



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA “LA SAPIENZA”

DIPARTIMENTO DI SCIENZE POLITICHE



RIVISTA DI DIRITTO TRIBUTARIO INTERNAZIONALE

INTERNATIONAL TAX LAW REVIEW

2

2019

maggio/agosto

Fondata nel 1999 da | *Founded in 1999 by*
GIOVANNI PUOTI

Diretta da | *Directors*
ANDREA AMATUCCI, FABRIZIO AMATUCCI,
PETER ESSERS, JACQUES MALHERBE,
GIOVANNI PUOTI, CLAUDIO SACCHETTO,
ROMAN SEER, PIETRO SELICATO,
JOSÈ MANUEL TEJERIZO LÓPEZ



SAPIENZA
UNIVERSITÀ
EDITRICE

SAPIENZA UNIVERSITÀ EDITRICE



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "LA SAPIENZA"
DIPARTIMENTO DI SCIENZE POLITICHE



RIVISTA DI DIRITTO TRIBUTARIO INTERNAZIONALE

INTERNATIONAL TAX LAW REVIEW

Fondata nel 1999 da • *Founded in 1999 by*
GIOVANNI PUOTI

Diretta da • *Directors*

ANDREA AMATUCCI
Università Federico II - Napoli

FABRIZIO AMATUCCI
Università Federico II - Napoli

PETER ESSERS
Tilburg University

JACQUES MALHERBE
Université Catholique - Louvain

GIOVANNI PUOTI
Università Telematica Niccolò Cusano - Roma

CLAUDIO SACCHETTO
Università di Torino

ROMAN SEER
Ruhr Universitaat, Bochum

PIETRO SELICATO
Università Sapienza - Roma

JOSÈ MANUEL TEJERIZO LÓPEZ
Universidad Nacional de Educacion a Distancia UNED - Madrid

2

2019

Maggio/Agosto



SAPIENZA
UNIVERSITÀ EDITRICE

Sezione I – Dottrina

Section I – Academic Essays

PIETRO BORIA

L'ordine internazionale della competizione fiscale 7

GIUSEPPE VANZ

The implementation in Italy of art. 4 ATAD and the European principle of proportionality 33

CARLO GARBARINO

L'impatto sulle convenzioni fiscali del progetto OCSE in materia di Base Erosion and Profit Shifting 47

MARÍA ESTHER SÁNCHEZ LÓPEZ

El impuesto por la utilización de la fuerza de trabajo en la República de Cuba 89

Sezione II – Documenti commentati

Section II – Commented documents

LORENZO PENNESI

Recenti sviluppi giurisprudenziali in tema di transfer pricing, realizzo delle perdite ed onere della prova (Nota a Commissione Tributaria Regionale di Milano - Sez. XX - Sent. n. 928 del 1° marzo 2019) 121

MARCELLA MARTIS

Riflessioni sul trattamento IVA dei finanziamenti pubblici. Il caso delle società aeroportuali. Profili di diritto interno e comunitario (Nota a Commissione Tributaria Provinciale Cagliari, Sez. III, Sent. n. 49 del 18 gennaio 2019 (udienza del 10 dicembre 2018)) 145

Sezione III – Appunti e rassegne

Section III – Notes and Surveys

MATTHIEU POSSOZ, BART BUYTAERT

The Belgian implementation of the EBITDA interest deduction limitation 179

VALERIO NENZI

Il contratto di stock lending tra qualificazione civilistica e abuso del diritto in materia fiscale 211

FABIO RUSSO

Profili comunitari della detrazione dell'IVA nel contratto di irregolare somministrazione di forza lavoro 241

VINCENZO CARBONE

The PIF Directive and its implications on the Italian tax system 277

FRANCESCO VITOLO

Il fenomeno del riciclaggio e del finanziamento al terrorismo mediante criptovalute: studio, applicazioni e metodologie di contrasto di una nuova «zona grigia» 295

STEFANIA SCARASCIA MUGNOZZA

Tax reform proposal aimed at encouraging Italy's economic growth (Meeting review) 323

L'ordine internazionale della competizione fiscale*

Pietro Boria**

* Questo contributo ripropone, con alcune integrazioni e richiami bibliografici, l'intervento dell'Autore al Convegno «La competizione fiscale tra Stati», tenuto all'Università Sapienza di Roma, in data 23 febbraio 2018. Articolo sottoposto a revisione con il sistema della *blind peer review*, nel rispetto dell'apposito regolamento adottato da questa Rivista.

** Ordinario di Diritto tributario nell'Università Sapienza di Roma.

Abstract

Tax competition between states constitutes a recent form of competition between the various national sovereignties, inspired by the goal of attracting capital and businesses to the territory of the state through the use (even casual) of the tax levy.

The State that intends to participate in this «competitive game» is called to configure a tax structure that is suitable for convincing economic operators - and typically multinationals - to locate in their territory the factors of production required for carrying out the business. In order to be attractive, this tax structure must obviously have an effective impact on the economic results lower than the average of the other States, and possibly tending to zero (or in any case to a minimum tax pressure).

The calculation of economic convenience formulated by the State operating in tax competition is based on the assumption that the location of businesses and capital is able to compensate for the loss of tax revenue through an increase in other factors determining social welfare (direct employment of employees, indirect employment of companies and self-employed workers linked to multinationals, development of consumption, expansion of available capital etc.). A real «tax market» is therefore established in which the offer of a reduced tax levy constitutes the exchange commodity of the business establishment in the national territory.

The absence of heteronomous regulation mechanisms of globalization processes and the well-founded risk that tax competition takes on the characteristics of the wild dispute between States in order to continuously lower the tax levy have led to a general rethinking of international institutions (OECD, European Union) regarding the existence of an indiscriminate freedom to conform the tax system exclusively according to reasons of particular convenience of the individual State.

Thus, the conviction of the importance of greater coordination of the tax policies of the countries was clarified in order to avoid new laws whose main effect consisted in the erosion of the tax base of other States. On the other hand, the tax losses that have resulted from recent forms of international tax competition have increased the awareness that tax competition between states penalizes the identification of a tax balance, generating situations of «state tax crisis».

Compared to the numerous and delicate issues raised by the issue of tax competition between States, this study aims to illustrate both the evolutionary path of the phenomenon and the more recent legal implications.

The theme was thus addressed from multiple points of view, in order to provide an overall legal framework for the topic, at least in the current historical phase.

SOMMARIO: 1. L'ordine internazionale della competizione fiscale come elemento qualificante della fiscalità moderna; 2. La concorrenza fiscale fra stati; 3. La concorrenza fiscale sleale; 4. Il mercato come riferimento cardinale della concorrenza fiscale internazionale; 5. L'inversione del rapporto tradizionale tra Stato e mercato; 6. L'emergere di una tendenza oppositiva alla concorrenza fiscale tra Stati nella sensibilità internazionale: la posizione dell'OCSE e la soft law come strumento di politica fiscale internazionale; 7. L'esperienza degli USA come fondamento originario della lotta alla concorrenza fiscale tra Stati; 8. La prima direttrice di contrasto della concorrenza fiscale tra Stati: definizione di uno standard tributario delle multinazionali; 9. La seconda direttrice di contrasto della concorrenza fiscale tra Stati: l'eliminazione del segreto bancario e la trasparenza fiscale globale attraverso il Common reporting standard; 10. La forza come strumento essenziale della adozione di strumenti pattizi nel nuovo ordine di fiscalità internazionale; 11. Osservazioni conclusive.

1. L'ordine internazionale della competizione fiscale come elemento qualificante della fiscalità moderna

La concorrenza fiscale tra Stati costituisce una forma decisamente recente di competizione tra le diverse sovranità nazionali, ispirata dall'obiettivo di attrarre capitali ed imprese sul territorio dello Stato attraverso l'utilizzo (anche disinvolto) della leva tributaria.

Lo Stato che intende partecipare a questo «gioco concorrenziale» è chiamato a configurare un assetto della fiscalità che risulti idoneo a convincere gli operatori economici – e tipicamente le multinazionali – a localizzare nel proprio territorio i fattori della produzione occorrenti per lo svolgimento delle attività d'impresa. Tale assetto fiscale per risultare attrattivo deve evidentemente presentare un'incidenza effettiva sui risultati economici minore rispetto alla media degli altri Stati, e possibilmente tendente allo zero (o comunque ad una pressione fiscale minima)¹.

Il calcolo di convenienza economica formulato dallo Stato che opera in concorrenza fiscale si fonda sull'assunto che la localizzazione di imprese e capitali è in grado di compensare il mancato gettito tributario attraverso un incremento di altri fattori determinanti del benessere sociale (occupazione diretta di lavoratori dipendenti, occupazione indiretta di imprese e lavoratori autonomi collegati alle multinazionali, sviluppo dei consumi, ampliamento dei capitali disponibili etc.). Pertanto, la rinuncia alla esazione di tributi non costituisce un danno rilevante per la comunità, ma semmai rappresenta il fattore di stimolo necessario per attivare lo sviluppo dell'economia nazionale².

In tale contesto si avvia una logica di competizione tra gli Stati misurata in ragione della attrattività fiscale, e cioè della capacità di definire un livello di tassazione complessiva che risulti appetibile per le imprese straniere così da determinare una localizzazione delle iniziative produttive nel territorio dello Stato³.

