizioni di cui all'articolo 3, secondo comma, secondo periodo, e 6, settimo comma, del decreto del Presidente della Repubblica 26 ottobre 1972, n. 643, e successive modificazioni".

Attraverso la disposizione da ultimo menzionata, il legislatore esenta da tassazione le operazioni con cui i vecchi fondi decidono di adeguarsi alle disposizioni di cui all'art. 6, comma 1, lettere d). I conferimenti di immobili a società o fondi immobiliari in cambio di azioni o quote non generano reddito imponibile in capo al fondo pensione conferente. Lo scopo di tale norma agevolativa è quello di favorire, mediante la leva fiscale, l'uniformazione dei vecchi fondi di previdenza complementare alla disciplina dettata per i nuovi, la quale ultima, evidentemente, reputa rischioso l'investimento diretto in immobili da parte del fondo pensione e preferisce che l'assunzione di tale rischio, per la conservazione e l'incremento del valore delle risorse previdenziali raccolte, avvenga attraverso lo schermo di un operatore specializzato nel settore (una società immobiliare o un fondo immobiliare).

prestazioni (fase di gestione dei fondi accumulati in capo al fondo pensione);

- iii) La tassazione delle prestazioni che, al momento del pensionamento, possono assumere la forma di capitale o di rendita periodica (fase di erogazione delle prestazioni pensionistiche)

Tali momenti, secondo parte della dottrina⁸⁷, individuano anche i tre momenti di una fattispecie giuridica complessa, a formazione progressiva, che unitamente determinano l'effetto giuridico finale, dal momento che il collegamento fra tassazione della prestazione e parte di essa che corrisponde ai contributi dedotti ed ai rendimenti non tassati, possono essere considerati come una fattispecie complessa ed unitaria⁸⁸

Tanto premesso, le modalità di tassazione di ciascuna di queste fasi possono dipendere sia dal regime adottato per la tassazione dei rendimenti finanziari, e più in generale dei redditi di capitale rispetto a quelli di lavoro, sia dalla scelta di riservare o meno un trattamento agevolato a questa forma di impiego del risparmio, rispetto ad altre, di natura meramente finanziaria (come ad esempio ad un fondo comune).

Ed invero, in questo senso, quantomeno in ottica economica, sono stati proposti diversi possibili modelli di imposizione, tutti accomunati dalla necessità di evitare fenomeni di doppia imposizione e caratterizzati da differenti modalità di applicazione del prelievo in relazione alle varie fasi in cui si articola il fenomeno previdenziale (rispettivamente di accantonamento, di gestione del capitale, e di erogazione della prestazione pensionistica dell'iscritto).

⁸⁷ P.Puri, *Destinazione previdenziale e prelievo tributario*, Milano, 2005, p. 182 ritiene che le tre fasi in cui si articola, anche fiscalmente, la previdenza possano essere considerate quali componenti di una fattispecie complessa ed unitaria. Di contrario avviso invece, invece F. Marchetti, *La previdenza privata nel sistema delle imposte sui redditi*, Padova, 1989, p.44, il quale afferma la mancanza di unitarietà dei diversi momenti ed atti in cui si svolge il fenomeno previdenziale, considerati dal legislatore fiscale, in una visione sostanzialmente atomistica.

⁸⁸ Si rimanda al paragrafo 1.5.4 per una analisi più approfondita circa la portata del collegamento e della simmetria tra le varie fasi del fenomeno previdenziale.

In particolare, i principali modelli di imposizione maggiormente utilizzati sono:

- 1) Modello EET (esenzione-esenzione-tassazione), caratterizzato dalla esenzione dall'imposizione sia della contribuzione che del reddito accumulato e dalla tassazione delle sole prestazioni erogate;
- 2) Modello ETT (esenzione-tassazione-tassazione), caratterizzato dalla esenzione dall'imposizione dei soli contributi e dalla tassazione del reddito accumulato e delle prestazioni erogate;
- 3) Modello TEE (tassazione-esenzione-esenzione), caratterizzato dalla tassazione dei soli contributi e dall'esenzione dall'imposizione del reddito accumulato e delle prestazioni erogate.

Ora, la molteplicità degli obiettivi a cui può essere finalizzata la disciplina fiscale della previdenza complementare comporta che non sia possibile identificare una formula impositiva superiore in senso assoluto: la scelta finale su quale sistema adottare non può che tener conto dei legami esistenti fra i vari obiettivi, a volte in conflitto tra loro, e di come bilanciarli. Infatti, la finalità ultima di queste forme di tassazioni non è tanto quella di aumentare il volume complessivo del risparmio, quanto quella di indirizzare il risparmio esistente verso l'impiego previdenziale, di tipo volontario, concedendo ad esso un trattamento fiscale più favorevole rispetto a impieghi alternativi.

La giustificazione economica di questa scelta è generalmente ricondotta al valore meritorio del risparmio previdenziale che, per miopia, come abbiamo detto, potrebbe essere sottovalutato. Inoltre, incentivare questo impiego del risparmio potrebbe contenere l'azzardo morale da parte di coloro che scelgono di non risparmiare in modo adeguato per la propria vecchiaia contando poi di poter far affidamento sui piani di assistenza pubblica⁸⁹. Di volta in volta, poi, esso risponde anche ad altre esigenze: favorire o quanto meno non ostacolare la mobilità del lavoratore, agevolare

⁸⁹ In alcuni Paesi, fra cui l'Italia, un trattamento di favore ai fondi pensione viene anche sollecitato da chi vede con favore una maggiore presenza sui mercati finanziari di investitori istituzionali che investono a lungo termine.

il passaggio da una forma previdenziale ad un'altra; prevenire fenomeni di elusione fiscale e così via.

Invero, l'individuazione dei criteri più appropriati per la tassazione del risparmio previdenziale va innanzitutto inquadrata nell'ambito della problematica relativa alla tassazione del risparmio nel suo complesso e che da sempre costituisce uno degli aspetti più controversi per il disegno della tassazione personale sul reddito.

La diversa opinione circa l'opportunità stessa di tassare il risparmio costituisce, in particolare, l'elemento di maggior disaccordo, a livello di dottrina economica, fra i più tradizionali modelli alternativi⁹⁰: la tassazione sul reddito entrata, che richiede un prelievo generale ed omogeneo di tutte le fonti di reddito, indipendentemente dall'uso che ne viene fatto dal percettore, e la tassazione sulla spesa, che richiede al contrario, di distinguere la componente del reddito che gli individui destinano al consumo da quella destinata al risparmio e di escludere quest'ultima dal prelievo fino al momento in cui non si renda definitivamente disponibile per il consumo individuale⁹¹.

⁹⁰ M.C. Guerra, *La previdenza complementare deve essere incentivata fiscalmente?*, in Riv. prev. pubbl. priv., 2001, pag 7 e ss.

⁹¹ Ricordiamo brevemente in questa sede che il sistema tributario nazionale di cui al D.P.R. n.917/1986 (Testo unico delle imposte sui redditi) è invece improntato alla nozione di "reddito-prodotto". Tuttavia occorre evidenziare che l'individuazione di ciò che costituisce reddito non rappresenta un'operazione propedeutica alla determinazione dei modi e delle condizioni della sua tassabilità secondo le previsioni delle singole categorie; viceversa il punto di partenza è costituito dalle regole proprie di ciascuna categoria che, nel loro complesso, definiscono ciò che è reddito. Dal rinvio alle categorie di cui all'art.6 del Tuir si deduce, infatti, che è rilevante ai fini dell'imposta solo ciò che è incluso nelle sei categorie reddituali individuate da tale disposizione, e costituite: a) dai redditi fondiari; b) dai redditi di capitale; c) dai redditi di lavoro dipendente; d) dai redditi di lavoro autonomo; e) dai redditi di impresa; f) dai redditi diversi. Ne deriva che il punto di partenza è costituito dalle categorie, nel senso che non può essere qualificato come reddito ciò che non sia contemplato come tale. Una parte della dottrina, ha quindi concluso per l'inutilità di qualsiasi indagine in ordine alla nozione di reddito in concreto accolta dal legislatore (nell'alternativa fra reddito prodotto, reddito entrata o reddito consumo), in tal senso si veda C. Glendi, *La nozione di reddito fiscale*, in Aa.Vv., *Commentario al testo unico delle imposte sui redditi*, Roma-Milano, 1990, pag. 13 e ss; G. Tinelli, *Il reddito d'impresa nel diritto tributario*, Milano, 1991, pag. 54 e ss.).

Tuttavia, sebbene queste conclusioni colgano nel segno sotto il profilo delle immediate conseguenze operative, è anche vero che l'individuazione in termini generali del presupposto del tributo dovrebbe consentire un più esatto inquadramento sistematico dell'imposta. Esaminando la questione da tale punto di vista, non sembra possibile negare

In linea generale, in un sistema di tassazione basato su un concetto di reddito entrata (*comprehensive income tax*), la tassazione del risparmio previdenziale, per essere neutrale rispetto a quella riservata agli altri impieghi del risparmio, dovrebbe seguire uno schema cosiddetto di tassazione-tassazione-esenzione (TTE), cioè: i contributi versati al fondo dovrebbero essere tassati (fatta salva la loro deducibilità dalle imposte dovute dal datore di lavoro, in quanto componente della retribuzione e quindi del costo del lavoro); i redditi di capitale accumulati in capo al fondo dovrebbero essere tassati in base all'imposta personale progressiva di ciascun titolare del fondo, al momento della maturazione (ma dovrebbe anche esservi un credito per evitare la doppia imposizione dei redditi societari); le prestazioni dovrebbero invece essere totalmente esenti.

Questo sistema, se valgono alcune condizioni – e cioè se il tasso di rendimento del fondo è uguale al tasso di sconto e l'aliquota dell'imposta sul reddito è unica e costante nel tempo - sarebbe equivalente, in valore attuale, ad un sistema del tipo esenzione-tassazione-tassazione (ETT), in cui la tassazione, con l'aliquota ordinaria del reddito, è posticipata dal momento della contribuzione a quello della prestazione. Oltre alle

che, almeno in linea di principio, le singole categorie sono costruite in base alla distinzione fra le diverse fonti di produzione del reddito; ciò che farebbe propendere per la recezione, nell'ambito del sistema dell'imposizione reddituale, della nozione di "reddito prodotto". (in tal senso G. Falsitta, *Manuale di diritto tributario – Parte speciale*, Padova 2005, pag. 1 e ss secondo il quale "il reddito imponibile è, pur sempre, una novella ricchezza derivante da una fonte produttiva").

E' anche vero, però, che, secondo il sistema del Tuir esistono delle fattispecie reddituali che riconducono nell'ambito di applicazione dell'imposta anche i proventi aventi natura aleatoria (cfr. Art. 67, comma primo, lett. d)), nonché quelli derivanti dalla alienazione delle fonti produttive di reddito (cfr. art. 67, comma primo, lett. a,b,c del Tuir). Ancora più rilevante sotto quest'ultimo profilo, è la ormai sicuramente acquisita imponibilità dell'avviamento conseguito per effetto della cessione a titolo oneroso dell'azienda, quale "fonte" del reddito d'impresa. Vi sono in altri termini, aperture estese e sistematicamente significative verso la nozione di "reddito entrata".

Se ne può trarre la conclusione che, seppure l'adesione alla concezione del "reddito prodotto" mostri chiari segni di superamento, le aperture verso una nozione di "reddito entrata" non sono il frutto di una scelta teorica del tutto consapevole (anzi in alcuni casi, l'opzione è stata motivata da ragioni del tutto contingenti) e, come tale, ha portato a risultati non riconducibili ad un disegno unitario. Talchè, sotto molto altri rilevanti profili, la nozione di reddito accolta dal nostro legislatore risulta conforme a quella di "reddito prodotto", la quale sembra assumere comunque un ruolo predominante (si veda in tal senso P. Russo, *Manuale di diritto tributario – Parte speciale*, Milano 2009, pag. 59 e ss.)

condizioni ricordate, l'equivalenza richiede che la tassazione delle prestazioni avvenga sul loro intero importo, inclusi i redditi finanziari netti che concorrono a determinarlo.

Se il sistema adottato per la tassazione dei redditi di capitale fosse invece del tipo imposta sul reddito-spesa (*expenditure tax*) il trattamento fiscale dei fondi, al fine di perseguire la neutralità con altre forme di impiego del risparmio, dovrebbe seguire lo schema esenzione-esenzione-tassazione (EET), cioè esenzione dell'ammontare versato al fondo, esenzione dei redditi accumulati in capo al fondo e reinvestiti, tassazione dell'intero importo delle prestazioni, secondo l'aliquota dell'imposta sul reddito-spesa, indipendentemente dalla loro natura di rendita (pensione) o capitale.

Di nuovo, un sistema EET sarebbe equivalente, se valessero le condizioni prima ricordate (costanza dell'aliquota ordinaria ed equivalenza fra tasso di sconto e rendimento in capo al fondo), ad un sistema di tassazione-esenzione-esenzione (TEE).

Le condizioni che garantiscono l'equivalenza fra sistemi sono tuttavia difficilmente soddisfatte. Ciò che più rileva, è che l'aliquota ordinaria a cui è assoggettato il contribuente durante il periodo di contribuzione è solitamente più alta di quella del periodo in cui percepisce le prestazioni; pertanto, un sistema che esenta da tassazione la prima fase invece della terza è tanto più vantaggioso per il contribuente, quanto più alto è il divario fra le aliquote di imposta a cui è soggetto nel tempo (*tax averaging*).

La tendenza, che è andata affermandosi, a ridurre il numero degli scaglioni e ad ampliarne, ad un tempo, la dimensione ha però contribuito a ridimensionare questo fenomeno, se non a invertirne il segno. Ciò vale, in particolare, quando ad una dinamica crescente della retribuzione nel tempo si accompagna un sistema fiscale che concentra la progressività dell'imposta nei primi scaglioni di reddito (come accade in Italia, come effetto di una deduzione, costante o decrescente, dalla base imponibile).

Il sistema che concede un'esenzione nella fase della contribuzione, e tassa le prestazioni, è quello più diffuso in ambito internazionale.

Dal punto di vista del contribuente vi sono condizioni (sopra specificate) che rendono equivalente tale sistema e quello che tassa i contributi ed esenta le prestazioni. Ciononostante, posticipare la tassazione può allentare i vincoli di liquidità e sollecitare al risparmio pensionistico anche i soggetti più giovani e con un reddito più basso.

Questo effetto però si scontra con il problema dei soggetti il cui reddito è così basso che oltre ad avere in generale poche (o nessuna) possibilità per alimentare un fondo, potrebbero anche non avere reddito sufficiente per usufruire dell'esenzione. Per rimuovere questi vincoli, che andrebbero più opportunamente trattati con un sistema previdenziale pubblico in grado di garantire una copertura previdenziale dignitosa a tutti gli individui, occorrerebbe, semmai, muoversi nella direzione di interventi diretti, di spesa, che sostituiscano all'agevolazione fiscale delle forme di sussidio .

L'esenzione dei contributi rende poi più visibile e quindi più apprezzabile il beneficio fiscale e, per questa via, facilita il collocamento dei prodotti previdenziali presso il pubblico. In particolare, essa non espone il contribuente al "rischio politico" che l'agevolazione promessa oggi per i periodi futuri venga poi abbandonata quando sarebbe venuto il momento di goderne.

Il difetto peggiore del sistema di esenzione dei contributi riguarda i suoi effetti distributivi: esso consente infatti, come si è ricordato, un risparmio di imposta tanto più elevato quanto più ricco è il soggetto che contribuisce al fondo. Questo risparmio di imposta non è poi generalmente annullato da una maggiore imposta equivalente nella fase della prestazione. La tassazione complessiva che ne deriva è dunque fortemente regressiva.

Dal punto di vista del fondo pensione, l'esenzione dei contributi rende lo Stato partecipe del rischio dell'investimento finanziario, chiamandolo a dividere guadagni e perdite future, e può quindi favorire un

profilo di investimenti più rischiosi, cui dovrebbero mediamente conseguire rendimenti più elevati, senza introdurre alcuna discriminazione fiscale fra i fondi; mentre un sistema che tassa i contributi avvantaggia i fondi che riescono ad ottenere rendimenti più elevati.

Dal punto di vista dello Stato, l'anticipo della tassazione mette maggiormente al riparo da fenomeni di elusione o evasione fiscale. D'altro lato, l'adozione di un sistema che esenti i contributi, obbliga a sostenere subito il costo dell'agevolazione, invece che rinviarlo al futuro, e dovrebbe quindi stimolare l'assunzione di scelte politiche più attente e responsabili rispetto al costo effettivo dell'incentivo che si desidera concedere.

A livello sovranazionale, come vedremo nel successivo paragrafo, l'adozione di un modello EET (o ETT) da parte di alcuni stati e TEE (o TTE), da parte di altri Stati, può generare fenomeni di doppia tassazione o di doppia esenzione in capo ai lavoratori che mutino la propria residenza nel corso della vita, versando i contributi quando residenti in uno Stato e fruendo delle prestazioni quando residenti in un altro Stato.

Nella realtà concreta sono applicate quasi tutte le possibili soluzioni anche se quella di gran lunga più utilizzata è il modello dell'*expenditure tax*, seppure con alcune differenze tra i diversi paesi. La forma pura (EET) si utilizza ad esempio in Canada, nei Paesi Bassi, in Polonia, Svizzera, USA. Alcuni paesi quali il Regno Unito, la Francia, la Spagna, l'Irlanda e la Germania prevedono inoltre parziali agevolazioni fiscali anche in fase di tassazione della prestazione finale. Austria, Belgio e Portogallo applicano una parziale esenzione fiscale a favore dei contributi corrisposti dal lavoratore e in Messico lo stato integra il flusso contributivo con sussidi pubblici.

Un numero inferiore di Paesi invece applica il modello della *comprehensive income tax*: Danimarca e Svezia utilizzano la forma ETT mentre lo schema TTE è utilizzato dalla Nuova Zelanda.

Come vedremo, la scelta del legislatore italiano è stata quella di adottare un modello di tipo EET, seppure con alcune ed importanti varianti,

dipendenti dal fatto che la deducibilità dei contributi non è illimitata e che la non esenzione dei redditi finanziari maturati nella fase di accumulazione si traduce, in realtà, in una forma di tassazione sostitutiva ed agevolata sui rendimenti maturati in capo al fondo, considerato quale autonomo soggetto passivo d'imposta⁹².

Più che di un modello EET, in buona sostanza, è stato accolto nel nostro ordinamento uno schema di tipo E-ETs-Te, dove E-ETs sta per esenzione (parziale) del “monte” contributi nella fase di gestione e per applicazione di un'imposta sostitutiva sui redditi finanziari prodotti dal fondo, mentre la formula Te indica la tassazione delle prestazioni previdenziali con esenzione, però, della parte di esse corrispondente ai contributi non dedotti in passato ed ai redditi finanziari già assoggettati al prelievo in capo al fondo.

E' stato evidenziato⁹³ come a differenza del modello EET “puro” l'adozione di un siffatto meccanismo di tassazione comporti, nella pratica, la scomposizione della parte capitale del risparmio previdenziale da quella finanziaria. Alla prima, verrebbe, infatti, applicato tendenzialmente il modello EET (con rinvio della tassazione del relativo reddito), mentre alla seconda il modello T-E (ossia la tassazione definitiva alla fonte, al momento della maturazione, dei redditi finanziari e la conseguente esclusione da imposta al momento della loro erogazione) secondo uno schema che è già comune nell'ambito della fiscalità finanziaria.

⁹² Per la qualificazione del fondo come autonomo soggetto passivo d'imposta di rinvia al paragrafo 3.3

⁹³ La tassazione secondo il modello E-ETs-Te è ampiamente descritta da F. Marchetti, *Principi generali ed evoluzione della disciplina fiscale della previdenza complementare*, in AA.VV., *La disciplina tributaria del lavoro dipendente*, a cura di N. D'Amati, Padova, 2003, p.405.

1.4.1 La tassazione della previdenza obbligatoria ed il modello EET “puro”

Descritti i modelli economici solitamente utilizzati in ambito previdenziale, risulta senza dubbio utile, prima di analizzare il regime fiscale della previdenza complementare ed il modello adottato dal legislatore nella riforma del 2005 (che verranno descritti nei successivi paragrafi), prendere le mosse da quello relativo alla previdenza pubblica che, costituendone l'antecedente storico, ne ha rappresentato il modello di riferimento.

Infatti, la prima disciplina tributaria relativa alla previdenza ha interessato quella della previdenza pubblica o obbligatoria. In particolare, tale disciplina trova i suoi riferimenti nella legislazione sul lavoro dipendente dal momento che sia la fase della prestazione pensionistica (che viene tradizionalmente assimilata alla retribuzioni derivanti dal lavoro dipendente) che la fase della contribuzione (in larga misura posta a carico del datore di lavoro) trovano la loro naturale collocazione nella categoria reddituale dei redditi di lavoro dipendente.

Più specificatamente, i contributi previdenziali obbligatori per legge, sia a carico del dipendente che del datore di lavoro, sono esclusi dal reddito del lavoratore (art. 51, lett. a) del Tuir), secondo uno schermo che rinvia il momento dell'imposizione al momento successivo dell'erogazione delle prestazioni (la cosiddetta pensione). Quest'ultima costituisce un'ipotesi di reddito di lavoro dipendente per espressa scelta legislativa (art. 49, comma 2 lett.a) del Tuir) con conseguente tassazione in via progressiva su quanto erogato dall'ente previdenziale al netto delle detrazioni d'imposta (art. 11 del Tuir).

Come ribadito nella circolare 326/E del 23 dicembre 1997, costituiscono infatti redditi di lavoro dipendente, e sono, pertanto, equiparati a tutti gli effetti ai redditi che derivano da rapporti di lavoro dipendente, le pensioni di ogni genere e gli assegni ad essi equiparati.

L'equiparazione comporta che ogni qual volta il legislatore si riferisce ai redditi derivanti da rapporti di lavoro dipendente, ad esempio, allorché fissa le modalità di determinazione del reddito, la previsione normativa si applica, salvo espressa esclusione, anche alle fattispecie i cui redditi sono a questi equiparati.

Per quanto riguarda la locuzione "le pensioni di ogni genere e gli assegni ad essi equiparati", con tale previsione si è inteso richiamare anche tutti quegli emolumenti dovuti dopo la cessazione di un'attività che trovano genericamente la loro causale in un rapporto diverso da quello di lavoro dipendente, come, ad esempio, le pensioni erogate ai professionisti o agli artigiani, le pensioni di invalidità eccetera, nonché quelle di reversibilità⁹⁴.

La scelta legislativa di delineare un compiuto sistema impositivo del meccanismo previdenziale permette fa sì che risulti superflua qualsiasi indagine in termini di non imponibilità del contributo e/o della prestazione. Infatti, l'unico elemento che rileva nella fase dell'"accantonamento" del risparmio previdenziale è la mera riconducibilità ad una contribuzione che ottemperi "*a disposizione di legge*" (art. 51, comma 2, lett. a), TUIR) e, dunque, priva di contenuti volontaristici (che appartengono, invece, alla previdenza privata) mentre in fase di erogazione, la configurabilità come "*pensioni di ogni genere e assegni ad esse equiparati*" (art. 49, comma 2, lett. a), TUIR) non comporta "sconti" in termini impositivi.

L'intervento del legislatore tributario è dunque finalizzato ad escludere⁹⁵ da imposta la fase di accumulo del risparmio previdenziale poiché nell'eventuale silenzio normativo sarebbe stato difficile negare, già

⁹⁴ Si precisa, per quanto riguarda le pensioni di reversibilità spettanti al coniuge superstite e ai figli minori conviventi, che si tratta sempre di pensioni tra loro distinte, poiché imputabili, anche relativamente ai figli minori conviventi, *iure proprio*, quale diritto che sorge con la morte del *de cuius* e ciò anche con riferimento alle pensioni di reversibilità erogate dalla Direzione provinciale del Tesoro (cfr. Consiglio di Stato, parere n. 1744 del 1985). Si ricorda inoltre, che i redditi di lavoro dipendente e, quindi, anche le pensioni percepite dai figli minori, sono esclusi dall'usufrutto legale del genitore superstite, l'usufrutto legale, infatti, riguarda in primo luogo i beni (e non tutti cfr. art. 324 del codice civile) e, soltanto se si tratta di beni soggetti ad usufrutto legale, i relativi redditi sono anch'essi soggetti ad usufrutto legale.

⁹⁵ Rimandiamo al paragrafo 1.5.2 circa l'analisi tecnica della nozione di "esclusione" rispetto a quella di "esenzione".

nella fase della contribuzione, la natura reddituale dei contributi previdenziali. Esclusione che non avrebbe potuto garantire neppure il rispetto del principio di cassa; anche le somme a carico del datore di lavoro destinante alla contribuzione previdenziale presuppongono, infatti, una definitiva spoliazione per il primo e contestualmente l'acquisizione di un vantaggio per il dipendente fin dal momento del versamento, rappresentando comunque una forma di risparmio e quindi un incremento retributivo (sotto forma di minor spesa)⁹⁶. Altrimenti la loro non imponibilità si sarebbe dovuta giustificare invocando difficoltose ricostruzioni fondate sull'indisponibilità giuridica per il lavoratore delle somme accantonate per finalità previdenziale e, dunque, sulla mancanza del requisito del "*possesso di reddito*"^{97/98}.

Nel sistema previdenziale obbligatorio, quindi, la tassazione è solo rinviata ad un momento successivo, quello dell'erogazione della prestazione secondo uno schema, tipico dei sistemi previdenziali a ripartizione, nei quali i contributi prelevati in un periodo sono utilizzati per pagare le pensioni dello stesso periodo; schema che suggerisce di esentare la fase della contribuzione (e dell'accumulo ancorché nel sistema pubblico del tutto artificiale) deviando dall'ordinario modello di tassazione del reddito.

L'adozione del nostro sistema tributario, che pure adotta l'imposizione sul reddito, di un'indicazione tipica dell'imposta sulla spesa (consistente nell'esenzione del reddito risparmiato) sembra appunto dipendere dalla propensione nella previdenza obbligatoria per un meccanismo a ripartizione nel quale il monte contributivo del periodo è utilizzato per pagare le pensioni dello stesso periodo e dall'esigenza di

⁹⁶ F. Crovato, *Il lavoro dipendente nel sistema delle imposte sui redditi*, Padova, 2001, 254 osserva che la situazione non è dissimile da quella per i premi pagati dal datore di lavoro per polizze assicurative o i contributi dallo stesso versati ai fondi sanitari (ancorché per scelta normativa solo oltre determinati importi).

⁹⁷ F. Marchetti, *La previdenza privata nel sistema delle imposte sui redditi*, Padova 1989, 42 ss.

⁹⁸ Si vedano *amplius* le considerazioni di cui al paragrafo 1.5.2

ricostruire artificialmente il legame, essenziale per l'approccio impositivo intertemporale, fra i contributi versati e la pensione del singolo.

A tal proposito, emerge – come avremo meglio modo di evidenziare nel corso del lavoro - una chiara differenza tra le prestazioni erogate dalle forme di previdenza complementare rispetto a quelle erogate dal sistema di previdenza obbligatoria. Nel cosiddetto “primo pilastro”, infatti, i contributi sono “a monte” esclusi dall'imposizione personale sui redditi senza alcuna limitazione, al pari dei rendimenti figurativi che maturano nella fase di accumulo. Di conseguenza si realizza un rinvio integrale dell'attuazione del prelievo al momento della erogazione della prestazione pensionistica, secondo lo schema EET “puro” (esenzione-esenzione-tassazione).

Riguardo al sistema pensionistico pubblico⁹⁹, è, difatti, il carattere dell'obbligatorietà che lo contraddistingue (che permette, tra l'altro, ad esso di assicurare un grado generale di copertura dell'intero sistema adeguato) a giustificare ampiamente l'esenzione fiscale.

Pur venendo il contribuente a perdere, in ogni caso, la disponibilità materiale delle somme accantonate per fini previdenziali, la natura pubblica (obbligatoria) o privata (volontaria) di tali accantonamenti non appare,

⁹⁹ Acceniamo brevemente in questa sede che nella previdenza obbligatoria (primo pilastro), l'apporto finanziario da parte delle categorie interessate si fonda sulla tradizionale logica assicurativa essendo attuato attraverso il prelievo di una quota della ricchezza prodotta sotto forma di contributi obbligatori calcolati sulle retribuzioni (lavoratori dipendenti) o sul reddito di lavoro autonomo o comunque sui compensi (lavoratori autonomi), ma non si esaurisce in essa risentendo comunque dell'impronta solidaristica della nostra Costituzione e dalla volontà di perseguire l'obiettivo dello Stato sociale, pur presentando elementi di rischio in presenza di fenomeni contingenti quali il calo demografico e la disoccupazione giovanile.

L'obbligazione contributiva sorge all'atto del verificarsi delle condizioni previste dalla legge, che sono quelle stesse che determinano l'automatica costituzione del rapporto assicurativo (assunzione di un rapporto di lavoro subordinato, svolgimento di un'attività lavorativa autonoma, iscrizione ad un albo professionale o, in alcuni casi, è richiesto che il suddetto requisito venga integrato da altri elementi quali il percepimento di un reddito minimo).

L'entità dell'obbligazione contributiva soggiace alla riserva di legge e non può essere imposta per atto amministrativo; la legge tuttavia si limita a determinare le condizioni per l'esistenza dell'obbligo contributivo lasciando la quantificazione agli enti interessati in base al fabbisogno delle gestioni ed al fine di assicurare l'equilibrio finanziario.

L'importo delle contribuzioni varia in relazione a vari elementi (retribuzione, reddito d'impresa, qualifica del lavoratore etc.) senza considerare il rischio per i premi per l'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni che sono invece determinati in relazione al rischio connesso alle singole lavorazioni.

infatti, irrilevante ai fini della determinazione del regime fiscale applicabile: se, infatti, per effetto del vincolo di destinazione impresso all'accantonamento del reddito, si verifica, comunque, la perdita della disponibilità o del possesso del reddito accantonato da parte del contribuente (ciò che giustifica l'esclusione dall'imposta del reddito stesso) non deve assolutamente trascurarsi la differente funzione assolta dalla previdenza pubblica e da quella privata.

La discriminante tra le predette due aree del sistema previdenziale nazionale va, infatti, rintracciata nell'obbligatorietà delle contribuzioni a favore del comparto pubblico, implicante un interesse collettivo dal quale tale obbligatorietà risulta essa stessa giustificata.

Sulla scorta di tale distinzione, più precisamente, se da un lato la previdenza privata non appare godere, per quanto detto in precedenza, del medesimo riconoscimento costituzionale di quella pubblica (obbligatoria), d'altro lato la tutela costituzionale - di rango senza dubbio inferiore - del risparmio si può concretizzare soltanto nella concessione di agevolazioni, anche consistenti in regimi di esenzione, totale o parziale, dall'imposta.

L'elemento maggiormente discriminante tra previdenza privata e risparmio è, come vedremo meglio nel paragrafo 1.5.1, rappresentato dal ricordato "vincolo di destinazione" che lo scopo previdenziale imprime all'atto di accantonamento. Mentre, nel caso del risparmio, può sussistere una mera finalizzazione soggettiva dell'atto di economia, nel caso della previdenza deve necessariamente trattarsi di un vincolo oggettivo: all'accantonamento deve essere impresso un vincolo di destinazione di intensità tale per cui esso non possa essere distolto dalla funzione, in cui si estrinseca la previdenza, di protezione del lavoratore dai rischi di diminuzione o perdita della capacità di lavoro e di guadagno.

Nella previdenza pubblica obbligatoria, quindi è certamente applicabile la regola del differimento dell'imposizione sia nella fase di accantonamento dei contributi, sia nella fase di accumulazione delle

risorse¹⁰⁰. Ciò dal momento che il reddito accantonato non è destinato, per sua natura, a essere investito nel mercato dei capitali e l'eventuale suo investimento non incide sull'entità delle prestazioni previdenziali, le quali, nel sistema della ripartizione (che caratterizza la previdenza pubblica obbligatoria), non dipendono dagli eventuali rendimenti finanziari.

1.5 Principi costituzionali e scelte ispiratrici della previdenza complementare

Analizzati i principi giuslavoristici e costituzionali del fenomeno previdenziale e descritte le regole sottese alla tassazione della previdenza obbligatoria, possiamo approcciarci ad esaminare nel dettaglio i caratteri che connotano la previdenza complementare.

In ordine ai principi ispiratori della disciplina fiscale della previdenza complementare, il D.lgs. 252/2005 conferma, tendenzialmente¹⁰¹, la regola del rinvio della tassazione del reddito accantonato per finalità previdenziali ovvero della sospensione dell'imposta dovuta sul reddito accantonato fino alla sua erogazione sotto forma di prestazione pensionistica-previdenziale¹⁰².

Tale regola comporta che i contributi versati per fini previdenziali devono essere esclusi da imposizione nella fase dell'accantonamento per essere poi ripresi a tassazione al momento dell'erogazione della prestazione previdenziale.

¹⁰⁰ Esula dai fini del presente contributo la problematica relativa ai profili di sinallagmaticità tra contribuzione obbligatoria e erogazioni di prestazioni, per la quale si rinvia a P. Puri, *Destinazione previdenziale e prelievo tributario. Dalla parafiscalità alla fiscalizzazione del sistema previdenziale*, Giuffrè ed., 2005, pag. 96 e ss.

¹⁰¹ Si veda *amplius* il successivo paragrafo 1.5.1.

¹⁰² Sulla ricostruzione della disciplina fiscale della previdenza complementare, in termini di rinvio della tassazione del reddito o di sospensione d'imposta si veda Visentini-Marchetti, *Riforma della previdenza complementare: riflessioni sul trattamento fiscale*, in *Econ. It.*, 1995, pag 95 e ss.; F. Marchetti, *Elementi ricostruttivi della disciplina fiscale della previdenza complementare*, in *Rass. Trib.*, 1996, pag. 27 e ss; F. Marchetti, *La deducibilità fiscale dei contributi alla previdenza complementare: disciplina generale, (Commento all'art. 8 D.Lgs. 252/2005 – La nuova disciplina della previdenza complementare)*, in "Le nuove leggi commentate", Milano, pag 902

Da un punto di vista giuridico-formale, tale principio (che disciplina sia la previdenza pubblica obbligatoria che quella privata) risponde al principio per cui il reddito accantonato per la previdenza esce dalla disponibilità/possesso del contribuente per tornare nella sua sfera patrimoniale solo al momento dell'erogazione della prestazione previdenziale. Lo "spossessamento" nella fase di contribuzione implica il venir meno del presupposto applicativo dell'imposta sul reddito che viene invece ad esistere al momento del pagamento della prestazione previdenziale, come vedremo meglio nel successivo paragrafo.

1.5.1 Il principio del rinvio della tassazione o della sospensione dell'imposta; la nozione di "possesso dei redditi" ai fini fiscali

Se si vuole individuare, nell'ambito dell'ordinamento tributario nazionale, una regola ispiratrice della disciplina della previdenza (non solo pubblica, ma anche privata) questa può essere rintracciata nell'affermazione che il sistema previdenziale deve rispondere al principio del "rinvio della tassazione del reddito accantonato per fini previdenziali": il reddito, in altre parole, non dovrebbe essere assoggettato a imposta nel momento in cui viene accantonato per tali finalità né, parimenti, dovrebbe essere tassato durante la fase di accumulazione dei contributi, ma dovrebbe scontare l'imposizione esclusivamente all'atto dell'erogazione della prestazione pensionistica.

Tale principio esprime in forma sintetica ma chiara quali sono i criteri impositivi che dovrebbero presiedere alla materia previdenziale¹⁰³.

In applicazione di tale principio, dovrebbero, da un lato, essere esclusi dalla base di calcolo dell'imposta sui redditi i contributi versati per finalità previdenziali, dovrebbero essere esentati dall'imposta i rendimenti maturati sui contributi accantonati e, conseguentemente, i soggetti (pubblici

¹⁰³ Si veda V. Simi, *Contributo allo studio della previdenza: previdenza sociale e previdenza privata o libera*, in Riv. inf. e malattia prof., 1972, pag. 1.

e privati) preposti alla gestione dei contributi stessi, mentre dovrebbero, d'altra parte, essere assoggettate a imposta le prestazioni previdenziali erogate a favore dei soggetti assicurati, ovvero le pensioni pagate dai gestori della previdenza pubblica o privata.

La giustificazione concettuale del principio del differimento dell'imposizione del reddito accantonato per finalità previdenziali (ormai definitivamente affermatosi, si ripete, nel sistema tributario italiano) è rintracciabile nella considerazione che tale reddito, essendo vincolato nella sua destinazione al fronteggiamento dei rischi derivanti dalla perdita della capacità di lavoro e di guadagno (per malattia, vecchiaia, invalidità o infortunio), non può essere assoggettato all'imposizione sui redditi, dal momento che il contribuente non ne ha la disponibilità o il possesso, realizzandosi il presupposto d'imposta soltanto in occasione della corresponsione della prestazione pensionistica.

Analizzando la dottrina, invero non recente, che si è occupata del tema della deduzione dal reddito dei contributi previdenziali, può affermarsi che le ragioni poste a fondamento di tale regime sono state essenzialmente tre:

1) una prima¹⁰⁴, invocata dalla meno recente dottrina e giurisprudenza, secondo cui il predetto regime troverebbe fondamento nell'esigenze di evitare una duplicazione d'imposta;

2) una seconda¹⁰⁵, affermata dalla più attenta dottrina giuridica, che pone il fondamento del predetto regime nella considerazione che al momento del pagamento dei contributi vi è la perdita di disponibilità del reddito;

3) una terza¹⁰⁶, sostenuta principalmente dalla dottrina economica, secondo cui il predetto regime sarebbe un modo di attuazione del principio di discriminazione dei redditi, esentandosi il risparmio di fatto nel momento

¹⁰⁴ Si veda O. Quarta, *Commento alla legge sulla imposta di ricchezza mobile*, Milano, 1903, vol. II, pag. 218 e ss.

¹⁰⁵ Si veda L.V. Berliri, *Sul regime fiscale dei contributi e dei frutti accreditati ai fondi di previdenza*, in Riv. dir. Fin. 1940, parte I, pag. 105 e ss.

¹⁰⁶ L. Einaudi, *Principi di scienza della finanza*, Torino, 1940, pag. 215 e ss.

in cui lo stesso è destinato ad assicurare i lavoratori dai rischi della diminuzione o perdita della capacità lavorativa.

L'inquadramento del fenomeno previdenziale nell'ambito del principio del rinvio della tassazione o della sospensione d'imposta è divenuto possibile a partire dalla regolamentazione normativa della previdenza complementare, avvenuta inizialmente con il d.lgs. 21 aprile 1993, n.124.

Fino ad allora il vincolo previdenziale era un fatto meramente privatistico, privo di una disciplina civilistica di riferimento, per cui era quanto mai improbabile poter impostare la previdenza in termini di sospensione d'imposta¹⁰⁷. In siffatto sistema (ante 1993) la disciplina di deduzione dei contributi trovava la sua giustificazione in termini di spossessamento del reddito, fondato, in via fattuale, sul vincolo volontariamente apposto dal contribuente al reddito per destinarlo a previdenza e sulla base del particolare riconoscimento costituzionale del risparmio costituzionale sancito dall'art. 38¹⁰⁸ della Costituzione.

Tale norma costituzionale, prevedendo che il lavoratore non solo doveva (previdenza pubblica) ma poteva (previdenza privata) accantonare risorse per far fronte alle proprie esigenze di vita al momento della cessazione dell'attività lavorativa o comunque nella vecchiaia, consentiva di dare giustificazione teorica al regime di spossessamento del reddito destinato e vincolato a fini previdenziali.

In altre parole, posto che per previdenza deve intendersi la "protezione del lavoratore dai rischi connessi alla diminuzione o perdita della capacità di lavoro e di guadagno per causa di malattia, invalidità, vecchiaia od infortunio"¹⁰⁹, il reddito accantonato e vincolato alla copertura di tali rischi è reddito di cui il contribuente di fatto non ha la disponibilità o il possesso.

¹⁰⁷ Cfr. F. Marchetti, *La previdenza privata nel sistema delle imposte sui redditi*, 1989, Padova, Cedam, pag. 42.

¹⁰⁸ Si veda *amplius* paragrafo 1.3 in merito alla funzione dell'art. 38 della Costituzione.

¹⁰⁹ Cfr. F. Marchetti, *Elementi ricostruttivi*, op. citata, pag. 28.

Sotto il profilo giuridico il fondamento della deduzione dal reddito dei contributi previdenziali deve essere individuato in un fenomeno di spossessamento del reddito accantonato a tali fini. In sostanza l'atto di accantonamento previdenziale determina una situazione di inesistenza del presupposto impositivo per mancanza dell'elemento oggettivo o personale dato dal possesso del reddito.

A tal fine, per meglio comprendere la portata del principio del rinvio della tassazione e dello "spossessamento", risulta indispensabile chiarire cosa si debba intendere, da un punto di vista fiscale, per "possesso del reddito".

Infatti, il "possesso", inteso quale modulo di collegamento tra il reddito e il soggetto passivo, rappresenta una costante all'interno del Tuir, come testimoniano l'art. 1 (presupposto dell'IRPEF) e l'art. 72 (presupposto dell'IRES). In sostanza, il termine "possesso" viene adottato consapevolmente dal legislatore per individuare la relazione che deve sussistere tra reddito e soggetto onde integrare il presupposto dell'imposta.

Nondimeno, il riferimento della nozione di "possesso" al concetto di "reddito" genera considerevoli ambiguità, a causa della incompatibilità che può esistere tra i due termini. La mancanza di una definizione generale di reddito e le stesse modalità di quantificazione categoriale basate su criteri talvolta "forfettari" (come i redditi fondiari), talvolta analitici (come i redditi d'impresa e di lavoro autonomo), rendono problematico il riferimento logico concettuale del possesso al reddito. Infatti il possesso implica generalmente un potere materiale, di fatto, su una cosa, mentre il reddito si presenta spesso come una astrazione e non un *quid* suscettibile di essere "posseduto"¹¹⁰.

¹¹⁰ Si veda R. Lupi, *Diritto tributario – Parte speciale*, Giuffrè, 2006, pag. 19.

Al fine di superare tale ambiguità, la dottrina¹¹¹ ha cercato di interpretare il concetto di possesso in modo da coordinarlo con l'entità che ne costituisce l'oggetto (il reddito, per l'appunto).

In questo senso, si è sostenuto che la nozione di possesso, lungi dall'essere intesa in senso civilistico¹¹², secondo il disposto dell'art. 1140 del codice civile, deve essere interpretata come materiale e concreta disponibilità del reddito complessivo netto.

Ne consegue che, solo se si interpreta il termine possesso in senso diverso da quello civilistico, è consentito attribuirgli un oggetto differente a seconda del tipo di reddito a cui si riferisce. Così, per i redditi tassati in base al principio di cassa (redditi di capitale, di lavoro e diversi) possesso significa percezione; nel caso di redditi fondiari, il possesso va riferito

¹¹¹ Cfr. M. Miccinesi, *L'imposizione sui redditi nel fallimento e nelle altre procedure concorsuali*, Milano, 1990, pag. 82; A. Fedele, *Possesso di redditi, capacità contributiva ed incostituzionalità del "cumulo"*, in *Giur. Cost.*, 1976, I, pag. 2163.

¹¹² Tuttavia, non manca chi sostiene che il termine "possesso" ricalca l'istituto civilistico, definito dall'art. 1140 c.c. come potere sulla cosa corrispondente all'esercizio della proprietà o di un altro diritto reale (in tal senso L. Galeotti-Fluori, *Il possesso di redditi nell'ordinamento dei tributi diretti. Aspetti particolari*, Padova, 1983, pag. 24; G. Puoti, *Imposta sul reddito delle persone fisiche*, in *Trattato di Diritto Tributario*, diretto da A. Amatucci, vol. IV, I Tributi in Italia, II, Padova, 2001, pag. 4). In questo senso, il possesso, consistente nel diritto di godere (cioè di trarre una utilità) e/o di disporre (cioè di amministrare), dovrebbe essere riferito, a seconda dei casi, ad una somma di denaro, ad un complesso dei beni organizzati per l'esercizio dell'impresa, ad un immobile (L. Galeotti-Fluori, *Il possesso di redditi nell'ordinamento dei tributi diretti. Aspetti particolari*, Padova, 1983, pag. 102). Alla base di questo ragionamento c'è la considerazione secondo la quale, quando il legislatore tributario richiama un istituto di un altro ramo del diritto, esso deve essere inteso nel significato che ha nel ramo di provenienza, a meno che la norma fiscale non lo disciplini diversamente (L. Galeotti-Fluori, *op. ult. cit.*, pag. 17 e ss.). Tal canone ermeneutico non sembra pienamente condivisibile, in quanto gli istituti richiamati da altri rami del diritto devono essere intesi in senso diverso da quello originario, non solo quando ciò sia espressamente previsto dalla norma tributaria, ma anche quando tale loro significato originario non sia compatibile con la ratio della disposizione fiscale che effettua il richiamo (cfr. M. Miccinesi, *L'imposizione sui redditi nel fallimento e nelle altre procedure concorsuali*, cit. 80).

Si è allora obiettato che la concezione civilistica del possesso, come potere su una cosa, può tutt'al più essere riferita a quei redditi che si sostanziano in somme di denaro (come i redditi di capitali, di lavoro dipendente e diversi) ma non può essere adattabile ai redditi d'impresa e di lavoro autonomo) in larga misura determinati in modo "convenzionale", nè a quelli fondiari determinati catastalmente. D'altro canto, una volta ammesso che il possesso debba essere inteso civilisticamente, la formula "possesso di reddito" dovrebbe, di conseguenza, essere interpretata rigorosamente nel senso che l'oggetto del possesso (cioè la cosa) potrebbe consistere solo nel reddito e non, a seconda delle circostanze, nel reddito, nell'immobile o nel complesso organizzato di beni (M. Miccinesi, *L'imposizione sui redditi nel fallimento e nelle altre procedure concorsuali*, cit. 80).

all'immobile; nel caso del reddito d'impresa, rileva lo svolgimento di un'attività produttiva¹¹³.

Del resto, la concezione civilistica del possesso non sembra appropriata nemmeno in riferimento a quei redditi che si sostanziano in somme di denaro, perché non consente di cogliere – come vedremo in seguito – il vero significato della relazione che deve esistere tra soggetto e reddito.

È quindi necessario reinterpretare il concetto di possesso in senso economico-tributario, partendo dal principio fondamentale di capacità contributiva. L'art. 53 Cost., nello stabilire che tutti sono obbligati a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva, pone un limite alla potestà tributaria dello Stato, a tutela del contribuente, limite che opera contemporaneamente come presupposto, parametro e misura massima di ogni dovere di concorrere alle spese pubbliche¹¹⁴.

Sotto il primo aspetto, quindi, il presupposto di ogni imposta deve costituire il riflesso, la materializzazione, del principio di capacità contributiva: solo in presenza di tale potenzialità economica è legittimo il concorso alle spese pubbliche.

Il problema dell'interpretazione della formula “possesso di redditi” (presupposto dell'IRPEF, dell'IRPEG) deve, dunque, essere risolto cominciando col chiedersi chi sia titolare della capacità contributiva nell'ambito delle imposte sui redditi.

In sostanza, se il reddito costituisce l'indice di capacità contributiva, bisogna qualificare la nozione di possesso in modo tale da giungere a sottoporre all'imposta il soggetto che risulta essere "effettivo titolare di tale capacità di concorrere alle spese pubbliche.

Ebbene, per essere titolari di capacità contributiva, non è sufficiente la semplice disponibilità materiale di una somma, somma che a sua volta

¹¹³ Così F. Tesaurò, *Istituzioni di diritto tributario*, cit. 24-25; in senso conforme Cass. n.7399 del 19 luglio 1990 la quale intende sempre il possesso quale “effettiva percezione” del reddito)

¹¹⁴ M. Moschetti, *Capacità contributiva*, cit., 2.

potrebbe derivare da un atto di mera disposizione di un terzo. È noto, infatti, che gli atti di libera destinazione di un reddito sono neutrali per l'ordinamento tributario¹¹⁵.

In questo senso, sono state considerate fiscalmente irrilevanti le convenzioni matrimoniali stipulate con l'intento di imputare ad un coniuge parte dei redditi dell'altro. Tali convenzioni - e lo stesso vale per qualsiasi altro accordo tra privati avente il medesimo fine - intese a realizzare un “(de)cumulo” di redditi e quindi un risparmio di imposta grazie alla minore progressività, configurano una surrettizia violazione del principio di capacità contributiva.

Non è possibile, infatti, sostenere che il coniuge non lavoratore sia titolare di una propria e specifica capacità contributiva per il solo fatto di poter godere e disporre di un reddito a lui imputato dall'altro coniuge, Manca, infatti, qualsiasi rapporto con la fonte di quel reddito, sia questa un'attività lavorativa, l'esercizio di un'impresa o l'impiego di un capitale. Solo il (com)possesso della fonte può comportare il (com)possesso di un reddito, come testimonia la modifica successivamente apportata all'art. 4 del T.U.I.R. , secondo la quale solo i redditi che provengono da beni in comunione possono essere ripartiti per quote convenzionali, mentre “i proventi dell'attività separata di ciascun coniuge sono a lui imputati in ogni caso per l'intero ammontare”¹¹⁶.

Possessore del reddito, cioè titolare della capacità contributiva, è quindi il soggetto in grado di “contribuire, mediante una propria manifestazione di volontà, all'esistenza materiale o giuridica del reddito”¹¹⁷. Così ragionando, il “possesso di redditi” tende a coincidere con il “possesso della fonte”¹¹⁸, dove possesso assume un significato diverso a seconda del

¹¹⁵ L. Tosi, *Considerazioni sul regime fiscale della famiglia: discriminazioni ai danni delle famiglie monoreddito, prospettive di riforma e problematiche di ordine costituzionale*, in *Rass. trib.*, 1988, I, 363; G. Falsitta, *Lezioni sulla riforma tributaria*, Padova, 1972, 216.

¹¹⁶ L. Tosi, *Considerazioni sul regime fiscale della famiglia: discriminazioni ai danni delle famiglie monoreddito, prospettive di riforma e problematiche di ordine costituzionale*, cit., 364-365).

¹¹⁷ In tal senso G. Tinelli, *Il reddito d'impresa nel diritto tributario*, cit., 57.

¹¹⁸ In senso conforme: A. Fantozzi, *Diritto tributario*, cit., 582.

tipo di reddito e del tipo di fonte: per i redditi fondiari e quelli da capitale, il possesso riguarda, in senso civilistico, gli immobili e il capitale investito; nei redditi da lavoro si riferisce alle energie e capacità produttive; nei redditi d'impresa, coincide con lo *status* di imprenditore.

In definitiva, il possesso implica una relazione peculiare del soggetto con la fonte produttiva del reddito, relazione che, come abbiamo visto, si qualifica diversamente a seconda del tipo di reddito, ma che comunque, mantiene sempre un tratto caratteristico: essa deve essere diretta ed immediata, senza interposizione di altri soggetti.

Nel momento in cui si verifica questa interposizione, si spezza il particolare legame tra soggetto e fonte: il soggetto non è più possessore (in senso fiscale) del reddito anche se materialmente ne può godere e disporre¹¹⁹.

D'altro canto, se la disponibilità non può essere considerata un elemento sufficiente a qualificare il possesso in senso fiscale, essa ne costituisce una condizione necessaria.

Senza la disponibilità effettiva il reddito non entra nemmeno nel patrimonio, non è ricchezza nuova. Ciò si verifica sia quando il reddito è totalmente indisponibile, nel qual caso manca la possibilità giuridica di acquisire il provento nella sfera patrimoniale, sia quando il reddito è gravato da un vincolo di destinazione talmente stretto che l'eventuale teorica libera disponibilità viene, di fatto, oltre misura ridotta¹²⁰.

In definitiva, la locuzione “possesso di redditi” va interpretata attribuendo al possesso un significato coerente con le norme tributarie, in primo luogo con l'art. 53 Cost., intendendolo come relazione diretta ed

¹¹⁹ L. Tosi, *Il possesso del reddito*, in AA.VV., *L'imposta sul reddito delle persone fisiche*, in Giurisprudenza sistematiche di diritto tributario, diretta da F. Tesaurò, Torino, 1994, pag. 45.

¹²⁰ F. Moschetti, *La soggettività tributaria delle unità sanitarie locali ai fini dell'imposta sul reddito delle persone giuridiche*, in *Fin. loc.*, 1982, 392-393; L. Tosi, *Il regime fiscale dei trasferimenti finanziari alle unità sanitarie locali*, in L. Tosi (a cura di), *Il regime tributario delle unità sanitarie locali*, Rimini, 1992, 273-274.

immediata con la “causa produttiva” e come disponibilità libera ed effettiva del reddito¹²¹.

1.5.2 Lo spossessamento del reddito come fondamento del regime di deduzione dei contributi

Le notazioni che precedono consentono di chiarire la portata della nozione di “possesso dei redditi” e di impostare in termini chiari e corretti il problema dello “spossessamento” del reddito a seguito di un accantonamento previdenziale.

Come detto nel paragrafo precedente, la sospensione d’imposta, in cui si sostanzia la disciplina fiscale, viene giuridicamente realizzata interrompendo il possesso del reddito al momento dell’accantonamento e durante la fase di accumulazione (essendo il reddito affidato a soggetti terzi tenuti a conservarlo, gestirlo e possibilmente accrescerlo con gli incrementi finanziari della gestione), per far risorgere il presupposto impositivo (il possesso del reddito, appunto) al momento dell’erogazione delle prestazioni previdenziali.

Invero, mentre emerge una significativa convergenza sul fatto che lo spossessamento o indisponibilità del reddito è il fondamento ultimo del regime di deduzione dei contributi, l’individuazione di quale sia l’oggetto o il momento dello “spossessamento” va necessariamente compiuta indagando la causa o il fondamento del fenomeno in parola. In termini sistematici, va verificato se tale fattispecie realizzi un’ipotesi di esenzione,

¹²¹ Si veda inoltre F. Paparella, *Possesso di redditi ed interposizione fittizia*, Milano, 2000, pag. 232 secondo il quale “nonostante situazioni marginali rendano tendenziale qualsiasi criterio giuridico (anche) in tema di imputazione del reddito, tuttavia, giunti a questo punto si ritiene di aver esaurito il compito che ci siamo prefissati all’inizio della ricerca e cioè di verificare la sostanziale coerenza sistematica della tesi prevalente negli ultimi anni che individua il nesso di attribuzione al soggetto passivo nelle situazioni giuridiche relative alla fonte produttiva”.

intesa come sottrazione di un reddito dalla base imponibile, ovvero un'ipotesi di esclusione, intesa come carenza di base imponibile¹²².

Nel primo caso (esenzione) è chiaro che lo "spossestamento" non può intervenire che in una fase in cui non solo è venuto ad esistenza l'elemento oggettivo del presupposto (il reddito è stato prodotto) ma esso è anche posseduto dal soggetto, è cioè entrato anche nella disponibilità o titolarità del soggetto passivo: solo in presenza di tali condizioni può esservi sottrazione di un reddito dalla base imponibile.

Nel secondo caso (esclusione), lo spossestamento deve necessariamente colpire la prima fase della relazione tra soggetto passivo ed elemento oggettivo in modo da rendere del tutto inesistente il presupposto impositivo. Lo spossestamento è interruzione della "relazione del possesso", colpisce cioè la disponibilità o la titolarità stessa del reddito e deve quindi consistere in una situazione giuridica soggettiva tale da determinare una indisponibilità di diritto del reddito da parte del soggetto passivo.

La soluzione non può che essere in quest'ultimo senso, e cioè per il fatto che non solo nel diritto positivo, ma nella stessa ricostruzione sistematica non c'è alcuna evidenza della relazione oggettiva tra contribuente e disponibilità del reddito, da cui deriva quindi ad un regime di esclusione del risparmio d'imposta e non già di esenzione del risparmio d'imposta.

In definitiva, in un ordinamento che quanto meno tendenzialmente persegue l'imposizione del reddito effettivo, la deduzione delle somme destinate a coprire il rischio della perdita o diminuzione della capacità di

¹²² Si ricordi che secondo la prevalente dottrina devono distinguersi "esclusioni ed esenzioni": le prime circoscrivono "la situazione colpita dal tributo", le seconde "dettano una disciplina giuridica eccezionale" rispetto alla situazione colpita dal tributo, cfr. N. D'Amati, *Agevolazioni ed esenzioni tributarie*, in *Novissimo Dig. It.*, Appendice, Torino 1980, p. 153 ss.; S. La Rosa, *Esenzioni e agevolazioni tributarie*, in *Enc. giur. Treccani*, XIII, Roma 1989; ID., *Esenzione (diritto tributario)*, in *Enc. dir.*, XV, Milano 1966, p. 567 ss.; ID., *Le agevolazioni tributarie*, in *Trattato di diritto tributario*, diretto da Amatucci, I, 1, Padova 1994, p. 401 ss.; ID., *Verso la scomparsa delle agevolazioni tributarie?*, in *Riv. dir. trib.*, 1991, I, p. 173 ss..

lavoro tende a depurare il reddito lordo dalle spese inerenti alla sua produzione con ciò evidenziando la carenza stessa di materia imponibile. Ne consegue che il regime di deduzione dei contributi previdenziali si pone come esclusione (e non esenzione) dal reddito, con l'effetto sotto il profilo giuridico che il fondamento di tale regime va individuato in una interruzione della relazione del possesso tra soggetto passivo ed elemento oggettivo del presupposto che colpisca la disponibilità o titolarità giuridica del reddito.

Tale interruzione, pertanto, deve sostanziarsi in una situazione giuridica soggettiva del titolare "formale" del reddito idonea a determinare una indisponibilità di diritto del reddito da parte del soggetto passivo ossia la perdita del potere di disporre e del connesso diritto di goderne o, ancora, la perdita da parte del lavoratore della proprietà del denaro o del bene in natura ricevuto quale compenso del lavoro prestato.

La situazione giuridica idonea a determinare l'indisponibilità di diritto del reddito è senza dubbio l'accantonamento del reddito, essendo questo atto l'elemento che, interponendosi fra soggetto ed elemento oggettivo del presupposto può interrompere la relazione fra soggetto stesso e presupposto e determinare l'indisponibilità o spossessamento del reddito.

Sotto il profilo delle modalità dell'accantonamento, è del tutto evidente che per prodursi la perdita della proprietà del reddito da parte del contribuente è necessario che l'accantonamento sia fatto a favore di un altro soggetto e che il trasferimento sia reale, cioè determini il trasferimento del potere di disposizione del reddito dal contribuente al soggetto cui è affidato il risparmio.

Affinchè ciò avvenga è necessario che il risparmio trasferito sia assoggettato presso il destinatario del trasferimento ad una disciplina che abbia il duplice effetto di determinare l'assoluta indisponibilità non solo di fatto ma giuridica del reddito da parte del soggetto che effettua l'accantonamento e di vincolare il risparmio stesso a protezione dei rischi della perdita o diminuzione della capacità lavorativa.

In dettaglio tale disciplina deve prevedere un vincolo di durata sull'atto di risparmio: il reddito accantonato deve essere sottratto alla disponibilità del contribuente fino al momento in cui si verifichi l'evento (diminuzione o perdita della capacità lavorativa) alla cui copertura è destinato; dunque il risparmio, per fruire del regime di deduzione del reddito, deve essere assoggettato ad una disciplina che lo vincoli fino al momento in cui sorge il diritto al pagamento della prestazione previdenziale.

In secondo luogo, la predetta disciplina deve prevedere un vincolo di destinazione dell'atto di risparmio: il reddito accantonato deve essere esclusivamente destinato ad assicurare i rischi della diminuzione o perdita della capacità lavorativa; pertanto il risparmio deve essere assoggettato ad una disciplina che assicuri la copertura di tale rischio, garantendo l'erogazione della prestazione al verificarsi dell'evento protetto.

Solo la coesistenza di tali due vincoli può realizzare quella disciplina dell'atto di risparmio o di accantonamento del reddito che consente di soddisfare alla duplice esigenza (che sta a fondamento del regime di deduzione) di sottrarre il reddito alla disponibilità del contribuente per destinarlo esclusivamente alla copertura dei rischi della diminuzione o perdita della capacità lavorativa, garantendo per conseguenza al lavoratore il diritto, al verificarsi dell'evento protetto, ad un reddito adeguato alle sue esigenze di vita, secondo quanto previsto, appunto, dall'art. 38 della Costituzione.

Come già rilevato nel paragrafo precedente, lo "spossessamento" del reddito come momento attuativo del precetto costituzionale di cui all'art. 38 della Costituzione rappresentava l'unica ricostruzione possibile della disciplina fiscale della previdenza privata prima che la stessa trovasse una compiuta regolamentazione normativa.

Dopo il 1993, e cioè dopo l'introduzione di una disciplina legislativa della previdenza privata complementare, il fenomeno dello spossessamento temporaneo rappresenta, difatti, lo strumento tecnico-

giuridico per l'attuazione della regola del rinvio della tassazione del reddito accantonato per previdenza

La regolamentazione positiva della previdenza complementare del 1993 ha inoltre consentito di distinguere il risparmio previdenziale da quello finanziario. In particolare, l'elemento che maggiormente distingue la previdenza privata dal risparmio *tout court* (destinato al "tesaureggiamento"¹²³) è il "vincolo di destinazione" che il fine previdenziale imprime all'atto di accantonamento.

Il risparmio previdenziale è, dunque, il risparmio vincolato *ex lege* al fine previdenziale, come tale sottratto alla disponibilità dell'assistito, distinguendosi dal risparmio finanziario che è e rimane risparmio libero e costantemente nella disponibilità del risparmiatore.

L'applicazione della regola del rinvio della tassazione o della sospensione d'imposta risponde dal punto di vista economico all'esigenza che il risparmio previdenziale non sia assoggettato più volte all'imposizione; infatti, in tale scenario l'onere impositivo viene spostato nel momento finale del processo previdenziale, nella fase cioè dell'erogazione. Ciò comporta altresì che laddove il risparmio previdenziale non dovesse rispondere (anche solo in parte) alla regola del rinvio della tassazione, e cioè dovesse essere assoggettato ad imposta al momento dell'accantonamento, esso non dovrà più essere assoggettato ad imposta al momento dell'erogazione della prestazione. Ne scaturisce un disegno unitario del fenomeno previdenziale, nelle sue tre distinte fasi.

La ricostruzione della previdenza privata (complementare) come rinvio della tassazione del reddito trova riscontro anche nella ricostruzione economica del fenomeno¹²⁴. E', infatti, acclarato che, in linea di principio, il sistema impositivo delineato dal diritto positivo nazionale, si possa rappresentare usualmente secondo il modello EET (esenzione, esenzione,

¹²³ Espressione di F. Marchetti, op. citata, pag 29.

¹²⁴ Si veda sui modelli proposti dalla dottrina economica M.C. Guerra, *La previdenza complementare deve essere incentivata fiscalmente?*, in Riv. prev. pubbl. priv., 2001; Giannini-Guerra, *Alla ricerca di una disciplina fiscale per la previdenza complementare*, in *La previdenza complementare in Italia*, a cura di M. Messori, Bologna, 2006.

tassazione) che, come detto, si contrappone ai modelli TEE (tassazione, esenzione, esenzione) e ETE (esenzione, tassazione, esenzione), i quali – pur consentendo anche essi di evitare la doppia imposizione del risparmio previdenziale – non si coniugano con lo schema giuridico sopra indicato del rinvio della tassazione o della sospensione dell'imposta.

Ebbene, l'auspicabile vantaggio derivante dal modello EET consiste quindi nella sospensione della tassazione durante le fasi della raccolta del capitale e della gestione finanziaria dello stesso e nell'operatività del prelievo “a valle” del rapporto, allorquando è presumibile che la prestazione pensionistica si cumulerà con redditi inferiori e sarà, dunque, soggetta ad un'aliquota più bassa rispetto a quella applicabile durante la “vita” lavorativa dell'iscritto al fondo.

Non è da escludere, poi, l'effetto psicologico connesso alla percezione dell'assicurato di veder differita l'imposizione su somme che, come abbiamo visto, risultano vincolate alla destinazione previdenziale e sottratte, seppur temporaneamente, alla sua libera disponibilità.

Ed in questo senso che il rinvio della tassazione del reddito accantonato per fini previdenziali è stato ritenuto dalla dottrina maggioritaria¹²⁵ quello più adatto a perseguire le finalità incentivanti desumibili dal dettato costituzionale di cui all'art. 38 della Cost. .

In tal senso, anche quella parte della dottrina¹²⁶ che pone l'accento sulla differenza esistente tra contribuzione obbligatoria per legge e contribuzione a forme previdenziali non obbligatorie, giustifica il differimento della tassazione all'atto dell'erogazione delle prestazioni.

In particolare, per la contribuzione previdenziale obbligatoria, l'esclusione totale da imposizione dei contributi versati dal datore di lavoro e la deducibilità per l'intera somma versata dal lavoratore troverebbero giustificazione nella obbligatorietà del contributo, configurandosi esso

¹²⁵ Si veda per tutti F. Marchetti, *Principi generali ed evoluzione della disciplina fiscale della previdenza complementare*, in AA.VV., *La disciplina tributaria del lavoro dipendente*, a cura di N. D'Amati, Padova, 2003, pag. 332.

¹²⁶ In questi termini P. Puri, *Destinazione previdenziale e prelievo tributario*, Milano 2005, p. 194.

come vera e propria prestazione di natura impositiva, giustificata in ragione dei principi di solidarietà e capacità contributiva e nella logica della necessità di garantire la tutela previdenziale a tutti i cittadini.

Diversamente, nell'ambito della previdenza complementare o privata (non obbligatoria), il versamento dei contributi ai fondi pensione realizzerebbe una forma di risparmio che, apparentemente, non si discosterebbe da un qualsiasi altro investimento in un fondo comune. Al contempo, però, il risparmio previdenziale si connoterebbe anche per il particolare vincolo di durata e di destinazione che, sin dall'origine, accompagna le somme versate, a titolo di contribuzione, il che vale, appunto, a giustificare l'adozione di un regime di rinvio della tassazione al momento dell'erogazione del trattamento pensionistico¹²⁷.

Peraltro, a differenza delle altre forme di risparmio l'accantonamento avviene qui, in ossequio al principio di divieto di doppia imposizione¹²⁸, con l'utilizzo di somme che originano da redditi che non

¹²⁷ Rinviamo al paragrafo 1.5.8 e alle note 210 e 211 circa la disciplina delle anticipazioni e dei riscatti di cui agli art. 11 e 14 del D.Lgs. 252/2005.

¹²⁸ Sebbene non preminente rispetto all'oggetto del nostro lavoro, riteniamo utile tracciare brevemente in questa sede una ricognizione sul tema della doppia imposizione "interna" e sulla portata del relativo divieto, oggi consacrato negli artt. 163 Tuir e 67 del D.P.R. n. 600/1973, ma da sempre presente nel nostro ordinamento ed a cui è tradizionalmente assegnato lo status di "principio" generale. (Per una diffusa trattazione della problematica in discorso si rinvia a G. Porcaro, *Il divieto di doppia imposizione nel diritto interno*, Padova, 2001; G. Ardizzone, *Il principio del "ne bis in idem" nell'imposizione diretta*, in Riv. Dir. fin., 1972, I, pag. 275 e ss.; Id, *Doppia imposizione interna*, in Dig. Disc. Priv., sez. Comm., V, Torino 1990, pag. 175 e ss.; P. Adonnino, *Doppia imposizione (dir. trib.)*, in Enc. Dir., Milano 1964, XIII, pag. 1017).

In estrema sintesi, si può osservare come – nell'interpretare il divieto in esame – giurisprudenza e dottrina abbiano entrambe intrapreso strade ondive: a letture più o meno "svalutative" (soprattutto della prima) si sono contrapposti tentativi di "ipervalorizzazione" dello stesso (soprattutto della seconda).

Differenti opinioni si sono manifestate, ad esempio, quando si è cercato di identificare il ruolo degli artt. 67 e 163 cit. (e dei loro precedenti storici) sul piano procedimentale: se ed in che modo il divieto di doppia imposizione potesse fungere da rimedio a "disfunzioni" nell'esercizio del potere amministrativo di imposizione, consistenti nella reiterazione di atti impositivi dal contenuto identico (medesimo presupposto concreto) nei confronti dello stesso o diversi contribuenti.

Ebbene, pur pacificamente affermata l'esigenza che, nella sua azione concreta, il fisco operi in termini non contraddittori (ossia non emani due o più atti d'imposizione tra loro soggettivamente e/o oggettivamente incompatibili alla luce della disciplina sostanziale del tributo), giudici e studiosi si sono divisi sul problema che ne costituiva logico corollario: quale dei diversi atti d'imposizione "incompatibili" sarebbe dovuto ricadere nelle maglie del divieto.

sono stati ancora tassati in capo al percettore e non, viceversa, con l'impiego di un patrimonio (ossia con redditi già assoggettati in precedenza ad imposizione).

Si è fatto notare, di conseguenza, come, per quanto si voglia incentivare la previdenza privata, la scelta del legislatore non avrebbe potuto essere quella di detassare completamente somme che, pur destinate a fondo pensione, sono pur sempre reddito. Anche in tal senso, si giustificerebbe, quantomeno, il differimento della tassazione all'atto dell'erogazione delle prestazioni ai fondi¹²⁹.

Le alternative non potevano che essere due: o l'atto illegittimo in quanto illegittimo (ossia a prescindere dalla sua "cronologia") ovvero l'atto successivo in quanto successivo (a prescindere cioè dalla sua legittimità). La prima soluzione è stata accolta soprattutto in giurisprudenza, seppur con qualche eccezione. Essa, però, così facendo, ha finito per cancellare – in fatto – il divieto, derivando in tal caso l'illegittimità dell'atto non dalla violazione di quest'ultimo, ma dalla violazione della disciplina sostanziale del prelievo. La seconda soluzione invece ha trovato maggior eco in dottrina, la quale – sulla scia del principio processualistico del *ne bis in idem* – ha individuato nella norma un criterio cronologico di legittimità degli atti impositivi, suscettibile di integrare autonomo vizio eccezionale nei confronti di provvedimenti successivi, ancorché pienamente fondati nel merito.

In posizione intermedia si è posto poi un recente tentativo di (meglio) contemperare l'autonomia del divieto di doppia imposizione con il principio di legalità e di capacità contributiva: il considerare l'art. 163 Tuir fonte di un dovere da parte del fisco di annullare in sede di autotutela il primo atto impositivo se illegittimo e definitivo (tesi che troverebbe un riscontro normativo nell'art. 2, comma 1, lettera d), del D.M. 11 febbraio 1997, n. 37). Analoga oscillazione di pensiero si è registrata quando si è tentato di assegnare al divieto di doppia imposizione altresì un ruolo sul piano sostanziale, ossia quale rimedio (per così dire) anche a "disfunzioni" nell'esercizio del potere normativo di imposizione (disfunzioni di cui sarebbe espressione ogni forma di "doppia imposizione" derivante dalla "sovrapposizione" sul medesimo oggetto economico di due o più tributi formalmente distinti).

Ebbene, pressoché negato dalla giurisprudenza (cfr. Cass., 19 ottobre 1967, n. 2537 e Cass. 27 aprile 1984, n. 4918), un simile ruolo è stato fortemente valorizzato dalla dottrina, sebbene entro i limiti derivanti dal rango di legge ordinaria del divieto (non vincolante il legislatore). Talché, sotto questo aspetto, la dottrina si è limitata ad attribuirgli una funzione interpretativa: suscettibile di imporre – a fronte di un testo di legge ambiguo, aperto a due letture, una delle quali idonea a realizzare una "doppia imposizione" – l'interpretazione che eviti detto fenomeno.

Un simile approccio è stato per lo più collegato all'art. 53 Cost., non solo ove la "doppia imposizione" realizzi un prelievo contrastante con il principio di capacità contributiva (per es., per l'abnorme pressione fiscale), ma in generale per ragioni di "equità", "coerenza" e "razionalità" del sistema tributario. Da questo punto di vista, dunque, il divieto di doppia imposizione "interna" rappresenterebbe uno strumento di "correzione" e "razionalizzazione" del sistema fiscale.

¹²⁹ Sul punto si veda F. Crovato, *Il lavoro dipendente nel sistema delle imposte sui redditi*, Padova, 2001, pag. 403.

Per riassumerne, abbiamo un sistema di tassazione che, nel rinviare l'applicazione del prelievo al momento della "restituzione" del capitale "investito", cerca di contemperare i benefici fiscali funzionali allo sviluppo del pilastro della previdenza alternativo a quello pubblico con l'esigenza di segmentare la tassazione attraverso i vari momenti in cui si svolge il rapporto con l'ente previdenziale, in modo da evitare il verificarsi di salti d'imposta o, al contrario, di fenomeni di doppia imposizione del medesimo componente economico.

In verità, l'adozione del modello EET era stata auspicata dalla stessa Unione Europea¹³⁰ che suggeriva di concentrare il trattamento fiscale di maggior favore sulla fase della contribuzione e sui rendimenti prodotti nella fase di accumulazione, ritenendo, invece, corretto applicare alle prestazioni il normale regime di tassazione personale e progressivo, previsto per tutti i redditi pensionistici¹³¹.

Come vedremo nel successivo paragrafo, però, la nostra legislazione fiscale, con il D.lgs. 252/2005 non ha dato piena attuazione allo schema EET, che, nei fatti non sembra rispondere a nessuno dei modelli teorico-economici di tassazione del risparmio previdenziale.

1.5.3 La novella del 2005 ed il modello delineato dal legislatore

Nel D.lgs. 252/2005 i principi di delega di cui alla Legge 243 del 2004¹³², almeno con riferimento alla riduzione del carico fiscale, sono stati attuati. E' stata, infatti, prevista:

¹³⁰ Si veda a tal proposito la Comunicazione 19 aprile 2001 della Commissione Europea.

¹³¹ Secondo A. Contrino, l'adozione di un modello di tassazione EET, seppur "imperfetto", ha avuto l'effetto di avvicinare (non ancora di allineare, però, del tutto) la disciplina italiana a quella di molti Paesi, a tutto vantaggio della mobilità transfrontaliera dei lavoratori, in *Prime riflessioni sui principi fissati dalla deleghe fiscale e previdenziale in tema di tassazione della previdenza complementare*, in Boll. Trib., 2005, pag. 596.

¹³² Il Governo, nell'esercizio della delega di cui al comma 1 del d.Lgs 243/2004, al fine di sostenere e favorire lo sviluppo di forme pensionistiche complementari, era chiamato tra gli altri ad attuare i seguenti principi e criteri direttivi:

a) adottare misure finalizzate ad incrementare l'entità dei flussi di finanziamento alle forme pensionistiche complementari, collettive e individuali, con contestuale incentivazione di nuova occupazione con carattere di stabilità, prevedendo a tale fine:

1) il conferimento, salva diversa esplicita volontà espressa dal lavoratore, del trattamento di fine rapporto maturando alle forme pensionistiche complementari di cui al decreto legislativo 21 aprile 1993, n. 124, garantendo che il lavoratore stesso abbia una adeguata informazione sulla tipologia, le condizioni per il recesso anticipato, i rendimenti stimati dei fondi di previdenza complementare per i quali è ammessa l'adesione, nonché sulla facoltà di scegliere le forme pensionistiche a cui conferire il trattamento di fine rapporto, previa omogeneizzazione delle stesse in materia di trasparenza e tutela, e anche in deroga alle disposizioni legislative che già prevedono l'accantonamento del trattamento di fine rapporto e altri accantonamenti previdenziali presso gli enti di cui al decreto legislativo 30 giugno 1994, n. 509, per titoli diversi dalla previdenza complementare di cui al citato decreto legislativo n. 124 del 1993;

2) l'individuazione di modalità tacite di conferimento del trattamento di fine rapporto ai fondi istituiti o promossi dalle regioni, tramite loro strutture pubbliche o a partecipazione pubblica all'uopo istituite, oppure in base ai contratti e accordi collettivi di cui alla lettera a) del comma 1 dell'articolo 3 e al comma 2 dell'articolo 9 del decreto legislativo 21 aprile 1993, n. 124, e successive modificazioni, nonché ai fondi istituiti in base alle lettere c) e c-bis) dell'articolo 3, comma 1, del medesimo decreto legislativo, nel caso in cui il lavoratore non esprima la volontà di non aderire ad alcuna forma pensionistica complementare e non abbia esercitato la facoltà di scelta in favore di una delle forme medesime entro il termine di sei mesi dalla data di entrata in vigore del relativo decreto legislativo, emanato ai sensi del comma 1 e del presente comma, ovvero entro sei mesi dall'assunzione;

3) l'eliminazione degli ostacoli che si frappongono alla libera adesione e circolazione dei lavoratori all'interno del sistema della previdenza complementare, definendo regole comuni, in ordine in particolare alla comparabilità dei costi, alla trasparenza e portabilità, al fine di tutelare l'adesione consapevole dei soggetti destinatari; la rimozione dei vincoli posti dall'articolo 9, comma 2, del decreto legislativo 21 aprile 1993, n. 124, e successive modificazioni, al fine della equiparazione tra forme pensionistiche; l'attuazione di quanto necessario al fine di favorire le adesioni in forma collettiva ai fondi pensione aperti, nonché il riconoscimento al lavoratore dipendente che si trasferisca volontariamente da una forma pensionistica all'altra del diritto al trasferimento del contributo del datore di lavoro in precedenza goduto, oltre alle quote del trattamento di fine rapporto;

4) ridefinire la disciplina fiscale della previdenza complementare introdotta dal decreto legislativo 18 febbraio 2000, n. 47, in modo da ampliare, anche con riferimento ai lavoratori dipendenti e ai soggetti titolari delle piccole e medie imprese, la deducibilità fiscale della contribuzione alle forme pensionistiche complementari, collettive e individuali, tramite la fissazione di limiti in valore assoluto ed in valore percentuale del reddito imponibile e l'applicazione di quello più favorevole all'interessato, anche con la previsione di meccanismi di rivalutazione e di salvaguardia dei livelli contributivi dei fondi preesistenti; superare il condizionamento fiscale nell'esercizio della facoltà di cui all'articolo 7, comma 6, lettera a), del decreto legislativo 21 aprile 1993, n. 124, e successive modificazioni; rivedere la tassazione dei rendimenti delle attività delle forme pensionistiche rendendone più favorevole il trattamento in ragione della finalità pensionistica; individuare il soggetto tenuto ad applicare la ritenuta sulle prestazioni pensionistiche corrisposte in forma di rendita in quello che eroga le prestazioni;

5) prevedere che tutte le forme pensionistiche complementari siano tenute ad esporre nel rendiconto annuale e, in modo sintetico, nelle comunicazioni inviate all'iscritto, se ed in quale misura siano presi in considerazione aspetti sociali, etici ed ambientali nella gestione delle risorse finanziarie derivanti dalle contribuzioni degli iscritti così come nell'esercizio dei diritti legati alla proprietà dei titoli in portafoglio.

- la deduzione, dal reddito complessivo dei contributi destinati alle forme pensionistiche complementari sino al limite massimo di euro 5.165 e conseguente soppressione del limite percentuale del 12% previsto in precedenza;
- la conferma del prelievo sostitutivo nella misura dell'11% sui redditi maturati anno per anno dalle forme pensionistiche complementari;
- l'applicazione alle prestazioni erogate, sia in rendita che in capitale, di un prelievo pari al 15% (mediante una ritenuta operata a titolo d'imposta) riducibile fino al 9% qualora il periodo di permanenza nella forma pensionistica complementare risulti pari o superiore a 35 anni.

A seguito delle modifiche introdotte dalla legge 25 giugno 2005, n. 109, ai criteri di delega di cui all'art. 1, commi 41 e seguenti, della citata legge n. 243 del 2004, il decreto legislativo n. 252/2005 rappresenta di fatto la nuova disciplina delle forme pensionistiche complementari, contenendo – come specifica la relazione illustrativa del Governo allo schema di decreto – non solo le norme derivate dall'esercizio delle deleghe sopra citate, ma anche le indispensabili modifiche, correzioni, ampliamenti e abrogazioni richieste dal nuovo assetto del sistema.

E' stato pertanto interamente riscritto quello che era il testo di riferimento per la previdenza complementare, vale a dire il decreto legislativo 21 aprile 1993, n. 124 e successive modificazioni, che viene contestualmente abrogato¹³³.

Sul piano tributario – che occupa sicuramente un punto centrale dell'intera disciplina – come abbiamo visto nel paragrafo precedente, è

¹³³ Ispirata più a motivazioni di opportunità che di tecnica legislativa è stata la scelta di inserire nel medesimo corpo legislativo anche la disciplina fiscale delle forme pensionistiche complementari che, di conseguenza, è stata espunta dal suo alveo naturale: un altro pezzo dell'ordinamento delle imposte sui redditi è, dunque, fuoriuscito dal TUIR approvato con DPR n. 917 del 1986, depauperandone i contenuti e la stessa funzione originaria di "testo unico".

stato ribadito il principio del rinvio della tassazione¹³⁴ del reddito accantonato per la previdenza che trova la sua giustificazione nella constatazione che tale reddito è stato sottratto alla disponibilità del soggetto aderente per tutta la durata del vincolo previdenziale per essere restituito alla disponibilità del soggetto beneficiario solo al momento del pagamento della prestazione previdenziale. Ed è solo in questa fase del processo che si realizza il presupposto d'imposta: il possesso dei redditi con conseguente manifestazione di un indice di capacità contributiva¹³⁵.

Analizziamo pertanto nel proseguo, le 3 distinte fasi in cui si articola il fenomeno previdenziale, ovvero la fase del finanziamento, quella dell'accumulazione e quella dell'erogazione.

La fase del finanziamento: il regime fiscale della contribuzione nella previdenza complementare

Il trattamento tributario dei contributi (e delle prestazioni) rappresenta l'aspetto centrale dell'intera disciplina dei fondi pensione. La nuova disciplina fiscale della deduzione dei contributi versati a forme di previdenza complementare è rinvenibile in via principale nell'art. 8, comma 4 del D.Lgs. n. 252/2005¹³⁶.

Soffermando l'attenzione sulla fase del finanziamento, si noti come esso possa essere realizzato, mediante il versamento di contributi a carico del lavoratore, del datore di lavoro o del committente e attraverso il conferimento del Tfr (in caso di lavoratori autonomi e liberi professionisti, il finanziamento è attuato mediante contribuzione a carico dei soggetti stessi).

¹³⁴ F. Marchetti, *Principi generali ed evoluzione della disciplina fiscale della previdenza complementare*, in AA.VV., *La disciplina tributaria del lavoro dipendente*, a cura di N. D'Amati, Padova, 2003, pag. 407.

¹³⁵ Vedi M. Procopio, *Fondi pensione e TFR: profili giuridici e disciplina tributaria*, Milano, 2008, pag. 5.

¹³⁶ Anche se tale articolo va coordinato sia con i commi 5 e 6 dello stesso art.8, sia il successivo art. 21, comma 2 che sostituisce la lett. e bis) del comma 1 dell'art. 10 del T.u.i.r..

E' facoltà per tutti i lavoratori subordinati determinare liberamente l'entità della contribuzione a proprio carico e ciò rappresenta novità di assoluto rilievo rispetto al previgente sistema. Incomprensibile appariva, in realtà, la ragione per la quale doveva precludersi la possibilità per l'aderente di eseguire versamenti ulteriori rispetto a quelli previsti dagli accordi collettivi¹³⁷.

Senza dubbio, la novità di maggior rilievo della nuova disciplina (unitamente al conferimento del Tfr) consiste nell'eliminazione del limite percentuale del 12% del reddito complessivo, con il mantenimento del solo limite in cifra assoluta dei 5.164,57 euro, ai sensi dell'art. 8, comma 4 del D.Lgs 252/2005, in combinazione con l'art. 10, primo comma, lett. e) bis del Tuir.

In tal modo, rispetto alla disciplina previgente, si è aumentata la possibilità di dedurre i contributi soprattutto per i percettori di redditi medio-bassi.

Invero, il D.lgs. 252/2005 in parola, confermando il solo limite di valore assoluto e non anche quello percentuale del 12%, non ha attuato in modo fedele il criterio previsto nella legge delega. Infatti, ai sensi dell'art. 1 della legge delega 243/2004, come ricordato, si prevedeva l'ampliamento della deducibilità "*tramite la fissazione di limiti in valore assoluto ed in valore percentuale del reddito imponibile e l'applicazione di quello più favorevole all'interessato, anche con la previsione di meccanismi di rivalutazione e salvaguardia dei livelli contributivi dei fondi preesistenti deducibilità fiscale delle contribuzioni a forme pensionistiche complementari*"¹³⁸.

¹³⁷ Veniva in tal modo a vietarsi all'iscritto la possibilità di effettuare un meritevole investimento previdenziale che avrebbe potuto consentirgli di mantenere, da pensionato, un inalterato tenore di vita. La libera determinazione delle contribuzioni ai fondi pensione è inoltre coerente con la *ratio* della previdenza complementare: ad un più elevato finanziamento corrisponde infatti una maggiore prestazione previdenziale complementare e quindi il perseguimento degli obiettivi cui è diretta la disciplina dei fondi pensione.

¹³⁸ Si noti poi, che il plafond di €5.164, 57 era stato introdotto con il D. lgs. n. 47/2000 e in seguito non è stato più aggiornato; considerato l'indice dei prezzi al consumo per famiglie di operai e impiegati, per assicurare lo stesso valore reale del 2001, il predetto limite di deduzione dovrebbe essere innalzato ad una cifra non inferiore ai 6.000 euro, in

L'eliminazione del limite percentuale e la previsione del solo limite assoluto ha comportato un ampliamento del regime di deducibilità, in particolare rispetto ai redditi più bassi, nei quali, generalmente è più bassa la propensione al risparmio. A ben vedere, nell'ottica di una più incisiva politica di agevolazione fiscale della previdenza complementare, sarebbe stato più opportuno rinnovare il precedente regime nel senso di mantenere l'operatività anche del limite percentuale del 12% del reddito complessivo, ma di intendere, al contempo, il rapporto con il limite assoluto nel senso dell'alternatività, piuttosto che, come nel passato, in termini di mera concorrenza.

In tal modo, nonostante il carattere tendenzialmente regressivo che manifesterebbe tale meccanismo di applicazione del prelievo, favorendo i titolari di redditi più elevati che potrebbero beneficiare in ogni caso di una deduzione pari al 12% del loro reddito complessivo, sarebbe stato possibile per tutti i contribuenti dedurre i contributi fino al limite di €164,57 anche nel caso in cui il 12 % del reddito complessivo fosse risultato più basso¹³⁹.

La fase di accumulazione: il regime fiscale della fase di gestione del risparmio complementare

tal senso si veda D. Mastantuono, *Premessa civilistica*, in *Previdenza complementare e disciplina fiscale*, di F. Marchetti - M. Marè, Bologna, 2009.

¹³⁹ In tal senso, si era espressa anche parte della dottrina, la quale peraltro, aveva evidenziato, già con riferimento al disegno di legge delega presentato il 28 dicembre 2001, AC 2145, ed approvato dalla Camera dei deputati il 3 marzo 2003, l'esistenza di possibili profili di costituzionalità della delega per genericità della stessa. In particolare, la delega si presentava generica ed indeterminata non dicendo fino a che ammontare avrebbe potuto spingersi il prospettato ampliamento della deducibilità fiscale della contribuzione (cfr. F. Marchetti, *Principi generali ed evoluzione della disciplina fiscale della previdenza complementare*, in AA.VV., *La disciplina tributaria del lavoro dipendente*, a cura di N. D'Amati, Padova, 2003, p.402. Per altro verso si è fatto notare (P. Puri, *Destinazione previdenziale e prelievo tributario*, Milano, 2005, p. 210) come sul piano strettamente economico, l'applicazione dei due limiti di deducibilità dei contributi (in termini percentuali ed in termini assoluti) avrebbe tuttavia determinato un meccanismo di carattere regressivo, se si accetta la tesi per cui la propensione al risparmio tende a crescere ad ogni incremento del reddito. Inoltre si è rilevato come, in tal caso, qualora un lavoratore avesse profittato pienamente dell'esenzione del 12% del reddito lordo, l'ulteriore tetto di €164,57 di contribuzione avrebbe rappresentato un vincolo solo per un reddito di €2.685,00.

Alla fase della contribuzione segue quella della gestione del risparmio previdenziale da parte del fondo.

Il d.lgs. 5 dicembre 2005, n. 252 ha sostanzialmente confermato il principio di tassazione sostitutiva, per maturazione, dei rendimenti prodotti dalle forme pensionistiche complementari, prevedendo un'imposta dell'11% da applicare al risultato netto, maturato per ciascun periodo d'imposta¹⁴⁰.

La scelta di fondo operata dal legislatore italiano era stata quella di assoggettare le prestazioni pensionistiche complementari secondo il regime previsto per il risparmio finanziario gestito, di cui all'art. 8, commi da 1 a 4, del D.lgs. 461/1997 che prevede la tassazione del risultato della gestione maturata annualmente dalle forme pensionistiche complementari determinato al netto dei costi con applicazione di una imposta sostitutiva. Tale metodologia era stata ritenuta particolarmente adatta ad una previdenza basata sul regime della capitalizzazione, principio fondamentale per la previdenza complementare le cui prestazioni sono direttamente correlate al risultato della gestione finanziaria¹⁴¹.

L'articolo 2, commi da 62 a 84, del decreto legge 29 dicembre 2010, n. 225, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 febbraio 2011, n. 10 (di seguito "decreto mille proroghe") ha modificato profondamente

¹⁴⁰ Nello specifico, il regime tributario delle forme pensionistiche complementari è contenuto interamente nell'art. 17 del citato decreto, il quale disciplina il trattamento di tutte le forme, ossia quelle ad adesione collettiva ed individuale, vecchie e nuove forme, forme negoziali, aperti e interni, sia a contribuzione che a prestazione definite, nonché quelle che assicurano una diversa tipologia di prestazioni che i vecchi fondi pensione possono adottare (capitalizzazione con gestione diretta delle risorse, capitalizzazione con gestione assicurativa, gestioni immobiliari, ecc.) e, quindi, una variegata tipologia di gestioni.

Risulta pertanto evidente il tentativo di razionalizzazione (perlomeno a livello formale, dal momento la disciplina sostanziale rimane analoga a quella precedente) dell'intera disciplina, nel previgente assetto normativo articolato negli art. 14, 14 *bis*, 14 *ter* e 14 *quater* del d.lgs 14 aprile 1993, n. 124, che rispettivamente disciplinavano il regime tributario dei fondi pensione a contribuzione definita (art. 14), di quelli a prestazione definita (art. 14 *bis*), di quelle che detengono immobili (art. 14 *ter*) e dei "vecchi" fondi pensione (art. 14 *quater*).

¹⁴¹ Tale estensione, come abbiamo visto, è stata realizzata, non con mero rinvio alle disposizioni contenute nel d.lgs. 461/1997, bensì una apposita disciplina contenuta nel decreto n. 252/2005 all'art. 17.

l'attuale regime dei fondi comuni di investimento mobiliare italiani ed esteri realizzando la riforma della fiscalità del risparmio gestito in monte.

In particolare, per i fondi italiani e per quelli ad essi equiparati (fondi lussemburghesi storici) a partire dal 1° luglio 2011 viene abrogato il regime di tassazione dei redditi del fondo basato sul principio della maturazione spostando il momento della tassazione alla percezione dei proventi da parte dei partecipanti e del disinvestimento delle quote o azioni possedute, alla stregua di quanto già avviene per i fondi istituiti all'estero¹⁴².

Rispetto all'investimento effettuato in quote di organismi di investimento collettivo del risparmio (Oicr) quello previdenziale complementare gode(va) di un duplice vantaggio: la detassazione dei contributi diretti a queste ultime forme, nonché l'applicazione della minore imposta sostitutiva (11% in luogo del 12,5%). Come abbiamo ricordato il "decreto mille proroghe" ha modificato profondamente l'attuale regime dei fondi comuni di investimento mobiliare italiani ed esteri realizzando la riforma della fiscalità del risparmio gestito in monte.

L'abrogazione delle previgenti disposizioni tributarie sugli Oicvm e, nello specifico, delle norme che prevedevano il prelievo da parte della società di gestione del risparmio dell'imposta sostitutiva del 12,50% da calcolare sul risultato annuo di gestione maturato dal fondo comune ha rappresentato, tuttavia, l'auspicata adozione del criterio di tassazione per cassa o realizzato dei redditi derivanti da una gestione collettiva del risparmio.

In particolare, per i fondi italiani e per quelli ad essi equiparati (fondi lussemburghesi storici) a partire dal 1° luglio 2011 viene abrogato il regime di tassazione dei redditi del fondo basato sul principio della maturazione spostando il momento della tassazione alla percezione dei

¹⁴² Tale riforma si è resa necessaria per porre fine alla differenza di tassazione tra i proventi derivanti dalla partecipazione ad organismi d'investimento collettivo in valori mobiliari di diritto estero conformi alle direttive comunitarie e la tassazione subita dagli organismi di diritto italiano che investono in strumenti finanziari; si veda in tal senso la Circolare n. 33/E del 15 luglio 2011.

proventi da parte dei partecipanti e del disinvestimento delle quote o azioni possedute, alla stregua di quanto già avviene per i fondi istituiti all'estero¹⁴³.

Dalla seconda metà del 2011, dunque, sui fondi comuni di investimento in valori mobiliari di diritto italiano (al pari delle Sicav italiano e dei fondi c.d. lussemburghesi storici) non grava più l'imposta sostitutiva del 12,50 sul risultato di gestione maturato, ma l'onere tributario è rinviato al momento in cui il partecipante al fondo comune percepisce il rendimento in costanza di investimento ovvero in sede di riscatto, liquidazione o cessione della quota ovvero (come chiarito dall'Agenzia delle entrate al par. 3.1.2 della Circolare 33/E/2011) in occasione di uno switch: in tali ipotesi il risparmiatore subisce, ai sensi dell'art. 26-*quinquies* del d.p.r. 600/1973 introdotto dal comma 63 dell'art. 2 del d.l. 225/2010, una ritenuta fiscale del 12,50%, a titolo di imposta per i soggetti che non agiscono in qualità di esercenti un'attività commerciale o a titolo d'acconto per chi agisce nell'esercizio di un'impresa. In virtù dei commi 6 e segg. dell'art. 2 del d.l. 138/2011, anche la predetta aliquota sarà elevata al 20% a decorrere dal 1° gennaio 2012.

Con il passaggio al regime di tassazione basato sul criterio di cassa o del realizzato, la partecipazione ai fondi comuni italiani è stata fiscalmente equiparata all'investimento in fondi o Sicav armonizzati aventi sede in un altro Stato europeo, in relazione ai quali l'onere tributario è sempre gravato all'atto della percezione del reddito.

Con la conversione del decreto legge 225/2010, inoltre, il legislatore ha avuto l'occasione di porre rimedio alla incompatibilità con l'ordinamento comunitario della disciplina fiscale dei proventi generati da fondi comunitari non armonizzati. Dal 1° luglio 2011, è stato esteso il

¹⁴³ Tale riforma si è resa necessaria per porre fine alla differenza di tassazione tra i proventi derivanti dalla partecipazione ad organismi d'investimento collettivo in valori mobiliari di diritto estero conformi alle direttive comunitarie e la tassazione subita dagli organismi di diritto italiano che investono in strumenti finanziari; si veda in tal senso la Circolare n. 33/E del 15 luglio 2011.

regime tributario dei proventi generati dalle partecipazioni a fondi comunitari armonizzati ai redditi derivanti da fondi comuni esteri non armonizzati soggetti a vigilanza nel proprio Paese e situati in uno Stato membro dell'UE o dello Spazio economico europeo inclusi nella c.d. white list. Per l'effetto, le somme provenienti da un fondo estero non armonizzato con i requisiti sopra specificati non concorrono più a formare il reddito imponibile del partecipante, ma sono soggette alla ritenuta del 12,50%, aliquota elevata al 20% a decorrere dal 1° gennaio 2012, da applicare a titolo di imposta se le somme sono percepite al di fuori dell'esercizio di un'impresa commerciale ovvero a titolo d'acconto per chi agisce nell'esercizio di un'impresa.

In tale contesto, quindi, dal 1 luglio 2011 viene meno l'uniformità di imposizione tra fondi comuni e fondi pensione, che *de jure condito* continuano ad essere soggetti all'imposta sostitutiva annuale dell'11% sul risultato di gestione maturato. Questo differente trattamento tributario, come vedremo meglio nel paragrafo 1.5.7 non sembrerebbe peraltro causa generatrice di eccezione di legittimità costituzionale dal momento che quello nei fondi pensione rappresenta un investimento previdenziale, oggetto, come abbiamo visto, di tutela costituzionale (art. 38 e 47 della Costituzione). Pur tuttavia, appare indispensabile un coordinamento generale dell'intero impianto impositivo al fine di uniformare l'imposizione tra fondi comuni e fondi pensione.

La fase di erogazione delle prestazioni pensionistiche: il regime fiscale delle prestazioni

Abbiamo visto in precedenza come il sistema della previdenza complementare si articola in tre diversi momenti, corrispondenti alla fase della contribuzione, della gestione del risparmio previdenziale e della erogazione della prestazione pensionistica all'iscritto. L'applicazione del prelievo tributario si realizza, di conseguenza, secondo moduli di tassazione che tengono conto di tale segmentazione del ciclo previdenziale.

La scelta di fondo attuata dal nostro legislatore è stata quella di differire la tassazione all'ultimo dei tre momenti, cioè a quello della erogazione della prestazione. In realtà, a tale risultato si giunge solo tendenzialmente, in quanto l'esenzione da imposizione delle fasi della contribuzione e della gestione del risparmio previdenziale non è, come abbiamo visto, assoluta. Si riscontra, infatti, solo una limitata deducibilità dei contributi, mentre nella fase di gestione del risparmio da parte del fondo pensione abbiamo un'imposizione sostitutiva sui rendimenti finanziari, sia pure con aliquota ridotta rispetto a quella ordinariamente applicabile ai redditi di capitale.

L'unicità del ciclo previdenziale impone di coordinare i diversi momenti di attuazione del prelievo, proprio al fine evitare fenomeni di doppia imposizione che si verificherebbero all'atto dell'imposizione "a valle" delle prestazioni previdenziali. In particolare, si pone in tale momento l'esigenza di sterilizzare il prelievo corrispondente ai contributi che non sono stati dedotti dall'iscritto ed alla parte di prestazioni che è costituita dai rendimenti finanziari già colpiti in capo al fondo pensione.

Nel sistema delineato dal D. lgs. 252/2005 le prestazioni, i riscatti e le anticipazioni sono soggette ad un più favorevole trattamento tributario che prevede l'applicazione di un prelievo alla fonte a titolo d'imposta pari al 15% (riducibile fino al 9%) per la parte non dedotta nella fase di formazione del risparmio. Viene così solo parzialmente ad applicarsi il principio della correlazione in base al quale a contribuzione dedotta (nella fase di accumulazione del risparmio) corrisponde una prestazione tassata (nella fase di erogazione della prestazione); ne consegue che i contributi non dedotti non scontano alcuna imposta nella fase di erogazione della prestazione previdenziale complementare.

In sede di attuazione dei principi di delega la scelta del legislatore per un "*più favorevole trattamento*" fiscale è, dunque, caduta sul momento finale del ciclo previdenziale (quello della prestazione) che, per effetto

dell'applicazione dell'imposta del 15%, riducibile al 9%, risulta essere particolarmente agevolato.

Il sistema di tassazione così definito gode, infatti, di una duplice agevolazione: una temporanea, costituita dal rinvio della tassazione dei contributi accantonati e dedotti dal reddito complessivo e una permanente costituita da una tassazione particolarmente bassa rispetto ai redditi della medesima categoria (redditi di lavoro e assimilati) che, con l'introduzione della ritenuta a titolo d'imposta, non subiscono né il cumulo né la progressività dell'imposizione tipica di detti redditi¹⁴⁴.

1.5.4 La crisi del modello EET e i dubbi di costituzionalità della riforma previdenziale del 2005

Poste tali premesse, ai fini della presente analisi, si rileva che sebbene la legge di riforma della previdenza pubblica e complementare (Legge 23 agosto 2004, n. 243) recasse precise indicazioni nel senso dell'attuazione di un modello EET puro (mediante lo spostamento, in tutto o in parte, della tassazione dei rendimenti finanziari dalla fase di accumulazione a quella di erogazione), il decreto delegato di attuazione (D.Lgs. 5 dicembre 2005, n. 252) appare indirizzato verso il progressivo abbandono di tale modello¹⁴⁵.

La citata legge delega prevedeva, infatti, che per favorire lo sviluppo di forme pensionistiche complementari doveva essere, fra l'altro, ridefinita la disciplina fiscale al fine di *“rivedere la tassazione dei rendimenti delle attività delle forme pensionistiche rendendone più favorevole il trattamento in ragione della finalità pensionistica”*¹⁴⁶. Tale

¹⁴⁴ Vedi F. Marchetti-M. Marè, *op cit.*, pag 214. Si rinvia anche qui al paragrafo 1.5.3 circa la compatibilità con i principi costituzionali di detto sistema.

¹⁴⁵ Cfr. in tal senso F. Marchetti, *Valutazioni giuridiche: è possibile un nuovo modello fiscale per la disciplina complementare?* in *Previdenza complementare e disciplina fiscale*, a cura di Marchetti-Marè, Bologna, 2009, 25.

¹⁴⁶ In particolare, nella legge delega sopra richiamata, all'art. 1, comma 2, lettere e), h), i) ed l) si prevedeva:

provvedimento doveva essere messo in relazione anche con la legge 80 del 7 aprile 2003, recante “*delega al governo per la riforma del sistema fiscale*”, in base alla quale il governo era stato delegato, fra l’altro a riordinare il “*regime fiscale sostitutivo per i redditi di natura finanziaria*”, prevedendo un “*regime differenziato di favore fiscale per il risparmio affidato a fondi pensione, a fondi etici e a casse di previdenza privatizzate*”. Come è noto, peraltro, la l. 80/2003 non ha trovato completa attuazione, essendo scaduti i termini per l’esercizio della delega. Comunque i principi ivi indicati sembravano poter essere recuperati nel criterio della delega previdenziale che prevedevano (similmente a quanto disponeva la legge delega fiscale) un trattamento più favorevole dei rendimenti delle attività pensionistiche in ragione della finalità pensionistica. Il disegno complessivo che si ricavava dalla delega, indicava la volontà del governo di informare la disciplina della previdenza complementare allo schema EET. In tal senso era esplicita la relazione governativa di accompagnamento alla legge delega di riforma fiscale.

-
- i) L’adozione di misure finalizzate ad incrementare l’entità dei flussi di finanziamento alle forme pensionistiche complementari;
 - ii) Il perfezionamento dell’unitarietà e dell’omogeneità del sistema di vigilanza sull’intero settore della previdenza complementare;
 - iii) La ridefinizione della disciplina fiscale della previdenza complementare;
 - iv) La previsione, per tutte le forme pensionistiche complementari, di esposizione, nel rendiconto annuale e , in modo sintetico, nelle comunicazioni inviate all’iscritto, se ed in quale misura siano presi in considerazione aspetti sociali, etici ed ambientali nella gestione delle risorse finanziarie derivante dalla contribuzione degli iscritti.

Con riguardo alla materia fiscale, giova innanzitutto ricordare come la legge delega dettava per la ridefinizione della stessa le seguenti direttive:

- a) Ampliare anche con riferimento ai lavoratori dipendenti e ai soggetti titolari delle piccole e medie imprese, la deducibilità fiscale della contribuzione alle forme pensionistiche complementari, collettive ed individuali, tramite la fissazione di limiti in valore assoluto ed in valore percentuale del reddito imponibile e l’applicazione di quello più favorevole all’interessato, anche con la previsione di meccanismi di rivalutazione e salvaguardia dei livelli contributivi dei fondi preesistenti;
- b) Superare il condizionamento fiscale nell’esercizio della facoltà di cui all’art. 7, comma 6 lettera a) del decreto legislativo 21 aprile 1993, n. 124 e successive modificazioni;
- c) Rivedere la tassazione dei rendimenti delle attività delle forme pensionistiche rendendone più favorevole il trattamento in ragione della finalità pensionistiche;
- d) Individuare il soggetto tenuto ad applicare la ritenuta sulle prestazioni pensionistiche corrisposte in forma di rendita in quello che eroga le prestazioni.

Le citate disposizioni di delega sono state attuate prevedendo un regime di favore non dei rendimenti prodotti in sede di accumulazione, bensì in sede di erogazione delle prestazioni pensionistiche complementari, scelta che si pone ai margini, se non oltre la delega.

Come noto, infatti, il tratto qualificante della riforma della previdenza complementare attuata dal citato decreto, è costituito dall'eliminazione dell'ordinaria imposizione IRPEF sulle prestazioni previdenziali, sia in rendita che in capitale e dall'assoggettamento di queste ultime ad un regime di tassazione sostitutiva con aliquote estremamente ridotte (15 per cento, riducibile fino al 9 per cento).

Tale scelta legislativa, pur rispettando teoricamente la scelta del rinvio della tassazione del reddito accantonato per finalità previdenziali, genera un evidente salto d'imposta nella misura in cui i redditi sottratti all'imposizione personale e progressiva al momento della contribuzione saranno solo parzialmente assoggettati ad imposta all'atto della loro erogazione.