¹ Sul tema vedi H. AULT, *Concorrenza fiscale: corsa verso l'alto o verso il basso?*, Napoli 2008.

² Sul tema cfr. S. CIPOLLINA, *I redditi «nomadi» delle società multinazionali nell'economia globalizzata*, in *Riv. Dir. Fin. Sc. Fin.* 2014, I, pp. 38 ss.; L. CARPENTIERI, *La crisi del binomio diritto-territorio e la tassazione delle imprese multinazionali*, in *Riv. Dir. Trib.* 2018, I, pp. 351 ss.

³ In argomento vedi P. BORIA, *La concorrenza fiscale tra Stati: verso un nuovo ordine della fiscalità internazionale*, in AA.VV. *La concorrenza fiscale tra Stati*, (a cura di P. Boria), Padova 2018, pp. 5 ss.

Si instaura pertanto un vero e proprio «mercato delle imposte» nel quale l'offerta di un prelievo tributario ridotto costituisce la merce di scambio dell'insediamento imprenditoriale nel territorio nazionale.

L'inesistenza di meccanismi di regolazione eteronoma dei processi di globalizzazione e il fondato rischio che la competizione fiscale assuma i caratteri della contesa selvaggia tra Stati al fine di ribassare di continuo il prelievo tributario hanno indotto, negli ultimi anni, un ripensamento generale da parte delle istituzioni internazionali (OCSE, Unione europea) in ordine alla sussistenza di una libertà indiscriminata di conformare il sistema fiscale esclusivamente secondo ragioni di convenienza particolare del singolo Stato.

Così, si è andata enucleando la convinzione dell'importanza di un maggior coordinamento delle politiche tributarie dei paesi al fine di evitare che potessero emanarsi norme il cui effetto principale consistesse nella erosione della base imponibile di altri Stati⁴. D'altronde, le emorragie fiscali che sono derivate dalle recenti forme di concorrenza fiscale internazionale hanno aumentato la consapevolezza che la competizione tributaria tra Stati penalizza l'individuazione di un equilibrio della tassazione, generando situazioni di «crisi fiscale dello Stato».

La ricerca mercantile del livello impositivo calibrato per l'attrazione del sostrato imprenditoriale all'interno del territorio statale comincia così a trovare un freno ed un limite nella individuazione di standard fiscali di livello internazionale.

2. La concorrenza fiscale tra Stati

La concorrenza fiscale tra Stati è un fenomeno relativamente recente, che si è andato sviluppando nella seconda metà del XX secolo per poi consolidarsi in maniera definitiva nel XXI secolo così da costituire il tratto qualificante delle relazioni tra le diverse sovranità tributarie.

⁴ Sulla competizione fiscale nel diritto tributario internazionale cfr. R. SEER, *Le fonti del diritto comunitario ed il loro effetto sul diritto tributario*, in AA.VV. *Per una costituzione fiscale europea*, (a cura di A. Di Pietro), Padova 2008, pp. 38 ss.; V. UCKMAR - G. CORASANITI - P. DE CAPITANI - C. CORRADO OLIVA, *Manuale di diritto tributario internazionale*, Milano 2012; L. SALVINI, *I regimi fiscali e la concorrenza tra imprese*, in *Giur. Comm.* 2016, pp. 130 ss.; R. CORDEIRO GUERRA, *Istituzioni di diritto tributario internazionale*, Milano, 2016.

La concorrenza fiscale tra Stati, così come ricostruita dalla letteratura internazionale⁵, esprime un assetto di rapporti internazionali connotato dall'utilizzo della leva tributaria in funzione attrattiva dei capitali e delle attività di imprese multinazionali (o comunque di imprese aventi una vocazione internazionale)⁶.

Ed invero, nella prospettiva concorrenziale, lo Stato decide di adottare una politica tributaria ispirata ad una riduzione del carico fiscale sui capitali e sulle imprese multinazionali rispetto al livello ordinariamente applicato dai principali paesi del mondo (e cioè dagli Stati che esprimono economie di mercato «mature» e che pertanto possono considerarsi come un *benchmark* della tassazione internazionale), così da risultare attrattivo rispetto alla localizzazione nel proprio territorio da parte di operatori economici che decidono di spostarsi da altre sovranità tributarie (più onerose) verso lo Stato che sceglie la detassazione.

L'utilizzo della detassazione (e cioè di un livello di tassazione inferiore rispetto al *benchmark* internazionale) costituisce infatti un importante fattore delle decisioni strategiche delle imprese multinazionali in ordine al territorio in cui posizionare le proprie attività e la propria organizzazione materiale. Evidentemente, la consapevolezza di un minore onere tributario può concorrere in maniera decisiva alla scelta di identificare il territorio di localizzazione, poiché permette all'impresa di massimizzare il profitto (l'utile al netto delle imposte) generato dalla propria attività⁷.

⁵ Sul ruolo e sulla portata della concorrenza fiscale esiste una diffusa ed ampia dottrina economica internazionale. Senza pretese di esaustività si rinvia a C.M. TIEBOUT, *A pure theory of local expenditures*, in *Journal of political economy* 1956, pp. 416 ss.; W.E. OATES, *Fiscal federalism*, New York 1972; G. BRENNAN - J. BUCHANAN, *The power to tax: analytical foundations of a fiscal constitution*, Cambridge 1980; S. BUCOVETSKY - J. WILSON, *Tax competition with two tax instruments*, in *Regional science and urban economics* 1991, pp. 333 ss.; R.A. MUSGRAVE, *Devolution, grant and fiscal competition*, *Journal of economic perspectives*, 1997, pp. 65 ss.; J. D. WILSON, *Theories of tax competition*, in *National Tax Journal* 1999, pp. 269 ss.; J.D. WILSON - D.E. WILDASIN, *Tax competition: bane or boon?*, Londra, 2001; S. AVI -YOHAN, *Globalization, tax competition and the crisis of the Welfare state*, in *Harvard law review* 2000, pp. 1573 ss.; ID., *Globalization and tax competition: implication for developing countries*, Ann Arbor (USA) 2001; W. SCHON, *Tax competition in Europe*, Amsterdam, 2003; C.E. MC LURE, *Tax competition in a digital world*, in *Bullettin for international fiscal documentation*, 2003, pp. 146 ss.; M. LITTLEWOOD, *Tax competition: harmful to whom?*, in *Michigan Journal International law*, 2004/2005, pp. 412 ss.; J. MALHERBE *Double taxation and national fiscal interests*, in *Riv. Dir. Trib.* 2015, V, pp. 23 ss.

⁶ Cfr. F. GALLO, *Mercati finanziari e fiscalità*, in *Rass. Trib.* 2013, pp. 45 ss.

⁷ Sul tema nella dottrina italiana vedi R. LUPI, *Concorrenza tra ordinamenti, comunità europee e prelievo tributario*, in *Rass. Trib.* 2004, pp. 989 ss; P. VALENTE - F. ROCCATAGLIATA - G. ROLLE,

Pertanto, assecondando il naturale impulso alla massimizzazione del profitto – che rappresenta il codice genetico delle attività di impresa – lo Stato può attrarre imprese nel proprio territorio attraverso la detassazione dei redditi (o altre grandezze economiche) riferibili alle loro attività⁸.

Evidentemente, l'attrazione di imprese nel territorio di uno Stato si pone in concorrenza con gli altri Stati da cui le imprese si muovono, innescando per l'appunto forme di competizione circa la localizzazione delle attività di impresa nello spazio internazionale⁹.

Il calcolo economico sotteso alla concorrenza fiscale consiste chiaramente in una valutazione di convenienza circa il rendimento indiretto e le esternalità positive prodotti dalla localizzazione delle imprese multinazionali nel territorio statale; lo Stato, infatti, giudica che i proventi socio-economici derivanti da tale localizzazione (riconducibili all'incremento di occupazione, alla richiesta di forniture di servizi e/o di beni da operatori nazionali, al deposito di liquidità nelle banche nazionali etc.) è in grado di produrre un aumento del benessere collettivo superiore a quello che potrebbe provenire dal ricorso al livello ordinario di tassazione¹⁰.

In buona sostanza, lo Stato opta per gli strumenti del mercato – e quindi per i benefici prodotti dalle attività delle imprese multinazionali sul ter-

Concorrenza fiscale internazionale, Milano 2002; V. CERIANI, *Competitività dei sistemi fiscali*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 2009, XXI; G. MELIS - A. PERSIANI, *Trattato di Lisbona e sistemi fiscali*, in *Dir. Prat. Trib.* 2013, pp. 268 ss.; F. AMATUCCI, *L'adeguamento dell'ordinamento tributario nazionale alle linee guida dell'Ocse e dell'UE in materia di lotta alla pianificazione fiscale aggressiva*, in *Riv. Trim. Dir. Trib.* 2015, pp. 3 ss.; S. BIASCO, *I danni della concorrenza fiscale in Europa*, in *Rass. Trib.* 2015, pp. 119 ss.; F. GALLO, *L'Europa sociale e l'Europa fiscale dopo il Trattato di Lisbona*, in *Dir. Prat. Trib.* 2016, pp. 1789 ss.; L. SALVINI, *I regimi fiscali e la concorrenza tra imprese*, in *Giur. Comm.* 2016, pp. 130 ss.; P. PISTONE, *La pianificazione fiscale aggressiva e le categorie concettuali del diritto tributario globale*, in *Riv. Trim. Dir. Trib.* 2016, pp. 395 ss.; P. BORIA, *Diritto tributario europeo*, Milano 2017, p. 267 ss.; A. PERRONE, *Tax competition e giustizia sociale nell'Unione Europea*, Padova, 2019. Sull'argomento richiamo altresì i numerosi contributi dottrinali apparsi in AA.VV., *La concorrenza fiscale tra Stati*, (a cura di P. Boria), Padova, 2018.

⁸ Cfr. G. MARINO, *La concorrenza fiscale: lealtà, slealtà o semplice realtà?*, in AA.VV. *La concorrenza fiscale tra Stati*, (a cura di P. Boria), Padova, 2018, pp. 67 ss.

⁹ Sul gioco della concorrenza tra imprese sui mercati internazionali in ragione del livello di tassazione nazionale vedi G. PITRUZZELLA, *La concorrenza fiscale nel processo di integrazione europea*, in AA.VV. *La concorrenza fiscale tra Stati*, (a cura di P. Boria), Padova 2018, pp. 31 ss.

¹⁰ Tra i teorici della legittimità della concorrenza fiscale tra Stati, peraltro con argomenti che rinviano essenzialmente a motivi di ordine liberistico (e non per una valorizzazione della sovranità nazionale e della sovranità costituzionale), vedi S. CNOSSEN, *Qual è il grado di armonizzazione nella comunità europea*, in AA.VV. *Esperienze straniere e prospettive per l'ordinamento tributario italiano*, Padova 1989, pp. 105 ss.

ritorio – con preferenza rispetto al ricorso alla tassazione. Si crea dunque un *trade off* tra imposte e mercato, con una decisione politica rivolta verso il mercato a scapito della tassazione.

3. La concorrenza fiscale sleale

Il fenomeno della concorrenza fiscale tra Stati ha costituito da lungo tempo l'oggetto di studi economici avanzati¹¹, nei quali si è analizzato l'utilizzo differenziale della politica tributaria come leva per la crescita del sistema produttivo.

In tale prospettiva, pur venendo ricondotta tipicamente alle economie di paesi in fase di sviluppo (c.d. concorrenza fiscale asimmetrica), la concorrenza fiscale tra Stati non è stata considerata nella dottrina economica come una automatica distorsione del mercato, bensì piuttosto come un possibile strumento di politica economica per favorire l'incremento di alcuni fattori della produzione del sistema nazionale. La scelta della detassazione può infatti risultare utile per promuovere lo sviluppo di alcune iniziative imprenditoriali o di alcuni investimenti attraverso capitali esteri che altrimenti verrebbero inibiti a partecipare in quello Stato¹².

Solo recentemente, a partire dagli ultimi anni del XX secolo, si è andata enucleando la nozione di «concorrenza fiscale sleale» tra Stati (*harmful tax competition*), ad indicare un utilizzo della leva tributaria in una dimensione distorsiva rispetto alle normali logiche del mercato¹³.

In specie, la «slealtà» della concorrenza fiscale è ricondotta ad una detassazione selettiva e non generalizzata, rivolta cioè solo ad alcune tipologie di attività economiche (spesso con riguardo al settore finanziario), proprio al fine di favorire la localizzazione (anche solo formale) di alcune imprese multinazionali e non per promuovere una crescita del sistema produttivo interno¹⁴.

¹¹ Cfr. G. BRENNAN - J. BUCHANAN, *The power to tax: analytical foundations of a fiscal constitution*, Cambridge 1980; S. BUCOVETSKY - J. WILSON, *Tax competition with two tax instruments*, in *Regional science and urban economics* 1991, pp. 333 ss.; R.A. MUSGRAVE, *op. cit.*, pp. 65 ss.; J.D. WILSON, *op. cit.*, pp. 269 ss.; J. WILSON - D. WILDASIN, *Tax competition: bane or boon?*, London 2001; S. AVI - YOHAI, *op. cit.*, pp. 1573 ss.; W. SCHON, *op. cit.*, 2003; C.E. MC LURE, *op. cit.*, p. 146 ss.; J. MALHERBE, *op. cit.*, pp. 23 ss.

¹² Vedi L. SALVINI, *op. cit.*, pp. 130 ss.

¹³ S. BIASCO, *op. cit.*, pp. 119 ss.

¹⁴ Sul tema cfr. P. BORIA, *op. cit.*, pp. 268 ss.

Le scelte di fiscalità agevolata sono state così rivolte a favorire stanziamenti minimi di società multinazionali, sovente solo mediante sedi legali con strutture leggere, per beneficiare di vantaggiosi trattamenti tributari di alcuni flussi reddituali (ad es. interessi, dividendi, *royalties*).

Il ricorso alla detassazione non risulta così funzionale ad un posizionamento industriale suscettibile di produrre le esternalità positive derivanti dalla localizzazione di attività di impresa, bensì vale solo ad attrarre capitali esteri in ragione dei vantaggi fiscali¹⁵.

La concorrenza fiscale non è pertanto collegata ad un piano di sviluppo del sistema produttivo interno – e quindi dell’occupazione, con i fondamentali effetti benefici sul lavoro e sulla dignità sociale – ma è invece riferita ad un aumento di ricchezza finanziaria interna che si riflette su alcune classi sociali (usualmente quelle più elevate, come ad es. i banchieri) e non anche sull’intera popolazione¹⁶.

La concorrenza fiscale viene pertanto qualificata come «sleale» poiché ricondotta ad un calcolo politico ideologicamente censurabile, in quanto svincolato da un beneficio economico generalizzato e riferibile alla nazione nel suo complesso, bensì piuttosto riferibile ad un ristretto numero di beneficiari (ed in specie alle multinazionali ed ai principali operatori economici internazionali).

4. Il mercato come riferimento cardinale della concorrenza fiscale internazionale

Il punto cardinale di riferimento del quadro ordinamentale che si va componendo attraverso la concorrenza fiscale internazionale è costituito dal «mercato», o per meglio dire dalla convinzione che la tutela del mercato – inteso come il luogo metaforico dello svolgimento delle transazioni commerciali e delle iniziative imprenditoriali – rappresenti l’obiettivo primario del processo di coesistenza delle varie sovranità internazionali.

¹⁵ Cfr. in argomento A. URICCHIO, *Dematerializzazione della ricchezza, globalizzazione e nuovi indici di misurazione della ricchezza: le sfide dell'imposizione nell'inizio del nuovo millennio*, in AA.VV. *Dal diritto finanziario al diritto tributario, Studi in onore di Andrea Amatucci*, Napoli 2011, pp. 111 ss.

¹⁶ In argomento cfr. F. GALLO, *Le ragioni del Fisco. Etica e giustizia nella tassazione*, Bologna, 2007, p. 149; ID., *L'Europa sociale e l'Europa fiscale dopo il Trattato di Lisbona*, in *Dir. Prat. Trib.* 2016, pp. 1789 ss.; A. PERRONE, *op. cit.*, pp. 8 ss. e pp. 71 ss.

Tale sottofondo ideologico appare consentaneo ad un clima generale, sempre più diffuso nelle democrazie moderne, che sembra riproporre modelli politici e istituzionali fortemente inclinati verso costruzioni di tipo liberistico, in cui le decisioni sull'assetto redistributivo dei redditi vengono affidate per l'appunto alla naturale composizione del «mercato», quasi a registrare la crisi di funzionamento dell'opposto modello del *welfare State*¹⁷.

Il mercato si presenta, così, come una sorta di meccanismo regolatore degli equilibri sociali ed economici, idoneo a fungere da parametro di giudizio della efficienza delle soluzioni allocative, sulla base delle sole capacità individuali degli operatori economici e non anche in virtù di valutazioni pre-determinate formulate «a monte» dallo Stato.

Pertanto, anche il fenomeno tributario viene regolato di conseguenza: si tratta di ridurre il peso delle misure fiscali, pur necessarie per il conseguimento delle risorse essenziali per le spese pubbliche, al fine di evitare che le imposte possano risolversi in impedimenti che alterano la capacità di funzionamento del mercato. In questa prospettiva trova una evidente comprensione il recepimento delle teorie economiche che prospettano i modelli di fiscalità «neutrale» per la configurazione dei sistemi di finanza pubblica nelle unioni sopranazionali.

D'altro lato, anche la formulazione e lo sviluppo della nozione di «concorrenza fiscale dannosa» quale valore emergente dell'ordinamento internazionale si allinea concettualmente all'idea di una «fiscalità di mercato», ricollegandosi al medesimo impianto assiologico liberistico. Tale nozione denota l'apertura verso il «mercato» come punto di riferimento delle scelte fiscali, mostrando chiaramente il cedimento della sovranità fiscale nazionale verso la logica della piena concorrenza delle imprese e degli operatori economici.