Ne discende che il modello delineato dal D.Lgs. n. 252 del 2005, non sembra corrispondere, in linea di principio, ad alcuno dei modelli teorici di tassazione del risparmio previdenziale, nella misura in cui segue uno schema nel quale alla deduzione limitata dei contributi ed alla tassazione sostitutiva dei redditi finanziari generati nella fase di accumulazione, si contrappone la tassazione sostitutiva con aliquote estremamente ridotte (15 per cento che può ridursi fino al 9 per cento) delle prestazioni pensionistiche erogate, al netto della componente finanziaria già assoggettata ad imposizione.

Volendo quindi rappresentare tale modello in base ai noti schemi utilizzati dalla dottrina economica, pare fondatamente sostenibile che lo stesso abbia delineato uno schema $E(1) T(s) E(t)$, dove:

$E(1)$ rappresenta una deduzione limitata in cifra assoluta dei contributi;

T(s) indica una tassazione sostanzialmente in via ordinaria dei redditi prodotti nella fase di accumulazione (applicazione ai fondi pensione della medesima imposta sostitutiva prevista per i fondi comuni di investimento, con un poco significativa riduzione d'aliquota dal 12,5% all'11%);

E(t) significa che una parte delle prestazioni pensionistiche è esente, in corrispondenza dei rendimenti finanziari già tassati, e la restante parte viene tassata, ma non in via ordinaria, quanto piuttosto mediante l'applicazione di un'imposta sostitutiva con aliquota estremamente ridotta (15 per cento che può ridursi fino al 9 per cento).

Il modello sopra illustrato¹⁴⁷ accorda un regime impositivo particolarmente favorevole decisamente non in linea con il trattamento generalmente previsto per i redditi da pensione e non rispondente ad alcuna logica, né economica né giuridica, se non allo scopo di natura eminentemente politica di agevolare, sotto il profilo impositivo, la previdenza complementare¹⁴⁸.

Con l'introduzione della tassazione a titolo d'imposta in sostituzione sia di quella ordinaria, per le prestazioni periodiche, sia di quella separata, per le prestazioni in forma capitale ne deriva pertanto un sistema molto semplificato che passa da ritenute d'acconto, calcolate in base a scaglioni e aliquote, ad una ritenuta secca, senza necessità di successivi conguagli e riliquidazioni.

¹⁴⁷ La tassazione secondo il modello E-Ets-Te è ampiamente descritta da F. Marchetti, *Principi generali ed evoluzione della disciplina fiscale della previdenza complementare*, in AA.VV., *La disciplina tributaria del lavoro dipendente*, a cura di N. D'amati, Padova, 2003, pag. 405; l'Autore ha evidenziato come a differenza del modello EET "puro" l'adozione di un siffatto meccanismo di tassazione comporti nella pratica, la scomposizione della parte capitale del risparmio previdenziale da quella finanziaria. Alla prima verrebbe, infatti, applicato tendenzialmente il modello EET (con rinvio della tassazione del relativo reddito), mentre alla seconda il modello T-E (ossia la tassazione definitiva alla fonte, al momento della maturazione, dei redditi finanziari e la conseguente esclusione da imposta al momento della loro erogazione), secondo uno schema che è già comune nell'ambito della fiscalità finanziaria.

¹⁴⁸ Si veda sul punto F. Marchetti, *Valutazioni giuridiche: è possibile un nuovo modello fiscale per la disciplina complementare?* cit, 39.

Con il passaggio alla ritenuta a titolo d'imposta, infine, viene meno il pagamento delle addizionali all'Irpef, comunali e regionali, sulle prestazioni periodiche.

In tal modo, è stato osservato¹⁴⁹, si è prodotto un *vulnus* nel sistema di progressività dell'imposta personale sui redditi che porta ad effetti in parte distorsivi: le nuove prestazioni in forma periodica, soggette a ritenuta a titolo d'imposta, non incidono più come prima sul reddito complessivo, con la conseguenza che i maggiori vantaggi sono fruiti soprattutto dalle fasce di reddito medio-alto, determinando, dunque, qualche effetto di regressività¹⁵⁰. Inoltre, laddove l'ammontare del reddito complessivo del pensionato dovesse posizionarsi proprio nella c.d. area di esenzione, questi

¹⁴⁹ In tal senso Circolare ABI n. 7 del 19 marzo 2007.

¹⁵⁰ Precisato che l'imposta regressiva è l'opposto dell'imposta progressiva, si deve ulteriormente chiarire che nell'imposta proporzionale l'ammontare del dovuto (quantum debeatur) cresce in diretta e perfetta correlazione al crescere della base imponibile e in quella regressiva la crescita è men che proporzionale. Succintamente può dirsi che l'imposta regressiva non rispecchia il principio di proporzionalità. Nella sentenza Cass. 102 del 15 aprile 2008, la Consulta prende posizione più volte sul delivato problema della imposta regressiva. Il dibattito della richiamata sentenza 102/2008, sulla quale la Consulta è stata chiamata a pronunciarsi, è stato focalizzato sul parametro dell'art. 53, secondo comma, anche se in maniera non pertinente. E la impertinenza si ricava dal constatazione che il 2° comma dell'art. 53 si occupa di progressività e non di regressività. Esso detta criteri sulla modulazione della progressività all'interno del sistema tributario nel suo insieme ma tace sulla regressività. La Consulta torna a far luce sul 2° comma dell'art.53 fornendo chiarimenti che si possono considerare ormai *ius receptum* e che corrispondono, del resto, puntualmente ai risultati ricostruttivi dei così detti "lavori preparatori" dell'Assamblea costituente che originarono il 2° comma dell'art. 53. I resoconti di quel dibattito chiariscono che la cosiddetta "progressività", quale che sia, riguarda l'insieme del sistema tributario e non le singole imposte che lo compongono; che essa non può assumere connotazioni eversive e/o confiscatorie e, in definitiva, che è difficilmente prospettabile, nel vigente sistema italiano di giustizia costituzionale, l'impugnazione di una legge d'imposta da parte di un singolo contribuente per violazione del parametro della progressività. Tuttavia si incorre in un salto logico se dal teorema della indubbia legittimità costituzionale delle imposte non progressive, ma semplicemente proporzionali si inferisce il corollario della legittimità dell'imposta regressiva. Così facendo si ragiona come se il solo criterio di giustizia da osservare nella ripartizione delle spese pubbliche a mezzo delle imposte consistesse in quello del 2° comma e si trascura la norma fondamentale del 1° comma dell'art. 53, dal cui dettato scaturisce de plano l'obbligo del legislatore di rispettare il criterio di proporzionalità. Tal obbligo investe l'intero sistema e ogni tributo del sistema. Esso implica che il legislatore può scegliere tra imposte proporzionali e imposte progressive, ma mai tra imposte proporzionali e imposte regressive (così G. Falsitta, *Corr. Giur.*, 2008, pag. 893).

non potrebbe fruirne, dovendo comunque corrispondere l'imposta sostitutiva¹⁵¹.

Ne consegue che le scelte compiute dal legislatore nel D.lgs. 252/2005 rappresentano una scelta di rottura con i principi del nostro ordinamento fiscale.

Abbiamo, infatti, sopra detto che la regola della sospensione d'imposta o del rinvio della tassazione del reddito dal momento dell'accantonamento a quello dell'erogazione della prestazione pensionistica poggia anche sul principio della correlazione giuridica fra quanto dedotto e quanto tassato. Se – come con la riforma – tale correlazione viene meno (in quanto il prelievo finale è giuridicamente corrispondente alla deduzione iniziale solo per il *quantum* – base imponibile – ma non anche per la tipologia di prelievo, non più personale-progressiva ma cedolare-sostitutiva), viene a mancare il fondamento giuridico-sistematico per il riconoscimento del principio del rinvio della tassazione, mancando a valle (sulla prestazione pensionistica) un prelievo giuridicamente correlabile all'esenzione a monte. Ne deriva a tutti gli effetti un salto d'imposta.

¹⁵¹ Al riguardo, sostiene l'ABI nella circolare 7 del 19 marzo 2007 “*nei futuri interventi legislativi, potrebbe prevedersi la possibilità per il pensionato di optare per l' inclusione della prestazione pensionistica nella sua base imponibile Irpef. Tale scelta, tra l'altro, potrebbe essere utilizzata da chi, avendo nel periodo d'imposta sostenuto ingenti spese deducibili, ritenesse più conveniente inserire il reddito da previdenza complementare nella sua dichiarazione personale*”. Non va dimenticato, infine, l'effetto positivo che si determinerà per quelle fasce di reddito medio-basso per le quali lo spostamento di una parte del reddito fuori da quello complessivo produrrà un ampliamento della zona di esenzione per i restanti cespiti. In ogni caso, sembra importante sottolineare che gli effetti appena descritti, con le loro luci e le loro ombre, devono essere inquadrati in un orizzonte temporale più ampio: basti riflettere sulla circostanza che, in prospettiva, quando quote via via crescenti di trattamento di fine rapporto saranno destinate a previdenza complementare, queste godranno di un abbattimento d' imposta di sicuro interesse. Si passerà, infatti, da un sistema di tassazione separata che, basato sull' aliquota ordinaria media degli ultimi cinque anni, non conduce mai ad un' imposizione inferiore al 23% (e su livelli medi di reddito, pari a circa il 30%), a un prelievo secco del 15%, con possibilità di ulteriore riduzione fino al 9%. È proprio, dunque, questa forte riduzione di aliquote che potrà spingere i lavoratori a destinare a previdenza complementare i loro TFR che, anche prescindendo da auspicabili maggiori rendimenti, potranno comunque contare su una differenza di imposizione certamente apprezzabile da parte di tutti”.

In un'ottica economica (che ha sempre posto l'accento, oltre che sulla necessità di evitare la doppia tassazione, sull'unicità del fenomeno previdenziale) può osservarsi che mentre la regola del rinvio della tassazione del reddito e della sospensione d'imposta configura un'unitaria fattispecie previdenziale, la rottura di tale regola comporta la frammentazione della fattispecie.

Ciò non solo significa abbandonare il principio di correlazione tra quanto dedotto durante la fase dell'accantonamento e il *quantum* da tassare al momento dell'erogazione, ma anche l'idea di una configurazione unitaria delle diverse fasi che costituiscono il fenomeno previdenziale (quella dell'accantonamento, dell'accumulazione e dell'erogazione), fasi che nell'ottica della riforma devono necessariamente essere, a questo punto, considerate isolatamente¹⁵².

Accantonata la possibilità di continuare a ricostruire la disciplina fiscale della previdenza complementare in termini unitari e verificato che - stante l'attuale sistema impositivo - sussiste un salto d'imposta che si determina per effetto della tassazione sostitutiva-cedolare applicata alle prestazioni previdenziale, nei successivi paragrafi cercheremo di analizzare, dopo aver descritto l'attuale funzione del principio di capacità contributiva e chiarito la nozione di agevolazione fiscale, se e come possa trovare una copertura costituzionale l'attuale sistema previdenziale tracciato dal D.lgs. 252/2005, in particolare alla luce del principio di capacità contributiva (art. 53 Cost.) e di uguaglianza (art. 3 Cost.) che in correlazione esprimono un principio di sintesi che potrebbe essere così enunciato: *“la legge tributaria deve trattare in modo uguale i fatti economici che esprimono pari capacità contributiva, e deve trattare in modo differenziato i fatti che esprimono capacità contributiva in modo differenziato”*¹⁵³; in tal modo, il principio di

¹⁵² Così F. Marchetti, *Valutazioni giuridiche: è possibile un nuovo modello fiscale per la disciplina complementare?* cit, 43.

¹⁵³ Cfr. L. Paladin, *Il principio di uguaglianza tributaria nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in Riv. Dir. trib., 1997, I, pag. 305 secondo il quale predominano, nella giurisprudenza della Corte, le sentenze che si basano, congiuntamente, sull'art. 3 e

capacità contributiva integra il principio di uguaglianza in quanto esprime il criterio con cui valutare, in materia tributaria, se due situazioni meritano o meno parità di trattamento.

1.5.5 Attuale funzione del principio della capacità contributiva

Ora, senz'altro tralasciando l'esposizione della nozione più tradizionale del principio in discorso¹⁵⁴ (per la quale rinviamo alla manualistica di diritto tributario¹⁵⁵) non possiamo non rilevare - quale dato di partenza - che la funzione della capacità contributiva sembra oggi consistere nella (giusta) distribuzione dei carichi tributari fra i consociati¹⁵⁶, tenuti alla contribuzione in quanto appartenenti ad una collettività

sull'art. 53, ed il principio di uguaglianza tributaria è un concetto amplissimo che “finisce per inglobare la capacità contributiva, concepita in termini relazionali”.

¹⁵⁴ Consistente nella garanzia in favore del contribuente di fronte all'imposizione di prestazioni patrimoniali atte a produrre una decurtazione patrimoniale preordinata al finanziamento dei carichi pubblici, appunto da suddividere all'interno della collettività organizzata.

¹⁵⁵ Si vedano a tal fine F. Tesauro, *Istituzioni di diritto tributario*, Torino, 2000, pag. 62.; A. Fantozzi, *Il diritto tributario*, 1998, pag. 30 e ss; P. Russo, *Manuale di diritto tributario. Parte generale*, Milano, 2002, pag. 54; G. Falsitta, *Manuale di diritto tributario. Parte generale*, Padova, 2003, pag. 133 e ss; E. Giardina, *Le basi teoriche del principio di capacità contributiva*, Milano, 1961; G. Gaffuri, *L'attitudine alla contribuzione*, Milano 1965; I. Manzoni, *Il principio di capacità contributiva nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino 1965; G.A. Micheli, *Capacità contributiva reale e presunta*, Giur. It., 1967, I, 1530; F. Maffezzoni, *Il principio di capacità contributiva nel diritto tributario italiano*, Torino, 1970; F. Moschetti, *Il principio di capacità contributiva*, Padova, 1973; S. La Rosa, *Costituzione, Corte Costituzionale e diritto tributario*, Dir. Prat. Trib., 1981, I, 233; E. De Mita, *Fisco e Costituzione*, Milano, 1984; G. Marongiu, *Il principio di capacità contributiva nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Dir. Prat. Trib., 1985, I, pag. 6.

¹⁵⁶ Il profilo della funzione dell'imposizione (identificata nel riparto dei carichi pubblici) è - da ultimo - particolarmente approfondito in A. Fedele, *Appunti dalle lezioni di diritto tributario*, Parte I, Torino, 2003, p. 138, ss.. La concezione del tributo non solo come *premium libertatis* (o come rovescio della medaglia del costo dei diritti individuali), ma come strumento di giustizia distributiva teso a rimuovere gli squilibri di un mondo diseguale è ben messa in luce da F. Gallo, *Giustizia sociale e giustizia fiscale*, in Rass. Trib., 2003, pag. 5 e s. del dattiloscritto, il quale ritiene poi che la struttura fiscale dovrebbe essere valutata in termini etici in funzione della sua efficacia nel promuovere scopi fiscali legittimi, da cui deriva l'inidoneità dei soli diritti proprietari a misurare l'eticità della tassazione. La funzione di riparto dell'art. 53 Cost., purché rispondente a criteri distributivi equi, coerenti e ragionevoli è altresì tracciata da A.E. Granelli, *L'imposizione dei plusvalori immobiliari*, Padova, 1981, 21 e 31 ss.

organizzata¹⁵⁷. E tale obbligo di concorso è altresì dovuto in ragione della funzione solidaristica della norma¹⁵⁸.

Il problema si sposta quindi sulla scelta degli indici espressivi di attitudine alla contribuzione, ma la scelta dei singoli indicatori è anche funzione del tipo di concezione in ordine alla nozione di capacità contributiva a cui si vuole fare riferimento, la quale, a sua volta, non può che riflettere la visione dei principi fondamentali contenuti nella Costituzione¹⁵⁹. Infatti: la ricostruzione dell'obbligo di corrispondere il

¹⁵⁷ Difatti, "nella partecipazione alla vita dello Stato, che si risolve nella possibilità di godimento dei vantaggi derivanti dall'attività pubblica, va ricercata la spiegazione del dovere di sopportare l'imposta", così E. Vanoni, *Natura e interpretazione delle leggi tributarie*, Padova, 1932, pag.79, anche in *Opere giuridiche*, Milano, 1961, il quale poi aggiunge che il potere di supremazia dello Stato non è che il mezzo di cui esso si serve per garantire l'esplicitazione del proprio diritto al tributo. E, più ancora, si noti che oggi, nello Stato repubblicano, la sovranità spetta unicamente al popolo (che l'esercita attraverso i suoi rappresentanti). La concezione del tributo appena richiamata - cioè quale dovere di contribuzione in conseguenza dell'appartenenza ad una comunità organizzata - sembra contrapporsi a quella risalente a Vittorio Emanuele Orlando, per il quale, invece, si considerava il tributo quasi alla stregua di una iattura che viene a cadere sul capo del contribuente per effetto dell'intervento autoritativo dello Stato e che quindi esige delle garanzie in funzione di tutela dell'integrità patrimoniale del singolo. Su tali due contrapposte visioni del principio della capacità contributiva si veda quanto richiamato da A. Fedele, *Appunti dalle lezioni di diritto tributario*, cit., 83. L'esistenza di due concezioni (contrapposte) di tributo nel senso sopra accennato sembra peraltro desumibile anche riflettendo sulle considerazioni recentemente svolte da G. Marongiu, *Costituzione europea e principio di ripartizione dei tributi*, in questa Riv. dir. trib., 2003, IV, 114 ss. ove (in particolare a pag. 115- 116) si dà atto dell'evoluzione da un "diritto giusto" sotto il profilo meramente formale (ove le regole cogenti possono essere di qualsiasi contenuto) ad un "diritto giusto" sotto il profilo anche materiale (ove le regole cogenti sono giuste anche sotto il profilo sostanziale).

¹⁵⁸ Cfr. A. Fantozzi, *Il diritto tributario*, cit., 33, il quale mette bene in evidenza la duplice funzione (solidaristica e garantistica) del principio di cui al comma 1 dell'art. 53 Cost. L'interazione del precetto di cui all'art. 53 con il dovere di solidarietà espresso nell'art. 2 Cost. è altresì rilevata anche da A. Fedele, *Concorso alle pubbliche spese e diritti individuali*, in Riv. Dir. trib., 2002, I, 33, che - dopo aver quindi evidenziato l'interazione anche con il principio d'uguaglianza di cui all'art. 3 Cost. - inquadra appunto l'obbligo tributario fra i doveri inderogabili di cui all'art. 2 Cost. Il riferimento alla solidarietà politica, economica e sociale esprime dunque, innanzitutto, la natura "comunitaria" del dovere di concorso ai carichi pubblici, necessariamente correlato alla partecipazione alla collettività, quindi il carattere intrinseco e proprio della fiscalità. Sull'art. 2 Cost. come fonte dell'affermazione dell'obbligo di concorso si veda, recentemente, pure G. Tinelli, *Istituzioni di diritto tributario*, Padova, 2003, 34.

¹⁵⁹ Particolarmente attento alla ricostruzione della capacità contributiva come qualificata alla luce delle scelte di valore effettuate nella Costituzione (europea) risulta F. Moschetti, *La razionalità del prelievo ed il concorso alle spese pubbliche*, cit., 7 ss. del dattiloscritto, anche se - il chiaro Autore - pare privilegiare la valorizzazione degli elementi di solidarietà sociale e di promozione umana rispetto agli elementi che pure (in misura altrettanto rilevante) possono avere una caratura più individualistica e che possono leggersi - ad

tributo (solo) in quanto imposto dallo Stato sovrano, che così manifesta la sua supremazia¹⁶⁰, implica una correlativa esigenza di garanzia in funzione di tutela dell'integrità patrimoniale del singolo e da ciò, ulteriormente, deriva la necessità di verificare che l'indicatore prescelto sia rivelatore di un'effettiva disponibilità di mezzi a contenuto patrimoniale al singolo riferibili o, comunque, potenzialmente scambiabili sul mercato.

Diversamente - secondo la ricostruzione del tributo come condizione di vita per la comunità (perché ne rende possibile il concreto funzionamento) - l'obbligo di contribuzione che grava sulla collettività dei consociati (e in particolare su ciascuno dei consociati all'esito della scelta del criterio di ripartizione del carico complessivo) può anche essere fondato sul ruolo del singolo all'interno della collettività medesima, a prescindere dunque dai suoi diritti proprietari e, come sembra, sganciato dal riferimento al patrimonio.

Da questa seconda impostazione consegue che l'indice prescelto può anche non essere misurato in termini di scambiabilità sul mercato¹⁶¹, purché esso sia comunque equo¹⁶², coerente¹⁶³ e ragionevole¹⁶⁴. Difatti, in assetti

esempio - nel riferimento agli obiettivi della libertà e di "un'economia sociale di mercato fortemente competitiva" (cfr. art. I-3). Forse, è proprio in queste visioni alternative che sta la chiave per rispondere al quesito posto nel titolo: se cioè il tributo debba essere considerato come mero ostacolo alle libertà individuali, ovvero se esso possa anche costituire lo strumento per contribuire a realizzare una comunità organizzata dove ognuno si trova in armonia con gli altri.

¹⁶⁰ Secondo cioè una concezione del tributo quasi alla stregua di una iattura (basti pensare al tributo dovuto per il riscatto del re in prigione o per il matrimonio delle sue figlie più grandi (in questo caso la iattura potrebbe essere individuata nella necessità di "fare la dote" alla sposa), entrambi previsti nella *Magna Charta* del 1215).

¹⁶¹ Quest'ultima è la nota impostazione di Fedele, come pure di Gallo. Le due concezioni alternative, fondate sulla scambiabilità o meno sul mercato degli indicatori di capacità contributiva prescelti, sono ora compiutamente illustrate da A. Fedele, *Appunti dalle lezioni di diritto tributario*, cit., 23-24.

¹⁶² Con ciò intendendosi rispettoso del principio di uguaglianza.

¹⁶³ Si noti come la coerenza del prelievo sia ricostruita come uno degli elementi che compongono la razionalità e come essa riguardi il rapporto mezzi-fini che il legislatore si è prefisso, ovvero il rapporto tra le singole disposizioni e il sistema in cui esse sono allocate o, ancora, la proporzionalità tra il sacrificio di un valore giuridico e la soddisfazione di altri valori. Cfr. F. Moschetti, *La razionalità del prelievo ed il concorso alle spese pubbliche*, cit., pag. 4 del dattiloscritto.

¹⁶⁴ Ovviamente è altresì necessario che il parametro sia in qualche modo riferibile al soggetto passivo e che sia economicamente misurabile o, almeno, oggettivamente controllabile *ex post*.

sociali ed economici complessi, la posizione dell'individuo dipende non tanto dai suoi diritti proprietari ma, almeno in buona parte, (anche) dal ruolo che egli riveste all'interno della società, e delle "società intermedie"¹⁶⁵, per cui i criteri di riparto ben possono tener conto sia di tali strutture intermedie, sia del ruolo che il contribuente svolge all'interno della società e delle organizzazioni intermedie più volte richiamate¹⁶⁶ purché, comunque, l'indicatore prescelto risulti rispettoso del principio di uguaglianza contributiva¹⁶⁷ che - a sua volta - trova consacrazione, anzitutto, nell'art. 3 Cost.^{168/169}

¹⁶⁵ Nell'ambito delle quali si esercitano poteri e si assumono decisioni rilevanti circa l'entità e la distribuzione di disponibilità economiche e facoltà di soddisfare bisogni ed interessi.

¹⁶⁶ In tal senso pare potersi leggere quanto osservato da A. Fedele, *La crisi dell'imposta personale ed il ruolo dell'imposta sostitutiva*, cit., pag. 4. In senso analogo si veda pure F. Gallo, *Giustizia sociale e giustizia fiscale*, cit., pag. 6. Pertanto, un criterio di riparto basato sul ruolo del singolo all'interno della collettività organizzata può anche passare attraverso una rivalutazione del criterio del beneficio che - collegandosi al principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost. - può rappresentare un'alternativa rispetto ai tradizionali criteri di riparto incentrati sull'elemento patrimoniale.

¹⁶⁷ Che è ben diversa dall'uguaglianza *tout court* di derivazione illuministica, laddove la prima consiste in una eguaglianza perequata in ragione appunto della capacità contributiva di ciascuno. Si noti poi che - relativamente all'ambito oggettivo del principio in commento - dalla impostazione distributiva sopra accennata discende che rientrano nel campo di applicazione della prima parte del comma 1 dell' art. 53 Cost. (quali "pubbliche spese") non solo le spese dello Stato e degli enti pubblici (formalmente tali sotto il profilo soggettivo), ma anche tutte quelle altre spese che, oggettivamente, meritano di essere ripartite all'interno della collettività a prescindere dalla veste del soggetto che è tenuto a sopportarle.

¹⁶⁸ Rispetto al quale si ritiene che l'art. 53 Cost. non sia altro che una specificazione in ambito tributario, al pari di taluni altri principi fondamentali (es. quello di solidarietà di cui all'art. 2 Cost). Sui rapporti fra principio di capacità contributiva e principio di uguaglianza si veda I. Manzoni, *Il principio della capacità contributiva nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 1965, 33 ss.; S. La Rosa, *Eguaglianza tributaria ed esenzioni fiscali*, Milano, 1968. Per una particolare rivalutazione, nell'ambito del principio della capacità contributiva, del principio di uguaglianza, da cui il primo discenderebbe, si veda G. Tinelli, *Istituzioni di diritto tributario*, Padova, 2003, 37. In ogni caso, anche a prescindere da tale diretta discendenza - come già rilevato - la maggior parte delle questioni di costituzionalità delle norme tributarie presuppongono l'esame del rispetto dell'art. 53 in relazione all' art. 3 Cost. Su tali profili, in particolare, si veda L. Paladin, *Il principio di eguaglianza tributaria nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in questa Riv. Dir. Trib., 1997, I, 305. Sul tema del collegamento tra principio di uguaglianza e principio di capacità contributiva si noti altresì che, nell'ordinamento tedesco, l'esistenza del secondo principio (che non è codificato a livello costituzionale) è fatta discendere proprio dal principio di uguaglianza (art. 3 *Grundgesetz*).

¹⁶⁹ Peraltro, la centralità di tale funzione distributiva non pare poter essere negata se si parte dal presupposto che - come già precisato - "sulla terra vivono molti uomini; allo scopo di garantirsi una civile convivenza e per sentirsi protetti gli uomini hanno fondato

Anche nella giurisprudenza costituzionale più recente¹⁷⁰, poi, l'attitudine alla contribuzione non risulta solo limitata alla mera rilevanza patrimoniale del fatto-presupposto (cd. limite assoluto), bensì è riferita ad una più ampia (e generica) rilevanza economica¹⁷¹, pure espressa attraverso la possibilità di operare economicamente sul mercato e quindi – come sembra – a prescindere dalla scambiabilità sul mercato dell'indice di riparto prescelto¹⁷² (cd. limite relativo)¹⁷³.

Deve pertanto ammettersi che ormai il cd. "diritto vivente" - legittimando nuovi tributi¹⁷⁴ giustificati anche attraverso il richiamo all'interesse fiscale¹⁷⁵ - ha dunque sancito che la capacità contributiva può essere ravvisata in qualsiasi indice rivelatore di ricchezza¹⁷⁶, costruito

Stati e Comunità, la cui esistenza dipende dalla riscossione dei tributi; perciò la ripartizione dell'intero carico fiscale sui cittadini deve avvenire in modo equo". Così G. Marongiu, *Costituzione europea e principio di ripartizione dei tributi*, cit., 116.

¹⁷⁰ Cfr. sia la sentenza n. 156/2001 che le precedenti sentenze nn. 373/1988; 42/1992; 315/1994; 143/1995; 21/1996 e 111/1997. Deve comunque rilevarsi che tale evolutivo filone giurisprudenziale ha cominciato a scardinare il precedente consolidato orientamento facendo leva sulla temporaneità e particolarità della disciplina, come pure sullo scarso rilievo sistematico del tributo di volta in volta esaminato. Elementi questi ritenuti sufficienti dalla Consulta al fine di giustificare la prevalenza dell'interesse fiscale rispetto alle esigenze di tutela del contribuente.

¹⁷¹ Si veda F. Cociani, *Attualità o declino del principio della capacità contributiva*; in Riv. Dir. trib., n.7-8, 2004, pag. 823 e ss.

¹⁷² Il riferimento, in particolare, è alla sentenza 21 maggio 2001, n. 156, annotata da F. Cociani, *Attività organizzata e Irap*, in Riv. Dir. Trib., 2003, II, 7 ss.

¹⁷³ L'individuazione di tali limiti, assoluto (inteso cioè come requisito oggettivo di qualunque presupposto cui possa collegarsi la partecipazione alle pubbliche spese) e relativo (inteso nel senso di giustificazione della diversa contribuzione imposta a taluni consociati in ragione della sussistenza di differenti sintomi di capacità contributiva), e ben messa in evidenza da A. Fantozzi, *Il diritto tributario*, cit., 38 s., sulla base dell'esame della giurisprudenza costituzionale in tema di capacità contributiva.

¹⁷⁴ Fra i casi più recenti, oltre alla già richiamata sentenza n. 156/2001 (in tema di Irap), ricordiamo la sentenza n. 143/1995 (in tema di imposta straordinaria sui depositi bancari), l'ordinanza n. 341/2000 (in tema di contributo straordinario per l'Europa), la sentenza n. 155/2001 (in tema di prelievo anticipato sul TFR).

¹⁷⁵ Sulla nozione di interesse fiscale si vedano: G. Falsitta, *Il ruolo di riscossione*, Padova, 1972; E. De Mita, *Interesse fiscale e tutela del contribuente*, Milano, 1991; L. Antonini, *Dovere tributario, interesse fiscale e diritti costituzionali*, Milano, 1996; P. Boria, *L'interesse fiscale*, Torino, 2002. Sulla differenza fra l'interesse fiscale e la ragione fiscale si veda A. Fedele, *Concorso alle pubbliche spese e diritti individuali*, cit., 33 ss.

¹⁷⁶ In tal senso anche F. Gallo, *Irap, imprese e lavoro autonomo*, cit., 27 ss., secondo cui, infatti, la ripartizione ben potrebbe avvenire in base a scelte di ordine sociale poste in essere dal legislatore, in alcuni casi tali da escludere il riferimento alla forza economica tradizionalmente intesa (cioè fondata su elementi di carattere squisitamente patrimoniale) ma comunque controllabili alla stregua degli artt. 3 c 53 Cost. attraverso il riferimento ai principi di coerenza e razionalità, pur sempre economicamente misurabili.

secondo valutazioni riservate alla discrezionalità del legislatore con il solo limite dell'arbitrarietà e dell'irragionevolezza¹⁷⁷ e - per questa via- sembra dunque aver aperto la strada a quelle impostazioni che riconoscono la possibilità di interpretare il principio suddetto anche con riferimento all'elemento oggettivo¹⁷⁸, a cui fa da contraltare un indebolimento del collegamento soggettivo rispetto alla forza economica espressa dal contribuente¹⁷⁹.

¹⁷⁷ In quest'ottica il legislatore, pur libero di istituire nuovi tributi, deve comunque fare in modo che la *ratio* espressa da relativo presupposto risulti coerente con i principi costituzionali (e non) presenti in quel momento nell'ordinamento e che il tributo risulti altresì congruo rispetto alle finalità di partecipazione alle pubbliche spese e, in fine, logicamente realizzato attraverso la sua disciplina positiva. Cfr. E. De Mita, *Principi di diritto tributario*, Milano, 2002, I, 85, F. Tesaurò, *Istituzioni di diritto tributario*, Torino, 2000, 62.

Su tali temi, in generale, A. Fantozzi, *Il diritto tributario*, cit., 42; P. Russo, *Manuale di diritto tributario. Parte generale*, Milano, 2002, 54 e, in più in particolare, G. Falsitta, *Lo "scippo" del Governo Amato salvato dalla Consulta (nota a Corte cost. sent. n. 143/1995)*, in Riv. dir. trib. 1995, II, 476 ss.; E. De Mita, *Razionalità e fiscalismo nella giurisprudenza costituzionale tributaria*, in AA.VV., *L'evoluzione dell'ordinamento tributario italiano* cit., 180 ss.; S. La Rosa, *Riflessione sugli "interventi guida" della Corte Costituzionale in tema di eguaglianza e capacità contributiva*, cit., 185 ss., ove ulteriori riferimenti alla giurisprudenza costituzionale degli ultimi 15-20 anni.

¹⁷⁸ Secondo il G. Falsitta, *Manuale di diritto tributario. Parte generale*, cit., 138, è a partire da non dopo il 1985 (cfr. sent. n. 68/1985; ord. n. 170/188 e n. 211/1990) che, in un crescendo inflessibilmente fermo e coerente (cfr. sent. nn. 315/1994; 14 e 410/1995; 143/1995; 219/1988), la Corte ha abiurato il principio cardine dell'idoneità soggettiva e ha affermato che qualunque fatto che esprima forza economica in sé, nella sua nuda oggettività, può essere eretto dalla legge a presupposto d'imposta, ancorché esso sia inidoneo a segnalare l'attitudine alla contribuzione del soggetto passivo. Ma, forse, più che di abiura del principio della capacità contributiva come limite assoluto al prelievo, la giurisprudenza della Corte Costituzionale sembra aver valorizzato la complessiva congruità funzionale, e quindi sistematica, della norma, oltre che la sua coerenza in ordine alla concreta scelta degli indici di attitudine alla contribuzione tra tutti quelli astrattamente adottabili. In tal senso: A. Fedele, *Appunti dalle lezioni di diritto tributario*, cit., 32, il quale perviene quindi a leggere il principio di cui al comma 1 dell'art. 53 Cost. come implicante un limite relativo, da intendersi cioè quale giudizio di razionalità sul la norma impositiva - rispetto alla sua funzione di attuare una razionale ripartizione dei carichi fra i consociati - nel quadro di un raffronto sistematico con tutte le norme dell'ordinamento.

¹⁷⁹ Risulta peraltro evidente come tali aperture (mettendo in secondo piano il cd. limite assoluto del principio in discorso per privilegiare il limite relativo di esso), di fatto, in qualche misura ingraciliscono il sistema specie con riferimento alle garanzie che questo - proprio secondo quella giurisprudenza della Corte sviluppatasi a partire dagli anni '60 - appresta in favore del contribuente, quanto meno rispetto alla ricostruzione del principio della capacità contributiva in un 'ottica che valorizza il collegamento soggettivo rispetto alla forza economica (cioè quale limite assoluto). Per un'analisi critica delle conseguenze di tale recente filone giurisprudenziale - soprattutto a livello sistematico - si vedano poi: R. Braccini, *Mutamenti nelle basi del diritto tributario: la crisi dell'idea del sistema*, in Giur. it., 1997, IV, 314 e F. Bosello, *La fiscalità tra crisi del sistema e crisi del diritto*, in Riv. Dir. Trib., 1998, I, 1073, ove quest'ultimo - riferendosi all'art. 53 Cost. - parla addirittura di

Le considerazioni che seguono mirano quindi a verificare se (ed eventualmente come) il principio della capacità contributiva, così come attualmente interpretato sulla base della più recente giurisprudenza costituzionale, possa prestarsi ad una sua lettura evolutiva¹⁸⁰, maggiormente aderente alla, nel frattempo mutata, realtà economico-sociale¹⁸¹ e risultare compatibile con il potenziale carattere agevolativo che caratterizza il fenomeno previdenziale *tout court*.

1.5.6 Capacità contributiva e fini extrafiscali: agevolazioni fiscali e regimi sostitutivi

Discende dalla nozione stessa dell'agevolazione fiscale il problema della giustificazione, e legittimità, di misure siffatte nel quadro di un ordinamento che attribuisce valore costituzionale al principio di concorso alle spese pubbliche secondo la capacità contributiva individuale. Dato un tributo, che colpisce in generale una categoria di soggetti o fatti economici, quali sono le ragioni che legittimano il legislatore a introdurre trattamenti di favore senza violare il principio di uguaglianza e di capacità contributiva?

norma ad applicazione attenuata. Una decisa critica all'orientamento giurisprudenziale sopra richiamato è poi fatta, anche più recentemente, da F. Moschetti, *La razionalità del prelievo ed il concorso alle spese pubbliche*, cit., 8, il quale ritiene il principio della capacità contributiva come limite ulteriore (rispetto al mero divieto di arbitrio) rispetto alla discrezionalità del legislatore tributario, imponendo esso un riferimento alla persona del soggetto chiamato a contribuire in base ad indici concretamente rivelatori di ricchezza, qualificati sia soggettivamente che oggettivamente. Deve tuttavia osservarsi che - come già rilevato - la ricostruzione della capacità contributiva come limite relativo non determina di per sé uno svuotamento dell'art. 53 Cost. di ogni autonomo significato (riducendolo a mera applicazione del principio di uguaglianza), giacché la sua caratterizzante funzione fiscale consente comunque di distinguere in modo specifico il giudizio di legittimità costituzionale sulle norme che costituiscono espressione della funzione medesima, così A. Fedele, *Appunti dalle lezioni di diritto tributario*, cit., 33.

¹⁸⁰ La relatività dei concetti che permeano di sé il principio della capacità contributiva è peraltro rilevata pure da A. Fantozzi, *Il diritto tributario*, cit., 50, il quale sembra riconoscere la variabilità della portata dello stesso anche in funzione della più generale evoluzione storica. Analogamente pure coloro che sembrano più critici rispetto a tale recente filone giurisprudenziale si esprimono in termini di "pendolarismo" del relativo concetto. Così F. Batistoni Ferrara, *La capacità contributiva al giorno d'oggi*, cit. 5 ss.

¹⁸¹ È infatti evidente che la "dematerializzazione" della ricchezza e la "complessificazione" della società, nella quale i contribuenti sono sempre più mobili, rendono progressivamente più difficile ancorare la tassazione ad indicatori a rilevanza patrimoniale basati sulla (sola) appartenenza al soggetto passivo.

In altre parole, ci si chiede come sia possibile ritenere compatibili con i principi della “giustizia” tributaria le “agevolazioni fiscali” (intese nel modo più ampio e omnnicomprensivo), ossia quell’insieme di regole del diritto tributario che pur contribuendo a delimitare gli indici di ripartizione dei vari tributi dal lato soggettivo e oggettivo, ricadono in quell’area dell’universo giuridico che si suole chiamare diritto premiale e/o promozionale.

Innanzitutto giova premettere che secondo l’orientamento che sembra attualmente prevalere¹⁸², può ravvisarsi agevolazione in senso tecnico allorché concorrono, in una determinata disciplina tributaria favorevole al contribuente, specifici requisiti di natura funzionale e strutturale¹⁸³.

Una imposta può essere preordinata a fini extrafiscali, ossia essere non diretta a procurare un’entrata allo Stato (tale è il fine fiscale, procurare una entrata) ma altri fini rispetto ai quali esso assume un profilo

¹⁸² Sulle agevolazioni tributarie, cfr. in particolare: N. D’Amati, *Agevolazioni ed esenzioni tributarie*, in *Novissimo Dig. It.*, Appendice, Torino 1980, p. 153 ss.; F. Fichera, *Le agevolazioni fiscali*, Padova 1992; ID., *Imposizione ed extrafiscalità nel sistema costituzionale*, ESI, Napoli 1973; Moschetti-Zennaro, *Agevolazioni fiscali*, in *Digesto*, IV ed., Torino 1988, I, p. 84 ss.; S. La Rosa, *Esenzioni e agevolazioni tributarie*, in *Enc. giur. Treccani*, XIII, Roma 1989; ID., *Esenzione (diritto tributario)*, in *Enc. dir.*, XV, Milano 1966, p. 567 ss.; ID., *Le agevolazioni tributarie*, in *Trattato di diritto tributario*, diretto da Amatucci, I, 1, Padova 1994, p. 401 ss.; ID., *Verso la scomparsa delle agevolazioni tributarie?*, in *Riv. dir. trib.*, 1991, I, p. 173 ss.. F. Gallo, *Le ragioni del Fisco. Etica e giustizia nella tassazione*, 2007, Bologna.

¹⁸³ In particolare, sotto il profilo funzionale, si ritiene sussistere un’agevolazione fiscale, e non una minore tassazione nell’ambito della disciplina base ed ordinaria di un dato tributo, allorché il trattamento di favore è motivato da ragioni extrafiscali, che nulla hanno a che vedere con i criteri di ripartizione e di concorso nella spesa pubblica, cui ogni cittadino è tenuto ai sensi dell’articolo 53 della Costituzione: si parla, in questi casi, di “utilizzo extrafiscale dell’imposta”, o di “spesa pubblica implicita” o “mediante imposta”, o ancora di “finanziamenti indiretti, virtuali e impliciti”. Più precisamente, la dottrina ritiene che le agevolazioni fiscali costituiscano corretta applicazione dei principi costituzionali, i quali a loro volta emergono coordinando ed interpretando sistematicamente il principio di capacità contributiva con altri principi e valori extratributari costituzionalmente garantiti. Dunque, le agevolazioni fiscali si differenziano dalla esenzione e dalla esclusione, perché quest’ultime hanno un valore integrativo della norma cui si riferiscono. Poi, sotto il profilo strutturale, sono necessari, perché si possa configurare validamente una agevolazione fiscale in senso tecnico, i seguenti elementi: l’esistenza di limiti temporali o territoriali di efficacia, la collocazione della disposizione di favore in testi normativi specificamente dedicati ad agevolazioni fiscali, l’esistenza di una disciplina formalmente derogatoria, il coinvolgimento in senso agevolativo di una pluralità di tributi.

strumentale. In tale contesto la struttura ordinaria dell'imposta viene modificata in vista dello scopo politico che si vuole perseguire. Si ha così la funzione incentivante o disincentivante della norma. In tali situazioni, le forme ordinarie di imposizione sono agevolative, introducono un trattamento che è eccezionale rispetto al regime ordinario che una certa attività dovrebbe subire.

Una forma di agevolazione piena è l'esenzione, consistente in una norma eccezionale che sottrae a tassazione persone e beni che dovrebbero essere tassati ordinariamente.

Una forma attenuata di agevolazione viene invece considerata la riduzione dell'aliquota o l'imposta sostitutiva, consistente in uno schema di imposizione semplificato che sostituisce tutte le imposte che dovrebbero colpire una certa ricchezza.

Fatte tale premesse circa la descrizione delle peculiarità dell'agevolazioni tributaria e di fronte alla tassazione preordinata al perseguimento di fini extra-fiscali, è opportuno sviluppare delle riflessioni in merito alla legittimità costituzionale delle norme agevolative.

I parametri costituzionali che condizionano le scelte del legislatore sono dati dal principio di capacità contributiva e dal principio di eguaglianza, in correlazione tra loro. Se la dottrina e la giurisprudenza convergono circa la compatibilità di principio tra l'art. 53 della Costituzione e le previsioni di agevolazioni ed esenzioni dettate anche da ragioni extrafiscali, si discute se la disciplina agevolativa, in quanto derogatoria ad un dovere, quello di concorrere alla spesa pubblica, che ha carattere generale, debba avere necessariamente una giustificazione in altri principi costituzionali equiordinati, se non addirittura prevalenti, rispetto all'art. 53 della Costituzione.

In genere quindi si ammettono trattamenti differenziati e di favore, dei quali anzi si rinviene spesso il fondamento nella stessa funzione promozionale dell'azione statale tendente alla rimozione delle

diseguaglianze di fatto, funzione che ben può essere svolta con la "manovra" della leva fiscale¹⁸⁴.

Se sulla legittimità di norme agevolative di tal fatta vi è sostanziale concordia, diversi sono invece i criteri con i quali il conflitto viene di volta in volta individuato e risolto, ritenendosi da alcuni Autori che la norma agevolativa si giustifichi solo mediante un preventivo accertamento della ridotta capacità contributiva evidenziata dalla fattispecie agevolata¹⁸⁵, da altri che le motivazioni extrafiscali giustifichino un onere fiscale più lieve a favore di situazioni di fatto che pure evidenziano capacità contributiva non minore di quelle tassate in modo ordinario¹⁸⁶, poiché in realtà l'art. 53 non sarebbe affatto implicato dalle disposizioni agevolative¹⁸⁷, venendo piuttosto in rilievo il problema di verificare ragionevolezza ed equità del trattamento derogatorio, soprattutto alla luce dell'art. 3 della Costituzione¹⁸⁸.

¹⁸⁴ Non è difficile infatti trovare nella Carta costituzionale raccomandazioni al legislatore ordinario che giustificano un trattamento differenziato sotto il profilo fiscale: si pensi alla tutela del lavoro, del risparmio, della famiglia, alla considerazione privilegiata della cooperazione, dell'accesso alla casa di abitazione, dell'azionariato popolare.

¹⁸⁵ F. Moschetti, in *Agevolazioni cit.*, pag. 74 e seguenti. In tale prospettiva, lo stesso giudizio di costituzionalità sotto il profilo di eguaglianza viene ad essere imperniato sull'art. 53, che costituirebbe il *tertium comparationis* alla cui stregua valutare la ragionevolezza e la compatibilità del trattamento differenziato.

¹⁸⁶ Così, in senso critico della tesi di Moschetti, L. Fichera, *op. ult.cit.*, pagg. 150 e seguenti; per altri rilievi critici, F. Battistoni Ferrara, *Capacità contributiva*, in "Enc. Dir.", agg. III, Milano, 1999, pagg. 350-351.

¹⁸⁷ S. La Rosa, *Le agevolazioni, cit.*, pag. 41;

¹⁸⁸ La dottrina non ha mancato poi di rilevare che il giudizio di costituzionalità sulle disposizioni agevolative è in effetti limitato in quanto, mentre l'Amministrazione statale per prassi non solleva questioni di costituzionalità, il contribuente non ha in generale interesse a sollevare questioni che potrebbero comportare la caducazione di norme che lo favoriscono, ed il giudice, ove anche ritenesse incostituzionale un'agevolazione, non potrà di regola sottoporla al giudizio della Corte per difetto di rilevanza, atteso che la controversia da decidere in genere non tenderà a mettere in discussione la legittimità dell'agevolazione. In effetti, rispetto alle disposizioni agevolative, la Corte Costituzionale è in genere chiamata a pronunciare sentenze additive, che abbiano l'effetto di ampliare l'ambito di applicazione di un trattamento di favore, estendendolo a casi non previsti dalla disposizione; con la conseguenza che, ove effettivamente risulti leso il principio di eguaglianza, la disposizione denunciata non sia suscettibile di interpretazione estensiva, e la integrazione richiesta non richieda l'apprezzamento discrezionale tra la pluralità di soluzioni possibili che solo il legislatore può compiere, la Corte dichiarerà illegittima la disposizione denunciata "nella parte in cui non prevede".

Sotto il profilo della parità di trattamento in senso formale, non sembra inoltre che per le agevolazioni fiscali si pongano problemi diversi da quelli ricorrenti in altri settori dell'esperienza giuridica. In forza del generale principio di eguaglianza, sancito dall'art. 3 della Costituzione, pure in questo campo vige l'esigenza della ragionevolezza (o non arbitrarietà) delle discriminazioni: della definizione, cioè, della sfera di applicazione delle singole norme di favore in termini consoni alle finalità perseguite.

Ed è in questa prospettiva che oggettivamente si pone la grande maggioranza delle questioni di costituzionalità relative ad agevolazioni fiscali.

Ne deriva che le imposte incentivanti (così come quelle disincentivanti), rappresentando una deroga al principio di capacità contributiva, sono costituzionali quando il fine è degno di tutela dal punto di vista dell'ordinamento giuridico. Una volta stabilito che il fine è degno di tutela, la scelta del mezzo prescelto è rimessa alla valutazione discrezionale del legislatore, sempre nel rispetto dei criteri di razionalità e di uguaglianza.

1.5.7 Il principio di capacità contributiva e il dovere di solidarietà di cui all'art. 38 della Costituzione

Rimandando al paragrafo successivo l'analisi circa la compatibilità sia dell'intero impianto delineato dal D. Lgs. 252/2005 che dei singoli momenti che contraddistinguono il fenomeno previdenziale (finanziamento, accumulazione ed erogazione) rispetto al principio costituzionale di capacità contributiva, l'ulteriore verifica che a questo punto si impone consiste nel delineare il rapporto tra l'art. 38¹⁸⁹ e l'art. 53¹⁹⁰ della

¹⁸⁹ Si rinvia ai paragrafi 1.3.4 e 1.3.5 circa l'attuale funzione dell'art. 38 Cost. nel nostro ordinamento.

¹⁹⁰ Cfr. I. Manzoni, *Il principio di capacità contributiva nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino, 1965, 156 ss.; G. Gaffuri, *L'attitudine alla contribuzione*, Milano, 1969, 42 ss.; F. Moschetti, *Il principio di capacità contributiva*, Padova, 1973, 100 ss.; F. Del

Costituzione, ossia nell'accertare se indicazioni in merito al finanziamento del sistema possano dedursi dalla norma costituzionale che regola il principio di capacità contributiva¹⁹¹.

L'adozione di un sistema previdenziale fondato sulla ripartizione, l'insussistenza di un qualsiasi nesso di corrispettività tra l'obbligo contributivo e le prestazioni previdenziali nonché l'abbandono di ogni equilibrio tra prestazioni e contributi con l'affidamento a scelte di politica legislativa della stessa determinazione dell'onere contributivo dimostrano che la funzione dei contributi previdenziali è quella di fornire agli enti

Federico, *Tasse, tributi paracommutativi e prezzi pubblici*, Torino, 2000.; E. De Mita, *La capacità contributiva*, in Dig. Disc. Priv. Sez. comm., Torino, 1987, II, 465; V. Uckmar, *Principi comuni di diritto tributario costituzionale*, Padova, 1999, A. Di Pietro, *Potere normativo e funzione amministrativa nell'applicazione degli indici di capacità contributiva all'Irpef*, in Rass. trib., 1984, I, 349.

¹⁹¹ Rimandando alle considerazioni già svolte nel paragrafo 1.3 circa la natura giuridica dei contributi previdenziali (si veda inoltre G. Melis, *Sulla incostituzionalità del "contributo" a favore dell'Enpam di cui all'art.1, comma 39, della L. n. 243 del 2004*, in Rass. Trib. n. 1/2006, pag. 59 e seguenti), va preliminarmente ricordato che la questione tradizionalmente non pare assumere rilievo in sede dottrina e giurisprudenziale per la nota esclusione dei contributi previdenziali dall'area dei tributi. In questa sede è però opportuna una qualche riflessione nel presupposto che il contributo previdenziale sia invece riconducibile fra le imposte dirette a finanziare i servizi indivisibili.

Indipendentemente dall'accoglimento di una piuttosto che dell'altra delle tesi sulla portata e sull'autonomia del limite posto dall'art. 53 Cost., non sembra, infatti, dubbio che la questione del rapporto fra finanziamento del sistema previdenziale e principio di capacità contributiva sia circoscritto dalla qualificazione del contributo come imposta o come corrispettivo della prestazione previdenziale.

Infatti nella denegata ipotesi si accettasse la ricostruzione del contributo previdenziale quale corrispettivo non sussisterebbe alcun problema rispetto al principio di capacità contributiva stante la nota esclusione dei corrispettivi dall'area di operatività dell'art. 53 Cost. Qualche riflessione meriterebbe invece la ricostruzione del tributo come imposta di scopo laddove si accedesse alla tesi che collega il principio di capacità contributiva con gli indici rilevatori del godimento di servizi pubblici. Peraltro pur ribadendo l'inaccettabilità di siffatta costruzione va qui affermata l'irrelevanza, almeno da un punto di vista giuridico, della finalizzazione delle entrate contributive alla copertura delle spese previdenziali stante l'indivisibilità di queste rispetto ai singoli cittadini.

Il sistema a ripartizione ed il frequente ricorso a forme di fiscalizzazione degli oneri sociali di finanziamento del sistema non permettono di collegare il "servizio" previdenziale al singolo contribuente.

Appare pertanto irrilevante che alla titolarità dei fatti espressivi di quella forza economica nel quale da ultimo consiste la capacità contributiva si accompagni l'eventuale godimento dei servizi. Ne consegue che l'eventuale mancanza della fruizione di servizi previdenziali in capo al soggetto passivo dell'obbligazione contributiva previdenziale non determinerà un profilo di illegittimità costituzionale della norma impositiva né la possibilità per il contribuente di sottrarsi all'obbligo della contribuzione.

previdenziali i mezzi necessari alla realizzazione dei compiti loro affidati dalla legge per la soddisfazione immediata di un interesse pubblico¹⁹².

L'obbligo contributivo – così come qualunque altra imposta – è giuridicamente indipendente sia dall'effettiva erogazione delle prestazioni previdenziali, sia dal vantaggio che i soggetti obbligati potrebbero trarre dalla realizzazione della tutela previdenziale.

Il dovere alla contribuzione previdenziale risponde esclusivamente al soddisfacimento di un interesse pubblico assolvendo la funzione di reperimento dei mezzi necessari agli enti che con la loro attività devono soddisfare questi interessi. Il gettito dei contributi è infatti destinato *“alla corresponsione indifferenziata delle prestazioni a chi si viene a trovare nelle condizioni previste dalla legge per averne diritto, realizzando in tal modo la solidarietà di chi lavora e di chi trae vantaggio da un lavoro altrui, a favore dei lavoratori che si vengono a trovare in uno stato di bisogno”*¹⁹³.