Occorre osservare peraltro che l'assunzione del «mercato» a valore di riferimento dell'ordinamento fiscale internazionale contrasta nettamente con le scelte diffuse nelle costituzioni dei singoli Stati, ove alla fiscalità è riconosciuta generalmente una importante funzione propulsiva rispetto ai processi di trasformazione sociale¹⁸. L'attuazione di un sistema tributario efficiente ed equilibrato assolve infatti ad un ruolo cruciale nei programmi di sviluppo dell'assetto sociale in linea con la fondamentale regola dell'eguaglianza sostanziale recepita formalmente in diverse carte costituzionali

¹⁷ Vedi in argomento P. BORIA, *L'Antisovrano*, Torino 2014, pp. 116 ss.

¹⁸ Vedi in argomento A. PERRONE, *op. cit.*, pp. 132 ss.

(si pensi all'art. 3 comma 2 della costituzione italiana) e comunque accolta nella costituzione materiale di ciascun paese democratico¹⁹. Il coinvolgimento di tutti i consociati nel pagamento dei tributi, eliminando sacche di impunità o di privilegio, nonché attenuando il peso specifico delle categorie favorite da ragioni di prevalenza timocratica, più di qualunque altro meccanismo sociale consente di operare una distribuzione di risorse tra ineguali, diretta ad una riduzione delle differenze economiche e ad una elevazione delle classi sociali più deboli. La regolazione della fiscalità – *rectius*, l'interesse fiscale dello Stato comunità – si connette strettamente alla protezione di valori ben lungi dalla neutralità del mercato, da identificare al contrario nella promozione di una integrazione sociale attraverso la costituzione di adeguate *chances* di vita che permettano agli individui di realizzare effettivamente il processo di attuazione della libertà sociale²⁰.

L'interesse fiscale nelle costituzioni nazionali appare dunque come un principio di «liberazione dalla privazione», in forza del quale viene emesso un impulso a correggere gli squilibri nella distribuzione naturale delle risorse così da favorire il processo di trasformazione sociale.

5. L'inversione del rapporto tradizionale tra Stato e mercato

Secondo un tratto ricorrente nei sistemi democratici moderni, l'assetto sociale e gli equilibri degli interessi vengono realizzati attraverso la declinazione normativa dei rapporti tra potere politico e potere economico. La globalizzazione dell'economia e lo sviluppo di realtà produttive a carattere multinazionale, non più riconducibili ad un ambito spaziale circoscritto e tantomeno limitato al territorio nazionale, hanno posto in crisi la logica nazionale di regolazione dei fenomeni economici.

Il mercato internazionale non coincide infatti con il territorio di uno o più Stati, non è marcato o diviso da frontiere materiali ed addirittura non mostra la fisicità del territorio; lo spazio dell'economia globalizzata (più correttamente la pluralità degli spazi economici internazionali) è segnato dalla rete degli scambi e dalla estensione dei rapporti negoziali, spesso virtuali e

¹⁹ Per un'ampia analisi in tal senso richiamo P. BORIA, *L'interesse fiscale*, Torino 2002.

²⁰ Sul tema vedi G. MELIS, *Evasione ed elusione fiscale internazionale e finanziamento dei diritti sociali: recenti trends e prospettive*, in *Rass. Trib.* 2014, pp. 1283 ss.; A. PERRONE, *op. cit.*, pp. 12 ss.

telematici, e dunque si de-materializza (o meglio si «de-territorializza»)²¹. L'abbandono del riferimento al territorio vale ad indicare, a sua volta, lo scadimento del potere politico nazionale, inadeguato rispetto alla regolazione di fenomeni che si sviluppano oltre l'area spaziale di competenza, in una dimensione assiologica che sfugge, spesso completamente, alla capacità di regolazione della sovranità nazionale²².

La scissione tra spazio politico e spazio economico è così registrata nei rapporti internazionali attraverso l'abbandono della sovranità nazionale e rimarcata dalla fissazione di un ordine di libertà che riconosce la capacità di auto-regolazione del mercato globalizzato. In questa prospettiva si è sostenuto che il diritto internazionale si presenta *a-politico*, sganciato cioè dal tessuto dei valori sociali che caratterizzano le costituzioni democratiche ed indirizzano l'azione politica, dovendo essere ricondotto piuttosto alla spontaneità degli interessi presenti sul mercato, come una sorta di regola naturale e neutrale in ordine alla produzione ed allo scambio.

La crisi del concetto tradizionale di sovranità assoluta degli Stati porta così a rimettere il controllo delle risorse economiche dalla classe politica alle forze che dirigono il mercato unificato. Si assiste così ad una sorta di inversione logica rispetto al tradizionale rapporto tra Stato e mercato: gli Stati cominciano a diventare funzionali ai mercati, conformandosi alle decisioni ed ai nessi emergenti dal confronto tra gli interessi economici ed allontanandosi dalle ragioni sociali della sovranità²³.

Si determina pertanto un chiaro rovesciamento del rapporto tra potere economico e potere politico: il piano delle scelte e delle decisioni operate dagli Stati è sovente subordinato e controllato dalla finanza internazionale e dall'economia sovrastatale. Così il controllo del mutamento sociale tende a sottrarsi al governo politico-istituzionale degli Stati per rifluire naturalmente nei centri di potere che determinano, più o meno inconsapevolmente, le relazioni economiche che alternativamente si compongono e si sciogliono nel mercato²⁴.

Lo Stato nazionale, in tale contesto, si trasforma sempre più in un centro regolatore del mercato, titolare di un potere di mediazione delle relazioni economiche e di contrattazione delle risorse tra le parti sociali e le forze produttive multinazionali. In sostanza, emerge una funzione amministra-

²¹ Vedi A. URICCHIO, *op. cit.*, pp. 111 ss.

²² Cfr. L. CARPENTIERI, *op. cit.*, pp. 351 ss.

²³ Vedi in argomento A. PERRONE, *op. cit.*, pp. 86 ss.

²⁴ Cfr. P. BORIA, *op. cit.*, pp. 103 ss.

tiva dello Stato al posto della funzione sociale che ha denotato il percorso di sviluppo delle democrazie pluraliste e che è stata ampiamente assorbita nelle costituzioni democratiche.

Può stimarsi evidente quale sia il grave pericolo che si profila con il consolidamento di un tale depotenziamento della sovranità nazionale: riportare le decisioni di interesse generale alla naturale composizione della domanda e dell'offerta, affidarsi alla capacità di auto-regolazione del mercato vale a rimettere il potere di definire l'assetto degli interessi confliggenti alla comunità economica internazionale, in cui – come noto – non esiste una gerarchia stabile dei poteri e manca totalmente una organizzazione istituzionale; piuttosto appaiono dominanti le forze economiche delle grandi società multinazionali, dei sindacati e delle organizzazioni di categoria, dei centri di potere trasversale e delle unioni di interessi, anche transitori e provvisori.

Il mercato, nella sua veste più «selvaggia» ed aggressiva, nel quale cioè i «forti» si impongono anche spietatamente sui «deboli» favorendone l'espulsione dal circuito produttivo o comunque confinandoli ad ambiti angusti, è il vero nucleo delle decisioni che si prendono nella società globalizzata. La marginalizzazione del potere politico ed il ridimensionamento della sovranità nazionale comportano così l'emersione di una classe indeterminata ed indefinibile di soggetti titolari, sovente anche per caso, del nuovo potere sovrano, vale a dire chiamati a formulare le scelte di allocazione delle risorse e dei flussi di ricchezza.

Il pericolo che emerge da tale assetto mercantile consiste, dunque, nell'abbandono della funzione sociale e dell'idea conseguente di istituire un ordine del mercato e delle attività economiche rispondente all'equilibrio dei vari interessi della collettività, secondo un disegno di trasformazione progressista della società favorito e promosso dalla costellazione di valori assunta nelle carte costituzionali, determinando al contrario un assetto dei rapporti economici generato in modo incontrollabile dalle forze presenti sul mercato e correlato alla composizione ingovernabile e casuale degli interessi negoziali, nel quale ad ogni modo la linea di tendenza è ravvisabile nel progressivo rafforzamento dei «forti» e dei «ricchi» a tutto scapito dei «deboli» e dei «poveri»²⁵.

²⁵ Sul tema si veda l'analisi acuta di F. GALLO, *Diseguaglianze, giustizia distributiva e progressività*, in *Rass. Trib.* 2012, pp. 287 ss.; ID. *Giustizia sociale e giustizia fiscale nella prospettiva dell'unificazione europea*, in *Rass. Trib.* 2014, pp. 1 ss.

La democrazia del mercato, che si sostituisce in termini concreti alla democrazia delle costituzioni, si presenta iniqua e socialmente disarmonica, chiamando alla effettiva partecipazione al gioco concorrenziale - e dunque alla decisione allocativa - solo pochi soggetti ed escludendo la gran massa dei consociati²⁶.

La fiscalità concorrenziale produce dunque l'abbandono di ogni connotazione sociale e redistributiva del prelievo fiscale, che viene così riportato ad un mero strumento finanziario di copertura del debito pubblico; vale a promuovere stabilmente la primazia del mercato rispetto ad ogni funzione conformativa e regolatrice del potere pubblico; stabilisce la priorità assiologica degli interessi spontaneamente rifluenti dal gioco concorrenziale rispetto agli interessi generali della collettività; determina il decadimento del tessuto di valori fissati dalle costituzioni democratiche nel confronto con l'esigenza di auto-regolazione delle forze economiche²⁷.