Il sistema previdenziale obbligatorio si inserisce così pienamente nella logica dell'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica; esso è strumento di redistribuzione del reddito nazionale tra i soggetti protetti attraverso il triplice meccanismo del prelievo dei mezzi finanziari per il tramite dell'obbligo di contribuzione (contributi e altre imposte utilizzate al fine previdenziale in ipotesi di fiscalizzazione), del concorso dello Stato al finanziamento del sistema e dell'erogazione delle prestazioni previdenziali.

In un sistema di sicurezza sociale generalizzato il prelievo contributivo non può più essere semplice prestazione imposta, ma diviene tributo a carattere progressivo, che deve corrispondere a quei caratteri di

¹⁹² Si rimanda inoltre alle considerazioni svolte nel paragrafo 1.3.5.

¹⁹³ M. Persiani, *Diritto della previdenza sociale*, Padova, 2004, pag. 74.

generalità, universalità (a parità di capacità contributiva¹⁹⁴) voluti dalla Costituzione¹⁹⁵.

Interessanti al riguardo, appaiono le tesi che pongono in risalto la matrice solidaristica del dovere di contribuzione¹⁹⁶ e la necessità di coordinamento con le altre norme costituzionali. Il profilo della solidarietà è infatti insito nel sistema delineato dall'art. 38 Cost. che peraltro si limita ad imporre l'indicazione minimale, ancorché prioritaria che, all'interno dello stesso sistema, siano previsti i mezzi adeguati a finanziare un sistema previdenziale fondato sulla proporzionalità delle prestazioni rispetto al tenore di vita (2° comma) anche ricorrendo, anche se in via solo residuale, all'integrazione dello Stato (4° comma).

La figura del contributo previdenziale, quantunque non espressamente nominata, pare dunque sottintesa alla norma costituzionale unicamente nella prospettiva di garantire la tendenziale autosufficienza del sistema. Ed in questo scenario il rapporto fra finanziamento del sistema previdenziale e capacità contributiva non è diverso dal rapporto con qualsiasi altra forma di obbligazione tributaria.

A tal fine occorre evidenziare che nel disegno costituzionale la duplice appartenenza del soggetto, alla collettività nazionale nonché alla categoria produttiva alla quale appartiene la sua attività lavorativa, non consente l'applicazione di una duplice imposta sulla sua retribuzione. Solo l'imposta generale su tutte le categorie reddituali si giustifica infatti come

¹⁹⁴ Così R. Braccini, *Finanza contributiva e fiscale nel passaggio dall'assistenza sanitaria di categoria a quella egualitaria*, in *Giur. Cost.*, 1982, I, pag. 2486.

¹⁹⁵ La validità di questa ricostruzione sistematica non può essere smentita dall'osservazione che si tratterebbe comunque di un'imposta che colpisce solo determinate categorie o gruppi di persone; tale situazione sembra da un lato aprire un nuovo scenario teorico configurando il contributo previdenziale come una sovraimposta e, dall'altro, sollecitare l'opportunità di eliminare fenomeni di doppia imposizione che la sola deduzione dei contributi previdenziali versati dal reddito imponibile ai fini Irpef non sembra sufficiente a prevenire. La redistribuzione non potrà infatti essere limitata nell'ambito del reddito di lavoro dipendente, ma investire l'intera platea dei contribuenti nella misura in cui esprimano pari "capacità contributiva".

¹⁹⁶ V. Lombardi, *Solidarietà politica, solidarietà economica e solidarietà sociale nel quadro del dovere costituzionale di prestazione tributaria*, in *Temi trib.*, 1964, 597 ss.; ID., *Contributo allo studio dei doveri costituzionali*, Milano, 1967, 349 ss.; I. Manzoni, *Il principio*, cit., 20 ss.; F. Moschetti, *Il principio*, cit., 71 ss.

fonte di contribuzione al finanziamento del sistema previdenziale obbligatorio ed a condizione che essa operi in condizioni di eguaglianza con gli altri consociati¹⁹⁷.

Il modello di contribuzione costituzionalmente compatibile deve correlarsi funzionalmente ancorché non in termini di corrispettività alla prestazione previdenziale, la quale ne giustifica l'imposizione autoritativa (art. 23 Cost.)¹⁹⁸. In questa concezione, che è poi quella tradizionale della nostra legislazione, la contribuzione si coordina, in un rapporto mediato, con la prestazione previdenziale, poiché entrambe le figure si riferiscono sia pure in vario modo, allo stesso parametro, che è dato dalla retribuzione del lavoratore. Il contributo è così "quota di retribuzione", dal quale discende il trattamento previdenziale che assume quale parametro per la salvaguardia delle esigenze di vita la retribuzione.¹⁹⁹

Tutto ciò in un sistema fondato sulla solidarietà generale che consente di trovare le basi teoriche ed i mezzi per la tutela universalistica non più in un'ottica meramente sinallagmatica e categoriale, bensì generalizzata e gravante, anche a livello economico, sull'intera collettività, così da superare il sistema contributivo per riconoscere il diritto alle prestazioni di ogni individuo che si trovasse in condizione di bisogno, attraverso un principio di automaticità, attuando un sistema a ripartizione per l'ulteriore finalità della redistribuzione del reddito.

Ed in quest'ottica si rinviene la conciliazione fra i principi dell'art. 38 Cost. ed i principi contenuti nell'art. 53 Cost. Il concorso alle spese

¹⁹⁷ La natura tributaria del contributo imporrebbe allora di neutralizzare la sua valenza discriminatrice rispetto alle categorie chiamate a contribuire al finanziamento dei soggetti deputati all'attuazione del sistema previdenziale pubblico, consentendo la detrazione dello stesso contributo (*rectius* imposta categoriale) dall'imposta generale sul reddito. Unicamente a tale condizioni sembra infatti possibile conservare nel sistema costituzionale attuale il contributo previdenziale che in realtà cela un'imposta sui redditi lavorativi. Diversamente R. Braccini, *op. cit.*, che parla di "contributo disciplinato in funzione di tributo" di talché si imporrebbe "la sua espunzione dal sistema previdenziale cui è antinomico; indipendentemente dall'adozione di provvedimenti di fiscalizzazione".

¹⁹⁸ L'imposizione patrimoniale così imposta (sulla retribuzione del lavoratore) si radica quindi nella coesistente "*causa praevidentis*" che informa il rapporto intercorrente tra la contribuzione e la prestazione previdenziale stessa.

¹⁹⁹ Ed è non a caso qualificato come "retribuzione differita".

generali può, in una parola, ricomprendere anche quello per la spesa previdenziale e la capacità contributiva essere letta anche in chiave previdenziale.

Il contributo previdenziale, così concepito, è quindi congruo strumento al perseguimento dei fini di cui all'art. 38 Cost., dando luogo ad un sistema previdenziale consimile a quello di altri modelli europei, cioè "aperto" sia alla previdenza volontaria privata "complementare" e individuale e non repressa dall'intervento "integrativo" dello Stato che, anzi, la consente²⁰⁰.

Dalla suddetta configurazione come prelievo autoritativo tale da concretare il "concorso alle spese pubbliche" espressione dei doveri di solidarietà, discende la pacifica, anche se mai riconosciuta applicabilità dell'art. 53 della Costituzione a tutti i contributi relativi al sistema di previdenza obbligatoria.

La stessa questione dell'applicabilità al principio di capacità contributiva emerge poi, in tutta la sua rilevanza relativamente ai contributi destinati alla previdenza complementare. Solo per quest'ultimi infatti la ricostruzione giuridica del rapporto previdenziale sembra sostenere ragioni sufficienti ad escluderli dall'ambito applicativo dell'art. 53 Cost. se si ritiene che la rilevanza giuridica della commutatività costituisce condizione sufficiente a collocare un contributo, come quello per la previdenza complementare fuori dal principio costituzionale in questione.

²⁰⁰ Tali conclusioni vanno però lette anche in una prospettiva storica che tenga conto del conflitto fra il sistema di sicurezza sociale idealizzato nei progetti e la situazione concreta: il sistema italiano, pur compiendo il passaggio verso l'obbligatorietà della tutela, forse non permetteva un'applicazione integrale della sicurezza sociale proprio a causa della sua forte tradizione di tipo assicurativo mutualistico, che aveva improntato di sé le norme del primo cinquantennio del secolo XX. I principi della sicurezza sociale, invece, lungi dal rimanere ideali sociologici o politici, volevano essere tradotti in norme positive e rapporti giuridici, come era accaduto negli altri Stati, dando concretezza alla responsabilità sociale della collettività, attraverso la comprensività, l'universalità e l'uguaglianza delle prestazioni, e soprattutto la solidarietà generale e fra generazioni. Essendo la sicurezza sociale un concetto unitario e fondamentalmente finalistico, le soluzioni attuative dovevano essere anch'esse unitarie: questo doveva essere l'elemento distintivo rispetto alle assicurazioni sociali, caratterizzate, invece, dalla molteplicità di soluzioni.

Come abbiamo visto²⁰¹ la natura impositiva dei contributi alla previdenza complementare è smentita dalla inesistenza di un vero e proprio obbligo alla contribuzione, stante il perdurare della libertà di adesione al sistema previdenziale complementare, pur riconoscendo l'esistenza di condizionamenti forti (gli incentivi fiscali e le agevolazioni che analizzeremo nel prossimo paragrafo), ma insuscettibili di qualificare il rapporto in termini di obbligatorietà.

Definito quindi il rapporto tra l'art. 53 e l'art. 38 Cost., cercheremo nel prossimo paragrafo di tracciare delle conclusioni circa la natura agevolativa dell'attuale sistema previdenziale privato e della sua compatibilità con le norme costituzionali.

1.5.8 Adozione del modello EET “ibrido”, sua configurabilità in termini di agevolazione e compatibilità costituzionale

Quanto detto sinora, tenendo conto dei fini perseguiti e del modo in cui alla realizzazione della tutela previdenziale corrisponde la soddisfazione diretta ed immediata di interesse pubblico (i.e. la realizzazione di un compiuto sistema di sicurezza sociale) induce a ritenere in via di principio ammissibile un trattamento agevolativo per la previdenza privata, fermo restando, come sopra ricordato, il rispetto dei principi di uguaglianza e razionalità.

La scelta legislativa di incrementare la tassazione per un certo tipo di situazioni, rispetto al trattamento ordinario, onde disincentivare i comportamenti così colpiti, rendendoli economicamente non convenienti si ritiene, stante quanto detto circa la funzione che la previdenza complementare riveste all'interno dell'ordinamento, giustificata dalla qualificazione solidaristica del principio di capacità contributiva, specie quando la tassazione abbia funzione redistributiva, ferma comunque la necessità che sia colpita un'adeguata forza economica.

²⁰¹ Si veda paragrafo 1.3 circa la natura giuridica dei contributi previdenziali.

Quanto si è detto sulle agevolazioni si ricollega, dunque, alla legittimità in genere dell'impiego delle imposte per fini extrafiscali, in particolare per raggiungere obiettivi economici e sociali, aggravando o riducendo il prelievo a parità di forza economica, in modo da influire sui comportamenti dei soggetti passivi; tale *ratio*, come detto, si pone in contrasto con l'interesse fiscale al conseguimento del gettito, risultando realizzata al meglio quando nessuno tenga il comportamento avversato e dunque il tributo non produca entrate.

Nel nostro ordinamento, abbiamo visto, che l'agevolazione per la previdenza si accompagna, nel concreto, all'adozione del modello EET "ibrido" o anche E(1) T(s) E(t)²⁰².

In realtà, parlare di agevolazione fiscale presuppone, come detto, la previa individuazione di un regime fiscale strutturale, nelle diverse fasi del fenomeno previdenziale (prestazione, accumulazione, erogazione), cosicché sia poi possibile individuare gli elementi di carattere agevolativo, ispirati alla tutela di qualche interesse economico sociale, che modificano, migliorandolo, il regime ordinario.

Analizzando pertanto le diverse fasi del fenomeno previdenziale, occorre innanzitutto premettere che potrebbero esserci problemi in termini di giustificazione razionale e, dunque, costituzionale dei redditi finanziari tassati nella fase di accumulazione. In materia di tassazione dei rendimenti del fondo pensione, il D.lgs. 252/2005 ha confermato, infatti, la previgente aliquota dell'11% con una riduzione di un punto e mezzo rispetto a quella che era generalmente prevista per la tassazione dei redditi finanziari

²⁰² Come detto, E(1) rappresenta una deduzione limitata in cifra assoluta dei contributi; T(s) indica una tassazione sostanzialmente in via ordinaria dei redditi prodotti nella fase di accumulazione (applicazione ai fondi pensione della medesima imposta sostitutiva prevista per i fondi comuni di investimento, con un poco significativa riduzione d'aliquota dal 12,5% all'11%); E(t) significa che una parte delle prestazioni pensionistiche è esente, in corrispondenza dei rendimenti finanziari già tassati, e la restante parte viene tassata, ma non in via ordinaria, quanto piuttosto mediante l'applicazione di un'imposta sostitutiva con aliquota estremamente ridotta (15 per cento che può ridursi fino al 9 per cento).

prodotti dai fondi comuni prima del D.L. 13 agosto 2011, n. 138 (cosiddetta Manovra di Ferragosto di agosto).

Infatti, l'intervenuta riforma del regime di tassazione degli organismi di investimento collettivo del risparmio di diritto italiano di cui all'art. 2, commi da 62 a 79, D.L. 29 dicembre 2010, n. 225, convertito, con modificazioni, dalla L. 26 febbraio 2011, n. 10 - con cui per i fondi italiani e per quelli ad essi equiparati (fondi lussemburghesi storici) a partire dal 1° luglio 2011 viene abrogato il regime di tassazione dei redditi del fondo basato sul principio della maturazione spostando il momento della tassazione alla percezione dei proventi da parte dei partecipanti e del disinvestimento delle quote o azioni possedute, alla stregua di quanto già avviene per i fondi istituiti all'estero - ha previsto che *“non sono altresì interessati dalla predetta riforma le forme di previdenza complementare per le quali i redditi dalle stesse percepiti rimangono assoggettati al regime fiscale dettato dal decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252 che prevede la tassazione del risultato della gestione maturato nel periodo d'imposta nella misura dell'11 per cento”*²⁰³.

Tale minore aliquota, pertanto, potrebbe non essere destinata a sollevare eccezioni di legittimità costituzionale, qualora trovasse la sua giustificazione nel vincolo di durata che caratterizza il risparmio previdenziale rispetto a quello finanziario²⁰⁴. Tuttavia, come vedremo meglio in seguito, tale vincolo di durata dovrebbe essere effettivo e non rimesso al libero arbitrio del contribuente.

Ad ogni buon conto, in quest'ottica, occorre inoltre notare come la misura della riduzione d'imposta (11%), attualmente in essere nella fase di accumulazione, sia sopravvissuta alla riforma dell'intero sistema delle rendite finanziarie di cui al D.L. 13 agosto 2011, n. 138.

Con tale ultimo provvedimento sono state introdotte importanti modifiche alla tassazione dei redditi di capitale e dei redditi diversi di

²⁰³ In tal senso si veda la Circolare n. 33 del 15 luglio 2011 dell'Agenzia delle Entrate.

²⁰⁴ Si rimanda alla distinzione tra risparmio previdenziale e risparmio finanziario di cui al paragrafo 1.5.1.

natura finanziaria secondo un disegno, da tempo oggetto di dibattito e nella sostanza ampiamente condiviso, volto ad uniformare e ad accrescere, salvo talune eccezioni, il prelievo fiscale sulle rendite finanziarie.

Pertanto, a partire dal 1° gennaio 2012, la gran parte dei redditi di capitale e dei redditi diversi di natura finanziaria verranno tassati con l'aliquota del 20%, con l'esclusione tuttavia di taluni importanti comparti, tra cui quello dei titoli di Stato ed equiparati e soprattutto, ai fini che qui interessano, dei prodotti della previdenza complementare che pertanto potranno continuare a godere di tale trattamento agevolato, tenuto conto del più lungo vincolo temporale cui è soggetto il risparmio previdenziale rispetto a quello finanziario.

Non sono state quindi recepite le indicazioni contenute nella Commissione di studio sulla tassazione dei redditi di capitale e dei redditi diversi di natura finanziaria (cosiddetta "Commissione Guerra") che aveva auspicato, nella sua relazione finale del 25 settembre 2006, un urgente coordinamento per quanto riguarda il regime riservato al risparmio previdenziale rispetto alla possibile introduzione di un'aliquota unica del 20% sui redditi finanziari.

A tal proposito la Commissione evidenziava come l'unificazione delle aliquote aggiungerebbe al vantaggio dell'aliquota agevolata in fase di prestazione, anche quello derivante da un significativo ampliamento del differenziale di aliquota in fase di accumulazione (11% contro 20%)²⁰⁵, e, pertanto, auspicava una riconsiderazione complessiva della tassazione del risparmio previdenziale.

Al contrario, dal 1° luglio 2011, a seguito del citato Legge n. 10/2011, viene meno l'uniformità di imposizione tra fondi comuni e fondi pensione e ciò evidentemente a danno del risparmio previdenziale visto che

²⁰⁵ Continua la relazione finale che "si tratta di un effetto che altererebbe il disegno del prelievo sul risparmio previdenziale, senza avvicinarci al modello di tassazione EET attualmente adottato da molti paesi europei, il quale riconosce l'esenzione nella fase di accumulazione, ma assoggetta le prestazioni a tassazione ordinaria. Ciò che occorre è quindi una riconsiderazione complessiva della tassazione del risparmio previdenziale e, per coordinamento, del risparmio previdenziale assicurativo".

le forme pensionistiche complementari continuano ad essere soggette all'imposta sostitutiva annuale dell'11% sul risultato di gestione maturato.

Sebbene l'appeal fiscale della previdenza complementare sia tuttora garantito dalla possibilità di dedurre i contributi e dalla tassazione agevolata delle prestazioni, oltretutto dalla notevole differenza in vigore dal 1° gennaio 2012 tra le ritenute applicate sui redditi erogati dagli Oicvm italiani e l'aliquota che grava annualmente sui fondi pensione, è incontrovertibile che non vi siano valide ragioni che possano giustificare l'adozione di un sistema di tassazione basato sul criterio del realizzo per i fondi comuni e il mantenimento di un impianto tributario fondato sulla tassazione per maturazione dei rendimenti dei fondi pensione²⁰⁶.

Al contrario, la finalità istituzionale del risparmio previdenziale complementare di garantire – unitamente alla previdenza di primo pilastro – mezzi adeguati alle esigenze di vita in caso di vecchiaia, indubbiamente giustifica gli incentivi fiscali riconosciuti alle previdenze complementari ma, al tempo stesso, rende ingiustificabile una tassazione annuale dei rendimenti maturati dal fondo pensione (e non ancora percepiti dagli

²⁰⁶ Si veda in tal senso l'interrogazione parlamentare n. 5-04589 del 13 aprile 2011 dell'On. Fluvi - con risposta del sottosegretario Viale - seconda la quale con l'equiparazione del trattamento in Italia di fondi esteri ed interni, tuttavia, si sono amplificate, anziché ridotte, le differenze di trattamento fra i diversi regimi fiscali di tassazione del risparmio che esistono nel nostro Paese, favorendo significativamente i fondi rispetto a tutte le altre forme di impiego del risparmio;

Il passaggio alla forma di tassazione al momento della realizzazione, per le sole gestioni collettive, ha acuito le sperequazioni presenti nel sistema, in quanto:

(1) i proventi dei fondi non subiranno nessun prelievo fino a che il partecipante non deciderà di vendere la quota (mentre su tutte le altre forme di risparmio la tassazione su interessi e dividendi avviene invece, immediatamente, alla fonte);

(2) i fondi comuni continueranno a poter compensare le minusvalenze contro i redditi di capitale (possibilità non ammessa qualora i titoli siano tenuti presso una banca in custodia o amministrazione);

(3) l'aliquota a cui sono tassati i proventi dei fondi rimane del 12,5 per cento, ma diventa in realtà molto più bassa perché prelevata in anni successivi alla loro maturazione;

In particolare, la riforma rischia di produrre un effetto «distorsivo» nei confronti dei fondi pensione italiani che, rispetto le indicazioni della Commissione europea che propendono per un sistema EET, ossia esenzione della contribuzione, esenzione della fase di accumulazione e tassazione della prestazione, è ancorato, dalla riforma prevista dal decreto legislativo n. 252 del 2005, al sistema ETT: esenzione della contribuzione, tassazione nella fase di accumulazione e tassazione della prestazione;

aderenti) rispetto al nuovo regime tributario dei fondi comuni di investimento.

Non è più procrastinabile, pertanto, il passaggio dalla tassazione con il criterio di maturazione dei rendimenti di un fondo pensione alla imposizione con il sistema del realizzato dei rendimenti in capo ai partecipanti alla forma pensionistica complementare²⁰⁷. A seguito di tale necessaria riforma, non solo verrebbe meno l'irragionevole disomogeneità di regime tra la tassazione dei redditi derivanti da un fondo comune e l'imposizione dei rendimenti generati da un fondo pensione, ma l'ordinamento italiano passerebbe all'auspicato modello fiscale di tipo EET (esenzione dei contributi versati, esenzione dei rendimenti maturati, tassazione delle prestazioni erogate comprendenti la componente dei

²⁰⁷ Si rinvia in tal senso alle considerazioni svolte dall'On. Viale all'interrogazione parlamentare 5-04589 del 13 aprile 2011 secondo la quale "l'articolo 2, commi da 62 a 84, del decreto-legge 29 dicembre 2010, n. 225, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 febbraio 2011, n. 10 ha riformato il regime di tassazione dei fondi comuni di investimento, prevedendo, a decorrere dal 1 luglio 2011, il passaggio da un sistema di tassazione basato sul risultato «maturato» di gestione in capo al fondo, ad uno basato sul «realizzato» in capo ai partecipanti.

In proposito, l'onorevole interrogante rileva che detta riforma realizza un vantaggio fiscale per la categoria dei fondi di investimento, penalizzando i fondi pensione. Questi ultimi, infatti, rimangono assoggettati al regime fiscale stabilito dal decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252, che prevede la tassazione del risultato della gestione maturato nel periodo di imposta. Al riguardo, gli Uffici dell'Amministrazione finanziaria rilevano che i fondi pensione rappresentano una specifica tipologia di risparmio, in quanto si tratta di organismi che non sono stati istituiti per la gestione collettiva del risparmio ma per l'erogazione di trattamenti pensionistici complementari del sistema obbligatorio al fine di assicurare più elevati livelli di copertura previdenziale.

Pertanto, una modifica del trattamento fiscale dei fondi pensione va valutata nel contesto del sistema di tassazione del risparmio previdenziale, tenendo congiuntamente presente il regime riservato alle tre fasi di cui esso si compone: la fase della contribuzione, quella dell'accumulazione e quella della prestazione. Conseguentemente, secondo gli Uffici qualora si intendesse modificare il regime tributario previsto per i fondi pensione sarebbe necessario intervenire con un apposito provvedimento trattandosi di peculiari organismi istituiti al fine, come sopra evidenziato, di assicurare più elevati livelli di copertura previdenziale. In proposito, gli Uffici evidenziano che il regime attualmente in vigore prevede un vantaggio fiscale nei confronti dei fondi pensione, consistente nell'applicazione di un'imposta sostitutiva delle imposte sui redditi nella misura dell'11 per cento rispetto a quella pari al 12,50 per cento riservata ai fondi comuni di investimento in valori mobiliari. In relazione a quanto sopra, si fa presente che, in ogni caso, una valutazione di un'eventuale modifica del regime fiscale dei fondi pensione, analoga a quella adottata per gli organismi di investimento collettivo del risparmio, richiede una concertazione con il Ministero del Lavoro che la ristrettezza dei tempi non ha consentito".

rendimenti), uniformandosi così alle discipline fiscali maggiormente diffuse tra quelle in vigore negli altri Stati europei²⁰⁸.

Proseguendo nella nostra analisi circa i vari momenti del fenomeno previdenziale, per quanto riguarda la fase della contribuzione il D.lgs. 252/2005 ha introdotto il solo plafond di deduzione in termini assoluti, abolendo il precedente vincolo in percentuale e prevedendo che i versamenti a un fondo pensione siano deducibili nella misura massima di €164,57.

La concessione della deducibilità dei contributi versati costituisce un'esenzione temporanea e non permanente (*tax deferral*): le risorse dedotte saranno, infatti, assoggettate a tassazione nelle fasi successive. In genere, l'aliquota ordinaria per la determinazione dell'imposta sul reddito a cui è assoggettato l'aderente durante la fase della contribuzione è più alta di quella che si vedrà applicata, con tassazione sostitutiva, al momento di beneficiare della prestazione finale.

Tale effetto rappresenta un fenomeno di *tax averaging* del tutto specifico e costituisce l'attuale forma di beneficio fiscale più importante: la rilevanza di questo incentivo fiscale sarà tanto più ampia quanto più elevato è il divario tra le aliquote fiscali che si vanno ad applicare nei due diversi momenti del risparmio previdenziale.

Ovviamente vanno individuate le ragioni a fondamento di tale trattamento agevolato e se esse possano in qualche maniera essere giustificate da criteri di razionalità e che non determinino disparità di trattamento.

Anche qui innanzitutto una possibile ragione razionale potrebbe essere costituito dal vincolo previdenziale impresso al risparmio previdenziale. Ciò purchè tale vincolo sia effettivo e la prestazione venga riconosciuta solo nella fase della vecchiaia o al termine dell'attività lavorativa. A tal fine, occorre notare come vanno in senso diametralmente

²⁰⁸ In tal senso F. De Benedictis, *La riforma della tassazione dei fondi comuni e i rapporti con la fiscalità dei fondi pensione*, in *Strumenti finanziari e fiscalità*, n.11/2011.

opposto le nuove misure previste nel D.lgs 252/2005 in relazione alla possibilità di ottenere anticipazioni²⁰⁹ e riscatti²¹⁰ (anche totali) della prestazione previdenziale accumulata.

²⁰⁹Al riguardo si osservi che l'iscritto ancor prima del completamento del piano previdenziale può chiedere un'anticipazione in alcune ipotesi particolari.

L'art. 11, settimo comma del decreto n. 252/2005 contempla, infatti, le fattispecie in cui è ammessa tale possibilità, riservando a ciascuna di esse un diverso trattamento tributario.

In particolare, l'anticipazione può essere richiesta:

- *per spese sanitarie*, a seguito di gravissime situazioni relative all'iscritto, al coniuge e ai figli per terapie e interventi straordinari riconosciuti dalle competenti strutture pubbliche. L'anticipazione può essere richiesta in qualsiasi momento, per un importo non superiore al 75 per cento della posizione maturata al momento della richiesta.

Sull'importo erogato, al netto dei redditi già assoggettati ad imposta, nonché dei contributi non dedotti ad esso proporzionalmente riferibili, è applicata una ritenuta a titolo d'imposta con l'aliquota del 15 per cento ridotta di una quota pari a 0,30 punti percentuali per ogni anno eccedente il quindicesimo anno di partecipazione a forme pensionistiche complementari con un limite massimo di riduzione di 6 punti percentuali;

- *per l'acquisto della prima casa* di abitazione per l'iscritto o per i figli, documentato con atto notarile, o per la realizzazione degli interventi di cui alle lettere a), b), c) e d) del comma 1 dell'articolo 3 del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia di cui al decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, relativamente alla prima casa di abitazione, documentati come previsto dalla normativa stabilita ai sensi dell'articolo 1, comma 3, della legge 27 dicembre 1997, n. 449. L'anticipazione può essere richiesta decorsi otto anni di iscrizione, per un importo non superiore al 75 per cento della posizione maturata.

- *per ulteriori esigenze dell'aderente*, l'anticipazione può essere richiesta decorsi otto anni di iscrizione, per un importo non superiore al 30 per cento della posizione maturata. Anche per tale fattispecie, il requisito dell'iscrizione minima di otto anni deve verificarsi unicamente per la prima richiesta.

Sia nell'ipotesi di acquisto di prima casa che in quella residuale relative alle "*ulteriori esigenze dell'aderente*", sull'importo erogato, al netto dei redditi già assoggettati ad imposta nonché dei contributi non dedotti ad esso proporzionalmente riferibili, si applica una ritenuta a titolo di imposta del 23 per cento, non soggetta ad alcuna riduzione.

Ai sensi del comma 8, del medesimo articolo 11, "*le somme percepite a titolo di anticipazione non possono mai eccedere, complessivamente, il 75 per cento del totale dei versamenti, comprese le quote del TFR, maggiorati delle plusvalenze tempo per tempo realizzate, effettuati alle forme pensionistiche complementari a decorrere dal primo momento di iscrizione alle predette forme*".

Ne deriva quindi che, rispetto alla precedente disciplina, in cui il trattamento fiscale era stato utilizzato quale strumento di disfavore circa la possibilità degli aderenti di richiedere pagamenti anticipati delle prestazioni rispetto al momento della maturazione del diritto alla prestazione, la disciplina fiscale delle anticipazioni introdotta dal decreto si uniforma al regime fiscale previsto in via generale per le prestazioni erogate dalle forme pensionistiche complementari.

²¹⁰ Con l'art. 14 del decreto il legislatore ha apportato radicali modifiche alla disciplina sia civilistica che fiscale dei riscatti.

In particolare, viene stabilito che l'iscritto può esercitare:

1) *il riscatto parziale*, nella misura del 50 per cento della posizione individuale maturata, in caso di cessazione dell'attività lavorativa che comporti l'inoccupazione per un periodo di tempo non inferiore a 12 mesi e non superiore a 48 mesi, ovvero in caso di ricorso da parte del datore di lavoro a procedure di mobilità, cassa integrazione guadagni ordinaria o straordinaria;

Giustificare pertanto la deduzione dei contributi in termini di agevolazione fiscale sulla base del vincolo di indisponibilità assoluta del reddito accantonato e sulla sua esclusiva destinazione a previdenza, appare, allo stato, un tentativo abbastanza azzardato, dal momento che la decisione circa il mantenimento di tale vincolo è rimessa alla libera iniziativa del contribuente che può in qualunque momento chiedere indietro, attraverso le anticipazioni o i riscatti, quanto versato.

2) *il riscatto totale* della posizione individuale maturata, in caso di invalidità permanente che comporti la riduzione della capacità di lavoro a meno di un terzo e a seguito di cessazione dell'attività lavorativa che comporti l'inoccupazione per un periodo di tempo superiore a 48 mesi. Tale facoltà non può essere esercitata nel quinquennio precedente la maturazione dei requisiti di accesso alle prestazioni pensionistiche complementari. In questi casi si applicano le disposizioni di cui all'articolo 11, comma 4, che prevedono la facoltà di accedere anticipatamente alla prestazione pensionistica;

3) in caso di *morte* dell'aderente prima della maturazione del diritto alla prestazione pensionistica, l'intera posizione individuale maturata è riscattata dagli eredi ovvero dai beneficiari designati dall'iscritto.

Nelle ipotesi indicate, è prevista l'applicazione di una ritenuta a titolo di imposta nella misura del 15 per cento sull'importo erogato al netto dei redditi già assoggettati ad imposta nonché dei contributi non dedotti (ad esso proporzionalmente riferibili). L'aliquota del 15 per cento è ridotta progressivamente fino al 9 per cento, in ragione dello 0,30 per cento per ogni anno di partecipazione successivo al quindicesimo, con un limite massimo di riduzione di sei punti percentuali.

In caso di riscatto per *cause diverse* da quelle sopra indicate, è prevista l'applicazione di una ritenuta a titolo di imposta nella misura del 23 per cento (articolo 14, comma 5, del *decreto*). La circostanza che il legislatore faccia riferimento a tali "cause diverse" lascia intendere che gli statuti e i regolamenti dei fondi pensione possono ampliare la previsione dei possibili presupposti che permettono l'esercizio del riscatto. 113.

Per quanto più specificatamente riguarda il riscatto in caso di morte dell'aderente prima della maturazione del diritto alla prestazione pensionistica di cui al comma 3 dell'art. 14 del decreto, viene prevista la possibilità che la posizione individuale sia riscatta dagli eredi del *de cuius* ovvero dai beneficiari dallo stesso designati, siano essi persone fisiche o giuridiche. L'Agenzia delle entrate nella citata circolare n. 70/2007 avendo precisato che le somme erogate in caso di morte dell'aderente prima della maturazione del diritto alla prestazione pensionistica sono assoggettate alla medesima disciplina della generalità delle prestazioni (e cioè la ritenuta a titolo di imposta nella misura del 15%, ridotta fino al 9% su una base imponibile al netto dei redditi già assoggettati a tassazione), ha confermato la posizione già assunta nella circolare n. 29/2001 in base al quale a prescindere dalla natura dell'acquisto delle somme da parte degli eredi del *de cuius* – sia *iure proprio* che *iure successionis* – devono essere assoggettate a tassazione con le medesime modalità che sarebbero state applicate se le somme fossero state corrisposte al *de cuius*.

Peraltro le affermazioni contenute nella stessa circolare n. 70/2007 circa la non applicabilità a dette somme della reintrodotta imposta di successione sembrano far propendere per la tesi in base alla quale il diritto di riscatto in caso di decesso dell'aderente si configuri come un diritto *iure proprio* e non *iure successionis*; Cfr. anche E. Ruggiero, *Il trattamento fiscale dei riscatti – Commento all'art. 14, D.Lgs. 5 novembre 2005, n. 252 – La nuova disciplina della previdenza complementare*; in le Nuove leggi civili commentate, Milano, pag. 940.

Inoltre, secondo autorevole dottrina²¹¹, dubbi di razionalità in tale fase si ravvedono in relazione al principio di uguaglianza; secondo tale corrente di pensiero, l'applicazione di un mero trattamento di agevolazione fiscale non dovrebbe essere limitato alle sole ipotesi di risparmio previdenziale normato dal diritto positivo ma anche alle altre fattispecie economicamente similari di risparmio finanziario che potrebbero – parimenti - essere vincolate a previdenza.

Passando infine al trattamento delle prestazioni pensionistiche, come precedentemente accennato, il D. lgs. 252/2005 risulta particolarmente innovativo nella fase dell'erogazione: si è infatti introdotto un regime semplificato e fortemente incentivante rispetto alla precedente normativa. Le prestazioni finali in forma di rendita e di capitale sono assoggettate ad imposta sostitutiva relativamente alle somme dedotte in fase di contribuzione. Viene prevista l'applicazione di una ritenuta alla fonte a titolo d'imposta con aliquota del 15%, aliquota ridotta di una quota pari a 0,30% punti percentuali per ogni anno eccedente il quindicesimo anno di partecipazione a forme pensionistiche complementari per i quali l'aderente non abbia esercitato il diritto di riscatto totale della posizione individuale, con un limite massimo di riduzione di 6 punti percentuali.

Il decreto in parola, invece di rendere più blanda la tassazione dei rendimenti finanziari, come sembrava indicare la delega, sceglie di agire sulle prestazioni, abbattendone drasticamente la tassazione, scegliendo, in tal modo, di incentivare fiscalmente il dirottamento del Tfr ai fondi, prevedendo per la previdenza complementare un trattamento complessivamente molto più vantaggioso rispetto al Tfr lasciato in azienda.

In tale maniera, si rendono asimmetriche e incoerenti l'esenzione iniziale dei contributi, che è a fronte dell'aliquota personale del soggetto, e la tassazione delle prestazioni, che essendo ad aliquota proporzionale e notevolmente più bassa anche del primo scaglione dell'Irpef (pari al 23%),

²¹¹ F. Marchetti, *Valutazioni giuridiche: è possibile un nuovo modello fiscale per la disciplina complementare?* cit, pag. 50.

creando, in sostanza, un *vulnus* nel sistema di progressività a cui (dovrebbe) essere ispirato il nostro ordinamento tributario, sancendo di fatto un sistema regressivo.

Inoltre, tale impianto presta, nel complesso, il fianco anche a facili obiezioni di disparità di trattamento, costituzionalmente censurabili, vuoi nei confronti del trattamento delle prestazioni pensionistiche pubbliche²¹² vuoi nei confronti del trattamento del Tfr non destinato a forme di previdenza complementare ma lasciato in azienda.

La legge delega rispondeva a logiche chiare nei loro intenti di razionalizzare e di rendere coerente il trattamento della previdenza integrativa con quello di altre forme di impiego del risparmio, mantenendo tuttavia un trattamento più agevolato per la prima.

Inoltre, ricollegandoci a quanto detto nel precedente paragrafo circa le deroghe al principio di capacità contributiva che possono essere ritenute ammissibili, in linea generale, il fine meritorio a cui risulta preordinata la previdenza complementare ovvero, *in primis*, quello di limitare fenomeni di moral hazard messi in atto da quanti, in modo strategico, decidono di non aderire a una forma di previdenza complementare pensando di poter contare, al momento del pensionamento, sulle tutele offerte dagli schemi previdenziali di natura pubblica, permetterebbe di giustificare un regime fiscale agevolativo rendendolo compatibile con la portata dell'art. 38, comma 2 della Costituzione secondo il quale “*i lavoratori hanno diritto che siano preveduti ed assicurati mezzi adeguati alle loro esigenze di vita in caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia, disoccupazione involontaria*”.

Tuttavia, il decreto in esame risponde, al contrario, al solo intento di aumentare l'agevolazione e disegna un sistema caratterizzato da dubbi di diffusa incostituzionalità, a tratti, privo di razionalità che sembra configgere, in particolare, con il criterio costituzionale di progressività di

²¹² Tassata, ricordiamo, non con imposta sostitutiva, bensì con aliquota personale-progressiva piena.

cui all'art. 53, comma 2 della Costituzione, soprattutto se non più giustificato dal “vincolo di indisponibilità” che da sempre connota il risparmio previdenziale rispetto alle altre forme di risparmio.

Non si può, dunque, non rilevare come detto regime, soprattutto se protrato *sine die* nel tempo, potrebbe essere oggetto di eccezioni di legittimità costituzionale, apparendo peraltro singolare la circostanza che le prestazioni pensionistiche del sistema obbligatorio siano soggetta ad imposizione piena con imposta personale e progressiva, mentre quelle complementari – la cui adesione, come si è già osservato – risulta volontaria – sono soggette ad imposta cedolare-sostitutiva, nei fatti “regressiva”²¹³.

Appare pertanto difficile, *rebus sic stantibus*, giustificare la *ratio* del trattamento agevolativo di cui gode l'attuale sistema previdenziale nelle sue tre fasi, a maggior ragione se non risulta più percorribile la strada del vincolo di durata che dovrebbe connotare il risparmio previdenziale.

Al contrario, sembrerebbe oltremodo opportuna una rivisitazione dell'intera disciplina che possa portare a compimento l'adozione di un modello EET tendenzialmente “puro” anche al fine di raggiungere una idilliaca uniformità di tassazione a livello europeo²¹⁴.

A livello correttivo, pertanto, sarebbero nell'immediato quanto meno auspicabili i seguenti interventi:

i) quanto al regime agevolativo di deduzione fiscale dei contributi, dovrebbero, pertanto, quanto meno essere previsti vincoli di indisponibilità assoluta dei versamenti contributivi, esclusivamente destinati all'erogazione di prestazioni pensionistiche di anzianità o vecchiaia.

²¹³ In senso contrario si veda M. Procopio, *Fondi pensione e TFR: profili giuridici e disciplina tributaria*, Milano, 2008, pag. 219, per il quale “solo i “superiori” fini che si pone la legge previdenziale complementare giustificano, sul piano costituzionale (articoli 38 e 47) l'imponibilità delle prestazioni mediante l'applicazione di una ritenuta a titolo d'imposta (e non progressiva come avviene nella maggior parte dei Paesi aderenti all'UE) operata, peraltro, con una bassa aliquota (15% riducibile sino al 9%)”. Per una ricostruzione dei caratteri del concetto di regressività si rimanda alla nota 133.

²¹⁴ Si veda paragrafo 2.3 per quanto riguarda i profili comunitari del fenomeno previdenziale.

ii) quanto al trattamento dei redditi, andrebbe senz'altro operato un coordinamento normativo tra fondi comuni d'investimento, tassati sul criterio del realizzo, e i fondi pensione, tassati, invece sui rendimenti maturati;

iii) quanto infine al regime particolarmente agevolativo previsto nella fase di prestazione, soggetto, ricordiamo, ad imposta sostitutiva, dovrebbe essere prevista, al fine di evitare eccezioni di legittimità sopra ricordate, la sua estensione almeno alle prestazioni pensionistiche pubbliche, nonché ad altre forme di risparmio previdenziale privato quale il TFR²¹⁵.

Una possibile risposta al perchè si sia arrivati a tale modello, in luogo di quello adombrato dalla legge delega, arriva dalla dottrina economica²¹⁶ che evidenzia come la via della detassazione delle prestazioni, piuttosto che dell'accumulazione, permette di potenziare le agevolazioni, riducendone l'impatto nel breve periodo sul bilancio dello stato, dal momento che il nuovo regime fiscale riguarda solo i nuovi accantonamenti e le prestazioni che da essi deriveranno. A mantenere le promesse, quindi, penseranno un giorno – forse - i futuri governi...

²¹⁵ In tal senso F. Marchetti, *Valutazioni giuridiche: è possibile un nuovo modello fiscale per la disciplina complementare?* cit, pag. 53.

²¹⁶ S. Giannini - C. Guerra, *Alla ricerca di una disciplina fiscale per la previdenza complementare*, in *La previdenza complementare in Italia*, a cura di M. Messori, Bologna, 2006.

Capitolo 2

2 La previdenza complementare e le libertà fondamentali del Trattato sull'Unione Europea

2.1 Premessa

Il considerevole incremento della mobilità internazionale delle persone fisiche generato dal fenomeno della globalizzazione economica unitamente allo sviluppo tecnologico, rende estremamente attuale una ricostruzione dello scenario normativo di riferimento relativo ai profili fiscali delle situazioni transfrontaliere in materia di previdenza complementare, sulla base del coordinamento delle norme domestiche predisposte dai diversi Stati membri dell'Unione Europea.

A tale riguardo, al fine di comprendere l'effettiva portata delle problematiche di natura fiscale connesse alla situazione dei lavoratori transfrontalieri in materia di previdenza²¹⁷, occorre preliminarmente ricordare che i sistemi pensionistici adottati da tutti gli Stati membri sono fondati su tre pilastri: quello pubblico, quello complementare e quello individuale.

Più nel dettaglio, il primo pilastro è costituito dal regime previdenziale pubblico, generalmente obbligatorio per l'intera popolazione attiva e residente e generalmente gestito dallo Stato, al fine di garantire prestazioni pensionistiche al momento della cessazione dell'attività lavorativa. Tale regime viene finanziato principalmente sulla base del principio della ripartizione (in funzione del quale i contributi versati dalla popolazione attiva sono utilizzati direttamente per il finanziamento delle

²¹⁷ Sul punto si veda diffusamente C. Sacchetto, *Armoizzazione fiscale nella CE*, in Enc. Giur., II, Roma, 1988; F. Tesaurò, *Profili della fiscalità comunitaria*, in Boll. Trib., pag. 1751; F. Gallo-G. Melis, *L'elusione fiscale internazionale nei processi di integrazione tra Stati: l'esperienza della CE*; in *Justicia tributaria*, Max Limonad, San Paolo, 1998, pag. 165; F. Amatucci, *Il principio di non discriminazione fiscale*, Padova, 1998, pag. 117; A. Fantozzi, *Il sistema tributario italiano verso il mercato unico europeo*, in *Rass.trib.*, 1998, pag. 551.

prestazioni previdenziali ai pensionati attuali), attraverso l'imposizione di contributi aventi natura di vere e proprie imposte .

Il secondo pilastro, invece, è costituito dalla c.d. previdenza complementare e comprende i piani pensionistici di previdenza integrativa, che possono essere istituiti unilateralmente da un datore di lavoro o da accordi collettivi tra datori di lavoro e organizzazioni sindacali. Tali forme pensionistiche sono generalmente finanziate, su base volontaristica o da obbligazione contrattuale, sia dal lavoratore che dal datore di lavoro e sono finalizzate a garantire un trattamento pensionistico che, unitamente alla pensione di base, si avvicini all'ultima (o alla media degli ultimi anni della) retribuzione. I finanziamenti effettuati sono impiegati, attraverso un sistema a capitalizzazione, per la corresponsione delle prestazioni previdenziali ai soggetti che aderiscono al regime.

Il terzo pilastro, infine, è costituito da regimi individuali che assumono generalmente la forma di contratti conclusi da privati, nell'ambito della loro sfera personale, con compagnie di assicurazioni o altri enti finanziari, sebbene taluni Stati membri adottino regimi pensionistici individuali ai quali versano contributi sia i datori di lavoro che i dipendenti.

Fino ad alcuni decenni fa, il modello previdenziale maggiormente diffuso nei diversi Stati appartenenti all'Unione Europea attribuiva un ruolo centrale al regime della previdenza pubblica gestito direttamente dallo Stato e basato sul metodo a ripartizione²¹⁸: tale sistema è riuscito a garantire, infatti, oltre ad un elevato livello di solidarietà, anche generazionale, una tutela delle fasce più deboli dei lavoratori ed un decoroso livello di vita per i pensionati.

Attualmente, tuttavia, pressoché tutti gli Stati membri sono chiamati a fronteggiare problemi di finanziamento dello stato sociale connessi eminentemente all'invecchiamento della popolazione europea e a notevoli

²¹⁸ Con tale meccanismo, ricordiamo, i contributi sono direttamente pagati per finanziare le prestazioni agli attuali pensionati.

tassi di disoccupazione, con conseguente incremento dei contributi e gravi ripercussioni economiche sul costo del lavoro.

Da uno studio effettuato dal Comitato economico e sociale – con il quale è stato fornito un parere in merito al “*Libro verde sui regimi pensionistici integrativi sul mercato unico*” – è emerso, in particolare, che nel 2040 gli individui in attività lavorativa per ciascun pensionato si ridurranno del 50%. Ciò comporterà che la spesa pensionistica pubblica – che rappresenta circa la metà della spesa sociale complessiva ed assorbe tra il 9 ed il 15 per cento del Pil degli Stati membri – causerà un aumento di tale ultimo rapporto di circa 3-4 punti percentuali.

Nella ricerca di eque soluzioni finalizzate a garantire il livello di prestazioni pensionistiche raggiunto e, al contempo, fronteggiare l’incremento del loro costo, in quasi tutti gli Stati membri i fondi pensione occupazionali hanno raggiunto un ruolo centrale in qualità di principale forma di finanziamento del risparmio individuale.

Nonostante l’esigenza di sviluppare la previdenza complementare, quasi tutti i Paesi dell’Unione europea si caratterizzano per l’assenza di un quadro giuridico che disciplini i fondi stessi.

Tale lacuna normativa, richiede uno sforzo ulteriore al fine di valutare i molteplici nodi interpretativi – tra loro strettamente connessi²¹⁹ – che i profili *cross-border* della previdenza complementare presenta.

In un contesto transfrontaliero, è infatti innegabile che anomalie funzionali emergano nella misura in cui un soggetto, dopo avere dedotto i versamenti in uno Stato, abbia a sua volta trasferito la propria residenza in un’altra giurisdizione fiscale al momento del ricevimento della pensione²²⁰.

Come è facilmente rilevabile, infatti, tutte le forme di previdenza presentano delle asimmetrie temporali strutturali derivanti dal rapporto fra

²¹⁹ In campo internazionale, la dottrina che si è occupata del fenomeno pensionistico ha etichettato la tematica dei rapporti transnazionali come “..not a singl problem but a series of related problems..” così D. Williams, *The taxation of a cross-boder pension provision*, in *European taxation*, IBFD, 2001, n. 13, pag. 2.

²²⁰ Cfr. P. Adonnino, *Il principio di non discriminazione nei rapporti tributari fra Paesi membri secondo le norme della CEE e la giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1993, pag. 63.

deducibilità (immediata) dei contributi e tassabilità (successiva) della prestazione previdenziale.

Il singolo paese può gestire tale asimmetria temporale in termini coerenti, collegando il regime fiscale delle varie fasi, ma è indubbio che tutte le vicende fiscali che comportano un collegamento tra regimi fiscali “applicati in tempi diversi, e in capo a soggetti diversi, entrano in crisi di fronte alla possibilità che il fenomeno si frammenti tra più Stati dell’Unione”²²¹.

Nella prospettiva del diritto comunitario, l’ambizione di uno Stato di ripristinare le simmetrie infrante, rischia di violare le libertà fondamentali sancite dal Trattato sull’Unione Europea.

Ne deriva pertanto un quadro particolarmente complesso che qui si cercherà di analizzare e che è conseguenza della mancata applicazione negli Stati Membri del principio del reciproco riconoscimento dei sistemi pensionistici complementari e delle norme fiscali che li caratterizzano.

Il coordinamento a livello comunitario dei regimi previdenziali approntati dai singoli Stati Membri dovrebbe essere adeguatamente garantito nell’ambito di un contesto all’interno del quale il Trattato istitutivo della Comunità Europea riconosce e tutela libertà fondamentali²²² quali la libera circolazione dei lavoratori, con il conseguente diritto di dimorare in uno Stato membro diverso da quello di origine e di rimanervi a seguito della cessazione del rapporto di lavoro (art. 45²²³ del Trattato sul funzionamento dell’Unione Europea, di seguito anche TFUE), nonché la

²²¹ R. Lupi, *Concorrenza tra ordinamenti, comunità europee e prelievo tributario*, in A. Zoppini (a cura di), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Bari, 2004, pag. 183; si veda inoltre sulla concorrenza tra ordinamenti S. Cipollina, *Armonizzazione vs competizione fiscale: il trade off Europa/Italia*, in Riv. dir. fin. sc. fin., 2004, I, pag. 93 e ss.

²²² Più in generale sul tema dei rapporti fra principi comunitari e tassazione vedi C. Sacchetto, *La tassazione delle società in Europa tra grandi scenari e realizzazioni concrete*, in A. Amatucci (a cura di), *Gli aspetti fiscali dell’impresa*, Torino, 2003, pag. 137.

²²³ Ex art. 39 del Trattato Comunità Europea

libera prestazione dei servizi all'interno della Comunità (art.56²²⁴ TFUE) e garantisce pagamenti e i movimenti di capitali (art. 63²²⁵ TFUE).

Per contro, invece, la circolazione dei lavoratori all'interno del territorio dell'Unione risulta fortemente compromessa in ragione delle inevitabili divergenze che caratterizzano le legislazioni interne dei diversi Stati membri proprio in relazione alla scelta dei modelli di tassazione della previdenza; e questo sia in relazione alla libertà di circolazione (quando il lavoratore che si trasferisce all'estero non usufruisce di tutte le condizioni per aderire ad una forma di previdenza complementare) sia al diritto di stabilimento a seguito della cessazione del rapporto lavorativo (allorché la prestazione previdenziale sia fiscalmente penalizzata dalla nuova residenza). Il coordinamento a livello comunitario dei regimi previdenziali non è inoltre privo di effetti anche sui movimenti di capitale²²⁶ poiché da un lato il risparmio previdenziale rappresenta anch'esso un capitale meritevole di libero trasferimento da fondo pensione ad un diverso fondo e d'altro poiché un migliore regime pensionistico transfrontaliero permetterebbe “agli enti pensionistici, in qualità di investitori, di fornire in modo più efficiente capitali alle imprese” così contribuendo “alla competitività dell'industria europea”²²⁷.

La presente disamina, pertanto, sarà imperniata sui profili comunitari del regime fiscale della previdenza complementare.

In particolare, verranno analizzati:

- i) gli schemi pensionistici della previdenza complementare e i modelli prescelti in ambito comunitario;
- ii) gli ostacoli all'esercizio delle libertà fondamentali del Trattato sull'UE in materia di previdenza complementare;

²²⁴ Ex art. 49 del Trattato Comunità Europea

²²⁵ Ex art. 56 del Trattato Comunità Europea

²²⁶ Così P. Puri, *La mobilità transnazionale del lavoratore dipendente: profili tributari*, Padova, 2006, pag. 214.

²²⁷ Si veda la Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo e al Comitato Economico e Sociale (COM 2001-214def del 19 aprile 2001).

- iii) la questione della deducibilità dei contributi previdenziali versati in un altro Stato Membro nella giurisprudenza della Corte di Giustizia e le cause di giustificazione;
- iv) la Direttiva 2003/41/CE e la sua attuazione in Italia.

2.2 Gli schemi pensionistici della previdenza complementare e i modelli prescelti in ambito comunitario

La Commissione Europea ha sollecitato in varie occasioni i Paesi dell'Unione ad uniformare i propri regimi fiscali nell'ambito della previdenza complementare, ma la realizzazione di questo obiettivo ha trovato non poche difficoltà, anche per il fatto che in materia tributaria ciascun Paese è libero di decidere le proprie politiche in autonomia.

Come opportunamente posto in rilievo dalla Commissione Europea, *“la diversità, complessità e specificità dei sistemi nazionali sviluppatasi negli ultimi anni sono considerati il maggior ostacolo per l'esercizio della libera circolazione delle persone e la libertà di prestazione di servizi in materia di pensione complementare ed assicurazione sulla vita”*²²⁸.

In generale, gli schemi pensionistici della previdenza complementare possono essere oggetto di imposizione in tre distinti momenti:

- (i) nella fase di accumulo della contribuzione;
- (ii) nella fase di gestione dei fondi accumulati in capo al fondo pensione;
- (iii) nella fase di erogazione delle prestazioni pensionistiche.

Per quanto concerne, segnatamente, la fase sub (i) quasi tutti gli Stati membri consentono in qualche misura la deducibilità ai fini fiscali dei contributi versati, dal datore di lavoro o dal dipendente, agli enti pensionistici nel territorio nazionale, e la maggior parte di essi non

²²⁸ Cfr. Com (1999)134, 11 maggio 1999 “Verso un mercato unico dei regimi pensionistici integrativi” dell'11 maggio 1999.

considera i contributi versati dal datore di lavoro come un reddito imponibile in capo al dipendente. Tuttavia, le condizioni per l'ammissibilità alla deducibilità fiscale dei regimi pensionistici variano notevolmente, analogamente all'importo dei contributi fiscalmente deducibili.

Con specifico riferimento alla fase sub (ii), invece, si evidenzia come la legislazione degli Stati membri sia sostanzialmente divisa tra l'esenzione dall'imposta sui rendimenti e l'applicazione di forme di tassazione sostitutiva.

Relativamente, infine, alla fase sub (iii), la maggior parte degli Stati membri tassa le prestazioni previdenziali, sia quelle erogate periodicamente, sia quelle consistenti in un versamento unico in forma capitale. Tuttavia, le aliquote applicate e l'importo deducibile variano notevolmente. In diversi Stati membri, inoltre, i pagamenti "una tantum" sono meno tassati o addirittura esenti da imposizione fiscale. Taluni Stati, al contrario, vietano o limitano le erogazioni pensionistiche in forma capitale²²⁹.

Premessa tale sintetica panoramica circa l'approccio globale utilizzato ai fini impositivi con riguardo ai sistemi di previdenza complementare, il modello di tassazione prevalentemente applicato ai fondi pensione nell'ambito della Comunità Europea è rappresentato senza dubbio da quello noto con l'acronimo EET (Exemption – Exemption – Taxation), nell'ambito del quale:

(i) la fase della contribuzione è esente da imposta (ad esempio perchè i contributi versati sono deducibili dalle imposte sul reddito);

(ii) i redditi maturati durante la fase di accumulazione sono esenti da imposta;

²²⁹ Come abbiamo visto, combinando l'entità della tassazione nelle tre fasi che contraddistinguono il percorso vita di un iscritto a una forma pensionistica complementare, è possibile ottenere i seguenti modelli:

- modello EET (esenzione-esenzione-tassazione)
- modello ETT (esenzione-tassazione-tassazione)
- modello TTE (tassazione-tassazione-esenzione)
- modello TEE (tassazione-esenzione-esenzione)

(iii) le prestazioni pensionistiche sono invece assoggettate ad imposizione in via ordinaria.

La stessa Unione Europea²³⁰ si è espressa a favore del modello EET, suggerendo che il trattamento fiscale di miglior favore si concentri sulla contribuzione e sui rendimenti prodotti nella fase di accumulazione e ritenendo, invece, corretto applicare alle prestazioni il normale regime di tassazione personale e progressivo, previsto per tutti i rendimenti pensionistici.

Il modello EET appare essere la modalità preferibile di imposizione del risparmio pensionistico: rispetto allo schema TEE beneficia infatti di un forte effetto psicologico e incentivante connesso alla possibilità di esentare immediatamente i contributi. Con lo schema TEE, a fronte del vantaggio di poter disporre immediatamente di gettito da parte dello stato riducendo altresì i rischi di elusione ed evasione fiscale, sussiste invece un forte rischio politico connesso al fatto che i governi futuri non rispettino gli accordi di esentare fiscalmente i rendimenti e le prestazioni finali. Inoltre il modello EET presenta indubbi vantaggi in relazione alla gestione ed alla amministrazione del tributo²³¹.

²³⁰ Comunicazione Commissione Europea del 19 aprile 2001.

²³¹ Come abbiamo visto nel paragrafo 1.5.4 e 1.5.8 sebbene la legge di riforma della previdenza pubblica e complementare (Legge 23 agosto 2004, n. 243) recasse precise indicazioni nel senso dell'attuazione di un modello EET puro (mediante lo spostamento, in tutto o in parte, della tassazione dei rendimenti finanziari dalla fase di accumulazione a quella di erogazione), il decreto delegato di attuazione (D.Lgs. 5 dicembre 2005, n. 252) appare indirizzato verso il progressivo abbandono di tale modello.

Come noto, infatti, il tratto qualificante della riforma della previdenza complementare attuata dal citato decreto, è costituito dall'eliminazione dell'ordinaria imposizione IRPEF sulle prestazioni previdenziali, sia in rendita che in capitale e dall'assoggettamento di queste ultime ad un regime di tassazione sostitutiva con aliquote estremamente ridotte (15 per cento, riducibile fino al 9 per cento).

Tale scelta legislativa genera un evidente salto d'imposta nella misura in cui i redditi sottratti all'imposizione personale e progressiva al momento della contribuzione saranno solo parzialmente assoggettati ad imposta all'atto della loro erogazione.

Ne discende che il modello delineato dal D.Lgs. n. 252 del 2005, non sembra corrispondere, in linea di principio, ad alcuno dei modelli teorici di tassazione del risparmio previdenziale, nella misura in cui segue uno schema nel quale alla deduzione limitata dei contributi ed alla tassazione sostitutiva dei redditi finanziari generati nella fase di accumulazione, si contrappone la tassazione sostitutiva con aliquote estremamente ridotte (15 per cento che può ridursi fino al 9 per cento) delle prestazioni pensionistiche erogate, al netto della componente finanziaria già assoggettata ad imposizione.

2.3 Gli ostacoli all'esercizio delle libertà fondamentali del Trattato sull'UE in materia di previdenza complementare.

Come detto l'assenza di un quadro di riferimento normativo a livello comunitario ha determinato il diffondersi di una varietà di schemi di previdenza complementare e di conseguenza ha determinato il sorgere di nuove problematiche legate all'effettiva realizzazione di un Mercato unico del lavoro e dei capitali²³².

Come opportunamente posto in rilievo dalla Commissione Europea, la diversità, complessità e specificità dei sistemi nazionali sviluppatasi negli ultimi anni sono considerati il maggior ostacolo per l'esercizio della libera circolazione delle persone e la libertà di prestazione di servizi in materia di pensione complementare ed assicurazione sulla vita.

Va del resto ricordato che l'applicazione del principio di sussidiarietà, attribuendo ad ogni Stato membro il compito di definire il regime previdenziale più adeguato al suo sistema economico, limita

Volendo quindi rappresentare tale modello in base ai noti schemi utilizzati dalla dottrina economica, pare fondatamente sostenibile che lo stesso abbia delineato uno schema E(1) T(r) E(t), dove:

E(1) rappresenta una deduzione limitata in cifra assoluta dei contributi;

T(r) indica una tassazione sostanzialmente in via ordinaria dei redditi prodotti nella fase di accumulazione;

E(t) significa che una parte delle prestazioni pensionistiche è esente, in corrispondenza dei rendimenti finanziari già tassati, e la restante parte viene tassata, ma non in via ordinaria, quanto piuttosto mediante l'applicazione di un'imposta sostitutiva con aliquota estremamente ridotta (15 per cento che può ridursi fino al 9 per cento).

Il modello sopra illustrato accorda un regime impositivo particolarmente favorevole decisamente non in linea con il trattamento generalmente previsto per i redditi da pensione e non rispondente ad alcuna logica, né economica né giuridica, se non allo scopo di natura eminentemente politica di agevolare, sotto il profilo impositivo, la previdenza complementare.

Alla luce di tali considerazioni pare dunque ragionevole ritenere che il sistema di previdenza complementare così come delineato dal richiamato D.Lgs. n. 252/2005 si ponga effettivamente in contrasto con gli obiettivi auspicati dalla Commissione Europea in termini di raggiungimento di una maggiore integrazione del regime del risparmio previdenziale. Si veda in tal senso G. Cottani, *La nuova disciplina dei diritti e delle prestazioni di previdenza complementare*, in *Previdenza complementare e disciplina fiscale*, a cura di F. Marchetti - M. Marè, Bologna, 2009, pag. 272; F. Marchetti, *La deducibilità fiscale dei contributi alla previdenza complementare: disciplina generale*, (Commento all'art. 8 D.Lgs. 252/2005 - *La nuova disciplina della previdenza complementare*), in *Le nuove leggi commentate*, Milano, 2007

²³² Comunicazione n.134 del 11 maggio 1999 della Commissione europea.

fortemente l'intervento comunitario in materia di previdenza complementare. Un'armonizzazione comunitaria delle norme di previdenza complementare, delle agevolazioni fiscali ad esse connesse e della disciplina in materia di libera circolazione dei capitali è resa oggi difficile dalla ripartizione di competenze tra le istituzioni dell'Unione europea e i singoli Stati membri, nonché dalle procedure di decisione per l'adozione di atti normativi comunitari in materia tributaria e di previdenza sociale.

In questa maniera, uno schema di previdenza complementare adottato in uno Stato membro difficilmente avrà gli stessi requisiti per accedere ad un trattamento fiscale agevolato garantito allo schema dell'altro Stato. Di conseguenza i lavoratori che si spostano da uno Stato all'altro non potranno che aderire allo schema pensionistico complementare del Paese in cui si spostano se vogliono godere dei privilegi fiscali per queste forme di previdenza accordati.

In effetti, la circostanza per cui le diversità negli schemi di previdenza complementare adottati dai singoli Stati membri possano notevolmente compromettere l'esercizio delle libertà fondamentali²³³ garantite dal diritto comunitario appare evidente laddove si consideri la situazione di un lavoratore che si sposta da uno Stato in cui trova applicazione un modello previdenziale riconducibile allo schema EET ad un altro Stato che applica il sistema TEE.

In tal caso, infatti, il trasferimento²³⁴ dell'iscritto potrà generare tanto fenomeni di doppia imposizione quanto fenomeni di non tassazione.

La scelta di riservare, infatti, ad un iscritto un regime fiscale di favore in una data fase, si fonda, infatti, sul presupposto del rinvio della tassazione in una data successiva (la concessione del vantaggio fiscale della deduzione dei contributi, a titolo di esempio, è correlata alla successiva

²³³ Nel senso che le disposizioni che anciscono le libertà economiche fondamentali costituiscano specificazione del principio di "non discriminazione" è schierata la dottrina maggioritaria, si veda ex pluris, G. Melis, *Libertà di circolazione dei lavoratori, libertà di stabilimento e principio di non discriminazione nell'imposizione diretta: note sistematiche sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in Rass. Trib., 2000, pag. 1161.

²³⁴ Cfr. G. Melis, *Profili sistematici del "trasferimento" della residenza fiscale delle società*, in Dir. e prat. trib. int., 2004, pag.13.

tassazione delle prestazioni, lontana nel tempo dalla prima). Il trasferimento di un iscritto da uno Stato ad un altro modifica tale simmetria con effetti ora favorevoli ora sfavorevoli per l'iscritto.

In termini più generali, occorre rilevare come gli ostacoli di natura fiscale che possono pregiudicare la realizzazione di un sistema omogeneo di previdenza complementare possono riguardare tutte e tre le fasi in cui generalmente si articolano gli schemi pensionistici, vale a dire:

- (i) la fase della contribuzione, in tutti i casi in cui la deducibilità dei contributi o altra agevolazione accordata ai fondi pensione residenti non sia parimenti riconosciuta in caso di adesione a fondi pensione non residenti;
- (ii) la fase dell'accumulazione, in tutti i casi in cui l'imposizione applicata ai fondi pensione sui rendimenti degli investimenti, e per la quale non siano previsti rimborsi nei confronti dei non residenti, limiti la competitività degli stessi nei confronti di analoghe istituzioni residenti in paesi in cui per tale fase non sia prevista l'applicazione di alcuna imposta;
- (iii) la fase della prestazione, nei casi in cui il paese della fonte e quello della residenza non si accordino circa l'attribuzione della potestà impositiva generando conseguentemente fenomeni di doppia imposizione.

Il dibattito che ne è derivato sulla regolamentazione della previdenza integrativa a livello comunitario ha quindi avuto fondamentalmente ad oggetto i seguenti principi:

1) la garanzia di un libero mercato di capitali dei fondi pensione, con conseguente possibilità di gestione transfrontaliera, rispettando i principini materia di libertà di prestazione dei servizi e di stabilimento all'interno dei Paesi dell'Unione europea;

2) la garanzia di una sostanziale libertà di spostamento dei lavoratori da un Paese all'altro dell'Unione europea, rimuovendo gli ostacoli giuridici

che la impediscono, primo su tutti l'assenza di una tutela dei diritti già acquisiti presso u regime di previdenza complementare;

3) la parità di trattamento fiscale verso forme previdenziali offerte da istituzioni situate in altri Stati membri, questione strettamente connessa ai primi due punti.

Lo scenario delineato evidenzia, pertanto, l'esistenza di una situazione particolarmente complessa, generata principalmente dalla mancata applicazione, nei diversi Stati membri, del principio di reciproco riconoscimento dei sistemi pensionistici complementari e dei regimi fiscali ad essi applicabili²³⁵.

Nel successivo paragrafo, quindi, ci soffermeremo sulla analisi della giurisprudenza della Corte di Giustizia che più volte è intervenuta in materia, in particolare focalizzando la nostra attenzione sulle censure al trattamento discriminatorio di deducibilità dei contributi versati in un altro Stato membro²³⁶.

²³⁶ Pur non costituendo oggetto della nostra indagine, accenniamo solo brevemente in questa sede al diverso problema degli ostacoli fiscali che riguardano gli investimenti che i fondi pensione effettuano negli Stati in cui non sono residenti. In questi ultimi, i rendimenti finanziari dei fondi pensione residenti sono esentasse o al limite assoggettati ad un'aliquota agevolata rispetto a quella normalmente applicata. Lo stesso trattamento è invece escluso per investimenti di fondi pensione esteri i quali rimangono assoggettato alle normali norme impositive previste per la generalità dei rendimenti finanziari. Ancora una volta viene in sostanza negata o quanto meno limitata la libertà di effettuare investimenti transfrontalieri da parte dei fondi pensione.

In particolare per quanto riguarda l'Italia, il legislatore tributario ha solo recentemente abrogato la ritenuta dell'11% sugli utili corrisposti ai fondi pensione istituiti negli Stati UE e SEE. Fino all'emanazione di tale norma, la tassazione dei dividendi di fonte italiana discriminava fra (i) fondi pensione di diritto italiano e (ii) fondi pensione di diritto estero:

– i primi non erano (come ancora non sono) soggetti ad alcuna ritenuta, con il risultato che i dividendi di cui trattasi rientra(va)no nel risultato netto maturato della gestione, soggetto a imposta sostitutiva con aliquota dell'11%;

– i secondi erano invece soggetti alla ritenuta prevista dall'art. 27, terzo comma, del D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600 per gli azionisti non residenti nella misura del 27%, ancorché suscettibile di rimborso dei quattro noni, o alternativamente ridotta in base alle Convenzioni eventualmente applicabili.

Il fatto che l'imposizione italiana gravasse maggiormente sui dividendi versati ai fondi pensione esteri, aveva due conseguenze: da un lato, dissuadeva tali fondi dall'investire in società italiane; dall'altro, rendeva più difficile per le società italiane attirare i capitali dei fondi pensione esteri. La maggiore tassazione dei fondi pensione esteri comportava pertanto una restrizione della libera circolazione dei capitali. Conseguenza necessaria di tale situazione fu quindi la procedura d'infrazione comunitaria n. 2006/4094 (distribuzione di dividendi a fondi pensione stabiliti in altri Stati membri). La Commissione inviò prima

2.3.1 In particolare: la questione della deducibilità dei contributi previdenziali versati in un altro Stato Membro

Come già rilevato dalla Commissione europea nel 2001²³⁷, è sempre più frequente che un contribuente comunitario inizi la propria attività lavorativa nello Stato di residenza, ivi versando i contributi previdenziali,

la lettera di costituzione in mora e poi il parere motivato; non si arrivò al deferimento alla Corte di giustizia, perché nel frattempo l'Italia adeguò la propria normativa: la procedura si chiuse quindi in data 8 ottobre 2009. L'adeguamento normativo era infatti intervenuto con la legge Comunitaria 2008 (legge 7 luglio 2009 n. 88), il cui art. 24, commi da 1 a 3, aveva disposto la sostituzione dell'art. 27, terzo comma, del D.P.R., n. 600/1973, al fine di includervi la riduzione all'11% dell'aliquota della ritenuta sugli utili corrisposti ai fondi pensione istituiti negli Stati membri dell'Unione europea e negli Stati aderenti all'Accordo sullo spazio economico europeo inclusi nella lista di cui al decreto del Ministro dell'economia e delle finanze emanato ai sensi dell'art. 168- *bis* del T.U.I.R.. La recente Manovra-bis 2011 ha stabilito che le «ritenute, le imposte sostitutive sugli interessi, premi e ogni altro provento di cui all'articolo 44 del decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n. 917 e sui redditi diversi di cui all'articolo 67, comma 1, lettere da *c-bis*) a *c-quinquies*), del medesimo decreto, ovunque ricorrano, sono stabilite nella misura del 20 per cento». Dopo aver previsto la conservazione della previgente aliquota del 12,5% per titoli di stato ed equiparati (nonché per «piani di risparmio a lungo termine appositamente istituiti»), la norma fa altresì salvo il «risultato netto maturato delle forme di previdenza complementare di cui al decreto legislativo 5 dicembre 2005, n. 252».

I dividendi rientrano nella fattispecie dei proventi di cui all'art. 44 del T.U.I.R.: tutte le ritenute sugli stessi sono quindi, in linea di principio, convergenti all'aliquota del 20%. Non rientrando la fattispecie dei fondi pensione europei fra quelle che il legislatore ha ritenuto meritevoli di deroga, non resta che concludere per uno svuotamento (dato che la norma persiste) della disposizione della Legge Comunitaria 2008 che aveva ridotto all'11% l'aliquota della ritenuta sugli utili corrisposti ai fondi pensione istituiti negli Stati UE e SEE. Anzi, dal 1° gennaio 2012 i fondi pensione europei non potranno neppure richiedere il teorico rimborso dei quattro noni (ora di un quarto), dato che lo stesso resta comunque precluso. In assenza di correzioni, non è quindi azzardato preconizzare che - dal 1° gennaio 2012 - i fondi pensione europei presenteranno istanze di rimborso al Centro operativo di Pescara, per un importo pari al $20 - 11 = 9\%$ degli utili percepiti; ne seguirà verosimilmente un lungo contenzioso, con rinvio finale alla Corte di giustizia (alla quale potrebbe arrivare anche una nuova procedura d'infrazione). In tal senso si veda M. Piazza, *Fisco più pesante sui guadagni di borsa*, in *Il Sole 24-ore* del 14 agosto 2011 e G. Ferranti, *I dividendi e i "capital gain" tra vecchia e nuova disciplina*, in *Corr. Trib.* n. 34/2011, pag. 2791 e ss..

Per una comparazione su un caso analogo si veda la recente sentenza relativa alla causa C-493/09 del 6 ottobre 2011 in cui Corte di Giustizia UE ha ritenuto discriminatoria nei confronti dei fondi pensione esteri la normativa portoghese, che prevede una ritenuta del 20% sui dividendi corrisposti a non residenti, mentre i fondi pensione portoghesi (in alcune ipotesi) non scontano alcuna tassazione sugli utili percepiti. Cfr. M. Gusmeroli, *La Corte UE condanna la discriminazione dei fondi pensione europei*, in *Corr. Trib.*, n. 48/2011, pag. 4026 e ss.

²³⁷ Comunicazione 2001(214) del 19 aprile 2001.

per poi continuarla in un altro Stato membro o viceversa; in tali casi, scegliendo di sovente – per ragioni di opportunità - il lavoratore trasferito di continuare a versare i contributi previdenziali nel primo Stato di occupazione, si pone un problema di deducibilità dei contributi previdenziali in uno Stato diverso da quello di residenza.

Il problema esiste ed è causato dalla mancata applicazione negli Stati membri del principio del reciproco riconoscimento dei sistemi pensionistici complementari e delle norme fiscali che li caratterizzano.

Pertanto, tutti gli Stati membri dell'Unione europea dovrebbero ammettere, anche in mancanza di una normativa locale di recepimento della citata direttiva, la deduzione, dal reddito complessivo, dei contributi e premi versati sia da soggetti residenti che non.

L'indeducibilità dei contributi può, infatti, determinare la violazione di diverse libertà fondamentali. In primo luogo tale indeducibilità è destinata a colpire il contraente di uno Stato membro che si sia trasferito temporaneamente in altro Stato dell'Unione e intenda proseguire a versare i contributi al fondo pensione situato nello Stato di origine; è di tutta evidenza come in siffatta ipotesi l'indeducibilità dei contributi (o premi) ridurrà l'entità della futura prestazione. Ciò genererebbe, come si è già avuto modo di osservare, una violazione ai fondamentali principi di libertà di circolazione dei lavoratori, dei capitali e di stabilimento statuiti dal TFUE.

In una seconda configurazione l'indeducibilità non potrà che disincentivare l'adesione a fondi pensione esteri con conseguente ostacolo alla libera prestazione di servizi da parte di operatori economici residenti in altro Stato dell'Unione, in violazione, quindi, all'art. 56 del TFUE.

Le istituzioni comunitarie ed, in particolare, la Commissione e la Corte di Giustizia²³⁸, hanno cercato di arginare in qualche misura i rischi connessi a tale situazione.

La Commissione europea, nella Comunicazione (2001)214 del 19 aprile 2001, concernente “*L’eliminazione degli ostacoli fiscali all’erogazione transfrontaliera di pensioni aziendali e professionali*”, ha evidenziato che diversi Stati membri non estendono gli sgravi fiscali previsti a livello nazionale anche ai contributi versati ad enti pensionistici aventi sede in altri Stati membri e che alcuni condizionano gli sgravi a requisiti diversi da quelli applicabili ai regimi nazionali, ponendosi evidentemente in contrasto con gli articoli del TFUE che proibiscono le discriminazioni fondate sulla nazionalità, il trattamento diseguale ed altre restrizioni della libera circolazione dei lavoratori, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi.

Inoltre, secondo costante giurisprudenza della Corte di Giustizia²³⁹, se è pur vero che la materia delle imposte dirette rientra nella competenza degli Stati membri, questi ultimi devono tuttavia esercitare tale competenza nel rispetto del diritto comunitario²⁴⁰.

In particolare, in tema di divieto di deducibilità dei contributi previdenziali versati in un altro Stato membro, la Corte di Giustizia, nell’ultimo ventennio, ha prodotto una copiosa giurisprudenza, da cui è possibile trarre interessanti elementi di riflessione sia con riguardo al profilo della compatibilità di tale divieto con le libertà fondamentali sancite

²³⁸ Cfr. P. Adonnino, *Il principio di non discriminazione nei rapporti tributari fra Paesi membri secondo le norme della CEE e la giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in Riv.dir.fin.sc.fin, 1993, pag. 63.

²³⁹ Corte di Giustizia, sentenze, 11 agosto 2005, causa C-80/94, *Wielockx*, (punto 16); 16 luglio 1998, causa C-264/96, *ICI*, (punto 19); 28 aprile 1999, causa C-311/1997, *Royal Bank of Scotland*, (punto 19); 6 giugno 2000, causa C-35/98, *Verkooijen*,(punto 32); 3 ottobre 2002, causa C-136/00, *Danner*, (punto 28); 5 luglio 2007, causa C-522/04, *Commissione c/ Belgio*,(punto 35).

²⁴⁰ Come è noto, infatti, il Trattato di Roma è privo di una specifica regolamentazione del fenomeno dell’imposizione diretta, sia con riferimento alla sua armonizzazione, sia con riferimento al rispetto del principio di non discriminazione.

dal Trattato sia in relazione alle cause di giustificazione invocabili dalle singole discipline tributarie nazionali²⁴¹.

A tal fine, volendo ripercorrere ed analizzando l'*excursus* storico della giurisprudenza della Corte in tema di libertà incise dal divieto di deducibilità dei contributi versati in un altro Stato membro, si è passati dapprima dalla censura del trattamento discriminatorio sulla base della violazione della libertà di prestazione dei servizi, di cui all'art. 56 Trattato²⁴² e, dunque, avendo riguardo alla posizione degli enti previdenziali; successivamente, con riferimento alla posizione dei lavori transfrontalieri, la censura delle discipline nazionali recanti un trattamento discriminatorio in punto di deducibilità fiscale dei contributi previdenziali versati in un altro Stato membro è stata sancita anche in relazione alla violazione della libertà di circolazione dei lavoratori (art. 45 Trattato²⁴³), della libertà di stabilimento (art. 49 Trattato²⁴⁴) e sotto il profilo della violazione della libertà di movimento dei capitali (art. 63 Trattato²⁴⁵).

²⁴¹ A tal fine va considerato che le esigenze di natura economica e fiscale non rientrano di per sè sole nel novero delle giustificazioni.

²⁴² Art. 56 TFUE *“Nel quadro delle disposizioni seguenti, le restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno della Comunità sono vietate nei confronti dei cittadini degli Stati membri stabiliti in un paese della Comunità che non sia quello del destinatario della prestazione”*.

²⁴³ Art. 45 TFUE *“La libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità è assicurata. Essa implica l'abolizione di qualsiasi discriminazione, fondata sulla nazionalità, tra i lavoratori degli Stati membri, per quanto riguarda l'impiego, la retribuzione e le altre condizioni di lavoro”*.

²⁴⁴ Art. 49 TFUE: *“Nel quadro delle disposizioni che seguono, le restrizioni alla libertà di stabilimento dei cittadini di uno Stato membro nel territorio di un altro Stato membro vengono gradatamente soppresse durante il periodo transitorio. Tale graduale soppressione si estende altresì alle restrizioni relative all'apertura di agenzie, succursali o filiali, da parte dei cittadini di uno Stato membro stabiliti sul territorio di uno Stato membro. La libertà di stabilimento importa l'accesso alle attività non salariate e al loro esercizio, nonché la costituzione e gestione di imprese e in particolare di società ai sensi dell'art. 48 comma 2, alle condizioni definite dalla legislazione del Paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini, fatte salve le disposizioni del capo relativo ai capitali”*.

²⁴⁵ Art. 63 TFUE *“Nell'ambito delle disposizioni previste dal presente capo sono vietate tutte le restrizioni ai movimenti di capitali tra Stati membri, nonché tra Stati membri e paesi terzi. Nell'ambito delle disposizioni previste dal presente capo sono vietate tutte le restrizioni sui pagamenti tra Stati membri, nonché tra Stati membri e paesi terzi”*.

2.3.2 I limiti alla deducibilità dei contributi previdenziali versati all'estero nella giurisprudenza della Corte di Giustizia e le cause di giustificazione

La casistica esaminata dalla Corte di Giustizia con riferimento ai quattro principi fondamentali enunciati dal Trattato (libertà di circolazione dei lavoratori, di stabilimento, di prestazione dei servizi e di movimenti dei capitali) offre numerose combinazioni tra di essi²⁴⁶.

Occorre tuttavia premettere come non tutte le pronunzie della Corte di Giustizia hanno ravvisato nelle questioni oggetto di remissione motivo di censura, talvolta ravvisando, in presenza di una situazione discriminatoria, quegli elementi di giustificazione contemplati dall'art. 52 del Trattato²⁴⁷. A tale ultimo riguardo, occorre in ogni caso verificare la cosiddetta *rules of reason*²⁴⁸ che impone di verificare i) se le misure discriminatorie adottate siano giustificate da ragioni imperative di interesse generale; ii) siano adeguate e iii) proporzionate allo scopo stabilito.

Volendo ripercorrere l'iter della giurisprudenza della Corte di Giustizia della Comunità europea in tema di deducibilità dei contributi a schemi pensionistici volontari ed alle sue cause di giustificazione, è necessario partire dalla storica pronuncia emessa nelle cause riunite *Bachmann*²⁴⁹ e *Commissione c. Belgio*²⁵⁰ del 1992 relativa alla disposizione della legislazione belga che consentiva la deduzione dei contributi di assicurazione non obbligatoria contro la malattia e l'invalidità, solo se corrisposti ad un ente mutualistico riconosciuto dal Belgio e dei contributi d'assicurazione contro la vecchiaia e la morte prematura purchè versati in

²⁴⁶Per un approfondito esame in merito si rinvia a G. Melis, *I redditi di lavoro dipendente e il diritto comunitario*, in *La mobilità transnazionale del lavoratore dipendente: profili tributari*, Padova, 2006, pag. 19.

²⁴⁷ Art. 52 Trattato UE: "*Le prescrizioni del presente capo e le misure adottate in virtù di quest'ultime lasciano impregiudicata l'applicabilità delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative che prevedano un regime particolare per i cittadini stranieri e che siano giustificate da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza e di sanità pubblica*".

²⁴⁸ Vedi Corte di Giustizia 31 marzo 1993, C-19/92.

²⁴⁹ Corte di Giustizia, sentenza 28 gennaio 1992, causa C-204/90, *Bachmann*.

²⁵⁰ Corte di Giustizia, sentenza 28 gennaio 1992, causa C-300/90, *Commissione c/ Belgio*.

Belgio, in cui, accanto al profilo della violazione della libertà di prestazione dei servizi dal punto di vista delle compagnie di assicurazione, la Corte rileva, altresì, la violazione della libertà di circolazione dei lavoratori²⁵¹.

Tale restrizione derivava dalla circostanza che i cittadini di un altro Stato membro che avevano lavorato in Belgio e pagato i contributi necessariamente alle imprese belghe sarebbero stati penalizzati una volta cessata la loro attività lavorativa in Belgio.

La Corte stabilì che *“in genere, sono i cittadini degli altri Stati membri quelli che, dopo aver occupato un impiego in Belgio, fanno ritorno nel loro Stato d’origine, in cui le somme dovute dagli assicuratori sono soggette ad imposte, e che non possono quindi compensare l’impossibilità di detrarre contributi, sul piano fiscale, con l’assenza di imposte sulle somme dovute dagli assicuratori. È innegabile che quest’inconveniente è dovuto alla mancanza d’armonizzazione delle legislazioni fiscali degli Stati membri, ma l’armonizzazione stessa non può essere eretta a presupposto per l’applicazione dell’articolo 48 del Trattato”*²⁵².

Con specifico riferimento alla sentenza *Bachmann*, i giudici riconobbero al Belgio la possibilità di non ammettere in deduzione i premi versati a società assicurative non residenti al fine di tutelare il superiore principio della coesione del sistema domestico belga, giustificando per la prima volta l’indeducibilità sulla base del principio di coerenza. Nel caso di specie, infatti, la Corte doveva analizzare un sistema effettivamente coerente, ma con regole opposte e simmetriche per operatori residenti e non.

Infatti, mentre nel caso di uno schema pensionistico stipulato con un’impresa residente il contribuente aveva diritto alla deduzione dei premi ed era tassato successivamente sulla pensione ricevuta in base al modello EET, nel caso di un’impresa assicuratrice non residente e priva di una

²⁵¹ Si veda in tal senso G. Melis, *I redditi di lavoro dipendente e il diritto comunitario*, in *La mobilità transnazionale del lavoratore dipendente: profili tributari*, Padova, 2006, pag. 19.

²⁵² Corte di Giustizia, sentenze 28 gennaio 1992, causa C-204/90, *Bachmann*, (punto 11) e 28 gennaio 1992, causa C-300/90, *Commissione c/ Belgio*, (punto 9).

stabile organizzazione in Belgio non vi era possibilità di deduzione delle somme versate, ma la pensione era esente (modello TEE).

In altre parole, la legislazione domestica belga applicava due diversi sistemi, rispettivamente, EET e TEE a seconda che l'impresa assicuratrice fosse o meno residente in Belgio, ancorchè entrambi i sistemi determinavano un solo livello di tassazione delle somme versate.

La conclusione dei giudici comunitari è stata nel riconoscere l'esistenza di una lesione sia della libertà di circolazione dei lavoratori, sia della libertà di prestazione dei servizi²⁵³, ma giustificata dall'esigenza di salvaguardare la coerenza fiscale del sistema.

Tuttavia, secondo autorevole dottrina²⁵⁴, tale giustificazione non può risolversi in una mera giustapposizione di vantaggi e svantaggi fiscali che si compensino quantitativamente a vicenda, ma piuttosto nell'eliminazione di asimmetrie, contraddizioni, lacune o antinomie. La relazione tra deducibilità – imponibilità deve fondarsi sull'identità dei profili oggettivi e soggettivi: avvenendo nell'ambito dello stesso tributo e in relazione al medesimo soggetto passivo nonché sullo stesso piano delle fonti normative.

Solo a queste condizioni può essere invocato il principio della coerenza del sistema fiscale interno quale giustificazione di trattamenti discriminatori ovvero di superamento del divieto di restrizione.

La stessa Corte ha, invece, ritenuto che una previsione recante il divieto di deducibilità dei contributi previdenziali versati in un altro Stato membro non fosse censurabile sotto il profilo della libertà di movimento dei capitali. Ciò in quanto – argomenta la Corte²⁵⁵ - *“l'art. 67²⁵⁶ non vieta le restrizioni che non riguardano i trasferimenti di capitali, ma che sono la conseguenza indiretta di restrizioni riguardanti altre libertà fondamentali,*

²⁵³ Cfr. P. Pistone, *La non discriminazione anche nel settore dell'imposizione diretta: intervento della Corte di Giustizia*, Dir.prat.trib., 1995, pag.1471.

²⁵⁴ P. Puri, *Il lavoratore transfrontaliero e la previdenza complementare*, in *La mobilità transnazionale del lavoratore dipendente: profili tributari*, Padova, 2006.

²⁵⁵ Corte di Giustizia, sentenze 28 gennaio 1992, causa C-204/90, *Bachmann*, (punto 34).

²⁵⁶ Attuale art. 63 Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea

e, d'altra parte, che disposizioni del tipo di quelle contemplate nella causa principale non impediscono il pagamento dei contributi d'assicurazione dovuti ad assicuratori stabiliti in un altro Stato membro, né vietano che questo pagamento possa essere effettuato nella moneta dello Stato membro in cui è stabilita l'assicuratore".

Tale argomento non è stato ripreso dalla giurisprudenza più recente della Corte di Giustizia in materia la quale, seppur investita dalla questione dai ricorrenti²⁵⁷, ha esaminato la normativa nazionale solo con riguardo alla violazione della libertà di prestazione di servizi, nonché delle libertà di circolazione dei lavoratori e di stabilimento²⁵⁸.

L'impostazione della sentenza Bachmann in tema di coerenza fiscale²⁵⁹ è stata tuttavia superata nel caso *Wielockx*²⁶⁰ in cui la Corte di Giustizia ha rivisto la propria posizione, inquadrando il principio di coerenza del sistema fiscale nell'ambito degli accordi internazionali, la cui reciprocità consente di superare l'argomentazione fondata sulla specifica correlazione tra deduzione e tassazione per guardare al fenomeno complessivamente considerato. L'esistenza della convenzione bilaterale consente, quindi, di assicurare quella coerenza fiscale altrimenti

²⁵⁷ Ricorso della Commissione delle Comunità europee contro il Regno di Danimarca, proposto il 23 marzo 2004 (Causa C-150/04). In tale sede, la Commissione europea ha rilevato come *"il requisito che gli enti previdenziali siano stabiliti in Danimarca come condizione perché l'assicurato possa ottenere agevolazioni fiscali impedirà agli assicurati di aderire a regimi pensionistici di enti previdenziali stabiliti in altri Stati membri. Le norme danesi comportano così un ostacolo alla libera circolazione dei capitali in forma di contributi e versamenti in relazione ai regimi pensionistici"*.

²⁵⁸ In ogni caso, spunti interessanti per verificare se una disciplina nazionale che non consenta la deducibilità dei contributi previdenziali in un altro Stato membro violi la libertà di movimento dei capitali possono essere tratti dalle posizioni espresse dagli Avvocati generali nelle conclusioni relative ai casi *Safir* e *Commissione c/Danimarca*. In tali pronunce gli Avvocati generali concludono nel senso che una disciplina nazionale che non consenta la deducibilità dei contributi previdenziali versati in un altro Stato membro non integri una violazione "diretta" della libertà di circolazione dei capitali, configurandosi in tale ipotesi non un'autonoma censura, bensì una conseguenza della violazione delle altre libertà sancite dal Trattato.

²⁵⁹ Cfr. N. Raggi, *Il principio della coerenza fiscale non si applica? Tutta colpa delle convenzioni per evitare le doppie imposizioni*; in *Dir. e Prat. Trib.*, II, 2004, pag. 271.

²⁶⁰ Corte di Giustizia, Sentenza 11 agosto 1995, C-80/94, *Wielockx*.

pregiudicata da una visione operata da una prospettiva meramente interna²⁶¹.

Tale principio è stato riaffermato nella successiva sentenza *Danner*²⁶², in cui i supremi giudici comunitari hanno ulteriormente negato l'applicazione delle conclusioni raggiunti nelle sentenze *Bachmann* e *Commissione c/ Belgio*, in quanto queste ultime si basavano sulla constatazione che, ai sensi della legge belga, esisteva un legame diretto tra la deducibilità dei contributi e l'imponibilità delle somme versate dagli assicuratori.

In tale pronuncia, la Corte ha qualificato la limitazione della deducibilità, ai fini dell'imposta sul reddito, dei contributi all'assicurazione volontaria contro la vecchiaia versati a soggetti erogatori di prestazioni pensionistiche stabiliti in altri Stati membri in termini di lesione della libertà di prestazione di servizi, sul presupposto che i contributi versati da un soggetto costituiscono il corrispettivo economico della pensione che gli sarà corrisposta quando egli cesserà di esercitare la sua attività e, quindi, gli stessi contributi hanno “*indubbiamente carattere retributivo*” nei confronti dell'ente previdenziale che erogherà la pensione.

La legislazione interna finlandese prevede che i versamenti a schemi pensionistici obbligatori, sia finlandesi che stranieri sono integralmente deducibili, mentre i versamenti a schemi pensionistici complementare presentano un regime differenziato a seconda che vengano effettuati a favore di un soggetto finlandese o straniero. In particolare mentre i contributi versati a un operatore finlandese sono sempre deducibili, quelli a un'entità non residente sono deducibili solo qualora questa abbia una stabile organizzazione in Finlandia.

²⁶¹ G. Melis, *I redditi di lavoro dipendente e il diritto comunitario*, in *La mobilità transnazionale del lavoratore dipendente: profili tributari*, Padova, 2006.

²⁶² Corte di Giustizia, sentenza 3 ottobre 2002, causa C-136/00, *Danner*. La fattispecie all'esame della Corte trae origine da una controversia tra il Sig. Danner, medico in possesso della cittadinanza tedesca e finlandese, e l'amministrazione finanziaria finlandese per il diniego di quest'ultima di consentire l'integrale deduzione al Sig. Danner, residente in Finlandia, dei contributi previdenziali obbligatori versati a due enti previdenziali tedeschi.

Nella controversia oggetto della sentenza *Danner* non esisteva quindi un legame diretto tra la deducibilità dei contributi assicurativi e l'assoggettamento ad imposta delle pensioni versate dall'assicuratore, in quanto nel sistema fiscale finlandese le pensioni erogate dagli enti previdenziali esteri alle persone residenti sono assoggettate ad imposta indipendentemente dal fatto che i contributi assicurativi versati per la costituzione di tali pensioni siano stati dedotti o meno dai redditi imponibili dei beneficiari di queste ultime²⁶³.

Nel caso in oggetto quindi i giudici comunitari hanno pertanto affermato che negare la deduzione dei contributi versati a schemi pensionistici complementari non residenti assoggettando contestualmente a imposta le prestazioni pensionistiche complementari costituisce violazione dell'art. 49 del Trattato in tema di libera prestazione di servizi, atteso che si genera una disparità non compatibile con il diritto comunitario.

In relazione al principio di libertà di stabilimento, la Corte ha, inoltre, ripetutamente affermato che le disposizioni in tema di detto principio, anche se, mirino in special modo ad assicurare il beneficio della disciplina nazionale dello Stato membro ospitante, ostano parimenti a che lo Stato membro di origine ostacoli lo stabilimento in un altro Stato membro di un proprio cittadino o di una società costituita secondo la propria legislazione²⁶⁴.

Restrizioni vietate dagli artt. 49 e 56 del Trattato esistono, in particolare, quando disposizioni fiscali di uno Stato membro che si applicano ad attività economiche oltre frontiera sono meno vantaggiose di quelle che si applicano ad un'attività economica esercitata all'interno dei confini di tale Stato membro.

²⁶³ La Corte rileva che, se il sig. Danner continua a risiedere in Finlandia, le pensioni che gli verranno erogate dagli enti previdenziali tedeschi saranno assoggettate all'imposta sul reddito nel detto Stato membro, benché egli non abbia avuto diritto di dedurre i contributi versati a questi ultimi.

²⁶⁴ Corte di Giustizia, sentenze 13 aprile 2000, causa C-251/98, *Baars*; 11 marzo 2004, causa C-9/02, *de Lasteyrie du Saillant*; 5 luglio 2007, causa C-522/04, *Commissione c/ Belgio*.

Nella sentenza *Filipiak*²⁶⁵, la Corte di Giustizia ha ritenuto non conforme al diritto comunitario una disposizione per cui un contribuente polacco che esercitava la propria attività economica quale socio di una società di persone con sede in uno Stato membro diverso dalla Repubblica di Polonia (precisamente nei Paesi Bassi) ed era ivi soggetto al pagamento dei contributi previdenziali e di assicurazione malattia obbligatoria, non poteva portare in deduzione dalla propria base imponibile l'importo di tali contributi. Una siffatta normativa – a parere della Corte – pone in essere una disparità di trattamento tra contribuenti residenti, a seconda che i contributi previdenziali deducibili dalla base imponibile in Polonia siano stati versati o meno nell'ambito dei regimi nazionali obbligatori previdenziali²⁶⁶. Di conseguenza, il rifiuto di concedere al contribuente residente il diritto di dedurre dalla base imponibile in Polonia l'importo dei contributi obbligatori previdenziali versati in un altro Stato membro “*può dissuadere tale contribuente dall'esercizio delle libertà di stabilimento e di prestazione di servizi sancite dagli artt. 49 e 56 TFUE, e costituisce una restrizione a tali libertà*”²⁶⁷.

Recentemente, a conferma di come l'integrazione comunitaria sia un inderogabile obiettivo istituzionale dove le persone si spostano senza limitazioni e si ottiene libero accesso a servizi di operatori stranieri non stabiliti nello Stato del percettore della prestazione, i giudici comunitari hanno ribadito come non sia possibile addurre ragioni di coerenza fiscale

²⁶⁵ Corte di Giustizia, sentenza 19 novembre 2009, causa C-314/08, *Krzysztof Filipiak*, (punto 62).

²⁶⁶ Corte di Giustizia, sentenza 19 novembre 2009, causa C-314/08, *Krzysztof Filipiak*. In particolare, argomenta la Corte, “*ogni contribuente residente in Polonia, ma che esercita la sua attività economica in un altro Stato membro nel quale è soggetto a regimi di previdenza sociale e di assicurazione malattia obbligatori, non potrà, in Polonia, dedurre l'importo dei contributi che versa dalla sua base imponibile o detrarlo dall'imposta dovuta. Egli sarà quindi trattato in maniera meno favorevole rispetto ad ogni altro contribuente residente in Polonia, ma che limiti la sua attività economica all'interno dei confini di questo Stato, versando i suoi contributi obbligatori previdenziali e di assicurazione malattia al competente organismo pubblico polacco*”.

²⁶⁷ Corte di Giustizia, sentenza 19 novembre 2009, causa C-314/08, *Krzysztof Filipiak*, (punto 71).

per limitare i danni prodotti all'erario dall'esercizio delle libertà fondamentali.

In particolare, nella sentenza *Commissione c/ Danimarca*²⁶⁸, la Corte ha, ulteriormente, evidenziato come il subordinare la deducibilità dei contributi previdenziali alla circostanza che l'ente previdenziale sia residente contrasta con i principi di libera circolazione dei lavoratori, di libertà di stabilimento e di libertà di prestazione di servizi²⁶⁹ di cui agli art. 45, 49 e 56 del Trattato.

La fattispecie esaminata dalla Corte era stata sollevata da un soggetto residente in Danimarca la cui disciplina fiscale non consentiva la deduzione dei contributi versati a favore di una forma pensionistica complementare situata in altro Stato Membro. In particolare tale norma prevedeva il diritto di dedurre e il diritto di escludere i contributi versati unicamente nel caso in cui essi vengano corrisposti sulla base di contratti conclusi con enti previdenziali stabiliti in Danimarca, laddove nessuna analogia agevolazione fiscale veniva riconosciuta per i contributi versati sulla base di contratti conclusi con enti previdenziali stabiliti in altri Stati membri.

Il governo danese, in punto di diritto, ha asserito che le restrizioni imposte con riguardo alla deducibilità dei contributi versati a enti previdenziali non residenti sarebbero giustificate da motivi di interesse generale, ovvero dalla necessità di garantire l'efficacia dei controlli fiscali e la coerenza del sistema fiscale interno.

²⁶⁸ Corte di Giustizia, sentenza 30 gennaio 2007, causa C-150/04, *Commissione c/ Danimarca*.

²⁶⁹ In tema di libera prestazione di servizi si veda inoltre la sentenza *Safir*, in cui la Corte, nell'osservare che l'assicurazione sulla vita costituisce un servizio ai sensi dell'art. 57 del vecchio Trattato CE, ha affermato che l'art. 49 del TCE esclude l'applicazione della legislazione nazionale la quale impedisce, senza una giustificazione oggettiva, ad un fornitore di tali servizi di esercitare effettivamente la libertà di prestarli. La Corte ha concluso che una norma svedese che, per compensare l'imposta sui rendimenti gravante sugli enti svedesi, imponeva il pagamento di una tassa alle persone che versano un premio a una compagnia di assicurazioni sulla vita non avente sede in Svezia, dissuadeva i cittadini dallo stipulare polizze assicurative con compagnie non aventi sede in Svezia e creava un ostacolo ingiustificato alla libertà di prestare servizi, contrario all'art. 49 del TCE.

Nel pronunciarsi sulla descritta questione, i giudici comunitari hanno dichiarato che la limitazione alla deducibilità dei contributi versati a enti previdenziali residenti all'estero, prevista dalla normativa danese, in quanto non può essere giustificata né sulla base di considerazioni attinenti l'efficacia dei controlli fiscali, né sulla base della necessità di garantire la coerenza del sistema fiscale interno, non è compatibile con il diritto comunitario.

Rileva, infatti, la Corte che l'elemento idoneo a pregiudicare la coerenza del sistema fiscale danese risiede nella possibilità che l'interessato trasferisca la propria residenza nel periodo compreso tra il momento del versamento dei contributi ad un regime pensionistico e quello dell'erogazione delle corrispondenti prestazioni e non tanto nel fatto che l'ente pensionistico sia ubicato in un altro Stato membro²⁷⁰.

Da tale conclusione la Corte fa discendere che *“solamente nel caso in cui il contribuente abbia trasferito, prima che le prestazioni assicurative siano giunte a scadenza, la propria residenza in un altro Stato membro, il Regno di Danimarca potrebbe incontrare difficoltà nel tassare le prestazioni erogate e solamente in tal caso risulterebbe, quindi, pregiudicata la coerenza del sistema fiscale danese in materia di pensioni private”*²⁷¹.

Andando a ritroso nell'analisi della giurisprudenza della Corte di Giustizia, risulta evidente come le giustificazioni che vengono suggerite per avallare la compatibilità con il diritto comunitario del divieto di deduzione di versamenti a pensione estere volontarie siano tendenzialmente ancorata a tre principi: a) la coerenza fiscale; b) l'efficienza del controllo fiscale e

²⁷⁰ Infatti, - argomenta la Corte - nel caso in cui un residente danese, che abbia stipulato un regime pensionistico presso un ente stabilito in Danimarca, beneficiando dei vantaggi fiscali sui contributi versati nell'ambito di tale regime e, successivamente, prima che le prestazioni giungano a scadenza, trasferisse la propria residenza in un altro Stato membro, il Regno di Danimarca si vedrebbe privato del potere di tassare le prestazioni corrispondenti ai contributi portati in deduzione. Corte di Giustizia, sentenza 30 gennaio 2007, causa C-150/04, *Commissione c/ Danimarca*, (punto 72).

²⁷¹ Corte di Giustizia, sentenza 30 gennaio 2007, causa C-150/04, *Commissione c/ Danimarca*, (punto 73).

della prevenzione all'evasione e c) la necessità di prevenire l'erosione della base imponibile.

Delle tre cause di giustificazione summenzionate, quella della "coerenza fiscale" di un determinato ordinamento costituisce una sorta di rielaborazione della causa di giustificazione relativa "alla perdita di gettito fiscale". Al riguardo, è stato osservato in dottrina che le decisioni della Corte di Giustizia in tema di coerenza del sistema fiscale si iscrivono pienamente nella logica del principio di non discriminazione, costituendone un'applicazione concreta²⁷².

Volendo perciò trarre alcune conclusioni in ordine alla compatibilità comunitaria dell'attuale disciplina interna della deducibilità dei contributi risulta chiaro come il principio di coerenza che si fonda sul legame fra la fase della contribuzione (in esenzione) e quella dell'erogazione della prestazione (tassata) non è sufficiente a giustificare un trattamento deteriore per il soggetto che versi i contributi previdenziali ad un ente "non riconosciuto" dall'ordinamento nazionale. In questo senso il divieto di non restrizione prevale sul principio di coerenza fiscale.

Il gran numero di pronunce emesse dalla Corte ha avuto come conseguenza il fatto di dare un forte impulso alla modificazione delle disposizioni interne ai sistemi tributari dei singoli Stati membri incompatibili con il Trattato, che sta pian piano contribuendo a scardinare quella resistenza degli Stati membri che è più di ostacolo al completamento del processo di armonizzazione²⁷³.

Le soluzioni avanzate dagli studiosi per far fronte a tali problemi sono essenzialmente due:

1) la predisposizione da parte della Commissione di norme e principi guida di armonizzazione tra le legislazioni in modo da favorire l'accordo degli Stati mediante stipula di Convenzioni internazionali contro

²⁷² S. Gianoncelli, *La coerenza fiscale e il principio di non discriminazione nella giurisprudenza comunitaria*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2003, pagg. 1965 e ss

²⁷³ Espressione mutuata da G. Melis, *I redditi di lavoro dipendente e il diritto comunitario*, in *La mobilità transnazionale del lavoratore dipendente: profili tributari*, Padova, 2006, pag. 31.

la doppia imposizione e l'elusione fiscale in materia di previdenza complementare. A tal fine, un vantaggio degli accordi bilaterali potrebbe, infatti, essere quello di prevedere norme di raccordo apposite e più adeguate per le peculiarità dei diversi sistemi pensionistici. D'altra parte, bisognerebbe tener conto che i tempi di negoziazione degli Stati sono assai lunghi e che il sorgere di più di cento convenzioni internazionali non garantisce un uguale trattamento dei lavoratori comunitari.

2) una legislazione di coordinamento a livello comunitario che permetta un reciproco riconoscimento degli schemi di previdenza complementare di tutti gli Stati membri, che detti norme in grado di prevenire la doppia imposizione fiscale e nello stesso tempo un buon livello di tassazione e che assicuri un efficiente scambio di informazioni tra le amministrazioni fiscali. La politica da adottare potrebbe essere non quella dell'armonizzazione fiscale (rea difficile dalla necessità di un consenso unanime in seno al Consiglio), ma di un coordinamento dei sistemi sulla scia del modello offerto dalle pensioni pubbliche di base²⁷⁴.

Ciò nonostante, sono purtroppo ancora evidenti le discrasie tra la volontà comunitaria di arrivare alla costruzione di un mercato unico a livello europeo dei fondi pensione e, dall'altro, l'esistenza di certi particolarismi di natura fiscale che ancora sopravvivono all'interno di ogni singolo paese. Ci si riferisce in particolare all'esistenza di regimi fiscali agevolativi (che sicuramente rappresentano un elemento essenziale per lo sviluppo della previdenza complementare) che sono subordinati al rispetto di regole rigide e che, di fatto, ne limitano il libero accesso²⁷⁵.