6. L'emergere di una tendenza oppositiva alla concorrenza fiscale tra Stati nella sensibilità internazionale: la posizione dell'OCSE e la *soft law* come strumento di politica fiscale internazionale

Il fenomeno della concorrenza fiscale sleale (o dannosa) è stato oggetto solo di recente di una serie di studi da parte delle istituzioni economiche mondiali (ed in particolare dell'OCSE)²⁸.

Nel gennaio 1997, facendo seguito alle richieste avanzate nel G7 di Lione del giugno 1996, il comitato degli affari fiscali dell'OCSE lancia il progetto di contrasto alla concorrenza fiscale dannosa e costituisce una *task force* dedicata a tale tematica (denominata *special session on tax competition*).

Nel 1998 l'OCSE pubblica un primo rapporto sulla concorrenza fiscale dannosa in cui, oltre ad identificare il fenomeno su base internazionale (in quanto relativo alla localizzazione di «attività geograficamente mobi-

²⁶ Vedi A. PERRONE, *op. cit.*, pp. 93 ss.

²⁷ Cfr. P. BORIA, *op. cit.*, pp. 113 ss.; Id., *op. cit.*, pp. 270 ss.

²⁸ I principali documenti elaborati dall'OCSE sul tema della concorrenza fiscale dannosa sono rappresentati da una serie di relazioni e rapporti: *Harmful tax competition: an emerging global issue*, OECD report, Parigi 1998; *Progress in identifying and elimination harmful tax competition practices*, OECD report, Parigi 2000; *Tackling aggressive tax planning through improved transparency and disclosure*, OECD report, Parigi 2011.

li, come i servizi finanziari e altri servizi, compresa la fornitura di servizi immateriali»), prova ad individuare possibili azioni di contrasto da porre in essere al livello nazionale, con particolare riguardo ai rapporti con i c.d. «paradisi fiscali» (e cioè paesi con fiscalità privilegiata).

Il rapporto individua alcune «pratiche fiscali dannose», in quanto volte a erodere la base imponibile delle sovranità fiscali degli Stati-nazione (diversi dai paradisi fiscali), che sono suscettibili di creare distorsioni ai modelli commerciali e di investimento così da alterare il normale ordine del mercato. In tale ambito vengono individuati alcuni elementi qualificanti della concorrenza fiscale dannosa: i) la riduzione (talora perfino l'annullamento) dell'imposizione; ii) la delimitazione dei benefici tributari agli investitori esteri; iii) l'assenza di trasparenza finanziaria; iv) la mancanza di scambio di informazioni con le amministrazioni finanziarie di paesi esteri.

L'attenzione viene focalizzata in specie sui comportamenti delle multinazionali, poiché considerati quelli di maggiore pericolosità fiscale e che possono influenzare le politiche tributarie di alcuni Stati.

In tale documento viene formulata con chiarezza la nozione di «concorrenza fiscale sleale», che è ricondotta al ricorso a «pratiche fiscali dannose», unicamente volte ad attrarre investimenti esteri nel territorio statale mediante l'utilizzo di forme di detassazione e non rispondenti a nessuna esigenza di incremento della capacità produttiva del sistema locale.

Il danno prodotto da tali «pratiche fiscali dannose» consiste evidentemente nella riduzione dei flussi fiscali degli Stati-nazione a seguito della concorrenza fiscale sleale.

Nel 2000 viene pubblicato dall'OCSE un secondo rapporto sul medesimo tema finalizzato ad individuare i regimi di fiscalità privilegiata previsti da alcuni paesi (in particolare vennero identificati 47 regimi fiscali potenzialmente dannosi) ed a fornire un catalogo di raccomandazioni agli Stati per eliminare (o perlomeno ridurre) le elusioni e le evasioni fiscali derivanti dai rapporti finanziari e commerciali con soggetti localizzati in tali paesi. In tale ambito viene identificata una lista di Stati aventi un regime fiscale privilegiato (la c.d. *Black list*) che vale a costituire un parametro di valutazione da assumere nella disciplina nazionale per il contrasto alle pratiche di concorrenza fiscale.

In questo documento l'OCSE promuove un approccio collaborativo tra i vari paesi, suggerendo il ricorso a forme di collaborazione amministrativa tra i vari Stati che possano favorire la trasparenza delle condotte fiscali delle multinazionali e degli operatori economici in genere. Si sostiene quindi la

necessità di una partecipazione multilaterale coordinata (e non anche di singole azioni unilaterali o bilaterali) per fronteggiare e contrastare la concorrenza fiscale dannosa.

In successivi rapporti (emessi nel 2001, 2004 e 2006) l'OCSE continua a mantenere un elevato livello di attenzione sulla concorrenza fiscale sleale, introducendo elementi di stimolo alla collaborazione internazionale, perlopiù attraverso lo scambio di informazioni e il contrasto al segreto bancario ed alla poca trasparenza delle pratiche fiscali nei paradisi fiscali. Emerge chiaramente in tali documenti la convinzione che il contrasto alle pratiche fiscali dannose non può essere rimesso a scelte di politica tributaria assunte arbitrariamente da singoli Stati, ma deve essere coordinato da un'azione comune a livello internazionale²⁹.

Nel febbraio 2011 viene infine pubblicato un rapporto che esprime l'esigenza di avviare una *governance* internazionale della fiscalità che risulti idonea a scoraggiare gli *aggressive tax plannings* delle multinazionali; in specie in tale rapporto si evidenzia il bisogno di definire un modello comune di tassazione delle imprese che favorisca un trattamento fiscale delle attività economiche transnazionali ispirato a regole condivise e diffuse, così da evitare che alcune giurisdizioni fiscali possano risultare artificialmente attrattive rispetto alla localizzazione di capitali e attività d'impresa.

Questo documento può considerarsi come il fondamento logico del rapporto BEPS (di cui si parlerà nel successivo paragrafo 7).

Questa serie di documenti pubblicati dall'OCSE esprime chiaramente l'idea di avviare e consolidare efficaci strumenti di contrasto alle «pratiche fiscali dannose» poste in essere da alcuni Stati (in specie, dai paradisi fiscali) allo scopo di attrarre investimenti esteri nel proprio territorio. Lo strumento giuridico adoperato in ambito internazionale consiste pertanto nella *soft law*, e cioè in una serie di documenti non aventi un valore impegnativo e vincolante rispetto ai destinatari (gli Stati membri dell'OCSE), ma che si risolvono in raccomandazioni, suggerimenti, linee guida, e che traggono la propria forza dalla capacità etica e dalla persuasività morale di indurre comportamenti adesivi (e dunque dalla *moral suasion*).

Si tratta pertanto di atti che assolvono ad una funzione di stimolo e di indirizzo della politica normativa degli Stati, destinata a favorire l'elaborazione di modelli giuridici omogenei da assumere negli ordinamenti nazionali.

²⁹ Per alcune considerazioni sull'argomento cfr. A.J. EASSON, *Harmful tax competition: an evaluation of the OECD initiative*, in *Tax notes international* 2004, pp. 1037 ss.

7. L'esperienza degli USA come fondamento originario della lotta alla concorrenza fiscale tra Stati

Il contrasto alla concorrenza fiscale dannosa è stato avviato su base internazionale grazie all'attività svolta dagli Stati Uniti per tutelarsi dall'evasione fiscale derivante da operazione svolte all'estero dai propri residenti³⁰.

Va osservato, innanzitutto, che si è andato sviluppando nella letteratura scientifica americana un significativo dibattito in ordine agli effetti della globalizzazione e della competizione fiscale internazionale³¹; accanto ad un riconoscimento della validità della competizione (anche fiscale) come strumento di efficienza del mercato, si è però individuato l'effetto di emorragia delle risorse tributarie dalle giurisdizioni fiscali più avanzate (e tra esse in particolare dagli USA) a seguito della politica aggressiva di paesi emergenti e paradisi fiscali.

Così, l'amministrazione finanziaria degli USA, nel corso del primo decennio del XXI secolo, ha cominciato a intraprendere accurate operazioni di istruttoria presso alcuni dei principali istituti finanziari esteri per acquisire informazioni dettagliate circa la condotta fiscale assunta dai propri contribuenti in ordine al pagamento delle imposte negli Stati Uniti. Nel corso di tali istruttorie è emerso un costante ricorso a pratiche fiscali elusive, spesso incentivate e supportate dagli stessi istituti bancari, che avevano determinato una consistente erosione della base imponibile statunitense, oltreché azioni di grave illegalità (come il riciclaggio internazionale ed il supporto al terrorismo)³².

L'amministrazione finanziaria degli USA ha così provveduto a contestare illeciti tributari ai propri contribuenti, nonché sovente agli istituti finanziari esteri per correttezza connessa al proprio supporto nell'evasione fiscale. Sono stati così conclusi significativi accordi con tali istituti finanziari, finalizzati sia al recupero di imposte e sanzioni, sia soprattutto all'emersione delle condotte evasive.

³⁰ Cfr. P. BORIA, *op. cit.*, pp. 14 ss.

³¹ Vedi, senza pretese di esaustività, J.D. WILSON, *op. cit.*, pp. 269 ss.; S. AVI-YOHAH, *op. cit.*, pp. 1573 ss.; Id., *op. cit.*, 2001; D.M. RING, *Democracy, sovereignty and tax competition: the role of tax sovereignty in shaping tax cooperation*, in *Florida Tax review*, 2009, pp. 555 ss.; M. LITTLEWOOD, *op. cit.*, pp. 412 ss.

³² Cfr. UN - Office for drug control and crime, *Preliminary report on financial havens, bank secrecy and money laundering*, New York 1998.

Possono segnalarsi le principali vicende di contrasto specifico ai fenomeni di evasione internazionale posti in essere dalle autorità fiscali degli Stati Uniti:

- i) UBS: nel 2008 l'FBI ha iniziato un'indagine nei confronti della banca svizzera per un sospetto caso di evasione fiscale di vari miliardi di dollari; il 18 febbraio 2009 UBS ha accettato il pagamento di una sanzione pari a 780 milioni dollari;
- ii) Credit Suisse: si è dichiarata colpevole di aver cospirato per avere aiutato alcuni contribuenti americani ad evadere le imposte federali ed ha accettato una sanzione pari a circa 1.8 miliardi dollari per il Dipartimento di Giustizia e circa 715 milioni dollari per il Dipartimento di New York dei servizi finanziari;
- iii) Wegelin: è stato consentito all'IRS di richiedere informazioni a UBS AG sui clienti statunitensi di Wegelin & Co.; la banca svizzera si è dichiarata colpevole di aver frodato l'IRS; in seguito alla contestazione la banca ha cessato le proprie attività;
- iv) Bank Leumi: ha transato sanzioni per 400 milioni dollari per aver aiutato 1.500 contribuenti americani ad evadere il fisco statunitense.

In relazione a tale esperienza l'amministrazione finanziaria degli USA ha così consolidato il convincimento che il contrasto all'evasione fiscale internazionale potesse essere utilmente portato avanti mediante il ricorso a forme stabili di collaborazione amministrativa tra le autorità dei vari paesi fondate sul raggiungimento di una adeguata trasparenza dei rapporti finanziari dei residenti esteri.

La forza diplomatica ed economica espressa dagli USA nelle relazioni internazionali vale a consentire che l'esperienza americana della lotta alla evasione ed elusione fiscale si trasferisca all'esterno come parametro di riferimento, venendo recepita dagli accordi internazionali come base giuridica per contenere e regolamentare la competizione fiscale tra Stati³³.

Il modello giuridico elaborato nella legislazione FATCA degli Stati Uniti per il contrasto alla concorrenza fiscale dannosa viene così ripreso, pressoché pedissequamente, nella disciplina OCSE, rappresentando la base regolamentare adottata come standard globale nei vari accordi internazionali.

Evidentemente, il modello giuridico di contrasto alla concorrenza fiscale dannosa formulato all'origine in base all'esperienza americana è stato esportato come *format* mondiale.

³³ Cfr. R. CORDEIRO GUERRA, *Diritto tributario internazionale*, Padova 2016, pp. 124 ss.

8. La prima direttrice di contrasto della concorrenza fiscale tra Stati: definizione di uno standard tributario delle multinazionali

La prima direttrice delle azioni di contrasto della concorrenza fiscale dannosa è individuabile nella definizione di un modello giuridico comune su base internazionale per la disciplina delle attività delle multinazionali³⁴.

Riprendendo lo spunto fornito nei vari rapporti dell'OCSE (ed in specie quelli contenuti nel documento del febbraio 2011), nel luglio 2013, in occasione del G20 di Mosca, viene pubblicato il rapporto *Base erosion and profit shifting – BEPS* che formalizza i risultati di un progetto congiunto avviato dall'OCSE e dal G20³⁵.

L'obiettivo di tale documento consiste nel definire un modello di tassazione delle attività internazionali che permetta di applicare l'imposta nel luogo in cui l'attività è effettivamente svolta, colmando le lacune dei sistemi fiscali nazionali che consentono forme di elusione o di evasione tributaria³⁶.

In particolare, nel BEPS vengono stabilite raccomandazioni rivolte alle autorità fiscali nazionali al fine di adeguare il proprio ordinamento sulla base di standard minimi previsti per una serie di materie fiscali che riguardano il trattamento delle attività internazionali³⁷. Il piano di azione (*action plan*) occorrente per il perseguimento di una strategia globale contro l'erosione della base imponibile degli Stati si articola in 15 azioni che sono raggruppabili secondo alcune linee concettuali³⁸:

³⁴ In argomento cfr. F. GALLO, *La concorrenza fiscale tra Stati*, in AA.VV. *La concorrenza fiscale tra Stati*, (a cura di P. Boria), Padova 2018, pp. 55 ss.

³⁵ Vedi il documento OCSE *Addressing base erosion and profit shifting*, Paris 2013.

³⁶ Sulla finalità antielusiva della disciplina BEPS e sugli obiettivi di contenimento delle emorragie fiscali dalle giurisdizioni tributarie esiste una diffusa letteratura. Senza pretese di esaustività vedi AA.VV. *Base erosion and profit shifting (BEPS). The proposals to revise the OECD model convention*, (a cura di Lang - Pistone - Rust - Schuch - Staringer), Vienna 2015; A. TRAVERS - S. SOMARE, *BEPS and country by country reporting: un passo avanti verso una formula di riparto*, in *Riv. Trim. Dir. Trib.* 2015, pp. 175 ss.; S. DORIGO - P. MASTELLONE, *L'evoluzione della nozione di residenza fiscale delle persone giuridiche nell'ambito del progetto BEPS*, in *Riv. Dir. Trib.* 2015, V, pp. 35 ss.; P. PIANTAVIGNA, *Tax abuse and aggressive tax planning in the BEPS era: how EU law and OECD are establishing a unifying conceptual framework in international tax law*, in *World tax Journal*, 2017.

³⁷ Vedi G. MARINO, *op. cit.*, pp. 76 ss.

³⁸ In generale sulla disciplina dei BEPS e sulle varie misure prefigurate vedi P. TARIGO, *Diritto tributario internazionale*, Torino 2018, pp. 259 ss.

- i) disciplinare l'economia digitale sotto il profilo tributario;
- ii) dare coerenza ai regimi fiscali nazionali con riguardo alle attività transnazionali (ad es. in materia di limitazione delle pratiche dannose, disciplina delle CFC e delle transazioni finanziarie intragruppo, etc.);
- iii) perseguire il riallineamento della tassazione alla localizzazione sostanziale delle attività produttive (mediante le regole su abuso dei trattati, stabile organizzazione, *transfer pricing* etc.);
- iv) aumentare la trasparenza delle attività internazionali (*disclosure initiatives*) e favorire lo scambio di informazioni;
- v) consentire l'adeguamento dei trattati bilaterali attraverso il recepimento di una convenzione multilaterale.

Le raccomandazioni contenute nei BEPS sono state attuate dai principali Stati attraverso il recepimento nella propria legislazione interna³⁹; anche l'Unione Europea si è adeguata a tale direttrice di sviluppo della fiscalità internazionale recependo le indicazioni formulate nei BEPS nei propri modelli ordinamentali⁴⁰. Si è così andato formando un quadro di riferimento delle attività transnazionali ispirato ad un modello comune e quindi tendenzialmente omogeneo.

9. La seconda direttrice di contrasto della concorrenza fiscale tra Stati: l'eliminazione del segreto bancario e la trasparenza fiscale globale attraverso il *Common reporting standard*

La seconda direttrice di contrasto alla concorrenza fiscale dannosa è ravvisabile nella definizione di regole adeguate a garantire la trasparenza dei rapporti finanziari di carattere internazionale (accesi cioè da residenti di uno Sta-

³⁹ Cfr. F. AMATUCCI, *L'adeguamento dell'ordinamento tributario nazionale alle linee guida dell'Ocse e dell'UE in materia di lotta alla pianificazione fiscale aggressiva*, in *Riv. Trim. Dir. Trib.* 2015, pp. 3 ss.; L. SALVINI, *I regimi fiscali e la concorrenza tra imprese*, in *Giur. Comm.* 2016, pp. 130 ss.; P. PISTONE, *op. cit.*, pp. 395 ss.; G. MAISTO, *L'attuazione ragionata delle raccomandazioni BEPS e della direttiva antielusione nell'ordinamento tributario nazionale*, in *AA.VV. Per un nuovo ordinamento tributario*, (a cura di C. Glendi - G. Corasaniti - C. Corrado Oliva - P. Dè Capitani di Vimercate), Padova 2019, pp. 605 e ss.

⁴⁰ Sui rapporti tra BEPS e legislazione comunitaria vedi F. VANISTENDAEL, *Is tax avoidance the same thing under the OECD base erosion and profit shifting action plan, national tax law and EU law*, in *Bulletin for international taxation* 2016; P. PIANTAVIGNA, *op. cit.*, 2017.

to con istituzioni finanziarie residenti in altri Stati) e lo scambio automatico di informazioni tra amministrazioni fiscali (c.d. *trasparenza fiscale globale*)⁴¹.