In definitiva, il maggior ostacolo alla mobilità transnazionale dei lavoratori è la scarsa apertura e la "miopia" degli Stati troppo attenti a disciplinare solo taluni aspetti e dimenticando il quadro di insieme. Le soluzioni sino ad ora offerte appaiono troppo settoriali; sarebbe, invece,

²⁷⁴ Si veda Regolamento 1408/1971.

²⁷⁵ Così G. Cottani, *La nuova disciplina dei diritti e delle prestazioni di previdenza complementare*, in *Previdenza complementare e disciplina fiscale*, a cura di F. Marchetti-M. Marè, Bologna, 2009, pag. 304.

opportuno che fosse predisposta una legislazione di coordinamento a livello comunitario che permetta un reciproco riconoscimento degli schemi di previdenza complementare di tutti gli Stati membri, che detti norme in grado di prevenire la doppia imposizione fiscale²⁷⁶.

2.3.3 Le soluzioni adottate dalle istituzioni Comunitarie e l'evoluzione della normativa italiana

Più volte la Commissione, analizzando la situazione europea in materia di previdenza sociale, ha affermato la necessità di rimuovere gli ostacoli di ordine economico, sociale e giuridico che impediscono ai lavoratori di godere a pieno delle fondamentali libertà garantite dal Trattato.

Per ciò che specificatamente attiene all'Italia, occorre ricordare che la Commissione, segnatamente, al fine di garantire la piena libertà di prestazione fra i diversi Stati membri ed assicurare la piena mobilità transfrontaliera dei lavoratori aveva avviato procedure d'infrazione sulle norme in materia di tassazione delle pensioni, nei confronti di otto Stati membri, ivi inclusa l'Italia: Belgio, Danimarca, Irlanda, Francia, Portogallo, Spagna e Regno Unito.

Segnatamente, la Commissione aveva formalmente invitato le autorità italiane a modificare la propria legislazione fiscale attribuendo ai contributi pensionistici versati a un fondo pensione di un altro Stato membro, il medesimo trattamento riservato ai contributi versati ai fondi nazionali. Tale richiesta era stata formulata sotto forma di "parere motivato". Il 5 febbraio 2003, quindi, la Commissione aveva inviato una prima richiesta di informazioni sotto forma di lettera di costituzione in mora, mentre una successiva richiesta di informazioni, inviata nel dicembre 2003, era rimasta disattesa.

²⁷⁶ F. Marchetti - I. Cherubini, *La previdenza complementare e le libertà fondamentali del Trattato sull'Unione Europea*, in Archivio CERADI, 2001.

Successivamente, l'Italia si è impegnata a modificare la propria legislazione interna al fine di allinearla a quella comunitaria a fronte della minaccia che la Commissione avrebbe potuto deferire la questione alla Corte di Giustizia qualora le autorità italiane non avessero risposto in modo soddisfacente entro il termine di due mesi .

Da tale contesto trae origine l'intervento operato con la Legge 27 dicembre 2006, n. 296 (Legge finanziaria 2007), che ha modificato il regime della contribuzione ai fondi pensione, introducendo la possibilità di dedurre dal reddito imponibile anche i contributi versati alle forme pensionistiche complementari istituite negli altri Stati membri dell'Unione Europea e negli Stati aderenti allo Spazio economico europeo che consentono un effettivo scambio di informazioni.

In particolare, tale intervento è stato operato attraverso i commi 313 e 314 della Legge n. 296/2006, che hanno inserito nell'art. 10, comma 1, del D.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 (TUIR), la lettera e-bis), in base alla quale sono deducibili dal reddito complessivo, alle stesse condizioni e con gli stessi limiti, non solo i contributi versati alle forme pensionistiche complementari e i premi versati alle forme pensionistiche individuali di cui al D.Lgs. n. 252/2005, ma anche *“quelli versati alle forme pensionistiche complementari istituiti negli Stati membri dell'Unione Europea e negli Stati aderenti all'Accordo sullo spazio economico europeo che sono inclusi nella lista di cui al decreto del Ministro delle finanze 4 settembre 1996”*.

Come espressamente chiarito dall'Amministrazione finanziaria nella Circolare n. 70/E del 18 dicembre 2007, e come precisato anche nella relazione di accompagnamento alla Legge finanziaria per il 2007, tale modifica si è resa necessaria al fine di allineare la normativa interna a quella comunitaria, ponendo in tal modo fine al contenzioso in essere con la Corte di Giustizia delle Comunità Europee in relazione alla procedura di infrazione n. 2002/2291, ai sensi dell'art. 226 del Trattato UE. In tal modo, i contributi versati ai fondi pensioni esteri sono stati integralmente equiparati a quelli versati ai fondi italiani.

Prima delle modifiche apportate all'art. 10 t.u.i.r, infatti, l'ordinamento italiano consentiva agli iscritti a fondi pensione di dedurre dal proprio reddito complessivo i contributi versati a fondi pensione costituiti esclusivamente nelle forme previste dalla legislazione italiana. La medesima deduzione non spettava, quindi, nel caso in cui i contributi fossero versati a fondi pensione costituiti in forme diverse, ad esempio, in conformità a legislazioni estere. Ciò non solo obbligava, implicitamente, gli intermediari esteri alla costituzione di fondi pensione aperti secondo la legislazione italiana, ma anche un soggetto che voleva accedere a fondi esteri ne era dissuaso in quanto avrebbe perso i vantaggi fiscali connessi alla sottoscrizione di un fondo nazionale. Una simile legislazione non era allineata ai principi del diritto comunitario.

L'intervento italiano è stato assolutamente opportuno e tempestivo solo se si tiene conto dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee che anche in recenti sentenze ha dichiarato l'incompatibilità di normative simili a quella italiana ante riforma.

Ci si riferisce alla già richiamata sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità Europee del 19 novembre, Causa C-324/08, *Filipiak*, in cui era stata sottoposta all'attenzione della Corte la normativa polacca relativa all'imposta sul reddito, in quanto riconosceva il diritto alla deduzione dalla base imponibile dell'imposta sul reddito all'importo dei contributi previdenziali obbligatori ed il diritto alla detrazione dei contributi obbligatori di assicurazione malattia, solo ed esclusivamente se versati in Polonia con l'effetto che un cittadino polacco, soggetto ad un obbligo tributario illimitato in Polonia, che ha versato contributi obbligatori previdenziali e di assicurazione malattia in un altro Stato membro a fronte di un'attività economica ivi esercitata e siffatti contributi non siano stati dedotti dal reddito o detratti dall'imposta in quest'altro Stato membro, non può dedurre o detrarre gli stessi in Polonia.

La Corte muove dall'osservazione che *“la situazione di un contribuente come il sig. Filipiak, che risiede in Polonia e esercita un'attività economica in un altro Stato membro, nel quale è affiliato ai regimi obbligatori di assicurazione malattia e di previdenza sociale, e quella di un contribuente anch'egli residente in Polonia, ma che esercita la sua attività professionale in questo stesso Stato, nel quale è affiliato ai regimi nazionali di assicurazione malattia e di previdenza sociale, sono analoghe per quanto riguarda i principi di imposizione, in quanto in Polonia entrambi i contribuenti sono soggetti ad un obbligo tributario illimitato”*.

Nella visione della Corte il mancato riconoscimento della possibilità di dedurre e/o detrarre dal reddito polacco i contributi versati a forme di previdenza estere si traduce in una restrizione vietata dagli artt. 49 e 56 del TFUE in quanto dissuade un cittadino di uno Stato Membro dall'esercitare un'attività economica in un altro Stato Membro.

Pertanto, la Corte non può che concludere ritenendo che *“gli artt. 43 CE e 49 CE ostano ad una normativa nazionale in forza della quale un contribuente residente può ottenere, da un lato, che l'importo dei contributi previdenziali pagati nel corso dell'esercizio fiscale sia dedotto dalla base imponibile e, dall'altro, che i contributi di assicurazione malattia versati in questo periodo siano detratti dall'imposta sul reddito da questi dovuta, unicamente qualora i suddetti contributi siano versati nello Stato membro di imposizione, mentre tali agevolazioni vengono negate nel caso in cui tali contributi siano pagati in un altro Stato membro, quand'anche essi non siano stati oggetto di deduzione dal reddito o detrazione dall'imposta in quest'ultimo Stato membro”*.

Se il legislatore italiano non fosse intervenuto, la normativa nazionale si sarebbe esposta alle medesime censure.

Allo stato attuale invece è riconosciuta la deducibilità *“alle medesime condizioni ed entro gli stessi limiti”* previsti per i contributi versati a forme pensionistiche costituite secondo la legislazione italiana ai

“contributi versati alle forme pensionistiche complementari istituite negli Stati membri dell’Unione europea e negli Stati aderenti all’Accordo sullo spazio economico europeo che sono inclusi nella lista di cui al decreto del Ministro dell’economia e delle finanze emanato ai sensi dell’articolo 168-bis” T.u.i.r..

In merito alla deducibilità dei contributi versati alle forme pensionistiche, la citata Circolare n. 70/E del 2007 chiarisce inoltre, che, affinché il predetto regime possa trovare applicazione, in capo alle forme pensionistiche istituite in ambito comunitario devono sussistere i requisiti previsti dalla Direttiva n. 2003/41/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 3 giugno 2003, relativa alle attività e alla supervisione degli enti pensionistici aziendali o professionali.

In tale sede preme esclusivamente segnalare come la scelta compiuta dal Legislatore italiano lasci intuire che la deduzione dei contributi versati all’estero sia ammessa solo per i soggetti residenti.

Infatti l’art. 24, comma 2 del T.u.i.r., nel determinare le deduzioni cui hanno diritto i soggetti passivi non residenti, non richiama la lettera e-bis) dell’art. 10, comma 1. In senso conforme si è espressa l’Amministrazione finanziaria con le Circolari 28/E del 4 agosto 2006 e 16/E del 16 marzo 2007.

Se ne evince, dunque, che malgrado l’estensione della deducibilità nella direzione europea, tale intervento pare sorretto sempre dalla medesima logica prettamente nazionale, che intende correlare momenti positivi e negativi di esercizio della medesima potestà impositiva²⁷⁷.

Sul punto, è stata ravvisata dalla dottrina²⁷⁸ come la normativa italiana si ponga ancora in contrasto con le norme comunitarie che regola la libera circolazione dei capitali e delle persone stante l’impossibilità per i

²⁷⁷ In tale ottica, il differimento dell’imposizione non è un’agevolazione ed è concessa al contribuente esclusivamente rebus sic stantibus, sul presupposto che egli, essendo residente, sarà soggetto passivo nello Stato anche per la pensione che percepirà all’estero.

²⁷⁸ G. Cottani, *La nuova disciplina dei diritti e delle prestazioni di previdenza complementare*, in *Previdenza complementare e disciplina fiscale*, a cura di F. Marchetti-M. Marè, Bologna, 2009, pag. 304.

soggetti non residenti di dedurre i contributi versati a forme di previdenza comunitarie²⁷⁹. Infatti, l'art. 24, comma 2, del T.u.i.r. esclude la deducibilità degli oneri di previdenza complementare sostenuti da soggetti non residenti che producono reddito imponibile tassabile in Italia.

Al riguardo, si ritiene che una siffatta disciplina possa, invece, considerarsi compatibile con l'ordinamento comunitario laddove si abbia riguardo alla circostanza che l'art. 24, così come è strutturato, da un lato, prevede l'applicazione dell'imposta in capo al non residente sui soli redditi prodotti nel territorio dello Stato e, dall'altro, consente deduzioni e detrazioni unicamente di carattere "oggettivo".

A tal fine, altra dottrina²⁸⁰ ammette la deducibilità del contributo versato dal lavoratore non residente (o in genere dal non residente) ad un fondo pensione italiano, in quanto ritiene che la deducibilità è riconosciuta a condizione che il lavoratore non residente abbia un reddito imponibile in Italia ai sensi dell'art. 23 del T.u.i.r.²⁸¹.

Ne discende, dunque, che le modifiche apportate dalla Legge finanziaria per il 2007 al fine di allineare la normativa italiana a quella comunitaria, si pongono tendenzialmente ancora in contrasto con le norme comunitarie che regolano la libera circolazione dei capitali e delle persone negando la deducibilità degli oneri di previdenza complementare sostenuti da soggetti non residenti che producono reddito imponibile tassabile in Italia.

Tali modifiche pertanto, mentre denotano una sostanziale apertura verso il raggiungimento di un contesto comunitario armonizzato, rivelano, ad un tempo, la costante preoccupazione del legislatore italiano di

²⁷⁹ In senso contrario si veda F. Bendotti, *Trattamento fiscale discriminatorio dei contributi previdenziali versati ad enti non residenti*, in *Fiscalità Internazionale*, maggio – giugno 2007, pagg. 239 e ss.; M.A. Procopio, *Il regime di deducibilità dei contributi destinati a fondi pensione "transfrontalieri"*, in *Rivista di giurisprudenza tributaria*, n. 5/2007, pagg. 373 e ss.

²⁸⁰ P. Puri., *Destinazione previdenziale e prelievo tributario. Dalla parafiscalità alla fiscalizzazione del sistema previdenziale*, Giuffrè ed., 2005, pag. 363.

²⁸¹ L'Autore precisa, altresì, che non è necessario che si tratti di un reddito da lavoro, stante la configurazione del contributo previdenziale come onere deducibile ex art. 10 del T.u.i.r..

salvaguardare la propria coerenza fiscale nello specifico settore dell'imposizione delle pensioni complementari, nella misura in cui non contemplano alcuna misura in grado di perequare l'imposizione mediante prelievi compensativi a fronte del trasferimento all'estero dei lavoratori.

2.4 La Direttiva 2003/41/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 3 giugno 2003

Sull'importante tema della previdenza complementare, come abbiamo già anticipato, è stata emanata la direttiva 2003/41/CE. Quest'ultima, pur non attenendo direttamente alla materia fiscale, riguarda l'operatività transfrontaliera dei fondi pensione e può generare implicazioni sul piano fiscale.

Nelle intenzioni del legislatore europeo un autentico mercato interno dei servizi finanziari è di fondamentale importanza per la crescita economica e per la creazione di posti di lavoro nella Comunità.

Nella consapevolezza che i regimi di sicurezza sociale saranno in futuro sottoposti a una pressione sempre crescente, e che si farà sempre più ricorso a schemi pensionistici aziendali e professionali a integrazione dei regimi pubblici, è necessario sviluppare queste ultime pensioni senza tuttavia mettere in discussione l'importanza dei regimi pensionistici della sicurezza sociale ai fini di una protezione sociale sicura, durevole ed efficace, che dovrebbe garantire un livello di vita decoroso durante la vecchiaia e che dovrebbe pertanto essere al centro dell'obiettivo del rafforzamento del modello sociale europeo.

Nel predetto contesto la citata direttiva 2003/41/CE rappresenta indubbiamente un primo passo nella direzione di un mercato interno degli schemi pensionistici aziendali e professionali organizzato su scala europea. Basando l'investimento dei capitali sul principio della «persona prudente» e permettendo agli enti di operare in ambito transfrontaliero si incoraggia, infatti, l'orientamento del risparmio verso il settore degli schemi

pensionistici aziendali e professionali contribuendo in tal modo al progresso economico e sociale. Le disposizioni prudenziali previste dalla direttiva sono intese sia a garantire un elevato livello di sicurezza per i futuri pensionati, attraverso la prescrizione di norme prudenziali rigorose, sia a permettere una gestione efficiente degli schemi pensionistici aziendali e professionali²⁸².

La direttiva nasce pertanto dall'esigenza di instaurare un adeguato quadro normativo comunitario per gli enti previdenziali e professionali, tale da assicurare che la loro attività sia svolta con la massima sicurezza ed efficienza. Da un lato la sicurezza delle pensioni deve essere garantita da un insieme armonizzato e coordinato di norme prudenziali che offrano garanzie volte a tutelare i diritti dei pensionati, tenuto conto del progressivo invecchiamento della popolazione. D'altro lato deve essere garantita l'efficienza del sistema che, in un contesto in cui i fondi pensione esercitano un ruolo importante nel finanziamento dell'economia europea e nell'integrazione dei mercati finanziari, consenta di accrescere il risparmio a fini pensionistici, di garantire un elevato livello di prestazioni e di mantenere adeguato il modello sociale europeo.

²⁸² La proposta della Commissione europea di una direttiva in materia di previdenza complementare è stata elaborata nell'ambito di un sistema in cui erano già state emanate disposizioni normative a livello comunitario per tutte le altre grandi categorie di enti finanziari (enti creditizi, imprese di assicurazioni e organismi di investimento collettivo). La necessità di introdurre una disciplina comune anche per gli Enti pensionistici aziendali o professionali (EPAP) è stata più volte evidenziata all'interno della Commissione europea, nonché del Consiglio ECOFIN ed espressamente ribadita dal Consiglio europeo di Feira del 2000, con l'obiettivo di creare un sistema di regole comuni volte a garantire la sicurezza sia dei beneficiari, sia degli investimenti effettuati dagli enti in un contesto in cui:

- le norme sugli investimenti degli enti previdenziali, nell'ambito degli Stati membri sono molto differenziate tra di loro. La presenza in alcuni Stati di norme troppo restrittive crea inevitabili ostacoli all'applicazione del principio di libertà di circolazione dei capitali con rischio di pregiudicare il livello dei rendimenti;

- in alcuni Stati membri, le norme interne non prevedono la facoltà per enti previdenziali di ricorrere ai servizi di custodia e di gestione di società aventi sede in altri Stati dell'Unione, limitando la concorrenza tra gli operatori.

Qualora agli enti previdenziali non fosse consentito prestare i propri servizi in Stati diversi da quello di appartenenza, vi sarebbe il fondato motivo di non salvaguardare adeguatamente i diritti alla pensione complementare dei lavoratori, ponendo ostacoli alla stessa mobilità degli stessi all'interno dell'Unione.

La direttiva rappresenta per l'Unione un primo passo verso un sistema integrato dei regimi di previdenza complementare a livello comunitario, colmando una lacuna legislativa ancora presente nell'ambito della regolamentazione del settore dei servizi finanziari.

Rimane invece di competenza dei singoli Stati la disciplina dell'organizzazione generale e delle modalità di funzionamento dei sistemi pensionistici, nonché l'entità delle prestazioni di ciascuna forma pensionistica complementare.

La direttiva non mira pertanto ad una omogeneizzazione dei regimi presenti nei diversi Stati membri, ma detta regole comuni che, pur tenendo conto delle differenze nazionali, mirano ad assicurare un elevato grado di protezione ed a rimuovere gli ostacoli persistenti alla libera circolazione dei lavoratori e dei capitali, nonché alle attività transfrontaliere delle imprese.

Nella fattispecie dei fondi pensione l'esigenza di uniformare il trattamento dei contributi non è risultata affatto semplice. Per tale motivo l'Unione europea ha avviato, nel recente passato, procedure di infrazione nei confronti di Belgio, Italia²⁸³, Danimarca, Francia, Irlanda, Portogallo, Spagna e Regno Unito giacché le norme locali non consentivano agli aderenti la possibilità di detassare a «monte» i contributi versati a fondi pensioni volontari o complementari transfrontalieri con conseguente violazione di due diverse libertà fondamentali.

L'adozione di tale Direttiva ha quindi reso possibile l'armonizzazione delle condizioni che disciplinano l'accesso al mercato previdenziale, le regole da rispettare per l'esercizio di tale attività e la vigilanza degli enti previdenziali. Essa appare ispirata alla logica di un

²⁸³ Come abbiamo visto nel precedente paragrafo, con particolare riferimento all'Italia la Commissione ha inviato un parere motivato richiedendo di modificare la propria legislazione in quanto discriminatoria nei confronti dei fondi pensione esteri. Il termine concesso al nostro Paese è stato di due mesi; in mancanza la Commissione avrebbe adito la Corte di giustizia. Ancorché in ritardo il legislatore tributario ha disposto, a decorrere dal 1° gennaio 2007 (cfr. art. 10, lett. *e-bis*, del T.U.I.R. n. 917/1986, così sostituita dall'art. 1, comma 314, della legge 27 dicembre 2006, n. 296), la deducibilità dei contributi in parola destinati a fondi pensione transfrontalieri; ciò non potrà che far venir meno i motivi del deferimento.

mercato unico della previdenza complementare, nell'ambito del quale non trova spazio la distinzione tra fondo pensione e soggetto gestore delle risorse: in tale ottica deve essere quindi interpretata l'attribuzione ai fondi pensione della capacità di gestire direttamente le risorse finanziarie e di erogare direttamente le rendite, purchè sia rispettata la sola condizione che il fondo sia dotato di "mezzi patrimoniali adeguati".

Coerentemente con tale logica ispiratrice, il principale obiettivo sotteso alla Direttiva 2003/41/CE deve essere ravvisato nella liberalizzazione del mercato europeo delle prestazioni pensionistiche complementari, pur nel rispetto delle peculiarità nazionali in materia di sicurezza sociale, lavoro e organizzazione dei sistemi pensionistici.

Tracciate sinteticamente le caratteristiche essenziali che connotano la Direttiva, se ne desume che la stessa non intende uniformare i regimi pensionistici complementari degli Stati membri, ma si limita a definire uno scenario minimo di regole, teso a conciliare la competizione degli Stati membri in materia previdenziale con il diritto dei fondi pensione di svolgere attività transfrontaliera.

Ed infatti i contenuti di tale normativa sono tali da assicurare principi unitari nell'ambito dei quali è poi consentito di operare, nelle sedi nazionali, le scelte necessarie, mediante strategie finalizzate alla modernizzazione ed alla sostenibilità dei sistemi pensionistici.

A tal fine sembrerebbe che il recepimento, ad opera di tutti i paesi membri dell'Unione Europea, del principio della c.d. "licenza unica" come sancito dalla Direttiva 2003/41/CE, possa consentire la rimozione di quei problemi di discriminazione che hanno a lungo allarmato le istituzioni comunitarie.

In particolare, tale principio, una volta che verrà riconosciuto da tutti i paesi membri dell'Unione Europea potrebbe consentire di superare quei problemi di discriminazione che per lungo tempo hanno tenuto in allarme le istituzioni comunitarie. Conseguentemente, non soltanto la tassazione delle prestazioni erogate dai fondi pensione pan-europei

continuerà ad essere applicata secondo il principio della residenza – conformemente a quanto previsto nel modello di Convenzione OCSE - ma verrebbero anche meno tutta una serie di problemi legati all'accertamento dei redditi dovuti ai percettori del reddito, potendo il fondo stesso operare da sostituto d'imposta o da collettore di informazioni per il paese a cui deve affluire l'imposta.

2.4.1 L'attuazione In Italia della Direttiva 2003/41/CE

In Italia l'attuazione della Direttiva 2003/41/CE è passata attraverso l'art. 18 della Legge 25 gennaio 2006, n. 29, (c.d. Legge comunitaria 2005) il quale, ha inserito nella legge 18 aprile 2005, n. 62, (c.d. Legge comunitaria 2004), l'art. 29-bis, delegando il Governo a recepire la Direttiva 2003/41/CE.

In attuazione di tale delega è stato quindi emanato il D.Lgs. 6 febbraio 2007, n. 28, il cui art. 5, in particolare, ha modificato il D.Lgs. n. 252 del 2005, inserendo gli artt. 15-*bis*, 15-*ter* e 15-*quater* che attengono, rispettivamente, all'operatività all'estero delle forme pensionistiche complementari italiane, all'operatività in Italia delle forme pensionistiche complementari comunitarie e alla cooperazione e scambio di informazioni tra le autorità competenti .

L'ambito di applicazione della Direttiva in Italia si rivolge a fondi pensione aziendali o professionali; fondi pensione aperti; piani pensionistici individuali.

Di particolare interesse risulta la disamina delle caratteristiche dei soggetti interessati dalla Direttiva 2003/41/CE; la normativa comunitaria si rivolge, infatti, ad enti che devono:

1. risultare distinti dall'impresa promotrice o dall'associazione di categoria;
2. debbono essere costituiti con lo scopo di erogare prestazioni pensionistiche complementari;
3. debbono operare secondo il principio della capitalizzazione.

Risultano, pertanto, esclusi dall'ambito di applicazione della summenzionata Direttiva non soltanto i fondi che operano in regime di ripartizione e gli enti che gestiscono schemi pensionistici obbligatori, ma anche quegli enti che gestiscono schemi pensionistici basati sull'iscrizione a bilancio di mere riserve contabili e le casse professionali (soggette solo per eventuali schemi non obbligatori).

Per quanto concerne nello specifico l'operatività all'estero delle forme pensionistiche complementari italiane, di cui all' art. 15 bis, va evidenziato che rientrano nell'ambito applicativo di tale disciplina i fondi costituiti come soggetti giuridici di natura associativa, ai sensi dell'art. 36 del cod. civ. e quelli costituiti come soggetti dotati di personalità, i fondi pensione aperti, nonché quelli già istituiti alla data di entrata in vigore della legge 23 ottobre 1992, n. 421, aventi soggettività giuridica ed operanti secondo il principio della capitalizzazione, che risultino iscritti all'Albo tenuto a cura della COVIP e siano stati dalla COVIP previamente autorizzati allo svolgimento dell'attività transfrontaliera. A tali soggetti è consentito operare con riferimento ai datori di lavoro o ai lavoratori residenti in uno Stato membro dell'Unione Europea²⁸⁴.

In capo al fondo pensione italiano autorizzato all'operatività transfrontaliera è posto l'obbligo di rispettare la disciplina vigente nello Stato membro ospitante in materia di informativa da rendere agli iscritti, nonché le disposizioni dello Stato ospitante in materia di diritto della sicurezza sociale e di diritto del lavoro che trovino applicazione nei confronti dei fondi pensione che esercitano attività transfrontaliera.

Lo stesso fondo pensione, inoltre, è tenuto a rispettare, limitatamente alle attività svolte in quel particolare Stato membro ospitante, gli eventuali limiti agli investimenti previsti dalla normativa dello Stato

²⁸⁴ In particolare, il citato art. 15 *bis* prevede che un fondo pensione che intenda operare con riferimento a datori di lavoro o lavoratori residenti nel territorio di un altro Stato membro sia tenuto a comunicare per iscritto la propria intenzione alla COVIP, indicando lo Stato membro in cui intende operare, il nome del soggetto interessato e le caratteristiche principali dello schema pensionistico che sarà ivi gestito.

membro ospitante che trovino applicazione nei confronti dei fondi esercenti attività transfrontaliera.

Particolari disposizioni sono inoltre dettate dal citato art. 15 bis con riguardo ai casi di violazione delle disposizioni in esame, essendo previsto che la COVIP, in coordinamento con l'Autorità dello Stato membro ospitante, possa adottare le misure necessarie affinché il fondo pensione ponga fine alla violazione constatata. Qualora, malgrado le misure adottate dalla COVIP, continui a protrarsi la violazione delle misure dello Stato ospitante in materia di diritto della sicurezza sociale e di diritto del lavoro applicabili ai fondi pensione transfrontalieri, anche l'Autorità dello Stato membro ospitante sarà legittimata ad intraprendere le misure che ritiene necessarie al fine di prevenire nuove irregolarità, dopo averne informata la COVIP, ivi compresa, nella misura strettamente necessaria, la possibilità di impedire al fondo pensione di fornire i suoi servizi al datore di lavoro nello Stato membro ospitante.

L'inserimento dell'art. 15 ter, invece, è avvenuto per consentire ai fondi esteri di operare in Italia.

Questi devono essere autorizzati dall'Autorità competente del proprio Stato membro di origine allo svolgimento dell'attività transfrontaliera. La concreta operatività è subordinata alla trasmissione di apposita comunicazione alla propria Autorità competente contenente le informazioni concernenti la denominazione dell'impresa e le caratteristiche principali dello schema pensionistico offerto nonché all'avvenuta trasmissione, da parte dell'Autorità dello Stato membro di origine, della predetta informativa alla COVIP²⁸⁵.

L'avvio dell'attività transfrontaliera è in ogni caso ammessa decorsi due mesi dall'avvenuta ricezione da parte della COVIP dell'informativa.

²⁸⁵ Inoltre, tali fondi esteri non possono iniziare ad operare nel territorio della Repubblica prima che la COVIP abbia fornito all'Autorità dello Stato membro di origine informativa in merito alle disposizioni che devono essere rispettate con riguardo al diritto della sicurezza sociale e del lavoro, ai limiti agli investimenti e alle regole in tema di informativa agli iscritti.

È previsto che tali fondi esteri autorizzati ad operare in Italia sono tenuti, limitatamente alle adesioni effettuate nel territorio della Repubblica ed alle risorse accumulate e gestite in relazione a tali adesioni, al rispetto delle norme contenute nel d.lgs. n. 252 del 2005 in materia di destinatari, adesioni in forma collettiva, finanziamento, prestazioni, permanenza nella forma pensionistica complementare, cessazione dei requisiti di partecipazione, portabilità²⁸⁶.

Viene così garantita l'uguaglianza giuridica tra fondi italiani e fondi esteri attraverso la rimozione di ogni ostacolo giuridico e fattuale alla libera adesione del lavoratore e alla circolazione dello stesso da una forma complementare a un'altra. Il regime concorrenziale risultante dovrebbe incentivare i fondi a massimizzare i rendimenti delle loro gestioni (e conseguentemente le prestazioni pensionistiche offerte ai propri iscritti), così da attrarre l'adesione del lavoratore e conservarla nel tempo.

Infine, l'art. 15-*quater* rubricato "cooperazione e scambio di informazioni tra le autorità competenti", invita la COVIP a collaborare con le autorità competenti degli altri Stati Membri ai fini della vigilanza sui fondi pensione che esercitano attività transfrontaliera.

La COVIP viene individuata quale unico soggetto competente ad effettuare e a ricevere, sia nella qualità di Autorità dello Stato membro di origine sia in quella di Autorità dello Stato membro ospitante, gli scambi di comunicazioni con le altre Autorità degli Stati membri, con riguardo ai fondi pensione che svolgono attività transfrontaliera, nonché a comunicare le disposizioni di diritto nazionale che devono trovare applicazione ai sensi del citato art. 15 *ter*.

²⁸⁶ Anche con riguardo ai fondi esteri operanti in Italia sono previste particolari disposizioni in ordine ai casi di violazione delle disposizioni in esame, essendo previsto che la COVIP ne informi l'Autorità dello Stato membro di origine affinché questa adotti le misure necessarie a che il fondo pensione ponga fine alla violazione constatata.

Qualora, malgrado l'adozione di tali misure, si protragga la violazione delle disposizioni in materia di diritto della sicurezza sociale e di diritto del lavoro applicabili ai fondi pensione transfrontalieri, alla COVIP è consentito impedire la raccolta di nuove adesioni, e nei casi più gravi, precludere al fondo pensione di continuare ad operare.

Le caratteristiche delle disposizioni in esame, alla luce dei principi di cui alla Direttiva n. 41/2003/CE, denotano che sebbene le istituzioni Europee si siano adoperate nell'ottica di rimuovere gli ostacoli all'esercizio della libera circolazione dei lavoratori e della libertà di prestazione di servizi previdenziali, la concreta opportunità di prestare servizi previdenziali viene ad essere condizionata al rispetto di una serie di regole destinate a presidiare il concreto svolgimento dell'attività degli enti pensionistici transfrontalieri.

Ne deriva, pertanto, che l'ambito all'interno del quale risulta garantita tale libertà di prestazione viene ad essere limitato. L'obiettivo sotteso a tale impostazione deve essere ravvisato nell'esigenza di tutelare, a livello comunitario, l'interesse dei soggetti iscritti ad accedere ad enti previdenziali la cui attività si svolga in conformità a determinati parametri.

Sulla scorta di tale interpretazione, pertanto, la normativa italiana di recepimento della Direttiva n. 41/2003/CE, nella misura in cui subordina al rispetto di un complesso di regole sia la concreta operatività all'estero dei fondi di previdenza complementare italiani, sia la concreta operatività in Italia delle forme pensionistiche complementari comunitarie, attribuendo, nel contempo, alle autorità competenti il compito di vigilare sul rispetto di tali regole, può essere considerata in linea con l'evoluzione del diritto comunitario.

2.5 Il problema del trasferimento dei diritti pensionistici

Un'ulteriore problematica rilevante a livello comunitario attiene all'ipotesi del trasferimento delle posizioni pensionistiche in corso di maturazione, ovvero del montante maturato fino al momento del trasferimento, da un fondo italiano a uno estero e viceversa.

In particolare, occorre chiedersi se la legislazione domestica risulti conforme al dettato comunitario e al rispetto delle quattro libertà

fondamentali così come tracciato dalla giurisprudenza comunitaria, precedentemente richiamata in questo capitolo.

Innanzitutto, per trasferimento di posizione previdenziale si intende come noto il diritto dell'iscritto di circolare all'interno del mercato del lavoro, ferma restando la permanenza all'interno del sistema previdenziale. Tale diritto al trasferimento della posizione previdenziale si articola, ai sensi dell'art. 14, d.lgs. n. 252 del 2005, in due ipotesi:

a) un'ipotesi di trasferimento "necessitato" dal venire meno dei requisiti di partecipazione (ad esempio a seguito della cessazione del rapporto di lavoro) (art. 14, comma 2, lett. a) e;

b) un'ipotesi di trasferimento "volontario" che si verifica allorché, il lavoratore, pur permanendo i requisiti di partecipazione, preferisca aderire ad un altro fondo pensione (art. 14, comma 6), purché siano decorsi almeno due anni dall'iscrizione al fondo pensione.

Tale passaggio può realizzarsi non solo tra forme previdenziali nazionali, ma anche tra forme previdenziali italiane ed estere, in un senso e nell'altro.

In via preliminare, è da evidenziare che il trasferimento della propria posizione previdenziale da un fondo a un altro a seguito della riforma operata dal d.lgs. n. 252 del 2005 non è più visto come un elemento "patologico" del sistema previdenziale complementare²⁸⁷, bensì come un elemento "fisiologico"²⁸⁸.

Per quanto riguarda il trasferimento da un fondo italiano ad uno estero, il comma 7 prevede che "*Le operazioni di trasferimento delle posizioni pensionistiche sono esenti da ogni onere fiscale, a condizione che avvengano a favore di forme pensionistiche disciplinate dal presente decreto legislativo*".

²⁸⁷ In vigenza dell'art. 10 del d.lgs. n. 124 del 1993, la possibilità di trasferire la propria posizione previdenziale era legata a motivi oggettivi e non soggettivi, quale la libera scelta del lavoratore.

²⁸⁸ Espressioni mutuata da G. Cottani, *La nuova disciplina dei diritti e delle prestazioni di previdenza complementare*, in *Previdenza complementare e disciplina fiscale*, a cura di F. Marchetti-M. Marè, Bologna, 2009, pag. 306.

A seguito del recepimento in Italia della direttiva 2003/41/CE, risulteranno ammesse a prestare servizi previdenziali in Italia anche forme pensionistiche estere ai sensi dell'art. 15 *ter* d.lgs. n. 252 del 2005 secondo cui *“i fondi pensione istituiti negli Stati membri dell’Unione europea, che rientrano nell’ambito di applicazione della direttiva 2003/41/CE e che risultano autorizzati dall’Autorità competente dello Stato membro di origine allo svolgimento dell’attività transfrontaliera possono raccogliere adesioni su base collettiva sul territorio della Repubblica”*.

Ne consegue che anche i fondi pensione comunitari sono ammessi all’offerta di prestazioni previdenziali in Italia ai sensi del medesimo d.lgs. n. 252 del 2005, sicché essi possono considerarsi *“forme pensionistiche disciplinate dal presente decreto legislativo”* e pertanto gli iscritti, che nei limiti di cui all’art. 14, d.lgs. n. 252 del 2005, intendano esercitare il diritto alla portabilità, potranno trasferire la loro posizione previdenziale a tali fondi senza che ciò determini il sorgere di alcuna obbligazione tributaria.

Depone in tal senso anche il comma 4 del predetto art. 15 *ter* secondo cui *“ai fondi pensione di cui al comma 1, limitatamente alle adesioni effettuate nel territorio della Repubblica ed alle risorse accumulate e gestite in relazione a tali adesioni, si applicano le norme contenute nel presente decreto in materia di destinatari, adesioni in forma collettiva, finanziamento, prestazioni, permanenza nella forma pensionistica complementare, cessazione dei requisiti di partecipazione, portabilità”*.

In tal modo, risulta garantita la portabilità della posizione pensionistica individuale attraverso il riconoscimento della neutralità fiscale dell’operazione di trasferimento.

Ciò premesso, continuerà, invece, ad essere soggetto a oneri fiscali il trasferimento di posizione previdenziale ad un fondo estero, anche comunitario, che non sia stato autorizzato all’esercizio dell’attività transfrontaliera.

Pertanto, anche a seguito della riforma della previdenza complementare, permangono analoghi profili di criticità con l'ordinamento comunitario, in quanto la disposizione in esame continua a subordinare la neutralità fiscale alla condizione che il trasferimento avvenga "a favore di forme pensionistiche disciplinate dal d.lgs. n. 252 del 2005"²⁸⁹. In particolare, tra le forme pensionistiche disciplinate dal d.lgs. n. 252 del 2005 non sono annoverabili quelle disciplinate da legislazioni estere, ma unicamente i fondi esteri che operano in Italia. Infatti, l'art. 15-ter del d.lgs. n. 252/2005, si limita a consentire solo a tali forme pensionistiche di prestare servizi in Italia.

Da ciò discende che il trasferimento di una posizione previdenziale di un soggetto residente in Italia da una posizione previdenziale italiana ad una forma pensionistica estera è soggetto agli oneri fiscali²⁹⁰. In altri termini, il trasferimento di posizione previdenziale ad un fondo estero avrebbe la funzione analoga a quella di una *exit tax*²⁹¹ limitata ad una tipologia di redditi: dal momento che a seguito del diritto alla portabilità lo Stato italiano potrebbe perdere la potestà impositiva sulle future prestazioni, esso eserciterebbe immediatamente la propria potestà impositiva indipendentemente dalla circostanza che l'iscritto perda altresì la residenza in Italia.

²⁸⁹ F. Marchetti, *La neutralità fiscale dei trasferimenti tra forme pensionistiche complementari*, in *La nuova disciplina della previdenza complementare*, in Nuove leggi civili commentate, Milano, n. 3-4/2007, pagg. 943-945

²⁹⁰ Sul punto, a diverse conclusioni è pervenuta l'ANIA (Associazione Nazionale fra le Imprese Assicuratrici), nella circolare n. 61 del 8 febbraio 2008. In particolare, l'Associazione, nel ricordare che sul legislatore italiano pendeva una procedura di infrazione da parte della Commissione europea relativamente alle previgenti disposizioni del TUIR che impedivano la deducibilità di contributi versati a forme di previdenza complementare collettive diverse da quelle disciplinate dal d.lgs. n. 124 del 1993, in modo da configurare così una discriminazione dei fondi non residenti rispetto a quelli residenti e un ostacolo alla libertà di movimento dei lavoratori comunitari, ritiene che "da tali principi dovrebbe altresì discendere la neutralità del trasferimento della posizione individuale da un fondo italiano ad un fondo estero e viceversa, in mancanza della quale sarebbe probabile l'attivazione della procedura di infrazione".

²⁹¹ Per i diversi criteri adottati in Europa per eliminare la doppia imposizione si veda G. Melis, *Il trasferimento della residenza fiscale nell'imposizione sui redditi*, Roma, 2008, pag. 587-588; inoltre dello stesso Autore, *Trasferimento della residenza fiscale e imposizione sui redditi*, Milano, 2009 nonché *Profili sistematici del "trasferimento" della residenza fiscale delle società*, in *Dir. prat. trib. int.*, 2004

Allo Stato della legislazione vigente, quindi, il regime di completa esenzione fiscale risulta applicabile solo nell'ipotesi di trasferimento della posizione previdenziale a fondi comunitari armonizzati. Nelle altre ipotesi, invece, il fondo pensione deve assimilare la richiesta di trasferimento da parte dell'iscritto al riscatto totale della posizione previdenziale e applicare la relativa tassazione.

Una siffatta previsione pertanto si pone in contrasto la libertà di circolazione dei lavoratori i quali sarebbero dissuasi dal trasferire la propria posizione pensionistica in enti previdenziali di altri Stati membri a causa dell'onerosità fiscale dell'operazione.

Ci si può, dunque, interrogare se una siffatta previsione possa ritenersi giustificata avuto riguardo alla coerenza del sistema fiscale interno. A tal riguardo, si è osservato²⁹² che potrebbe valere quanto osservato dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee nella menzionata sentenza *Commissione c/ Danimarca*²⁹³ secondo cui si deve dare rilievo alla possibilità dello Stato di tassare le future prestazioni.

Uno Stato dovrà consentire eventuale detrazioni o regimi di esenzione allorquando possa esercitare la propria potestà impositiva sulle future prestazioni. Diversamente, sembrerebbe giustificato il rifiuto di concedere tali detrazioni o esenzioni nel caso in cui lo Stato non possa più esercitare la propria potestà impositiva a seguito del trasferimento di residenza all'estero.

Se la Corte dovesse confermare tale orientamento, la disciplina italiana potrebbe considerarsi compatibile con il diritto comunitario.

Al riguardo, si ritiene che una siffatta possibilità di giustificazione vada attentamente valutata anche avuto riguardo all'evoluzione complessiva del pensiero della Corte di Giustizia circa l'argomento della coerenza del sistema fiscale che, secondo quanto evidenziato in precedenza,

²⁹² F. Marchetti, *op. ult. cit.*, pagg. 943-945.

²⁹³ Corte di Giustizia, sentenza 30 gennaio 2007, causa C-150/04, *Commissione c/ Danimarca*.

non sembra poter prescindere da una valutazione caso per caso della normativa discriminatoria²⁹⁴.

Deve però tenersi in considerazione anche come il fenomeno previdenziale sia valutato a livello comunitario e, in particolare, le motivazioni che hanno sorretto l'adozione della direttiva 2003/41/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 3 giugno 2003 relativa alle attività e alla supervisione degli enti pensionistici aziendali o professionali

Come evidenziato da parte della dottrina²⁹⁵, l'art. 15-ter dispone che, alle adesioni raccolte su base collettiva in Italia da parte dei fondi pensione istituiti negli altri Stati membri dell'Ue – che rientrano nell'ambito della direttiva 2003/41/CE – si applicano le norme contenute nel decreto 252/2005 in materia di destinatari, adesioni in forma collettiva, finanziamento, prestazioni, permanenza nel fondo pensione, cessazione dei requisiti di partecipazione e, infine, di portabilità. Risulta pertanto evidente, secondo tale pensiero, che anche le forme transfrontaliere – ovviamente se autorizzate dall'autorità competente – sono disciplinate dal decreto, venendo pertanto meno i dubbi circa la neutralità dei trasferimenti di cui si parla.

La neutralità sarebbe in ogni caso assicurata, secondo tale corrente di pensiero, direttamente dalla Direttiva 2003/41/CE, grazie alla quale è stato introdotto l'art. 15-ter del decreto 252/2005. A tal riguardo è il caso di rilevare come la Direttiva comunitaria vincoli lo Stato membro, cui è

²⁹⁴ Non può però tralasciarsi a tal fine la circostanza che la Corte, nella sua recente giurisprudenza, ha sistematicamente rigettato il criterio della coerenza e che nei casi *Hughes de Laysterie du Saillant* (Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sent. 11 marzo 2004, Causa C-09/02, *Hughes de Lasteyrie du Saillant c. Ministère de l'Economie, des Finances et de l'Industrie*) e *N (Van Dijk)* (Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sent. 7 settembre 2006, Causa C-470/04, *N c. Inspecteur van de Belastingdienst Oost/kantoor Almelo*) ha dichiarato l'incompatibilità delle *exit taxes* cd. "personali" francese ed olandese ovvero di imposte legate al trasferimento della residenza all'estero di un soggetto in quanto in violazione della libertà di circolazione dei lavoratori stabilita nel Trattato CE.

Secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia, le *exit taxes* sono suscettibili di violare la libertà di stabilimento, in quanto sono idonee a dissuadere un cittadino di uno Stato membro dal far uso di tale libertà.

²⁹⁵ Si veda M. Procopio, *Fondi pensione e TFR: profili giuridici e disciplina tributaria*, Milano, 2008, pag. 279 e ss.

rivolta, all'osservazione delle norme ivi contenute. La Corte Costituzionale con la sentenza 2 giugno 1984 n. 168 ha, infatti, affermato che l'ordinamento comunitario e quello statale sono "*distinti ed ad un tempo stesso coordinati*" cosicché le norme del primo vengono, in forza dell'art. 10 della Costituzione, a ricevere diretta applicazione pur restando naturalmente estranee al sistema delle fonti statali. Ciò dimostra la necessaria prevalenza della legge comunitaria su quella locale, inclusa, ovviamente, anche la materia tributaria.

Nell'ipotesi inversa di trasferimento da un fondo estero a quello italiano, il soggetto entrante è obbligato a chiedere il riscatto e versare, a titolo di contribuzione volontaria, la somma riscattata al fondo pensione italiano.

Tale scelta "*qualora sia possibile il riscatto al Fondo pensione dello Stato membro d'origine, può causare delle penalizzazioni a livello fiscale, sia in relazione alla tassazione del riscatto, che in merito alla possibilità di dedurre le somme versate al fondo pensione italiano*"²⁹⁶.

Anche in tal caso non trovano applicazione le disposizioni italiane sulla neutralità dei trasferimenti fra fondi pensione. Ne consegue che si viene a configurare una discriminazione nei confronti dei soggetti non residenti la quale, contestualmente, determina una restrizione all'ingresso di investimenti esteri, ponendosi in contrasto e in violazione dell'ordinamento comunitario²⁹⁷.

²⁹⁶ F. De Benedictis, *Previdenza complementare e diritto comunitario*, in *Rivista di Previdenza Pubblica e Privata*, 2002, pag. 801.

²⁹⁷ G. Cottani *La nuova disciplina dei diritti e delle prestazioni di previdenza complementare*, in *Previdenza complementare e disciplina fiscale*, a cura di F. Marchetti-M. Marè., Bologna, 2009, pag. 306.

Capitolo 3

3 Profili internazionali della tassazione delle prestazioni previdenziali

3.1 I fenomeni di doppia imposizione in materia pensionistica nel modello OCSE

Le principali problematiche di matrice internazionale, che si pongono con riferimento alle pensioni “transfrontaliere”, possono prevalentemente ricondursi, come abbiamo visto, alla carenza di omogeneità tra i sistemi di tassazione previdenziale presenti nei singoli Stati.

Nei rapporti internazionali, infatti, nonostante gli innumerevoli sforzi compiuti, per vero, soprattutto in ambito comunitario, risulta ancora in divenire la completa affermazione del principio di “simmetria fiscale”, in virtù del quale, a fronte di una contribuzione dedotta corrisponde una prestazione tassabile e, viceversa, a fronte di una contribuzione indeducibile corrisponde una prestazione non imponibile.

Per quanto attiene, specificamente, alla materia pensionistica, come noto, esistono vari schemi di tassazione applicabili, che variano da i) un modello in cui i redditi sono esentati nella fase dell'accantonamento (in cui vengono versati i contributi) e in quella dell'accumulo (in cui matura il rendimento), per essere tassati nel momento dell'erogazione della prestazione (c.d. EET); ii) a un modello in cui, difformemente, la tassazione avviene nelle due fasi, dell'accumulo e del rendimento, con successiva esenzione al momento dell'erogazione (c.d. TTE); e, infine, iii) a un modello in cui si prevede l'esenzione della fase iniziale e di quella finale, con assoggettamento ad imposta della sola fase in cui i contributi fruttano un rendimento (c.d. ETE).

È di tutta evidenza, pertanto, come la discrasia e la distinta regolamentazione dei momenti impositivi nelle singole legislazioni interne potrebbe condurre a differenti modalità di tassazione dei redditi di natura

pensionistica nei vari Paesi e, conseguentemente, all'insorgere di fenomeni di doppia imposizione, ovvero, simmetricamente, di salti d'imposta.

Nella prospettiva del diritto internazionale, occorre rivolgere l'attenzione a come tali problemi vengono regolate nel Modello di Convenzione OCSE contro le doppie imposizioni²⁹⁸ (di seguito, per semplicità, Convenzione), al quale si accompagna il relativo Commentario.

Cercheremo pertanto nel prosieguo di evidenziare le maggiori problematiche²⁹⁹ (essenzialmente dovute all'esistenze di asimmetrie tra gli ordinamenti coinvolti) relative ai profili di internazionali della previdenza complementare che i fondi pensione ed i relativi iscritti incontrano in casi di situazioni *cross-border*.

3.2 Il riparto della potestà impositiva della previdenza complementare tra Stato della fonte e Stato di residenza

Nell'ipotesi di erogazione di prestazioni pensionistiche da un fondo ad un soggetto residente in uno Stato diverso da quello in cui risiede il fondo, si pone un problema di riparto della potestà impositiva tra lo Stato di residenza del fondo e lo Stato di residenza del percettore. Lo Stato di residenza del fondo potrebbe infatti vantare il diritto di tassare le somme erogate in quanto Stato della fonte del reddito, fermo restando che

²⁹⁸ In dottrina per una trattazione generale sui vari regimi fiscali convenzionali applicabili alle pensioni cfr.: K. Vogel, *On double taxation Conventions*, Londra 197, pag. 997 e ss; A. Ballancin, *Article 18 of the OECD tax model Convention (Pensions)*, in *Dir. Prat. Trib. Int.*, 2002, pag. 127 e ss; G. Valente; *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, Milano, 2003, pag. 559 e ss; G. Corasaniti, *Le varie categorie di reddito nel modello OCSE di convenzione*, in AA.VV., *Materiali di diritto tributario internazionale*, di Sacchetto-Alemanno, 2002, pag. 163; P. Puoti, *I redditi di lavoro nel modello OCSE*, in AA.VV., *Corso di Diritto tributario internazionale*, coordinato da V. Uckmar, Padova, 2002, pag. 521.

²⁹⁹ Cfr anche W. Andreoni, *Cross-Border Tax Issues of Pensions*, *Intertax*, n. 34, 2006, pag. 245; J.F. Avery Jones, *The OECD Discussion Draft on Tax Treaty Issues Arising from Cross-Border Pensions*, *Bulletin for International Taxation* n. 5, 2004, pag. 181; P. Sconewille, *Safeguarding pension taxation rights in cross-border situations*, in *EC tax review*, Kingston-upon-Thames , n.2, 2005, pag. 78-82.

comunque lo Stato di residenza del percettore vanta il diritto a tassare le somme percepite dal proprio residente in applicazione del principio della tassazione sulla base del reddito mondiale (c.d. *worldwide income taxation*).

Ove si verificasse questa situazione, ne potrebbe risultare che il medesimo reddito (le prestazioni pensionistiche) sia tassato due volte (la prima nello Stato del fondo pensione, la seconda nello Stato del percettore). Questo risultato non è normalmente accettato da alcuno Stato.

A livello mondiale la doppia tassazione viene risolta:

a) unilateralmente da ciascuno Stato predisponendo meccanismi interni quali il riconoscimento di un credito di imposta per le imposte pagate all'estero o;

b) bilateralmente da due Stati che fra di loro giungono alla stipula di appositi accordi, le convenzioni bilaterali contro le doppie imposizioni, mediante i quali provvedono alla ripartizione della potestà impositiva in relazione a redditi realizzati da un soggetto residente in uno dei due Stati contraenti nell'altro Stato contraente.

Vediamo nel seguito come vengono risolti i suddetti casi distinguendo a seconda che vi sia o meno una Convenzione contro le doppie imposizioni e se il soggetto percettore sia un soggetto residente o non residente³⁰⁰.

3.2.1 La disciplina impositiva in presenza di Convenzioni contro le doppie imposizioni

Il primo problema che si pone è quello di individuare in quali norme convenzionali si colloca la previdenza complementare, cercando di interpretare le disposizioni della Convenzione. Come è noto, in tutte le

³⁰⁰ Con riferimento al concetto di residenza ai fini fiscali vedi G. Marino, *La residenza nel diritto tributario*, Padova, 1999; G. Melis, *La nozione di residenza fiscale delle persone fisiche nell'ordinamento tributario italiano*, in *Rass. Trib.* 1995, pag. 1034; F. Trutalli, *La nozione di residenza nelle convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni e le recenti modifiche al commentario OCSE*, in *Boll.trib.*, 2001, pag. 1365.

fattispecie connotate da elementi di extraterritorialità, la verifica dell'effettiva imponibilità in Italia dei redditi da pensione non può prescindere dall'analisi delle disposizioni convenzionali contro le doppie imposizioni e, quindi, delle previsioni contenute nella Convenzione.

Il Modello OCSE, cui comunemente si ispira l'Italia come gli altri Paesi industrializzati, dedica al problema dell'interpretazione l'art. 3, comma 2, Modello OCSE. Questo recita che *“ai fini dell'applicazione della presente Convenzione da parte di uno Stato contraente, le espressioni ivi non definite hanno il significato che ad esse è attribuito dalla legislazione di detto Stato relativa alle imposte cui si applica la presente Convenzione, a meno che il contesto non richieda una diversa interpretazione”*.

Il Commentario al Modello OCSE offre un'interpretazione del tenore di detta disposizione: il suo contenuto viene coordinato con quello degli artt. 23A e 23B del Modello OCSE (che indicano i metodi per eliminare la doppia imposizione) al fine di affermare il diritto dello Stato della fonte di procedere alla qualificazione di un componente reddituale e correlativamente l'obbligo dello Stato di residenza di accettare la qualificazione operata dallo Stato della fonte, anche se la propria legislazione interna avrebbe determinato una diversa qualificazione³⁰¹.

I conflitti di qualificazione tra Stato della fonte e Stato della residenza di cui si è fatto cenno non fanno così altro che aumentare la possibilità che l'iscritto ad un fondo pensione perda i vantaggi fiscali connessi a tale forma di investimento e frustrano il diritto dei lavoratori alla mobilità transnazionale.

Con riferimento alle componenti pensionistiche, invero, si rende necessaria un'analisi preliminare in ordine all'individuazione della norma convenzionale in concreto applicabile, atteso che, come noto, i proventi da

³⁰¹ Tale soluzione è fortemente avversata dalla dottrina che suggerisce di attribuire significati comuni alle disposizioni convenzionali per pervenire non solo ad una reale uniformità interpretativa, ma anche per garantire la massima certezza del diritto. In tal senso G. Melis, *L'interpretazione nel diritto tributario*, Padova, 2003. In generale, sull'interpretazione delle convenzioni internazionali si veda anche C. Garbarino, *La tassazione del reddito transnazionale*, Padova, 1990, pag. 587 e ss.

pensione potrebbero essere distintamente riconducibili nell'ambito applicativo dell'art. 18 ("Pensioni"), dell'art.15 ("Lavoro dipendente"), ovvero dell'art. 14 ("Professioni indipendenti")³⁰² della Convenzione, con conseguenze diverse, come vedremo³⁰³.

Preliminarmente si rileva come la Convenzione qualifica come "Pensioni private", i trattamenti erogati da enti, istituti o organismi previdenziali preposti all'erogazione della pensione. I redditi che si riferiscono a tali trattamenti pensionistici ricadono nell'ambito applicativo dell'art. 18 della Convenzione, a mente del quale: *«fatte salve le disposizioni del paragrafo 2 dell'art. 19, le pensioni e le altre remunerazioni analoghe, pagate ad un residente di uno Stato contraente in relazione a un cessato impiego, sono imponibili soltanto in detto Stato»*, accordando la potestà esclusiva³⁰⁴ sulle pensioni e le altre remunerazioni analoghe allo Stato di residenza del soggetto percettore.

Come è agevolmente desumibile dalla lettura sistematica della summenzionata norma con quella contenuta nel successivo art. 19, l'elemento discriminante tra la nozione di "Pensione privata" e "Pensione pubblica"³⁰⁵ è individuabile nel soggetto erogante. Vengono, infatti,

³⁰² Come noto, ancorché l'art. 14 sia stato abrogato a seguito dell'aggiornamento del Modello Ocse dell'aprile del 2000, è utile osservare che tale disposizione resta, comunque, in vigore nella maggior parte dei Trattati stipulati dall'Italia. Peraltro, sotto il profilo sostanziale nulla è cambiato a seguito di tale abrogazione, giacché, le fattispecie ivi contemplate sono ora confluite nell'ambito di applicazione dell'art. 7 del Modello Ocse. A tal riguardo, al paragrafo 2.1 del commentario Ocse all'art. 7, viene precisato che l'abrogazione dell'art. 14 è stata motivata dal fatto che non sembravano sussistere differenze tra la nozione di stabile organizzazione, utilizzata all'art. 7, e quella di base fissa, utilizzata all'art. 14 o tra i criteri di determinazione degli utili o le modalità di calcolo dell'imposta a seconda che si applicasse l'art. 7 o 14.

³⁰³ Si veda in proposito De Broe - Neyt, *Tax Treatment of Cross-Border Pensions under the OECD Model and EU Law*, Bulletin for International Taxation, n.3, 2009.

³⁰⁴ Ciò si desume dalla circostanza che l'art. 18 usa l'espressione "sono imponibili soltanto in detto stato". La ratio della tassazione esclusiva nello Stato della residenza, come chiarito anche nel Commentario, deve essere rinvenuta nella circostanza che lo stesso si trovi in una posizione migliore rispetto agli altri Stati per prendere in considerazione la capacità contributiva del percettore, la quale dipende essenzialmente dal "reddito mondiale" e dalle sue condizioni personali.

³⁰⁵ Rientrando nell'ambito applicativo dell'articolo 19 del Modello Ocse che, a differenza di quanto avviene per le "pensioni private", opta per l'opposto regime fiscale della tassazione esclusiva dello Stato della fonte. Tale criterio, tuttavia, resta valido fintantoché

qualificate come “*Pensioni pubbliche*”, quelle corrisposte dallo Stato, da una sua suddivisione politica o amministrativa, ovvero da un suo ente locale. Ne discende che, in termini generali, lo Stato della Fonte sarà tenuto ad esentare i redditi di tale natura.

L’art. 15, paragrafo 1 della Convenzione prevede invece la tassazione c.d. concorrente dei Paesi contraenti ossia stabilisce la potestà impositiva prima nel Paese in cui è stata effettuata la prestazione e, successivamente, la potestà impositiva del Paese di residenza del prestatore, che, al fine di eliminare la doppia imposizione, si impegna a riconoscere un credito d’imposta per le imposte pagate nel primo Stato. Secondo la citata norma convenzionale “*i salari, gli stipendi e le altre remunerazioni analoghe che un residente di uno Stato contraente riceve in corrispettivo di un’attività dipendente sono imponibili soltanto in detto Stato, a meno che tale attività non venga svolta nell’altro Stato contraente. Se l’attività è quivi svolta, le remunerazioni percepite a tal titolo sono imponibili in questo altro Stato*”.

Tanto premesso, appare pertanto dirimente la qualificazione delle prestazioni corrisposte, distinguendo in ogni caso l’ipotesi del percettore residente che riceva una trattamento pensionistico da uno Stato estero, da quello in cui sia il fondo italiano ad erogare la pensione ad un soggetto non residente.

Nel primo caso, a livello internazionale, è comune il riconoscimento che le prestazioni pensionistiche erogate in forma di rendita ricadano nell’ambito di applicazione dell’art. 18 del Modello OCSE che riconosce la potestà esclusiva dello Stato di residenza del percettore, mentre dubbi sorgono in merito all’applicabilità dello stesso art. 18 in relazione alle prestazioni erogate in forma di capitale in relazione alle quali potrebbe trovare applicazione l’art. 15.

Stato di residenza e nazionalità del beneficiario non coincidano, dovendosi in caso di coincidenza attribuire il diritto di imposizione esclusiva allo Stato di residenza.

Al riguardo, il Commentario all'art. 18 del Modello Ocse, nella versione precedente a quella in vigore dal 15 luglio 2005, rilevava che *“alcuni Stati considerano come una pensione, privata o pubblica a seconda del caso, i pagamenti effettuati in una unica soluzione. In tal caso, sarebbe naturale considerare che il reddito rientri nell'articolo 18 o 19. Nella legislazione fiscale di altri Stati tali pagamenti vengono considerati come remunerazione finale per le attività svolte. In tal caso, il pagamento deve essere indubbiamente ricompreso nell'articolo 15 o 19, a seconda dei casi. Altri ancora considerano tali pagamenti come un bonus non imponibile ai fini delle imposte sui redditi ma eventualmente soggetto ad una imposta sulle donazioni o ad imposte analoghe”*.

In forza di tali premesse, l'Ocse concludeva ponendo in luce come non fosse stato possibile raggiungere una soluzione comune nel Modello di Convenzione, in relazione al trattamento da riservare ai proventi di cui trattasi.

Sebbene la versione aggiornata del Commentario fornisca una definizione più dettagliata di *«pensioni e altre remunerazioni analoghe»* rispetto alla precedente, l'individuazione del corretto ambito operativo dell'art. 18 della Convenzione, non risulta un'operazione ermeneutica particolarmente agevole³⁰⁶.

Invero, attesa la formulazione alquanto generica della disposizione in commento, la più stringente definizione offerta dal “nuovo” Commentario, in presenza di particolari situazioni³⁰⁷, potrebbe condurre all'esclusione dell'applicazione dell'art. 18 della Convenzione, in favore dell'applicazione dell'art. 15; con conseguenti evidenti problematiche in ordine alla corretta individuazione dell'ambito operativo delle due norme.

³⁰⁶ Cfr. A. Ballancin, *Article 18 of the OECD tax model Convention (Pensions)*, in *Dir. Prat. Trib. Int.*, 2002, pag. 127 e ss

³⁰⁷ Senza alcuna pretesa di esaustività, mi riferisco, in particolare e a titolo esemplificativo, al trattamento fiscale delle c.d. indennità di fine mandato, corrisposte a soggetti non residenti, in relazione ad un'attività di collaborazione coordinata e continuativa prestata all'estero e, più in generale, al Trattamento di Fine Rapporto, nonché alle forme di previdenza integrativa e alle rendite vitalizie e a tempo determinato aventi natura previdenziale.

A tal proposito, come osservato dall’Ocse, la verifica in ordine alla circostanza che un pagamento venga considerato come remunerazione analoga alle pensioni, ovvero alla stregua di provento remunerativo finale per un’attività svolta, per il quale troverebbe applicazione l’art. 15 della Convenzione, deve sempre eseguirsi avendo riguardo alla specifica situazione di fatto sussistente nel caso di specie.

Pertanto, precisa l’Ocse, se il pagamento è la commutazione della pensione o la compensazione per una pensione ridotta, tale elemento reddituale può allora essere considerato alla stregua di una “*remunerazione simile alla pensione*”.

Lo stesso accade nel caso in cui, una persona sia stata autorizzata a scegliere fra il pagamento di una pensione o di una somma *forfetaria*, computando l’uno o l’altro con riferimento alla somma totale di contributi o all’ammontare della pensione spettante, in luogo dell’applicazione delle regole ordinarie che caratterizzano il sistema pensionistico.

Sempre con riferimento al significato da attribuire alle suddetta espressione «*pensioni e altre remunerazioni analoghe*», il Commentario all’art. 18, par. 3³⁰⁸, utilizza il termine “*Pensioni*” con esclusivo riferimento ai pagamenti periodici, e la locuzione “*altre remunerazioni analoghe*” per riferirsi, altresì, ai pagamenti effettuati in unica soluzione.

Tale conclusione, come si avrà modo di specificare oltre, non sembra in linea con la prassi seguita dall’Amministrazione finanziaria

³⁰⁸Si riporta il testo integrale del Commentario all’art. 18, par. 3, a mente del quale: “*The types of payment that are covered by the Article include not only pensions directly paid to former employees but also to other beneficiaries (e.g. surviving spouses, companions or children of the employees) and other similar payments, such as annuities, paid in respect of past employment. The Article also applies to pensions in respect of services rendered to a State or a political subdivision or local authority thereof which are not covered by the provisions of paragraph 2 of Article 19. The Article only applies, however, to payments that are in consideration of past employment; it would therefore not apply, for example, to an annuity acquired directly by the annuitant from capital that has not been funded from an employment pension scheme. The Article applies regardless of the tax treatment of the scheme under which the relevant payments are made; thus, a payment made under a pension plan that is not eligible for tax relief could nevertheless constitute a “pension or other similar remuneration” (the tax mismatch that could arise in such a situation is discussed below)*”.

italiana, che in una recente pronunzia resa in sede di interpello³⁰⁹, ha affermato che “*l'ambito di applicazione dell'articolo 18 delle convenzioni richiamate non include le prestazioni di previdenza integrativa corrisposte in unica soluzione*”.

Ciò posto, come dinanzi precisato, per determinare se un particolare trattamento sia riconducibile nell'art. 18, ovvero in altra disposizione della Convenzione, occorre svolgere un'attenta analisi della situazione concreta, da eseguire caso per caso alla stregua dei canoni ermeneutici forniti dal Commentario.

Al riguardo, un parametro essenziale ai fini della individuazione della norma convenzionale applicabile, è rappresentato dalla fonte del pagamento; invero, i soli pagamenti effettuati da un sistema pensionistico rientrerebbero nell'art. 18 della Convenzione.

Ulteriori fattori da tenere in considerazione nella determinazione della natura reddituale dei proventi e, quindi, ai fini delle delimitazione dell'ambito applicativo dell'art. 18, riguardano:

- i) il momento in cui si concretizza il diritto a ricevere la remunerazione. Infatti, l'articolo in commento si rende applicabile ai soli pagamenti effettuati in considerazione del “*cessato impiego*”;
- ii) il soggetto percipiente. A tale specifico riguardo occorre determinare se il destinatario continui a lavorare, se ha raggiunto l'età pensionabile in relazione a quel tipo particolare di occupazione, eccetera. Deve osservarsi, in merito, che rientrano nell'ambito applicativo dell'art. 18, non solo i pagamenti in relazione ai quali il lavoratore si pone come il beneficiario effettivo, ma, altresì, le pensioni percepite da vedove ed orfani, *et similia*, quali le *annuities* pagate in relazione a precedenti impieghi;
- iii) il contestuale diritto del percipiente ad altri benefici pensionistici.

È appena il caso di osservare, che i suddetti criteri di localizzazione (c.d. *sourcing rules*) delle pensioni estere previsti dalla normativa interna e

³⁰⁹ Cfr. Ris. 40/E del 17 febbraio 2009.

convenzionale, non sono sufficienti per l'effettivo assoggettamento ad imposizione di una pensione estera in Italia, giacché, a tal fine, come precedentemente osservato, non è sufficiente che la stessa sia localizzata in Italia, ma è richiesto, altresì, che integri i presupposti sostanziali dell'imponibilità all'uopo previsti dall'Ordinamento nazionale (c.d. *taxing rules*)³¹⁰.

A tale scopo, occorrerà qualificare il trattamento pensionistico estero avuto riguardo alla sua natura sostanziale e, quindi, a prescindere dal *nomen iuris* attribuito alla medesima, così da poterne verificare, tra l'altro, la natura reddituale o meno³¹¹.

Per quanto concerne le pensioni di fonte italiana percepite da soggetti non residenti, l'art. 18 attribuisce, come si ricorderà, il diritto di imposizione esclusiva allo Stato di residenza del beneficiario. Ne discende che lo Stato italiano, nei casi in cui si rende applicabile il regime convenzionale ordinario, dovrà astenersi dall'esercitare la propria potestà impositiva, derogando a quanto previsto dall'art. 23, comma 2, lett. b) del Tuir³¹².

Se quanto detto è pacifico per le prestazioni erogate in forma di rendita³¹³, problemi sorgono in relazione alle prestazioni erogate da un fondo italiano ad un soggetto non residente, qualora tali prestazioni vengano erogate in forma di capitale³¹⁴.

³¹⁰ Per una approfondita analisi della distinzione tra norme strumentali attinenti alla localizzazione del reddito (*sourcing rules*) e norme sostanziali impositive (*taxing rules*), cfr. C. Garbarino, *La tassazione del reddito transnazionale*, Padova, 1990, pag. 154 ss..

³¹¹ Così P. Saggese, *Le pensioni estere*, in *La mobilità transnazionale del lavoratore dipendente: profili tributari*, Padova, 2006

³¹² Ai sensi del quale "Indipendentemente dalle condizioni di cui alle lettere c), d), e) e f) del comma 1 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:

(....)

b) i redditi assimilati a quelli di lavoro dipendente di cui alle lettere c), c-bis), f), h), h-bis), i) e l) del comma 1 dell'articolo 50".

³¹³ L'amministrazione finanziaria ha avuto modo di affermare tale principio in varie occasioni. Cfr. Ris. Min. 18 aprile 1990, n. 12/711; Circ. Min. 22 settembre 1981, n. 31.

³¹⁴ Si veda P. Ludovici, *Il regime impositivo del trattamento di fine rapporto corrisposto a soggetti non residenti*, in Riv. dir. Trib., 1999, IV, 103 e ss.

Tale fattispecie è stata oggetto di una recente risoluzione da parte dell’Agenzia delle Entrate³¹⁵, nella quale viene affermata la potestà impositiva concorrente dello Stato italiano.

L’Agenzia, al fine di stabilire se la prestazione erogata da un Fondo aziendale abbia rilevanza reddituale in Italia per un ex dipendente divenuto residente in Germania, analizza le disposizioni di cui agli art. 15 e 18 della Convenzione Italia-Germania.

L’Agenzia in particolare lamenta la non univoca natura delle prestazioni previdenziali nelle quali convivono diverse componenti, tra queste ritiene però si debba dare preferenza a quella retributiva *“in considerazione del particolare collegamento esistente con il datore di lavoro e con l’attività lavorativa svolta”*.

A conferma di tale conclusione viene richiamata la giurisprudenza della Cassazione circa la natura di retribuzione differita del t.f.r. sottolineando come *“l’Amministrazione finanziaria e la giurisprudenza hanno ritenuto che non si rende applicabile l’articolo 18 del modello di convenzione OCSE (vedere risoluzione 1° agosto 2008, n. 341/E e Cassazione 21 novembre 1998, n.11780) mettendo in evidenza come tali erogazioni abbiano natura di remunerazioni finali per l’attività lavorativa prestata”*.

Secondo il parere dell’Agenzia, l’ambito di applicazione dell’art. 18 della Convenzione non include infatti le prestazioni di previdenza integrativa corrisposte in unica soluzione. La *ratio* di tale interpretazione ministeriale è che le indennità di fine rapporto, a differenza delle pensioni, non sono pagamenti periodici e che pertanto siano da considerare come emolumenti aventi natura retributiva, seppur differita, e di conseguenza inquadrabili nell’ambito di applicazione dell’art. 15 del Modello OCSE.

Ora tale interpretazione pone non pochi dubbi.

Innanzitutto, a livello OCSE, lo stesso Commentario include nell’ambito di operatività dell’art. 18 del Modello espressamente tutte le

³¹⁵ Risoluzione n. 40/E del 2009.

somme corrisposte in dipendenza della cessazione dell'attività lavorativa anche se erogate in unica soluzione (cd. *lump sum*).

L'art. 18 del Modello OCSE è previsto si applichi, infatti, alle *"pensions and other similar remuneration paid to a resident of a Contracting State in consideration of the past employment"*.

Nel Commentario viene infatti previsto che anche le somme pagate una tantum possono essere ricondotte nell'alveo delle *"other similar remuneration"* ai pagamenti periodici³¹⁶, pertanto rientrerebbero nel campo di applicazione dell'art. 18 le prestazioni erogate in forma di capitale.

In secondo luogo, quand'anche si dovesse ritenere che l'art. 18 del Modello non comprenda le forme pensionistiche complementari, sembrerebbe applicabile, in luogo dell'art 15 che prevede una tassazione concorrente, l'art. 21, paragrafo 1 del Modello secondo cui secondo cui *"gli elementi di reddito di un residente di uno Stato contraente, qualsiasi ne sia la provenienza, che non sono stati trattati negli articoli precedenti della presente Convenzione sono imponibili soltanto in questo Stato"*, che, invece, considera le prestazioni come imponibili esclusivamente nel Paese del percettore. Non può sfuggire, infatti, che il modello OCSE è, strutturato nel senso di riconoscere in via primaria la potestà impositiva dello Stato di residenza del percettore e di prevedere solo in via derogatoria la potestà dello Stato della fonte del reddito.

Ne consegue che la tassazione delle prestazioni erogate dai fondi pensione nel paese di residenza del percettore sarebbe, contrariamente a quanto statuito dall'Agenzia delle Entrate nella Ris. 40/E del 2009, quella più aderente al tenore letterale ed alla *ratio* delle disposizioni del Modello OCSE³¹⁷.

³¹⁶ Commentario al Modello OCSE art. 18, punto 5 nella versione del 18 luglio 2008 *"While the word "pension", under the ordinary meaning of the word, covers only periodic payments, the words "other similar remuneration" are broad enough to cover non-periodic payments. For instance, a lump-sum payment in lieu of periodic pension payments that is made on or after cessation of employment may fall within the Article"*.

³¹⁷ In ordine alle ragioni della preferenza accordata attualmente dai legislatori nazionali al principio di residenza, quale principio informatore dell'imposizione del reddito transnazionale, cfr. C. Sacchetto, *L'evoluzione del principio di territorialità e la crisi della*

3.2.2 I rimedi volti ad arginare i fenomeni di doppia imposizione in assenza di Convenzione contro le doppie imposizioni

Abbiamo visto che in presenza di una convenzione contro le doppie imposizioni fra due Stati, per far fronte ad eventuali fenomeni di doppia imposizione si dovrà fare riferimento alla c.d. regola della *allocation of taxing rights* di cui al Modello di Convenzione Ocse e, quindi, agli accordi bilaterali siglati dai vari Paesi.

Maggiormente problematica, invece, appare la verifica in ordine alle procedure da seguire in ipotesi in cui tra due Stati, quello della fonte del reddito e quello della residenza del beneficiario, non sia in vigore alcuna convenzione contro le doppie imposizioni.

In tali evenienze, infatti, è verosimile ipotizzare che l'emolumento pensionistico subisca una doppia imposizione, i cui effetti distorsivi potranno essere mitigati esclusivamente mediante lo strumento ordinario del credito d'imposta per i tributi assolti all'estero, di cui all'art. 165 del T.u.i.r.³¹⁸.

Per quanto riguarda il caso di un soggetto residente iscritto ad un fondo estero con il quale non è in vigore alcuna Convenzione, è interessante porre in luce come l'Amministrazione finanziaria, nella Risoluzione n. 12/1022 del 7 gennaio 1982, ha chiarito che, in assenza di un trattato contro le doppie imposizioni, non è possibile ricorrere al principio di reciprocità al

tassazione del reddito mondiale nel paese di residenza, in Riv. Dir. Trib. Int., 2001, I, pag. 46; e L. Carpentieri - R. Lupi - D. Stevanato, *Il diritto tributario nei rapporti internazionali*, Milano, 2003, pag. 136.

³¹⁸ È appena il caso di rammentare, che la disciplina di tale istituto è stata riformulata sulla base dei criteri direttivi di cui all'art. 4, comma 1, lett. d) della L. 7 aprile 2003, n. 80 di delega per la riforma del sistema fiscale statale. Tali criteri hanno poi trovato attuazione in seguito all'approvazione del D.Lgs. 12 dicembre 2003, n. 344, recante la riforma dell'imposizione su reddito delle società.

fine di escludere da imposizione le pensioni di vecchiaia corrisposte dallo Stato estero a soggetti residenti in Italia³¹⁹.

Alla luce di tali considerazioni pare quindi che il trattamento fiscale applicabile alle prestazioni previdenziali erogate da un fondo estero ad un soggetto residente in Italia debba essere risolto alla luce dei principi generali del diritto nazionale.

Pertanto sia nell'ipotesi in cui le prestazioni siano erogate in rendita che in capitale le prestazioni ricevute ricadranno nel campo di applicazione dell'art. 50, comma 1, lett. h bis), T.u.i.r.. Risulta, infatti, applicabile il principio della tassazione sulla base del reddito mondiale in forma del quale i redditi di un residente sono tassati ovunque prodotti. Tale soggetto residente potrà scomputare dall'imposta dovuta in Italia le imposte eventualmente pagate all'estero sul medesimo reddito ai sensi e nei limiti della normativa interna in tema di credito di imposta di cui all'art. 165 T.u.i.r.³²⁰.

Come noto, in termini generali, il rimedio offerto dal richiamato art. 165 del T.u.i.r. può utilizzarsi in relazione ad imposte effettivamente pagate all'estero³²¹ che soddisfino contemporaneamente i requisiti della "similarità" dell'imposta estera rispetto a quella pagata in Italia e della "definitività" del pagamento del tributo estero.

Il primo requisito, desumibile dalla circostanza che l'istituto del credito d'imposta per i redditi prodotti all'estero è organicamente inserito

³¹⁹ In tale risoluzione, viene precisato che: *"la circostanza che in Jugoslavia le pensioni erogate dall'INPS ai residenti in tale Stato non vengono sottoposte ad imposizione, non obbliga automaticamente l'Italia, sulla base del principio di cui al richiamato art. 33 della precitata Convenzione italo jugoslava, ad esentare le analoghe pensioni di invalidità e vecchiaia corrisposte dalla Jugoslavia a residenti nel nostro Paese ma ad applicare alle pensioni in argomento lo stesso trattamento cui sono soggetti gli emolumenti della specie qualora corrisposti in Italia o in Paesi non legati al nostro da Accordi contro le doppie imposizioni"*.

³²⁰ Sulla disciplina del credito d'imposta per i redditi prodotti all'estero cfr. E. Della Valle, *La stabile organizzazione in materia di rapporti internazionali*, in Atti del Convegno "La riforma fiscale: la nuova imposta sul reddito delle società; Roma 23 ottobre 2003; S. Giorgi, *Il credito di imposta per i redditi prodotti all'estero*, in AA.VV., *Aspetti internazionali della riforma fiscale*, a cura di C. Garbarino, 2004, 33

³²¹ A norma dell'art. 165, comma 2, T.u.i.r.: *«i redditi si considerano prodotti all'esterno sulla base di criteri reciproci a quelli previsti dall'art. 23 per individuare quelli prodotti nello Stato»*.

nella normativa dell'imposta sui redditi, presuppone che sussista un'analogia tra il presupposto imponibile dell'imposta estera e quello dell'imposta italiana sui redditi. In altri termini, il presupposto della "similarità" in argomento risulta soddisfatto nel caso in cui l'imposta estera abbia in concreto natura di imposta diretta sul reddito, a prescindere dalle modalità di prelievo o di determinazione della base imponibile.

In altre parole, il meccanismo del credito d'imposta presuppone che una componente reddituale concorra alla determinazione del reddito complessivo. Al contrario, tal rimedio diventa non percorribile in tutti i casi in cui vi sia una imposta sostitutiva o di tassazione separata, che hanno l'evidente effetto di escludere la concorrenza di un reddito proprio dalla determinazione del reddito complessivo con conseguente perdita del credito per le imposte pagate all'estero.

Per concludere, nel caso invece del non residente iscritto ad un fondo pensione italiano, in caso di assenza di convenzioni contro le doppie imposizioni (o comunque, ai sensi dell'art. 169 T.u.i.r., se più favorevole anche per il contribuente non residente), trova applicazione l'art. 23 T.u.i.r., il cui comma 2, lettera b), considera comunque prodotti in Italia, ed ivi tassabili anche se percepiti da non residenti, i redditi assimilati a quelli di lavoro dipendente di cui alla lettera *h-bis*) del comma 1 del successivo articolo 50 T.u.i.r.. Si tratta delle prestazioni pensionistiche erogate dai Fondi pensione italiani. Il T.u.i.r. attribuisce così allo Stato italiano la potestà impositiva sulle prestazioni pensionistiche (vuoi in rendita vuoi in capitale) qualora erogate da soggetti italiani a soggetti non residenti.

Spetterà allo Stato estero il riconoscimento di un eventuale credito di imposta.

3.3 La soggettività giuridica dei fondi pensione in ambito internazionale: il Fondo pensione come "persona residente" ai fini convenzionali

Uno dei problemi maggiormente discussi nell'ambito delle problematiche fiscali relative alla previdenza complementare nei suoi profili internazionali è senza dubbio costituito dalla possibilità del riconoscimento del fondo pensione come soggetto ai fini del trattato contro le doppie imposizione sui redditi³²²; in altri termini può essere attribuito ad un fondo pensione la qualifica di “persona residente” e quindi godere delle disposizioni relative alle convenzioni contro le doppie imposizioni³²³?

Sappiamo che per poter applicare le disposizioni convenzionali, e dunque perché un soggetto possa essere considerato beneficiario effettivo di un dato flusso reddituale, è necessario essere qualificato come “persona residente” dello Stato contraente.

Ai sensi dell'art. 1 del Modello OCSE è previsto che la Convenzione si applica alle persone che sono residenti di uno o entrambi gli Stati contraenti.

Per quanto concerne il requisito della residenza, il commentario all'art. 4 del modello di Convenzione OCSE, al paragrafo 8.2 e seguenti chiarisce che, in linea di principio, una persona deve definirsi residente nello Stato contraente se ivi è assoggettata ad imposta, nel senso di “*assoggettata ad un'obbligazione fiscale illimitata, anche se lo Stato contraente non applica di fatto l'imposta*”, come avviene, a titolo esemplificativo, nel caso di fondi pensione, enti di beneficenza e altri enti che possono essere esenti da imposte, in virtù della particolare natura dell'attività svolta, qualora gli stessi rispondano a tutti i requisiti previsti dalla legislazione fiscale ai fini dell'esenzione.

³²² Sul tema cfr. M. Gusmeroli, *Trasparenza e beneficiario effettivo nella caverna di platone*, in Boll.trib., 6/2010, p.413; D. Avolio, *Condizioni per l'applicazione del regime convenzionale alle partnership*, in Corr.trib., 2009, pag. 1453; C. Garbarini, *L'applicabilità delle convenzioni fiscali ai fondi d'investimento di diritto estero*, in Riv. Dir. Trib., 2009, V, pag. 157 e ss.

³²³ Si veda sul punto tra gli altri, C. Innamorato, *Italian Supreme Court clarifies Japan treaty benefits*, in Tax notes international, n. 5, 2009), pag. 380-383; M. Gusmeroli, *The Supreme Court decision in the Government Pension Investment Fund case: a tale of transparency and beneficial ownership (in Plato's cave)* in Bulletin for international taxation, Amsterdam, n.4, 2010, pag. 198-210.

Il Commentario³²⁴ quindi, con specifico riferimento ai fondi pensione, chiarisce che, pur essendo gli stessi esenti da imposizione diretta nei loro Stati, ben possono fruire dei benefici previsti dalle convenzioni stipulate tra lo Stato di residenza e altri Stati, relativi alla riduzione della ritenuta sui flussi reddituali provenienti da tali altri Stati.

La questione circa l'applicabilità delle norme convenzionali anche ai fondi pensione è stata oggetto anche di pronunce da parte dell'Amministrazione finanziaria italiana.

Innanzitutto, la circolare 20 marzo 2001, n. 29/E ha chiarito che ai fondi pensione si applicano le norme contenute nelle Convenzioni per evitare le doppie imposizioni qualora gli stessi soddisfino il duplice requisito di *i*) essere considerati fiscalmente residenti in Italia e *ii*) essere assoggettati alle imposte sui redditi in Italia.

In particolare, la suddetta circolare, dopo aver ricordato che le convenzioni contro le doppie imposizioni, al fine di determinare la residenza dei vari soggetti nei singoli Stati contraenti, fanno sostanzialmente rinvio ai criteri adottati nella legislazione di ogni Paese e, segnatamente, alla circostanza che i soggetti risultino assoggettati ad imposta in uno Stato a motivo del domicilio, della residenza o di ogni altro criterio di natura analoga, chiarisce che *“in merito alla residenza ai fini fiscali in Italia dei fondi pensione si ritiene che ad essi possa applicarsi l'art. 73, comma 3 del Tuir”*.

³²⁴ Cfr paragrafo 8.5 e 8.6 del Commentario all'art. 4 del Modello OCSE.

8.5 *“Paragraph 1 refers to persons who are “liable to tax” in a Contracting State under its laws by reason of various criteria. In many States, a person is considered liable to comprehensive taxation even if the Contracting State does not in fact impose tax. For example, pension funds, charities and other organizations may be exempted from tax, but they are exempt only if they meet all of the requirements for exemption specified in the tax laws. They are, thus, subject to the tax laws of a Contracting State. Furthermore, if they do not meet the standards specified, they are also required to pay tax. Most States would view such entities as residents for purposes of the Convention (see, for example, paragraph 1 of Article 10 and paragraph 5 of Article 11)”*.

8.6 *“In some States, however, these entities are not considered liable to tax if they are exempt from tax under domestic tax laws. These States may not regard such entities as residents for purposes of a convention unless these entities are expressly covered by the convention. Contracting States taking this view are free to address the issue in their bilateral negotiations”*.

Tale norma prevede, infatti, che sono considerati residenti "ai fini delle imposte sui redditi" le società e gli enti che per la maggior parte del periodo d'imposta hanno la sede legale o la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale nel territorio dello Stato. Tutti i predetti criteri che secondo l'Agenzia, sembrano applicabili, in linea generale ai fondi pensione.

Quanto al requisito dell'assoggettamento ad imposta nello Stato italiano ("*liable to taxation*" nei testi di convenzione in lingua inglese), si ritiene che lo stesso sia pienamente soddisfatto alla luce delle modalità di tassazione dei fondi pensione previsti dal legislatore domestico.

Pertanto, anche l'imposta sostitutiva di cui all'art. 17 del D. lgs. n. 252/2005 deve quindi essere considerata come rientrante nell'ambito applicativo dei trattati per evitare le doppie imposizioni dal momento che essa rientra pienamente nel sistema generale dell'imposizione diretta dei redditi vigente in Italia.

D'altra parte le Convenzioni prevedono esplicitamente che le disposizioni in esse contenute si applicano anche alle imposte future di natura identica o analoga che verranno istituite in aggiunta o in sostituzione delle imposte esistenti.

Per l'Agenzia delle Entrate la scelta di operare l'imposizione del reddito conseguito dalla gestione del fondo con un'imposta sostitutiva, assolta dal fondo stesso, rappresenta una scelta di opportunità politica e amministrativa che rientra nella potestà impositiva dello Stato italiano e tale circostanza non può porre i fondi fuori dell'ambito applicativo delle disposizioni convenzionali.

Tale posizione è inoltre stata recentemente confermata con la Risoluzione n. 167/E del 21 aprile 2008³²⁵ la quale ha affrontato l'istanza di

³²⁵ Si veda in commento A. Lupo - F. Nardacchione, *Clarity for foreign funds tax*, in *International tax review*, London, November 2008, pag. 35-37; G. Corasaniti, *L'amministrazione finanziaria italiana riconosce l'applicabilità delle Convenzioni contro le doppie imposizioni anche ai fondi pensione*, in *Dir. prat. trib. int.*, 2008, pag. 936 e ss; A. Tomassini, *Alcuni recenti sviluppi interpretativi sulla nozione di beneficiario effettivo e di residenza ai fini convenzionali*, in *Rass. trib.*, 2008, pag. 1383.

un fondo pensione di diritto olandese (appartenente alla categoria dei cosiddetti *stichting pensioenfond*) circa l'individuazione del i) beneficiario effettivo dei dividendi ed altri redditi (segnatamente, capital gains) derivanti dagli investimenti effettuati in società italiane (azioni e valori mobiliari) per il tramite di un fondo lussemburghese e ii) della Convenzione contro le doppie imposizioni applicabile al caso di specie.

Con riguardo alla qualità di "persona", in linea con l'interpretazione consolidata in sede OCSE³²⁶, nella circolare del 23 dicembre 1996, n. 306, cap. VIII, è stato chiarito che i fondi pensione, per i quali le Convenzioni fiscali in vigore con il nostro Paese non contengono apposite clausole, sono considerati, sempre ai fini convenzionali, come "persone" se, in conformità delle legislazioni interne degli Stati contraenti, sono assimilati a persone giuridiche ai fini dell'imposizione^{327/328}.

Per quanto concerne il requisito della residenza, l'Agenzia fa riferimento al Commentario all'art. 4 del Modello di Convenzione OCSE, in

³²⁶ IFA Cahiers - Vol. 82b., *The taxation of investment funds*, 1997; OCSE, *The application of the OECD Model tax Convention to Partnership*, in *Issues in International Taxation*, n. 6; Paris, 1999.

³²⁷ I fondi pensione vanno infatti ricondotti tra i soggetti di cui all'art. 73, comma 1 lett. b) del Tuir "gli enti pubblici e privati diversi dalle società, nonché i trust, residenti nel territorio dello Stato, che non hanno per oggetto esclusivo o principale l'esercizio di attività commerciali".

³²⁸ Ricordiamo che ai sensi dell'art. 4 del D.Lgs. n.252/2005 i fondi pensione possono essere costituiti:

a) come soggetti giuridici di natura associativa, ai sensi dell' articolo 36 del codice civile , distinti dai soggetti promotori dell'iniziativa;

b) come soggetti dotati di personalità giuridica; in tale caso, in deroga alle disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 10 febbraio 2000, n. 361, il riconoscimento della personalità giuridica consegue al provvedimento di autorizzazione all'esercizio dell'attività adottato dalla COVIP; per tali fondi pensione, la COVIP cura la tenuta del registro delle persone giuridiche e provvede ai relativi adempimenti.

2. I fondi pensione istituiti ai sensi dell' articolo 3, comma 1, lettere g), h) e i), possono essere costituiti altresì nell'ambito della singola società o del singolo ente attraverso la formazione, con apposita deliberazione, di un patrimonio di destinazione, separato ed autonomo, nell'ambito della medesima società od ente, con gli effetti di cui all' articolo 2117 del codice civile.

(...)

5. I fondi pensione costituiti nell'ambito di categorie, comparti o raggruppamenti, sia per lavoratori subordinati sia per lavoratori autonomi, devono assumere forma di soggetto riconosciuto ai sensi del comma 1, lettera b), ed i relativi statuti devono prevedere modalità di raccolta delle adesioni compatibili con le disposizioni per la sollecitazione al pubblico risparmio.

cui – come abbiamo già detto - al paragrafo 8.2, si chiarisce che, in linea di principio, una persona deve definirsi residente nello Stato contraente se ivi è assoggettata ad imposta, nel senso inglese di "*liable to tax*", come avviene, a titolo esemplificativo, nel caso dei fondi pensione.

In modo coerente, il concetto di "beneficiario effettivo"³²⁹ designa il soggetto residente nell'altro Stato contraente, al quale il reddito è fiscalmente imputabile, ossia il soggetto al quale il reddito è attribuito ai fini della potenziale assoggettabilità all'imposizione³³⁰.

Da quanto sopra l'Agenzia conclude nel senso di ritenere che, un fondo esente, sottoscrittore di un fondo fiscalmente trasparente ai sensi della legislazione di uno Stato terzo, potrà essere considerato "beneficiario effettivo" dei redditi di fonte italiana attribuitogli per il tramite di quest'ultimo, se in base alla legislazione fiscale del proprio Stato di residenza, benché esente da imposta, è considerato soggetto passivo ai fini delle imposte sui redditi.

Ciò che rileva, in definitiva, è la potenziale assoggettabilità a tassazione del soggetto, il quale può anche essere, per diverse ragioni esente da imposizione sul reddito. Interpretazione questa conforme alla nozione convenzionale di residenza del commentario OCSE, identificata, ribadiamo, con la mera soggettività potenziale all'imposizione dello Stato contraente ("*liable to tax*"), anziché con la più stringente soggezione attuale all'imposta di tale Stato ("*subject to tax*")³³¹.

³²⁹ Sul concetto di beneficiario effettivo ai fini convenzionali si veda, A. Ballancin, "*La nozione di beneficiario effettivo nelle convenzioni contro le doppie imposizioni e nell'ordinamento tributario italiano*", in *Rass. trib.* n. 1, 2006, pag. 209; A. Furlan-M. Toccaceli, *Il concetto di "beneficial owner" nei trattati internazionali contro le doppie imposizioni e nelle direttive comunitarie*, in *Fisc. Int.*, 5, 2009, pag. 390; A. Tomassini, *Alcuni recenti sviluppi interpretativi sulla nozione di beneficiario effettivo e di residenza ai fini convenzionali*, in *Rass.trib.*, n.5, 2008, pag. 1383; C. Perrone, *Brevi note sul significato convenzionale del concetto di beneficiario effettivo*, in *Rass. trib.* n. 1, 2003, pag. 151.

³³⁰ Cfr. S. Grilli, *Applicazione delle convenzioni per evitare le doppie imposizioni ai dividendi incassati da una partnership e ruolo del commentario OCSE nell'ambito degli strumenti interpretativi delle convenzioni alla luce di una recente sentenza della Cassazione*, in *Dir.prat.trib.*, 2009, pag. 983 e ss.

³³¹ Cfr. M. Gusmeroli, *Applicabilità della Convenzione con lo Stato dei soci di un fondo trasparente*, in *Corr.trib.*, 12, 2009, pag. 965 e ss.

Tale lettura è peraltro conforme ai principi espressi dalla oggi prevalente giurisprudenza della Corte di Cassazione³³². La Corte, infatti, abbandonando un precedente orientamento³³³, per il quale la minore aliquota della ritenuta alla fonte avrebbe dovuto applicarsi subordinatamente alla prova dell'avvenuta percezione dei redditi e dell'assolvimento degli obblighi fiscali nello Stato di residenza del percettore, ha più di recente chiarito che la minore aliquote è applicabile per il solo fatto della soggezione del componente reddituale alla potestà impositiva dell'altro Stato contraente, indipendentemente dall'effettivo pagamento dell'imposta³³⁴.

Una recente conferma circa l'inclusione dei fondi pensione nel novero delle persone per le quali si rendono applicabili le disposizioni delle Convenzioni si è avuta nell'interrogazione parlamentare 12 maggio, n.5-02875³³⁵.

In realtà l'interrogazione parlamentare muoveva dalla necessità di conoscere le iniziative che il Governo intendesse adottare per il rilancio dei rendimenti nel sistema italiano dei fondi pensione, considerando che l'assenza di un'adeguata armonizzazione dei regimi tributari delle forme pensionistiche complementari rileva sul piano economico dei rendimenti e che, notoriamente, le scelte di investimento, anche di natura previdenziale, sono condizionate, sempre più spesso, dall'incidenza fiscale.

Più in particolare, con la citata interrogazione l'interrogante, dopo aver premesso che il sistema di fondi pensione in Italia sostiene una parte importante della nostra struttura sociale e il suo rendimento e la sua corretta amministrazione sono cruciali nella politica di assistenza e sviluppo sociale, ha sottolineato che il reddito derivante da tali investimenti internazionali è

³³² Cfr. Cass. Civ. n. 1138 del 19 gennaio 2009.

³³³ Cfr. Cass. civ., 29 marzo 2000, n. 3861 e Cass. civ., 11 aprile 2000, n. 4560.

³³⁴ Cfr. anche Cass. civ., 29 gennaio 2001, n. 1231; Cass. civ., 5 febbraio 2001, n. 1583; Cass. civ., 17 febbraio 2001, n. 2344; Cass. civ., 21 febbraio 2001, n. 2532.

³³⁵ Interrogazione parlamentare proposta dagli onorevoli Occhiuto e Poli, con risposta del sottosegretario Molgora.

tassato nel Paese di investimento in base ad un'aliquota stabilita per legge, che può risultare pari al 35%. Detta situazione comporta che i fondi pensione sono di fatto obbligati a richiedere l'applicazione, negli Stati in cui operano investimenti, delle misure previste dalle convenzioni per evitare le doppie imposizioni sui redditi attualmente in vigore tra l'Italia e detti Stati. In base agli accordi sulle doppie imposizioni esiste in molte occasioni il diritto degli investitori di recuperare una parte delle tasse trattenute all'estero e che annualmente centinaia di miliardi di euro sono persi dagli investitori perché chi riceve tali redditi o li gestisce molto spesso non provvede al recupero delle doppie imposizioni.

È un dato ormai acquisito nel settore che far valere tali diritti sia difficile e complesso dal momento che ciascuno dei Paesi cofirmatari degli accordi sulle doppie imposizioni prevede procedure ed adempimenti diversi per quanto riguarda la presentazione delle richieste di recupero. La conseguenza di tale complessità è che numerosi fondi pensione nazionali non presentano richieste di rimborso venendo così meno lo scopo degli accordi (si valuta che meno del 10% di questi diritti siano in genere riscossi).

La difficoltà di recuperare le imposte trattenute all'estero risultano inoltre accentuate a causa dei termini di prescrizione previsti per la loro richiesta che variano in ciascun Paese contraente dell'accordo. I Paesi più avanzati hanno proceduto a riforme delle loro discipline legislative e regolamentari degli investimenti allo scopo di fornire ai propri fondi pensione migliori opportunità e prospettive, in grado di accrescerne il rendimento, all'interno di un contesto di rischio più limitato.

A conclusione del loro intervento gli interroganti chiedevano, torna utile ribadirlo, di conoscere quali iniziative, anche normative, il Governo intende adottare per rilanciare il rendimento dei fondi pensione introducendo un obbligo di *governance* a carico dei gestori dei fondi pensione e dei loro fiduciari affinché facciano valere i diritti sanciti dagli accordi sulla doppia imposizione.

La risposta al quesito così formulato è risultata, seppur non proprio conferente³³⁶, anche utile ai fini del riconoscimento di fondi quali soggetti passivi delle Convezioni.

Essa si è infatti richiamata, inizialmente, i chiarimenti già forniti dall'Amministrazione finanziaria con la ricordata circolare n. 29/E/2001, vale a dire, con il rinvio alle norme convenzionali e, soprattutto, con alcune precisazioni in merito alla individuazione della residenza fiscale. È stato in proposito sottolineato che ai fondi pensione si applica l'art. 87, comma 3, del T.u.i.r. il quale dispone che sono considerati residenti in Italia, «ai fini delle imposte sui redditi», le società e gli enti che per la maggior parte del periodo d'imposta hanno la sede legale o la sede dell'amministrazione o l'oggetto principale nel territorio dello Stato e che, tali criteri si applicano, in linea generale anche ai fondi pensione.

Quanto al requisito dell'assoggettamento ad imposta nello Stato italiano (*liable to taxation*), è stato ulteriormente precisato, che esso requisito risulta pienamente soddisfatto alla luce delle modalità di tassazione dei fondi pensione previsti dal legislatore. Infatti, ha precisato il rappresentante del Governo, l'art. 14 del D.Lgs. n. 124/1993 (*rectius*, art. 17 del D.Lgs. n. 252/2005) dispone che gli stessi sono soggetti ad imposta sostitutiva «delle imposte sui redditi» applicata sul risultato netto maturato in ciascun periodo d'imposta.

Anche l'imposta sostitutiva deve essere quindi considerata come rientrante nell'ambito applicativo dei trattati per evitare le doppie imposizioni dal momento che essa rientra pienamente nel sistema generale dell'imposizione diretta dei redditi vigente in Italia³³⁷.

³³⁶ Si veda in tal senso M. Procopio, *Il regime tributario dei rendimenti dei fondi pensione nell'ambito della fiscalità internazionale*, in *Fiscalità Int.*, n. 4, 2010, pag. 320.

³³⁷ La risposta ribadisce inoltre, ad avviso di scrive *ad abundantiam*, che le disposizioni contenute nelle convenzioni si rendono applicabili anche alle imposte future di natura identica o analoga che saranno istituite, nei sistemi tributari, dai legislatori dei Paesi aderenti all'Unione europea in aggiunta o in sostituzione delle imposte esistenti e che l'Amministrazione fiscale italiana rilascia normalmente ai fondi pensione un'attestazione in cui viene certificato che gli stessi devono essere considerati residenti italiani ai sensi delle disposizioni della convenzione per evitare le doppie imposizioni di cui i predetti organismi intendono chiedere l'applicazione alle autorità fiscali dell'altro Stato contraente.

3.4 La tassazione delle pensioni e delle remunerazioni analoghe nella nuova convenzione Italia – USA

Come rilevato, in ambito convenzionale, il conflitto tra le concorrenti pretese fiscali dei due Stati contraenti sulle cosiddette pensioni “private” estere viene risolto, in linea generale, a favore dello Stato di residenza del soggetto beneficiario, dovendo lo Stato della fonte astenersi da qualsiasi prelievo fiscale sulle stesse.

Ai sensi dell’art. 18 della Convenzione infatti *“le pensioni e le altre remunerazioni analoghe, pagate ad un residente di uno Stato contraente in relazione ad un cessato impiego, sono imponibili soltanto in questo Stato”*.

Tuttavia, in alcuni accordi bilaterali stipulati dall’Italia, la tassazione esclusiva nello Stato di residenza del beneficiario è tuttavia subordinata al mancato superamento di determinate soglie quantitative, oltre le quali la pensione “privata” estera diviene imponibile in entrambi gli Stati contraenti³³⁸.

In altri specifici accordi, la potestà impositiva concorrente dello Stato della fonte è invece subordinata alla circostanza che il beneficiario residente in Italia abbia precedentemente risieduto per un periodo di tempo minimo nello Stato estero della fonte e che lo stesso abbia la nazionalità di detto Stato estero e non anche di quella italiana³³⁹.

Altre volte ancora è previsto che la pensione sia tassata nello Stato della fonte qualora la stessa sia esclusa da imposizione nello Stato di residenza del beneficiario³⁴⁰.

Atteso il quadro frammentario sopra descritto, dal punto di vista previdenziale, di particolare interesse, risulta essere la Convenzione del 25 agosto 1999 tra il Governo della Repubblica italiana ed il Governo degli

³³⁸ Vedi Convenzioni stipulate con Brasile e Canada

³³⁹ Vedi Convenzione Italia - Danimarca

³⁴⁰ Vedi Convenzione Italia - Siria

Stati Uniti d'America³⁴¹ per evitare le doppie imposizioni in materia di imposte sul reddito e per prevenire le frodi o le evasioni fiscali, ratificata con legge 3 marzo 2009, n. 20, pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 64 del 18 marzo 2009, dal momento che costituisce l'unico esempio di convenzione che disciplina sia la fase della contribuzione che quella della prestazione, recependo così le indicazioni fornite dal Modello OCSE³⁴².

In particolare, appaiono significative (e per certi versi innovative) le disposizioni contenute nei commi 3 e 6 dell'art. 18 della medesima Convenzione, in tema di *sourcing rules* applicabile al trattamento di fine rapporto e di deducibilità dei contributi versati ai fondi pensione, come vedremo in seguito.

Ai fini che qui interessano, si premette che l'art. 18 disciplina le pensioni e le altre remunerazioni analoghe ricevute in qualità di beneficiario da un residente di uno dei due Paesi in relazione ad un cessato impiego.

Il trattamento fiscale delle pensioni pubbliche, intendendo con tale termine quelle remunerazioni pagate da uno Stato contraente (o da una sua suddivisione politica o amministrativa o da un suo ente locale) ad una persona fisica in corrispettivo di servizi resi a detto Stato (o detta suddivisione od ente), è invece disciplinato dall'art. 19 del Trattato, e se ne tralascia, in questa sede, la discussione.

Di seguito verranno analizzati i vari commi dell'art. 18 che disciplina diverse fattispecie ed evidenziate alcune questioni interpretative attualmente esistenti³⁴³.

³⁴¹ Cfr anche G. Marianetti – F. Delli Falconi, *Indicazioni OCSE sulle pensioni transnazionali*, in Corr. Trib., n.8, 2006, 603; L. Perin, *Private pension taxation under the new Italy-US income tax Treaty*, in Tax notes international, n. 8, 2003, pag. 895

³⁴² Si rammenta che la nuova convenzione contro le doppie imposizioni tra Italia e Stati Uniti è entrata ufficialmente in vigore il 1° gennaio 2010 secondo quanto indicato dall'articolo 28 dell'accordo. A decretarlo lo scambio degli strumenti di ratifica tra i due Stati avvenuto il 16 dicembre 2009.

³⁴³ Cfr. P. Valente, *Convenzione Italia-USA: Rassegna delle principali novità*, in Il Fisco, n. 35, 2010, pag. 5678.

Somme corrisposte periodicamente e somme corrisposte in un'unica soluzione (art. 18, comma 1)

In base all'art. 18³⁴⁴, comma 1 della Convenzione in esame, le pensioni e le altre remunerazioni analoghe ricevute in qualità di beneficiario da un residente di uno Stato in relazione ad un cessato impiego, sono imponibili soltanto in questo Paese.

Secondo le autorità americane le disposizioni dell'art. 18, comma 1, che sanciscono la tassazione esclusiva nel Paese di residenza del beneficiario di pensioni ed altre remunerazioni analoghe, trovano applicazione sia nel caso di somme corrisposte periodicamente (ad esempio, le pensioni) che di quelle corrisposte in un'unica soluzione (cd "*lump sum*") così come ribadito dal Tesoro americano nella Technical Explanation della Convenzione del 1999.

Conformemente, lo stesso Commentario OCSE chiarisce che rientrano nell'ambito di operatività dell'art. 18 del modello OCSE tutte le somme corrisposte in dipendenza dell'attività lavorativa anche se erogate in un'unica soluzione: "*While the word "pension", under the ordinary meaning of the word, covers only periodic payments, the words "other similar remuneration" are broad enough to cover non-periodic payments. For instance, a lump-sum payment in lieu of periodic pension payments that is made on or after cessation of employment may fall within the Article*".