In tale ambito è stato istituito un organismo presso l'OCSE – il *Global forum on transparency and exchange of information for tax purposes* – che a partire dal 2010 ha dato avvio ad una serie di iniziative per la verifica e l'implementazione della trasparenza fiscale al livello internazionale.

Sul modello di quanto stabilito nella legislazione degli Stati Uniti (c.d. FATCA) e recepito in accordi bilaterali raggiunti dagli Stati Uniti con alcuni paesi (denominati *Inter-governmental agreements* – IGA) per la trasparenza delle posizioni finanziarie riguardanti i contribuenti con attività transnazionali, si è ritenuto di individuare uno standard informativo che potesse consentire di superare l'opacità dei rapporti finanziari esteri e consentire una conoscenza di base circa le attività detenute presso istituti finanziari di altri Stati rispetto a quello di residenza fiscale⁴².

Il 13 febbraio 2014 è stato pubblicato dal Global Forum lo *Standard for automatic exchange of financial account information in tax matters* che ha fissato nello scambio di informazioni automatico lo strumento fondamentale per assicurare il pieno recupero della trasparenza fiscale con riguardo alle attività transnazionali.

Successivamente (12 luglio 2015) è stata approvata la Convenzione multilaterale sulla mutua assistenza amministrativa in materie fiscali (sottoscritta in origine da 53 paesi e poi estesa a molti altri, per un numero di adesioni superiore a 90 Stati), la quale ha recepito i risultati definiti dal Global Forum. È peraltro previsto che i vari Stati stipolino degli accordi amministrativi bilaterali secondo un modello comune elaborato in sede internazionale (definito *Model Competent Authority Agreement* – Model CAA, anche definito come TIEA) diretto a regolare i modi e le forme dello scambio automatico di informazioni fra le autorità amministrative competenti.

In base a tali intese internazionali è stato recepito un *format* comune – e cioè un unico standard su base internazionale – valido per tutti gli Stati aderenti all'OCSE (denominato *Common reporting standard* – CRS) destinato a regolare i flussi informativi scambiati automaticamente dalle amministrazioni fiscali⁴³.

⁴¹ Sulla logica della «trasparenza finanziaria globale» vedi, nella letteratura internazionale, X. OBERSON, *International exchange of information in tax matters*, Cheltenham (UK), 2015.

⁴² Vedi G. MARINO, *Lo scambio di informazioni finanziarie nel prisma geopolitico dell'OCSE e dell'UE: ambizioni globali e ipocrisie nazionali*, in *Riv. Guardia Fin.*, 2016, pp. 943 ss.

⁴³ Sulla disciplina dello scambio automatico di informazioni nel quadro internazionale vedi E.

In particolare, è previsto che, a partire dall'anno 2017:

- i) ogni istituto finanziario è tenuto a rilevare i dati anagrafici del titolare effettivo (*beneficial owner*) delle attività finanziarie esistenti presso il medesimo istituto - titolare effettivo che sia fiscalmente residente all'estero - verificando tali dati attraverso l'esame di idonea documentazione (ad es. il passaporto);
- ii) l'istituto finanziario è obbligato a comunicare all'autorità fiscale del proprio paese i dati anagrafici e quelli relativi alle giacenze finanziarie dei titolari effettivi residenti all'estero alla fine di ciascun anno solare;
- iii) infine, l'autorità fiscale del paese interessato dalla comunicazione degli istituti finanziari trasmette alle autorità fiscali dei vari Stati interessati (in cui si collocano le residenze fiscali dei titolari effettivi) un pacchetto informativo comprendente i dati su titolari effettivi, conti correnti (o altre posizioni finanziarie) e giacenze di fine anno.

Il pacchetto informativo ricevuto in via automatica dall'amministrazione finanziaria di ciascuno Stato può essere agevolmente utilizzato per confrontare i dati emergenti dalle dichiarazioni tributarie dei propri contribuenti al fine di verificare le condotte fiscali ed il rispetto della normativa tributaria nazionale.

10. La forza come strumento essenziale della adozione di strumenti pattizi nel nuovo ordine di fiscalità internazionale

La vicenda che è stata rappresentata nei paragrafi precedenti presenta alcuni connotati che sembrano fornire lo spunto per una riflessione di ordine generale sulla formazione del diritto tributario pattizio di carattere internazionale⁴⁴.

Come si è visto, nel processo di elaborazione di una soluzione del diritto tributario internazionale rispetto alle criticità generate dalla concorrenza fiscale tra Stati possono individuarsi alcuni passaggi fondamentali:

- a) un paese avente una assoluta e primaria autorevolezza nel panorama internazionale – e cioè gli Stati Uniti d'America – individua i ter-

TRAVERSA - F. CANNAS, *Lo scambio di informazioni tributarie: gli updates dell'art. 26 del modello OCSE ed i progressi in direzione dello scambio automatico come standard internazionale*, in *Riv. Trim. Dir. Trib.* 2016, pp. 115 ss.

⁴⁴ In generale sulla evoluzione del diritto tributario internazionale vedi l'autorevole, e dibattuta, ricostruzione di R.S. AVI-YONAH, *International tax law*, Cambridge Tax law, 2007.

mini del problema: la concorrenza fiscale tra Stati non regolamentata può assumere forme e contenuti idonei ad alterare l'ordinario svolgimento delle attività d'impresa sui mercati internazionali generando uno sviamento dei flussi tributari a detrimento delle giurisdizioni fiscali consolidate e verso giurisdizioni «amichevoli» (*race to the bottom*);

- b) nell'ambito del pensiero giuridico formato nel medesimo paese si definiscono anche le possibili soluzioni normative volte a limitare e/o contrastare la concorrenza fiscale sleale tra Stati⁴⁵;
- c) prima che tali soluzioni giuridiche siano accolte dagli altri paesi, gli Stati Uniti d'America hanno adottato misure restrittive verso le imprese che fruiscono, spesso con disinvoltura, dei benefici tributari derivanti dalla concorrenza fiscale sleale tra Stati; si tratta di misure assai rigorose che hanno inciso perfino sulla libertà personale dei rappresentanti legali delle suddette imprese;
- d) la forza espressa dagli Stati Uniti d'America, supportata anche dal prestigio internazionale e dalla capacità di influire sui traffici commerciali delle multinazionali nei mercati condizionati dal peso decisionale degli stessi Stati Uniti, ha sostanzialmente indirizzato il dibattito sulla regolamentazione pattizia del fenomeno economico e giuridico (e cioè della competizione fiscale tra Stati);
- e) di conseguenza, il modello giuridico elaborato dalla «dottrina americana» è stato ripreso nelle due direttrici di contrasto alla concorrenza fiscale sleale tra Stati: i BEPS come standard della tassazione delle imprese multinazionali ed il *Common reporting standard* definito originariamente nei FATCA rappresentano chiaramente soluzioni normative accolte nel diritto tributario internazionale sulla base dell'elaborazione giuridica statunitense⁴⁶.

⁴⁵ Vedi in argomento A. CHRISTIANS, *Taxation in a time of crisis: policy leadership from the OECD to the G20*, in *New York Journal of Law* 2010, pp. 377 ss.

⁴⁶ Invero, il tema è complesso; le autorità statunitensi – pur essendo consapevoli di avere avviato il percorso pattizio alla base dei BEPS – hanno lamentato di non essere state decisive nel recepimento di tutte le loro istanze e di avere subito pressioni da altri Stati (ed in specie dall'Unione Europea). Su questo percorso giuridico vedi R.S. AVI-YONAH, *A tale of two cities: Washington, Brussels and BEPS*, in *Tax notes* 2016, pp. 569 ss.

Cfr. altresì P. PISTONE, *I limiti esterni alla sovranità tributaria statale nell'era del diritto globale*, in AA.VV. *Per un nuovo ordinamento tributario*, (a cura di C. Glendi - G. Corasaniti - C. Corrado Oliva - P. Dè Capitani di Vimercate), Padova 2019, p. 686, nota 54.

Il diritto internazionale di formazione pattizia risulta evidentemente condizionato dalla posizione giuridica e, soprattutto, dalla forza ed autorevolezza espressa dagli Stati Uniti rispetto al problema giuridico.

È convincente diffuso che, senza l'intervento deciso realizzato dalle autorità statunitensi, i negoziati internazionali relativi alle due soluzioni normative sopra menzionate (BEPS e *Common reporting standard*) non sarebbero stati finalizzati.

Può sostenersi, in tale prospettiva, che le recenti direttrici del diritto internazionale tributario siano da considerare come derivate dell'esercizio della forza nel contesto pattizio⁴⁷; lo Stato dotato di capacità di influenza sui mercati internazionali ed in grado di incidere profondamente sulla vita materiale ed economica di molte imprese multinazionali, attraverso prese di posizioni chiare ed univoche, determina la soluzione normativa che viene recepita dagli altri Stati (che si pongono così in posizione logicamente e giuridicamente subalterna rispetto al ruolo pre-dominante degli Stati Uniti)⁴⁸.

Secondo uno dei principali insegnamenti del diritto internazionale, le norme di formazione pattizia che vanno a comporre i trattati internazionali non sono tanto il frutto di un negoziato tra soggetti paritetici, bensì sono il risultato di decisioni sostenute da forza ed autorevolezza di uno (o, talora, più) tra gli Stati pre-dominanti⁴⁹. Le norme del diritto internazionale – e tra esse anche quelle tributarie volte a contrastare la competizione fiscale tra Stati – non sono così espressione della libertà democratica (*rectius*, delle libertà del mercato), quanto piuttosto del primato della sovranità fiscale di uno Stato, più autorevole e più forte, rispetto agli altri⁵⁰.

È questo un passaggio logico che porta a riconsiderare, in una prospettiva decisamente realistica (e non filosofica), la formazione delle norme del diritto tributario internazionale, ben lungi da considerazioni di ordine generale sulla equità fiscale internazionale (c.d. *tax justice*)⁵¹.

⁴⁷ Cfr. A. CHRISTIANS, *Sovereignty, taxation and social contract*, in *Minnesota Journal of International Law*, 2009, pp. 99 ss.

⁴⁸ Per alcune considerazioni di ordine generale su questo argomento vedi C. SACCHETTO, *La trasformazione della sovranità tributaria: i rapporti tra ordinamenti e le fonti del diritto tributario*, in AA.VV. *Principi di diritto tributario europeo e internazionale*, (a cura di C. Sacchetto), Torino 2011, pp. 3 ss.; P. PISTONE, *op. cit.*, pp. 655 ss.

⁴⁹ Sul tema cfr. I. GRINBERG, *The new international tax diplomacy*, in *Georgetown Law Journal* 2016, pp. 1137 ss.

⁵⁰ Sul deficit democratico, in particolare, della vicenda giuridica dei BEPS cfr. P. PISTONE, *op. cit.*, pp. 685 ss.

⁵¹ Il tema della *tax justice* (o *tax fairness*) è studiato di recente nella letteratura tributaria quale

11. Osservazioni conclusive

Negli ultimi anni si è avviata una fase di contro-tendenza rispetto al processo di concorrenza fiscale tra gli Stati risalente nel tempo, venendo non solo focalizzata l'attenzione degli organismi internazionali (OCSE, G20, G7, UE) sui rischi derivanti dalla competizione tra le varie sovranità statali, ma essendo anche individuati modelli giuridici internazionali per fronteggiare le pratiche fiscali dannose.

Le direttrici di intervento sopra indicate – e cioè la definizione di modelli di tassazione delle multinazionali da imporre con omogeneità su base internazionale e il perseguimento della trasparenza globale delle posizioni finanziarie dei contribuenti all'estero – permettono di individuare un percorso evolutivo che muove verso un assetto della fiscalità internazionale ispirato ad un effettivo contrasto dell'evasione e dell'elusione tributaria⁵².

Sembra emergere, in particolare, l'idea che gli Stati debbono cooperare per raggiungere obiettivi comuni di sviluppo, economici e sociali, anche limitando, almeno parzialmente, la propria sovranità tributaria attraverso il recepimento di modelli giuridici formulati nelle intese internazionali pur di perseguire efficacemente l'erosione della base imponibile e della imposizione interna⁵³.

Soprattutto, si va delineando diffusamente la convinzione nei governi dei principali paesi che la concorrenza fiscale dannosa non soltanto può produrre la distorsione del mercato a favore delle multinazionali (con effetti sistemici sul tessuto produttivo interno a seguito della perdita di competitività delle piccole e medie imprese), ma soprattutto può determinare un circuito negativo sul piano fiscale a scapito dei contribuenti nazionali⁵⁴.

È appena il caso di rilevare che la concorrenza fiscale dannosa viene identificata come una delle cause principali dello spostamento del prelievo tributario sul fattore lavoro da parte degli Stati. Infatti, la previsione di regimi fiscali privilegiati è in grado di attrarre fuori dal territorio statale i fattori produttivi dotati di maggiore mobilità (quali il capitale e l'impresa), ma

possibile guida del diritto fiscale internazionale: vedi AA.VV., *Philosophical explorations of Justice and taxation: nations and global issues*, (a cura di Gaisbauer - Schweiger - Sedmark), Berlino, 2015; AA.VV. *Global tax fairness*, a cura di Pogge - Metha, Oxford, 2016.

⁵² Cfr. P. BORIA, *op. cit.*, pp. 25 ss.

⁵³ Per prospettive di evoluzione della cooperazione internazionale in materia fiscale vedi H. ROSENBLUM - N. NOKED - S. HELAL, *Il turbolento mondo del Fisco: proposte per un Forum di cooperazione fiscale internazionale*, in *Riv. Trim. Dir. Trib.* 2014, pp. 183 ss.

⁵⁴ Chiaramente in tal senso vedi A. PERRONE, *op. cit.*, pp. 295 ss. ed in specie pp. 358 ss.

non anche il lavoro che si configura come un fattore fortemente radicato al territorio originario e scarsamente mobile. Ne consegue pertanto che la mobilità del capitale e dell'impresa attiva un circolo vizioso: per contrastare lo spostamento verso i regimi fiscali privilegiati, gli Stati diminuiscono la pressione tributaria su capitale e impresa e, per converso, sono costretti ad aumentare il prelievo fiscale sul fattore lavoro al fine di mantenere inalterate le entrate erariali. In questa ottica, il contrasto alla concorrenza fiscale dannosa viene considerato come un elemento funzionale non solo al perseguimento di una libera concorrenza sul mercato internazionale, ma anche funzionale al risanamento sociale, in quanto diretto a favorire il riequilibrio del livello di tassazione sul lavoro e dunque, in ultima analisi, a promuovere la crescita dell'occupazione⁵⁵. La lotta alla concorrenza fiscale dannosa sembra costituire così la base per l'avvio di un nuovo ordine fiscale internazionale, connotato da una auto-limitazione delle sovranità fiscali degli Stati e da un peso rilevante degli accordi internazionali (multilaterali e/o bilaterali), con l'obiettivo dichiarato di contenere gli squilibri a favore delle multinazionali e ripristinare forme equilibrate (e, se possibile, declinanti) di tassazione dei fattori domestici (ed in specie del lavoro)⁵⁶.

Restano naturalmente numerose iniziative ancora da intraprendere per perseguire efficacemente il contrasto alla competizione fiscale sleale tra Stati ed agli squilibri della tassazione internazionale (come ad es. la definizione di una base imponibile internazionale comune per l'imposta sulle società, la c.d. CCCTB; la limitazione degli scostamenti per le aliquote dell'imposta sulle società e sulle persone fisiche; la tassazione delle attività digitali sul territorio degli Stati ove avvengono sostanzialmente le transazioni commerciali)⁵⁷.

⁵⁵ Cfr. in argomento vedi F. GALLO, *op. cit.*, pp. 1789 ss.; G. MELIS, *op. cit.*, pp. 1283 ss.; A. PERRONE, *op. cit.*, pp. 12 ss.

⁵⁶ Sul tema della «doppia non imposizione» internazionale vedi A. SCAPA - L.A. HENIE, *Avoidance of double non taxation*, in *Intertax* 2005, pp. 266 ss.; M. GREGGI, *Coordinamento fiscale e doppie deduzioni internazionali*, in *Riv. Dir. Trib. Int.* 2013, pp. 73 ss.; P. SELICATO, *The notion of tax and the elimination of international double taxation or double non-taxation*, in *Cahiers de Droit Fiscal*, Vol. 101b (IFA, 2016), p. 77.

⁵⁷ Prospettive evolutive e spunti di riflessione sulla fiscalità internazionale, in particolare con riguardo alla economia digitale vedi AA.VV., *La digital economy nel sistema tributario italiano ed europeo*, (a cura di L. Del Federico - C. Ricci), Amon 2015; A. URICCHIO - W. SPINAPOLICE, *La corsa ad ostacoli della web taxation*, in *Rass. Trib.* 2018, pp. 451 ss.; L. DEL FEDERICO, *Le nuove forme di tassazione della Digital Economy ed i limiti delle scelte legislative nazionali; la prospettiva italiana ed Europea*, in AA.VV. *Per un nuovo ordinamento tributario*, (a cura di C. Glendi - G. Corasaniti - C. Corrado Oliva - P. Dè Capitani di Vimercate), Padova 2019, pp. 485 ss.

Le iniziative già assunte rappresentano così primi passi, certamente non esaustivi, del percorso della fiscalità internazionale, che valgono comunque ad indicare la strada, presumibilmente irrinunciabile, delle scelte di politica tributaria dei prossimi anni. La partecipazione attiva al processo della lotta alla concorrenza fiscale internazionale va considerato così alla stregua di un impegno politico diffuso e generalizzato che i singoli Stati non possono accantonare, neanche per congiunturali opzioni di politica economica, in quanto funzionale ad un non negoziabile disegno di equilibrio delle relazioni internazionali e dei rapporti economici e sociali.

Finito di stampare nel mese di novembre 2019

CENTRO STAMPA UNIVERSITÀ
Università degli Studi di Roma *La Sapienza*
Piazzale Aldo Moro 5 – 00185 Roma

www.editricesapienza.it