Si ricorda tuttavia che, come già detto, tale interpretazione è in netto contrasto con la posizione attuale dell'Amministrazione finanziaria italiana. Quest'ultima, infatti, con riferimento alla Convenzione tra Italia e Svizzera³⁴⁵, ha stabilito che le indennità di fine rapporto pagate da un datore di lavoro italiano ad una persona fisica non residente in Italia, non

³⁴⁴ Si fa presente che l'art. 18 della Convenzione non è del tutto conforme all'analogha disposizione del Modello OCSE; vi si prevede comunque la potestà impositiva esclusiva dello Stato di residenza del percettore.

³⁴⁵ Cfr. nota n. 12/1226 dell'11 luglio 1980.

sono esenti in base all'art. 18 di quella Convenzione e, dunque, sono imponibili in Italia.

La *ratio* di tale interpretazione ministeriale è che le indennità di fine rapporto, a differenza delle pensioni, non sono pagamenti periodici e che pertanto siano da considerare come emolumenti aventi natura retributiva, seppur differita, e di conseguenza inquadrabili nell'ambito di applicazione dell'art. 15 del Modello OCSE.

Tale posizione è stata recentemente ribadita dalla Risoluzione n. 40/E del 17 febbraio 2009, secondo la quale, per le prestazioni erogate in forma di capitale trova applicazione l'art. 15 del Modello OCSE in tema di tassazione dei redditi di lavoro dipendente che riconosce la potestà impositiva concorrente dello Stato italiano. Secondo il parere dell'Agenzia, l'ambito di applicazione dell'art. 18 della Convenzione non include infatti le prestazioni di previdenza integrativa corrisposte in unica soluzione.

Somme erogate in base a disposizioni sulla "sicurezza sociale"
(art. 18, comma 2)

Il comma 2 dell'art.18 del nuovo testo di Convenzione prevede che i versamenti erogati da uno Stato contraente ad un residente dell'altro Stato contraente in base a disposizioni sulla sicurezza sociale od analoga legislazione di detto Stato sono imponibili solamente nello Stato di residenza del beneficiario³⁴⁶.

È interessante notare che, mentre in ambito convenzionale gli Stati Uniti sono soliti riservarsi il diritto di tassare in via esclusiva le pensioni di anzianità e reversibilità pagate dalla Social Security Administration

³⁴⁶ Peraltro, le autorità fiscali italiane interpretano più restrittivamente di quelle americane il termine "sicurezza sociale".

Secondo tale interpretazione (vedi Circolare n. 41/E del 21 luglio 2003) - che si basa su una discutibile lettura del Commentario al Modello OCSE - rientrerebbero in questa categoria solamente i pagamenti di natura assistenziale (sussidi di disoccupazione, di invalidità oppure benefici derivanti da infortuni sul lavoro) e non anche le pensioni di anzianità e reversibilità pagate dalla Social Security Administration americana. Laddove necessario, quindi, un tale conflitto di interpretazioni andrebbe affrontato a livello di autorità competenti in base all'art. 25[3] della Convenzione.

americana a favore dei propri cittadini, entrambi i Protocolli delle Convenzioni del 1984 e del 1999³⁴⁷ stipulate con l'Italia prevedono la tassazione in via esclusiva da parte del Governo italiano in merito a erogazioni previdenziali effettuate dal Governo americano a favore di propri cittadini nel caso in cui questi abbiano la doppia cittadinanza (americana e italiana) e siano residenti fiscalmente in Italia.

La eccezionalità della norma convenzionale in esame è data dal fatto che, nelle circostanze innanzi delineate, gli Stati Uniti acconsentono a non far valere le proprie pretese impositive che troverebbero altrimenti fondamento sia nella fonte del reddito sia nella cittadinanza del beneficiario del reddito e che, peraltro, sono oggetto di apposita riserva espressa dagli Stati Uniti in merito alle disposizioni dell'art.18 del Modello OCSE.

Le remunerazioni forfettarie e le indennità di fine rapporto corrisposte dopo un cambio di residenza (art. 18, comma 3)

Sul piano del regime di diritto tributario convenzionale applicabile al T.F.R.³⁴⁸, è interessante sottolineare che nell'ambito delle Convenzioni contro le doppie imposizioni tale emolumento non gode di una disciplina specifica, ad eccezione della Convenzione tra Italia e Stati Uniti.

Parimenti, il Commentario OCSE³⁴⁹, nell'accennare alle problematiche relative agli importi pagati ai dipendenti alla cessazione dell'impiego, opera in sostanza un rimando alle qualificazioni nazionali, precisando in relazione agli importi pagati ai dipendenti al momento della cessazione del rapporto di lavoro che *“Alcuni Stati considerano come una pensione (...) i pagamenti effettuati in un'unica soluzione. In tal caso, sarebbe naturale considerare che il reddito rientri nell'art. 18 (...). Nella legislazione fiscale di altri Stati tali pagamenti vengono considerati come*

³⁴⁷ Cfr. art.1, comma 2, lett. a) del Protocollo.

³⁴⁸ Si veda A. Turina, *Il trattamento di fine rapporto nelle Convenzioni contro le doppie imposizioni*, in Fisc. Int., 3/2009, 197; S. Battistini, *Il trattamento di fine rapporto in ipotesi di mobilità transnazional del lavoratore dipendente*, in Il Fisco, 31/2009.

³⁴⁹ Commentario OCSE 2008 all'art. 18 del Modello OCSE, Punto 6.

remunerazione finale per le attività svolte. In tal caso il pagamento deve essere indubbiamente ricompreso nell'art.15 (...)".

A livello domestico, giova premettere che le pronunzie di prassi e le decisioni giurisprudenziali più recenti (non ultima, la risoluzione n.40/E del 2009, sopra citata) paiono essersi allineate su un'interpretazione che qualifica il trattamento di fine rapporto come un diritto di credito a pagamento differito avente natura sostanzialmente retributiva, che comporta la sua conseguente riconducibilità nell'alveo della disposizione convenzionale relativa al reddito di lavoro dipendente, generalmente riferibile all'art.15 del Modello Ocse.

Va, tuttavia, specificato che la qualificazione del trattamento di fine rapporto è oscillata, nel corso degli ultimi anni, tra un approccio che ne enfatizzava la natura retributiva ed uno che ne sottolineava la funzione paraprevidenziale, alla luce della recente riforma che ha introdotto la possibilità di utilizzare il trattamento di fine rapporto come fonte di finanziamento delle forme pensionistiche complementari.

Nella recente Risoluzione ministeriale n. 341/E del 1° agosto 2008, è stato affermato, proprio facendo riferimento al riprodotto passaggio del Commentario OCSE, che, per quanto concerne l'Italia, si debba ritenere che il T.F.R. abbia sostanzialmente natura di retribuzione, ancorché differita³⁵⁰. Ne consegue, a parere dell'Agenzia, che *“il TFR, è riconducibile nell'ambito di applicazione dell'art. 15 della Convenzione (...)”* relativa al reddito di lavoro dipendente.

Sebbene le posizioni fin qui citate propendano in definitiva per l'applicabilità al T.F.R. della norma convenzionale relativa al lavoro subordinato, tipicamente ispirata all'art. 15 (“Income from Employment”) del Modello OCSE (che può configurare una tassazione concorrente nello

³⁵⁰ Cfr. anche Risoluzione n. 12/1226 dell'11 luglio 1980, nella cui sede tuttavia era stato semplicemente constatato come l'indennità di fine rapporto non potesse considerarsi quale retribuzione di carattere ricorrente, bensì come un'indennità correlata ad un periodo di attività lavorativa. Pertanto, se venivano espressi dubbi in merito all'individuazione dell'art. 18 del Modello OCSE quale norma di riferimento, non venivano approfonditi i profili di applicabilità dell'art. 15.

Stato di residenza del lavoratore e nello Stato della fonte), è interessante rilevare come l'unica Convenzione conclusa dall'Italia che menzioni le indennità di fine rapporto – quella appunto tra Italia e Stati Uniti in esame – le riconduca nell'ambito di applicazione dell'art. 18, comma 1 (*“altre remunerazioni analoghe alle pensioni”*), che prevede una tassazione esclusiva nello Stato di residenza del percettore.

In tale sede, al comma 3, si precisa tuttavia che *“se un residente di uno Stato contraente diviene residente dell'altro Stato contraente, (...) le indennità di fine rapporto ricevute dopo tale cambio di residenza e pagate in relazione ad un impiego svolto nel primo Stato mentre era ivi residente, sono imponibili soltanto nel primo Stato”*, derogando in tal modo al principio della tassazione nello Stato di residenza del percettore.

Si specifica inoltre che l'espressione *“indennità di fine rapporto”* comprende *“i pagamenti effettuati all'atto della cessazione di un incarico o di un impiego di una persona”*.

Con tale disposizione si intende quindi prevenire eventuali cambi di residenza *“elusivi”*, miranti a sfruttare le differenze di aliquote tra le imposte sui redditi delle persone fisiche dei due Paesi.

A tal proposito, la Technical Explanation all'art. 18 del trattato in questione chiarisce la natura anti-abuso di tale previsione con riferimento alla quale afferma: *“This paragraph is intended to prevent potential abuses of paragraph 1. For example, Italian law requires Italian employers to make certain lump-sum retirement payments to employees upon their retirement. Absent paragraph 3, an employee resident in Italy who anticipates receiving such a payment might establish residence in the United States in order to obtain more favorable U.S. tax treatment under paragraph 1.”*

In definitiva, a livello domestico, atteso il collocamento del T.F.R. nel novero degli emolumenti aventi natura retributiva e non propriamente previdenziale, il problema dell'individuazione del regime convenzionale

concretamente applicabile al T.F.R. parrebbe risolto, stante le ultime pronunce di prassi, a favore dell'art. 15 del Modello OCSE.

Invero, come dimostrano la nuova Convenzione adottata dall'Italia nei confronti degli Stati Uniti e la giurisprudenza più risalente³⁵¹, detta conclusione non può tuttavia dirsi del tutto pacifica.

Tale cautela assume ulteriore rilevanza alla luce dell'accresciuta importanza della funzione parapensionistica del T.F.R., derivante dalle novità introdotte dalla recente riforma della previdenza complementare.

Annualità, assegni alimentari e assegni periodici di mantenimento (art. 18, commi 4 e 5)

In base alla Convenzione del 1999, le annualità - vale a dire, le somme pagate vita natural durante o per un determinato numero di anni - sono imponibili solo nel Paese di residenza del percettore. Allo stesso modo, è previsto che gli assegni periodici destinati al mantenimento dei figli o gli assegni alimentari per il coniuge sono imponibili solamente nel Paese di residenza del percettore. Tuttavia, se alla persona che effettua tali pagamenti non è concessa una deduzione a tale titolo nel Paese di residenza, l'ammontare dei pagamenti non è imponibile in capo al beneficiario.

Deducibilità dei contributi a fondi pensione (art. 18, comma 6)

La Convenzione tra Italia e Stati Uniti prevede il riconoscimento reciproco - per ciò che riguarda l'accertamento della deducibilità oppure dell'esclusione dal reddito imponibile - delle contribuzioni a piani pensionistici costituiti e riconosciuti in conformità alla legislazione di uno degli Stati contraenti da parte di dipendenti trasferiti all'estero.

In particolare, il paragrafo 6 dell'art. 18 stabilisce che: *“Ai fini della presente Convenzione, quando una persona fisica, che partecipa ad un*

³⁵¹ Cfr. sentenza 21 novembre 1998, n. 11780, nella quale la Corte aveva in sostanza concluso per un'assimilazione della natura del T.F.R. a quella propria di una pensione e ad assegni assimilati.

fondo pensione costituito e riconosciuto in conformità alla legislazione di uno degli Stati contraenti, svolge un'attività nell'altro Stato contraente:

(a) i contributi versati al fondo da o per conto della persona fisica durante il periodo in cui detta persona svolge tale attività nell'altro Stato sono deducibili (o suscettibili di esclusione) dal computo del suo reddito imponibile in detto Stato. Le somme maturate in base al fondo o i pagamenti effettuati a favore del fondo da o per conto del suo datore di lavoro durante detto periodo non sono considerati come parte del reddito imponibile del dipendente e sono ammessi in deduzione nel computo degli utili del datore di lavoro in detto altro Stato.

(b) Le disposizioni del presente paragrafo si applicano soltanto se:

(i) i contributi versati da o per conto della persona fisica a favore del fondo pensione (o di altro analogo fondo che abbia sostituito il primo) sono stati versati prima dell'arrivo di detta persona nell'altro Stato; e

(ii) l'autorità competente dell'altro Stato abbia approvato che il fondo pensione corrisponde in linea generale ad un fondo pensione riconosciuto ai fini fiscali da detto Stato.

Le somme corrisposte in virtù del presente paragrafo non possono eccedere le somme che sarebbero riconosciute dall'altro Stato ai propri residenti in relazione a contributi versati, o a somme altrimenti maturate in base ad un fondo pensione riconosciuto ai fini fiscali da detto Stato”.

Circa l'ambito di applicazione e di funzionamento di tale norma, occorre osservare innanzitutto che il regime di riconoscimento reciproco per la deduzione dei contributi opera soltanto nei limiti previsti dalle norme interne per i soggetti residenti, così come disposto dall'ultimo periodo della norma in esame.

In secondo luogo, il riconoscimento per la deducibilità dei contributi viene subordinato alla duplice condizione che i) i contributi versati dalla persona fisica a favore del fondo pensione siano stati versati prima dell'arrivo di detta persona nell'altro Stato e che ii) il fondo pensione ottenga il riconoscimento da parte dell'autorità competente dell'altro Stato.

Ne deriva che la nuova disposizione segue le linee guida delineate dagli Stati Uniti e dall'OCSE per favorire la mobilità del personale verso l'estero e introduce un regime fiscale di favore per la previdenza complementare.

Considerazioni conclusive

Abbiamo visto che il costante e progressivo sviluppo della previdenza complementare è da ricondursi alla crescente difficoltà della previdenza di base nel soddisfare tutti quei bisogni socialmente rilevanti tipico del modello pensionistico del Welfare State.

Di tale fenomeno ha preso coscienza anche il legislatore che, con il D.lgs. n. 252/2005, ha portato a termine la preannunciata riforma del "secondo pilastro", attuando quanto previsto dalla legge delega n. 243/2004 di riforma del sistema pensionistico e abrogando il D.lgs. n. 124/1993.

Prendendo spunto dal decreto legislativo n. 252/2005, il presente contributo ha inteso analizzare i principi ispiratori della riforma previdenziale, verificando se il modello attualmente adottato dal legislatore possa in qualche maniera presentare profili di incompatibilità con i principi Costituzionali, segnatamente del principio di capacità contributiva (art. 53 della Cost.) e di uguaglianza (art. 3 Cost) in correlazione tra loro.

L'attuale sistema delineato dal decreto in commento, prevedendo un regime di favore non dei rendimenti prodotti in sede di accumulazione, bensì in sede di erogazione delle prestazioni pensionistiche complementari, si pone, infatti, ai margini, se non oltre la delega.

Sebbene la legge di riforma della previdenza pubblica e complementare (Legge 23 agosto 2004, n. 243) recasse precise indicazioni nel senso dell'attuazione di un modello EET puro (mediante lo spostamento, in tutto o in parte, della tassazione dei rendimenti finanziari dalla fase di accumulazione a quella di erogazione), il decreto delegato di attuazione (D. Lgs. 5 dicembre 2005, n. 252) appare indirizzato verso il progressivo abbandono di tale modello.

Come noto, infatti, il tratto qualificante della riforma della previdenza complementare attuata dal citato decreto, è costituito dall'eliminazione dell'ordinaria imposizione IRPEF sulle prestazioni previdenziali, sia in rendita che in capitale e dall'assoggettamento di queste

ultime ad un regime di tassazione sostitutiva con aliquote estremamente ridotte (15 per cento, riducibile fino al 9 per cento).

Tale scelta legislativa, pur rispettando teoricamente la scelta del rinvio della tassazione del reddito accantonato per finalità previdenziali, genera un evidente salto d'imposta nella misura in cui i redditi sottratti all'imposizione personale e progressiva al momento della contribuzione saranno solo parzialmente assoggettati ad imposta all'atto della loro erogazione.

Ne discende che il modello delineato dal D. lgs. n. 252 del 2005, non sembra corrispondere, in linea di principio, ad alcuno dei modelli teorici di tassazione del risparmio previdenziale, nella misura in cui segue uno schema nel quale alla deduzione limitata dei contributi ed alla tassazione sostitutiva dei redditi finanziari generati nella fase di accumulazione, si contrappone la tassazione sostitutiva con aliquote ridotte delle prestazioni pensionistiche erogate, al netto della componente finanziaria già assoggettata ad imposizione.

Volendo quindi rappresentare tale modello in base ai noti schemi utilizzati dalla dottrina economica, pare fondatamente sostenibile che lo stesso abbia delineato uno schema $E(1) T(s) E(t)$, dove:

$E(1)$ rappresenta una deduzione limitata in cifra assoluta dei contributi;

$T(s)$ indica una tassazione sostanzialmente in via ordinaria dei redditi prodotti nella fase di accumulazione (applicazione ai fondi pensione della medesima imposta sostitutiva prevista per i fondi comuni di investimento, con una poco significativa riduzione d'aliquota dal 12,5% all'11%);

$E(t)$ significa che una parte delle prestazioni pensionistiche è esente, in corrispondenza dei rendimenti finanziari già tassati, e la restante parte viene tassata, ma non in via ordinaria, quanto piuttosto mediante l'applicazione di un'imposta sostitutiva con aliquota del 15 per cento che può ridursi fino al 9 per cento.

Il modello sopra illustrato accorda un regime impositivo particolarmente favorevole decisamente non in linea con il trattamento generalmente previsto per i redditi da pensione e non rispondente ad alcuna logica, né economica né giuridica, se non allo scopo di natura eminentemente politica di agevolare, sotto il profilo impositivo, la previdenza complementare.

In tal modo, è stato osservato, si è prodotto un *vulnus* nel sistema di progressività dell'imposta personale sui redditi che porta ad effetti in parte distorsivi: le nuove prestazioni in forma periodica, soggette a ritenuta a titolo d' imposta, non incidono più come prima sul reddito complessivo, con la conseguenza che i maggiori vantaggi sono fruiti soprattutto dalle fasce di reddito medio-alto, determinando, dunque, qualche effetto di regressività.

Ne consegue che le scelte compiute dal legislatore nel D.lgs. 252/2005 rappresentano una scelta di rottura con i principi del nostro ordinamento fiscale.

Ciò non solo significa abbandonare il principio di correlazione tra quanto dedotto durante la fase dell'accantonamento e il *quantum* da tassare al momento dell'erogazione, ma anche l'idea di una configurazione unitaria delle diverse fasi che costituiscono il fenomeno previdenziale (quella dell'accantonamento, dell'accumulazione e dell'erogazione), fasi che nell'ottica della riforma devono necessariamente essere, a questo punto, considerate isolatamente.

Il decreto in esame risponde invece al solo intento di aumentare l'agevolazione e disegna un sistema, a tratti, privo di razionalità che sembra confliggere con il criterio costituzionale di progressività di cui all'art. 53, comma 2 della Costituzione.

Non si può, dunque, non rilevare come detto regime, soprattutto se protratto *sine die* nel tempo, potrebbe essere oggetto di eccezioni di legittimità costituzionale, apparendo peraltro singolare la circostanza che le prestazioni pensionistiche del sistema obbligatorio siano soggetta ad

imposizione piena con imposta personale e progressiva, mentre quelle complementari – la cui adesione, come si è già osservato – risulta volontaria – sono soggette ad imposta cedolare-sostitutiva, nei fatti “regressiva”.

Appare pertanto difficile, *rebus sic stantibus*, giustificare la *ratio* del trattamento agevolativo di cui gode l’attuale sistema previdenziale nelle sue tre fasi, a maggior ragione se non risulta più percorribile la strada del vincolo di durata che dovrebbe connotare il risparmio previdenziale.

Al contrario, sembrerebbe oltremodo opportuna una rivisitazione dell’intera disciplina che possa portare a compimento l’adozione di un modello EET tendenzialmente “puro” anche al fine di raggiungere una idilliaca uniformità di tassazione a livello europeo.

Il secondo e terzo capitolo sono stati dedicati all’approfondimento delle tematiche concernenti i profili comunitari ed internazionali della tassazione della previdenza complementare e delle componenti pensionistiche, evidenziando i numerosi ostacoli al funzionamento della disciplina fiscale della previdenza complementare in un’ottica “transnazionale” principalmente riconducibili all’esistenza di asimmetrie fiscali nel contesto internazionale.

Nonostante, infatti, l’esigenza di sviluppare la previdenza complementare, quasi tutti i Paesi dell’Unione europea si caratterizzano per l’assenza di un quadro giuridico che disciplini i fondi stessi.

Tale lacuna normativa, richiede uno sforzo ulteriore al fine di valutare i molteplici nodi interpretativi – tra loro strettamente connessi – che i profili *cross-border* della previdenza complementare presenta.

In un contesto transfrontaliero, è infatti innegabile che anomalie funzionali emergano nella misura in cui un soggetto, dopo avere dedotto i versamenti in uno Stato, abbia a sua volta trasferito la propria residenza in un’altra giurisdizione fiscale al momento del ricevimento della pensione.

Nella prospettiva del diritto comunitario, l'ambizione di uno Stato di ripristinare le simmetrie infrante, rischia di violare le libertà fondamentali sancite dal Trattato sull'Unione Europea.

Come opportunamente posto in rilievo dalla Commissione Europea, *“la diversità, complessità e specificità dei sistemi nazionali sviluppatasi negli ultimi anni sono considerati il maggior ostacolo per l'esercizio della libera circolazione delle persone e la libertà di prestazione di servizi in materia di pensione complementare ed assicurazione sulla vita”* .

Ne deriva pertanto un quadro particolarmente complesso che qui si cercato di analizzare anche alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia e che è conseguenza della mancata applicazione negli Stati Membri del principio del reciproco riconoscimento dei sistemi pensionistici complementari e delle norme fiscali che li caratterizzano.

Il gran numero di pronunce emesse dalla Corte ha avuto come conseguenza il fatto di dare un forte impulso alla modificazione delle disposizioni interne ai sistemi tributari dei singoli Stati membri incompatibili con il Trattato, che sta pian piano contribuendo a scardinare quella resistenza degli Stati membri che è più di ostacolo al completamento del processo di armonizzazione.

Ciò nonostante, sono purtroppo ancora evidenti le discrasie tra la volontà comunitaria di arrivare alla costruzione di un mercato unico a livello europeo dei fondi pensione e, dall'altro, l'esistenza di certi particolarismi di natura fiscale che ancora sopravvivono all'interno di ogni singolo paese e che, di fatto, costituiscono un ostacolo alla completa armonizzazione del fenomeno previdenziale.

Da ultimo, a livello extra-UE, è stata esaminata la tematica concernente le diverse modalità di tassazione dei proventi previdenziali quale possibile causa generatrice di fenomeni di doppia imposizione internazionale e le regole di ripartizione della potestà impositiva tra Stato della fonte e Stato di residenza, così come risultanti dal modello OCSE, nonché la questione della soggettività giuridica dei fondi pensione in

ambito internazionale, avendo riguardo alla nozione del fondo pensione come “persona residente” ai fini convenzionali.

Nei rapporti internazionali, infatti, nonostante gli innumerevoli sforzi compiuti, per vero, soprattutto in ambito comunitario, risulta ancora in divenire la completa affermazione del principio di “simmetria fiscale”, in virtù del quale, a fronte di una contribuzione dedotta corrisponde una prestazione tassabile e, viceversa, a fronte di una contribuzione indeducibile corrisponde una prestazione non imponibile.

Nell’ipotesi di erogazione di prestazioni pensionistiche da un fondo ad un soggetto residente in uno Stato diverso da quello in cui risiede il fondo, si pone un problema di riparto della potestà impositiva tra lo Stato di residenza del fondo e lo Stato di residenza del percettore. Lo Stato di residenza del fondo potrebbe, infatti, vantare il diritto di tassare le somme erogate in quanto Stato della fonte del reddito, fermo restando che comunque lo Stato di residenza del percettore vanta il diritto a tassare le somme percepite dal proprio residente in applicazione del principio della tassazione sulla base del reddito mondiale (c.d. *worldwide income taxation*).

È di tutta evidenza, pertanto, come la discrasia e la distinta regolamentazione dei momenti impositivi nelle singole legislazioni interne potrebbe condurre a differenti modalità di tassazione dei redditi di natura pensionistica nei vari Paesi e, conseguentemente, all’insorgere di fenomeni di doppia imposizione, ovvero, simmetricamente, di salti d’imposta.

In definitiva, il maggior ostacolo alla mobilità transnazionale dei lavoratori è la scarsa apertura e la “miopia” degli Stati troppo attenti a disciplinare solo taluni aspetti e dimenticando il quadro di insieme. Le soluzioni sino ad ora offerte appaiono troppo settoriali; sarebbe, invece, opportuno che fosse predisposta una legislazione di coordinamento a livello comunitario che permetta un reciproco riconoscimento degli schemi di previdenza complementare di tutti gli Stati membri, che detti norme in grado di prevenire la doppia imposizione fiscale.

Bibliografia

- Adonnino P., *Doppia imposizione (dir. trib.)*, in Enc. Dir., Milano 1964
- Adonnino P., *Il principio di non discriminazione nei rapporti tributari fra Paesi membri secondo le norme della CEE e la giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in Riv. dir. fin. sc. fin, 1993
- Amatucci F., *Il principio di non discriminazione fiscale*, Padova, 1998
- Andreoni, W., *Cross-Border Tax Issues of Pensions*, Intertax n.34, 2006
- Antonini L., *Dovere tributario, interesse fiscale e diritti costituzionali*, Milano, 1996
- Ardizzone G., *Doppia imposizione interna*, in Dig. Disc. Priv., sez. Comm., V, Torino 1990
- Ardizzone G., *Il principio del “ne bis in idem” nell'imposizione diretta*, in Riv. Dir. fin., 1972
- Avery Jones, J.F., *The OECD Discussion Draft on Tax Treaty Issues Arising from Cross-Border Pensions*, Bulletin for International Taxation 5, 2004
- Avolio D., *Condizioni per l'applicazione del regime convenzionale alle partnership*, in Corr.trib., 2009
- Assoprevidenza, *Il nuovo trattamento della previdenza complementare*, 2006, Quaderno novembre, n. 16
- Avi Yonah- Tittle, *The New United States Model Income Tax Convention*, Bulletin for International Taxation, n. 6, 2007
- Ballancin A., *Article 18 of the OECD tax model Convention (Pensions)*, in Dir. Prat. Trib. Int., 2002
- Ballancin A., *“La nozione di beneficiario effettivo nelle convenzioni contro le doppie imposizioni e nell'ordinamento tributario italiano”*, in Rass. trib., n. 1, 2006
- Battistini S., *Il trattamento di fine rapporto in ipotesi di mobilità transnazional del lavoratore dipendente*, in Il Fisco, n. 31, 2009
- Battistoni Ferrara F., *Capacità contributiva*, in Enc. Dir., agg. III, Milano, 1999

- Bendotti F., *Trattamento fiscale discriminatorio dei contributi previdenziali versati ad enti non residenti*, in *Fiscalità Internazionale*, maggio – giugno 2007
- Berliri L.V., *Sul regime fiscale dei contributi e dei frutti accreditati ai fondi di previdenza*, in *Riv. dir. Fin.*, 1940, parte I
- Bessone M., *Previdenza complementare*, Torino, 2000
- Bosello F., *La fiscalità tra crisi del sistema e crisi del diritto*, in *Riv. Dir. Trib.*, 1998
- Braccini R., *Finanza contributiva e fiscale nel passaggio dall'assistenza sanitaria di categoria a quella egualitaria*, in *Giur. Cost.*, 1982
- Braccini R., *Mutamenti nelle basi del diritto tributario: la crisi dell'idea del sistema*, in *Giur. it.*, 1997
- Bobbett - Jones, *Treaty Issues related to the Treatment of Cross-Border Pension Contributions and Benefits*, *Bulletin for International Taxation*, n. 1, 2004
- Boria P., *L'interesse fiscale*, Torino, 2002
- Bozzao P., *Ancora sulla legittimità costituzionale della contribuzione a favore della previdenza complementare*, in *Dir. Lav.*, 2000, II
- Bridges, J., *Taxation of investment funds*, London, BNA International, 2007
- Capolupo S., *Il trattamento fiscale della previdenza integrativa*, in *Il Fisco*, n. 23, 1993
- Carnelutti F., *Infortuni sul lavoro (Studi)*, vol. I, Roma, 1913, IX
- Carpentieri L.-Lupi R.-Stevanato D., *Il diritto tributario nei rapporti internazionali*, Milano, 2003
- Cerri G., *Profili costituzionali del sistema prepensionistico*, in *Dir. San.*, 1983
- Chiarelli G., *Appunti sulla sicurezza sociale*, *Rivista del diritto del lavoro*, 1965
- Cinelli M., *Stato sociale e ordinamento comunitario: principi generali*, in M. Bessone, F. Carinci (a cura di), *La previdenza complementare - IV - Diritto del lavoro*, Commentario diretto da F. Carinci, Torino, 2004
- Cinelli M., *La previdenza volontaria nel sistema italiano e comunitario di sicurezza sociale*, in *La previdenza complementare, Il codice civile commentato*, Milano, 2009

- Ciocca G., *I fondi pensione e la libertà della previdenza privata*, in *Dir. Lav.* 1995, I
- Cipollina S., *Armonizzazione vs competizione fiscale: il trade off Europa/Italia*, in *Riv.dir.fin.sc.fin.*, 2004, I
- Circolare ABI n. 7 del 19 marzo 2007
- Cociani F., *Attualità o declino del principio della capacità contributiva*; in *Riv. Dir. trib.*, n.7-8, 2004
- Contrino A., *Prime riflessioni sui principi fissati dalla deleghe fiscali e previdenziale in tema di tassazione della previdenza complementare*, in *Boll. Trib.*, 2005
- Corasaniti G., *Lineamenti della nuova disciplina fiscale della privata e dei contratti assicurativi*, in *Diritto e pratica tributaria* n. 2/2000, parte I
- Corasaniti G., *L'amministrazione finanziaria italiana riconosce l'applicabilità delle Convenzioni contro le doppie imposizioni anche ai fondi pensione*, in *Diritto e pratica tributaria int.*, 2008
- Corasaniti G., *Le varie categorie di reddito nel modello OCSE di convenzione*, in *AA.VV., Materiali di diritto tributario internazionale*, di Sacchetto-Alemanno, 2002
- Cottani G., *La nuova disciplina dei diritti e delle prestazioni di previdenza complementare*, in *Previdenza complementare e disciplina fiscale*, a cura di F. Marchetti e M. Mare', Bologna, 2009
- Crovato F., *Il lavoro dipendente nel sistema delle imposte sui redditi*, Padova, 2001
- Dabner, J., *Pass through taxation of collective investment funds - a misguided exception?*, in *Australian tax forum*, Sydney, 2002, n. 2
- D'Ayala Valva F., *Anche il contributo previdenziale è un tributo. Conseguenze e prospettive*, in *Riv. Dir. Trib.*, n. 6/2011
- D'Amati, *Agevolazioni ed esenzioni tributarie*, in *Novissimo Dig. It.*, Appendice, Torino, 1980
- De Benedictis F., *La riforma della tassazione dei fondi comuni e i rapporti con la fiscalità dei fondi pensione*, in *Strumenti finanziari e fiscalità*, n.11/2011

- De Benedictis F., *Previdenza complementare e diritto comunitario*, in Rivista di Previdenza Pubblica e Privata, 2002
- De Broe - Neyt, *Tax Treatment of Cross-Border Pensions under the OECD Model and EU Law*, Bulletin for International Taxation, n.3, 2009
- Del Federico F., *Tasse, tributi paracommutativi e prezzi pubblici*, Torino, 2000
- Della Valle E., *La stabile organizzazione in materia di rapporti internazionali*, in Atti del Convegno “La riforma fiscale: la nuova imposta sul reddito delle società, Roma, 2003
- Delli Falconi F. - Marianetti G., *Indicazioni OCSE sulle pensioni transnazionali*, in Corr. Trib., n.8, 2006
- De Marco S., *Spunti ricostruttivi del regime fiscale della previdenza complementare*, in Riv. Dir. Trib., 2009
- De Mita E., *Fisco e Costituzione*, Milano, 1984
- De Mita E., *Interesse fiscale e tutela del contribuente*, Milano, 1991
- De Mita E., *Principi di diritto tributario*, Milano, 2002
- Di Pietro A., *Potere normativo e funzione amministrativa nell'applicazione degli indici di capacità contributiva all'Irpef*, in Rass. trib., 1984
- Einaudi L., *Principi di scienza della finanza*, Torino, 1940
- Falsitta G., *Lezioni sulla riforma tributaria*, Padova, 1972
- Falsitta G., *Lo "scippo" del Governo Amato salvato dalla Consulta (nota a Corte cost. sent. n. 143/1995)*, in Riv. dir. trib. 1995
- Falsitta G., *Manuale di diritto tributario – Parte generale*, Milano, 2004
- Falsitta G., *Il ruolo di riscossione*, Padova, 1972
- Fantozzi A., *Il sistema tributario italiano verso il mercato unico europeo*, in Rass.trib., 1998
- Fantozzi A., *Il diritto tributario*, Torino, 2004
- Fedele A., *Appunti dalle lezioni di diritto tributario*, Parte I, Torino, 2003
- Fedele A., *Possesso di redditi, capacità contributiva ed incostituzionalità del “cumulo”*, in Giur. Cost., 1976
- Ferranti G., *I dividendi e i “capital gain” tra vecchia e nuova disciplina*, in Corr. Trib. n. 34, 2011

- Ferraro G., *La problematica giuridica dei fondi pensione*, in ID (a cura di), *La previdenza complementare nella riforma del Welfare*, Milano, 2000
- Fibbe G.K., *Changes to the OECD Commentary on Collective Investment Vehicles Proposed by the OECD Committee on Fiscal Affairs*, *Bulletin for International Taxation*, n. 3, 2010
- Fichera F., *Le agevolazioni fiscali*, Padova, 1992;
- Fichera F., *Imposizione ed extrafiscalità nel sistema costituzionale*, ESI, Napoli 1973
- Fondazione Luca Pacioli, *Documento n. 12 del 7 giugno 2007*, in *Corr. Trib.*, n. 24, 2007
- Furlan A. - Toccaceli M., *Il concetto di "beneficial owner" nei trattati internazionali contro le doppi imposizioni e nelle direttive comunitarie*, in *Fisc. Int.*, n. 5, 2009
- Gaffuri G., *L'attitudine alla contribuzione*, Milano 1965
- Galeotti-Fluori L., *Il possesso di redditi nell'ordinamento dei tributi diretti. Aspetti particolari*, Padova, 1983
- Gandullia L. - Guerra M.C., *Il riordino del regime di tassazione della previdenza complementare e la convenienza fiscale dei singoli strumenti*, in *Rapporto IRS sul mercato azionario 1999*, *Il Sole 24 ore*
- Gallo F., *Giustizia sociale e giustizia fiscale*, in *Rass. Trib.*, 2003
- Gallo F., *Giustizia sociale e riforme tributarie*, *Oss. It.*, Bologna, 5/2003,
- Gallo F., *Le ragioni del Fisco. Etica e giustizia nella tassazione*, Bologna, 2007
- Gallo F. - Melis G., *L'elusione fiscale internazionale nei processi di integrazione tra Stati: l'esperienza della CE*; in *Justica tributaria*, Max Limonad, San paolo, 1998
- Garbarini C., *L'applicabilità delle convenzioni fiscali ai fondi d'investimento di diritto estero*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2009
- Garbarino C., *La tassazione del reddito transnazionale*, Padova, 1990
- García Prats, *The Tax Treatment of Cross-Border Pensions from an EC Law Perspective*, *European Taxation*, n. 13, 2001
- Giannini A.D., *I concetti fondamentali del diritto tributario*, Torino, 1956

- Giannini S. - Guerra M.C., *Alla ricerca di una disciplina fiscale per la previdenza complementare*, in *La previdenza complementare in Italia*, a cura di M. Messori, Bologna, Il Mulino, 2006
- Gianoncelli S., *La coerenza fiscale e il principio di non discriminazione nella giurisprudenza comunitaria*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2003
- Giardina E., *Le basi teoriche del principio di capacità contributiva*, Milano, 1961
- Giorgi S. *Il credito di imposta per i redditi prodotti all'estero*, in AA.VV., *Aspetti internazionali della riforma fiscale*, a cura di C. Garbarino, 2004
- Glendi G., *La nozione di reddito fiscale*, in AA.VV., *Commentario al testo unico delle imposte sui redditi*, Roma-Milano, 1990
- Grandi M., *Previdenza integrativa e previdenza privata*, in *Quest. Attuali di dir. Lav.*, (supplemento), in *Not. Giur. Lav.*, 1989
- Granelli A.E., *L'imposizione dei plusvalori immobiliari*, Padova, 1981
- Grilli S., *Appllicazione delle convenzioni per evitare le doppie imposizioni ai dividendi incassati da una partnership e ruolo del commentario OCSE nell'ambito degli strumenti interpretativi delle convenzioni alla luce di una recente sentenza della Cassazione*, in *Dir.prat.trib.*, 2009
- Guerra M.C., *La previdenza complementare deve essere incentivata fiscalmente?*, in *Riv. prev. pubbl. priv.*, 2001
- Gusmeroli M., *Applicabilità della Convenzione con lo Stato dei soci di un fondo trasparente*, in *Corr.trib.*, n.12, 2009
- Gusmeroli M., *La Corte UE condanna la discriminazione dei fondi pensione europei*, in *Corr. Trib.*, n. 48, 2011
- Gusmeroli M., *Participants in foreign transparent entity denied treaty benefits (the good, the bad and the ugly)*, in *European taxation*, Amsterdam, n. 12, 2006
- Gusmeroli M., *The Supreme Court decision in the Government Pension Investment Fund case: a tale of transparency and beneficial ownership (in Plato's cave)* in *Bulletin for international taxation*, Amsterdam, n. 4, 2010
- Gusmeroli M., *Trasparenza e beneficiario effettivo nella caverna di platone*, in *Boll.trib.*, n. 6, 2010

- Gutmann, D., *Tax treatment of foreign pension funds*, in *European taxation*, Amsterdam, n.1, 2009
- Hinnekens, L., *Compatibility of Bilateral Tax Treaties with European Community law. The rules*, EC Tax Review, 1994
- Hoffmann-Schram, *The International Pension Scheme Act*, in *Intertax*, Deventer, n. 1, 2000
- IFA Cahiers - Vol. 82b., *The taxation of investment funds*, 1997
- Innamorato C., *Italian Supreme Court clarifies Japan treaty benefits*, in *Tax notes international*, n. 5, 2009
- Kavelaars, P., *Cross-Border Aspects of Pensions in the Netherlands, including Tax Treaty and EU Law*, *Bulletin for International Taxation*, n. 3, 2007
- Krasa, E.M., *Income tax implications of joint investment by pension plans through a private pooled fund vehicle*, in *Canadian tax journal Toronto*, n. 1, 1997
- La Rosa S., *Costituzione, Corte Costituzionale e diritto tributario*, *Dir. Prat. Trib.*, 1981
- La Rosa S., *Esenzioni e agevolazioni tributarie*, in *Enc. giur. Treccani*, XIII, Roma 1989
- La Rosa S., *Esenzione (diritto tributario)*, in *Enc. dir.*, XV, Milano 1966
- La Rosa S., *Le agevolazioni tributarie*, in *Trattato di diritto tributario*, diretto da Amatucci, I, 1, Padova 1994
- La Rosa S., *Verso la scomparsa delle agevolazioni tributarie?*, in *Riv. dir. trib.*, 1991, I
- Lombardi V., *Solidarietà politica, solidarietà economica e solidarietà sociale nel quadro del dovere costituzionale di prestazione tributaria*, in *Temi trib.*, 1964
- Ludovici P., *Il nuovo regime tributario delle forme pensionistiche*, in *Riv. dir. Trib.*, 1993, n. 11, parte I
- Ludovici P., *Il regime impositivo del trattamento di fine rapporto corrisposto a soggetti non residenti*, in *Riv. dir. Trib.*, 1999

- Lupi R., *Concorrenza tra ordinamenti, comunità europee e prelievo tributario*, in A. Zoppini (a cura di), *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Bari 2004
- Lupi R., *Diritto tributario – Parte speciale*, Giuffrè, 2006
- Lupo A. - Nardacchione F., *Clarity for foreign funds tax*, in *International tax review*, London, November 2008
- Maffezzoni F., *Il principio di capacità contributiva nel diritto tributario italiano*, Torino, 1970
- Manzoni I., *Il principio di capacità contributiva nell'ordinamento costituzionale italiano*, Torino 1965
- Marchetti F., *La previdenza privata nel sistema delle imposte sui redditi*, Padova, 1989
- Marchetti F., *Considerazioni di sintesi sulla nuova disciplina fiscale della previdenza complementare*, in *Previdenza complementare ed investimenti istituzionali: trattamento impositivo e vincoli di operatività*, in *Quaderni Ceradi-LUISS*, Roma 1994
- Marchetti F., *Elementi ricostruttivi della disciplina fiscale della previdenza complementare*, in *Rass. Trib.*, 1996
- Marchetti F., *Il risparmio nel sistema delle imposte sui redditi*, Milano, 1997
- Marchetti F. - Cherubini I., *La previdenza complementare e le libertà fondamentali del Trattato sull'Unione Europea*, in *Archivio CERADI*, 2001
- Marchetti F., *Principi generali ed evoluzione della disciplina fiscale della previdenza complementare*, in *AA.VV.*, *La disciplina tributaria del lavoro dipendente*, a cura di N. D'Amati, Padova, 2003
- Marchetti F., *La deducibilità fiscale dei contributi alla previdenza complementare: disciplina generale, (Commento all'art. 8 D.Lgs. 252/2005 – La nuova disciplina della previdenza complementare)*, in *“Le nuove leggi commentate”*, Milano, 2007
- Marchetti F., *Valutazioni giuridiche: è possibile un nuovo modello fiscale per la disciplina complementare?* in *Previdenza complementare e disciplina fiscale*, a cura di F. Marchetti – M. Mare', Bologna, 2009

- Marè M., *Valutazioni economiche: le ragioni e le modalità della tassazione adeguata della previdenza complementare*, in *Previdenza complementare e disciplina fiscale*, di F. Marchetti - M. Marè, Bologna, 2009
- Marino G., *La residenza nel diritto tributario*, Padova, 1999
- Marongiu G., *Costituzione europea e principio di ripartizione dei tributi*, in *Riv. dir. trib.*, 2003
- Marongiu G., *Il principio di capacità contributiva nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, *Dir. Prat. Trib.*, 1985
- Mastantuono D., *Premessa civilistica*, in *Previdenza complementare e disciplina fiscale*, di F. Marchetti - M. Marè, Bologna, 2009
- Mazziotti F., *Prestazioni pensionistiche complementari e posizioni contributive*, in *Dir. Lav.*, 1997
- Melis G., *I redditi di lavoro dipendente e il diritto comunitario*, in *La mobilità transnazionale del lavoratore dipendente: profili tributari*, Padova, 2006
- Melis G., *Il trasferimento della residenza fiscale nell'imposizione sui redditi*, Roma, 2008
- Melis G., *Libertà di circolazione dei lavoratori, libertà di stabilimento e principio di non discriminazione nell'imposizione diretta: note sistematiche sulla giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *Rass. Trib.*, 2000
- Melis G., *La nozione di residenza fiscale delle persone fisiche nell'ordinamento tributario italiano*, in *Rass. Trib.*, 1995
- Melis G., *L'interpretazione nel diritto tributario*, Padova, 2003
- Melis G., *Profili sistematici del "trasferimento" della residenza fiscale delle società*, in *Dir. e Prat. Trib. int.*, 2004
- Melis G., *Sulla incostituzionalità del "contributo" a favore dell'Enpam di cui all'art.1, comma 39, della L. n. 243 del 2004*, in *Rass. Trib.*, 2006
- Melis G., *Trasferimento della residenza fiscale e imposizione sui redditi*, Milano, 2009
- Micciniesi M., *L'imposizione sui redditi nel fallimento e nelle altre procedure concorsuali*, Milano, 1990
- Micheli G.A., *Capacità contributiva reale e presunta*, *Giur. It.*, 1967,

- Moschetti F., *Il principio della capacità contributiva*, Padova, 1973
- Moschetti F., *La soggettività tributaria delle unità sanitarie locali ai fini dell'imposta sul reddito delle persone giuridiche*, in *Fin. loc.*, 1982
- Moschetti F.-Zennaro R., *Agevolazioni fiscali*, in *Digesto*, IV ed., Torino 1988, I
- OCSE, *The application of the OECD Model tax Convention to Partnership*, in *Issues in International Taxation*, n. 6, Paris, 1999
- Paladin L., *Il principio di uguaglianza tributaria nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Riv. Dir. trib.*, 1997, I
- Paparella F., *Possesso di redditi ed interposizione fittizia*, Milano, 2000
- Perin L., *Private pension taxation under the new Italy-US income tax Treaty*, in *Tax notes international*, n.8, 2003
- Perrone C., *Brevi note sul significato convenzionale del concetto di beneficiario effettivo*, in *Rass. trib.* n. 1, 2003
- Persiani M., *Diritto della previdenza sociale*, Padova, 2004
- Persiani M., *Previdenza pubblica e previdenza privata*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2000
- Pessi R., *La collocazione funzionale delle recenti innovazioni legislative in materia di previdenza complementare nel modello italiano di sicurezza sociale*, in *Scritti in memoria di Massimo D'Antona*, Vol. III, parte III; Giuffrè, 2004
- Pessi R., *La riforma del sistema previdenziale*, Padova, 1995
- Pessi R., *Lezioni di diritto della previdenza sociale*, Padova, 2008
- Piazza M., *Fisco più pesante sui guadagni di borsa*, in *Il Sole 24-ore* del 14 agosto 2011
- Pistone P., *La non discriminazione anche nel settore dell'imposizione diretta: intervento della Corte di Giustizia*, *Dir.prat.trib.*, 1995
- Porcaro G., *Il divieto di doppia imposizione nel diritto interno*, Padova, 2001
- Procopio M., *Fondi pensione: verso una nuova riforma*, in *Corriere tributario*, 1999
- Procopio M., *Fondi pensione e TFR, profili giuridici e disciplina tributari*, Milano, IPSOA, 2008

- Procopio M., *Identificazione di prestazioni pensionistiche complementari*, in *Corriere tributario*, n. 43, 1998
- Procopio M., *Il regime di deducibilità dei contributi destinati a fondi pensione “transfrontalieri”*, in *Rivista di giurisprudenza tributaria*, n. 5, 2007
- Procopio M., *Il regime tributario dei rendimenti dei fondi pensione nell’ambito della fiscalità internazionale*, in *Fiscalità Int.*, n. 4, 2010
- Proia G., *Aspetti irrisolti del problema dei rapporti tra previdenza pubblica e previdenza complementare*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2001
- Proia G., *La Corte Costituzionale e la previdenza complementare*, in *Arg. Dir. Lav.*, 1995, II
- Puoti G., *Imposta sul reddito delle persone fisiche*, in *Trattato di Diritto Tributario*, diretto da A. Amatucci, vol. IV, Padova, 2001
- Puoti G., *I redditi di lavoro nel modello OCSE*, in *AA.VV.*, *Corso di Diritto tributario internazionale*, coordinato da V. Uckmar, Padova, 2002
- Puri P., *Destinazione previdenziale e prelievo tributario*, Milano, 2005
- Puri P., *Il lavoratore transfrontaliero e la previdenza complementare*, in *La mobilità transnazionale del lavoratore dipendente: profili tributari*, Padova, 2006
- Quarta O., *Commento alla legge sulla imposta di ricchezza mobile*, Milano, 1903, vol. II
- Raggi N., *Il principio della coerenza fiscale non si applica? Tutta colpa delle convenzioni per evitare le doppie imposizioni*, in *Dir. e Prat. Trib.*, II, 2004
- Rasi F., *La disciplina fiscale delle forme pensionistiche complementari*, in *Previdenza complementare e disciplina fiscale*, di F. Marchetti - M. Marè, Bologna, 2009
- Rossi F.P., *La previdenza sociale*, Padova, 2000
- Ruggiero E. *Il trattamento fiscale dei riscatti – Commento all’art. 14, D.Lgs. 5 novembre 2005, n. 252 – La nuova disciplina della previdenza complementare*, in *le Nuove leggi civili commentate*, Milano, 2007
- Russo P., *Manuale di diritto tributario – Parte speciale*, Milano 2009
- Sacchetto C., *Armoizzazione fiscale nella CE*, in *Enc. Giur.*, II, Roma, 1988

- Sacchetto C., *L'evoluzione del principio di territorialità e la crisi della tassazione del reddito mondiale nel paese di residenza*, in Riv. Dir. Trib. Int., 2001,I
- Sacchetto C., *La tassazione delle società in Europa tra grandi scenari e realizzazioni concrete*, in A. Amatucci (a cura di), *Gli aspetti fiscali dell'impresa*, Torino, 2003
- Saggese P., *Le pensioni estere*, in *La mobilità transnazionale del lavoratore dipendente, profili tributari*, Padova, 2006
- Sandulli P., *Previdenza complementare*, in Dig. Disc. Priv., XI, Giapichelli, Torino, 1995
- Santoro Passarelli G., *Il trattamento di fine rapporto*, Giapichelli, Torino, 1995
- Sconewille, P., *Safeguarding pension taxation rights in cross-border situations*, in *EC tax review*, Kingston-upon-Thames, n. 2, 2005
- Shee Boon Law, *Pensions and Social Security Payments in Recent Tax Treaties*, Bulletin for International Taxation, n.3, 2011
- Sigillò Massara G., *Sul fondamento costituzionale della previdenza complementare*, in *Lavoro e Previdenza oggi*, n.5, 2010
- Simi V., *Contributo allo studio della previdenza: previdenza sociale e previdenza privata o libera*, in Riv. inf. e malattia prof., 1972
- Simi V., *L'attuazione dei principi costituzionali in materia di sicurezza sociale*, in *Il pluralismo previdenziale secondo Costituzione*, Milano, 1986
- Stancati G., *Ancora in tema di previdenza complementare: il regime tributario dei fondi "interni"*, in *Il Fisco*, n. 27, 1996
- Stevanato D. - Gargiulo P., *La fiscalità diretta dei fondi chiusi immobiliari e la nuova agevolazione sui conferimenti d'immobili*, in *Dialoghi di Dir. Trib.*, n. 5, 2007
- Stevens, L., *Pension systems in the European Union: competition and tax aspects*, Kluwer Law International, 1999
- Taylor, R. (Rodney), *Cross-border recognition of occupational pensions within the E.U. and beyond*, in *Tax planning international review*, London, n. 1, 2003

- Tesauro F., *Istituzioni di diritto tributario*, Torino, 2000
- Tesauro F., *Profili della fiscalità comunitaria*, in Boll. Trib., 1998
- Tinelli G., *Il reddito d'impresa nel diritto tributario*, Milano, 1991
- Tomassini A., *Alcuni recenti sviluppi interpretativi sulla nozione di beneficiario effettivo e di residenza ai fini convenzionali*, in Rass. trib., 2008
- Tosi L., *Considerazioni sul regime fiscale della famiglia: discriminazioni ai danni delle famiglie monoreddito, prospettive di riforma e problematiche di ordine costituzionale*, in Rass. trib., 1988, I
- Tosi L., *Il regime fiscale dei trasferimenti finanziari alle unità sanitarie locali*, in L. Tosi (a cura di), *Il regime tributario delle unità sanitarie locali*, Rimini, 1992
- Treu T., *La previdenza complementare nel sistema previdenziale*, in Studi in onore di Mario Grandi, Padova, 2005
- Trutalli F., *La nozione di residenza nelle convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni e le recenti modifiche al commento OCSE*, in Boll.trib., 2001
- Turina A., *Il trattamento di fine rapporto nelle Convenzioni contro le doppie imposizioni*, in Fisc. Int., n. 3, 2009
- Uckmar V., *Principi comuni di diritto tributario costituzionale*, Padova, 1999
- Valente G., *Convenzioni internazionali contro le doppie imposizioni*, Milano, 2003
- Valente P., *Convenzione Italia-USA: rassegna delle principali novità*, in Il Fisco, 35/2010
- Vanoni E., *Natura e interpretazione delle leggi tributarie*, Padova, 1932
- Visentini G. - Marchetti F., *Riforma della previdenza complementare: riflessioni sul trattamento fiscale*, in Econ. It., 1995
- Vogel K., *On double taxation Conventions*, Londra 1997
- Yermo, J., *Protecting pensions: policy analysis and examples from OECD Countries*, OECD Organisation for Economic Co-operation and Development, 2007

Williams D., *The taxation of a cross-border pension provision*, in *European taxation*, IBFD, n. 13, 2001

Zampini G., *La previdenza complementare. Fondamento costituzionale e modelli organizzativi*, Padova, 2004