

Capitolo I

I concetti fondamentali del diritto tributario internazionale

SOMMARIO: 1. Il diritto tributario internazionale. – 2. La sovranità tributaria. – 3. Il collegamento all'imposizione.

1. Il diritto tributario internazionale

La dottrina tributaria italiana è solita differenziare tra diritto internazionale tributario, che regola i rapporti tra Stati, e diritto tributario internazionale, che riguarda la disciplina di fonte interna applicabile ai singoli contribuenti nel contesto internazionale [cfr. M. UDINA, *Il diritto internazionale tributario*, in P. FEDOZZI-S. ROMANO (a cura di), *Trattato di diritto internazionale*, vol. X, Padova, 1949].

Questa differenza terminologica e concettuale non è rinvenibile in altri Paesi, che piuttosto preferiscono limitarsi a differenziare, all'interno del diritto tributario internazionale, in ragione della fonte interna o convenzionale delle norme in grado di regolare una determinata fattispecie. Ciò non impedisce ad alcuni ordinamenti, come ad esempio quello tedesco, di utilizzare espressioni specifiche per indicare il complesso della normativa di fonte interna in materia internazionale (*Außensteuerrecht*), differenziandola dalle altre norme di diritto tributario internazionale, fra cui quelle di fonte convenzionale, che costituiscono il diritto delle convenzioni internazionali in materia fiscale.

L'evoluzione del diritto tributario internazionale induce a ritenere almeno parzialmente superata – o quantomeno non più sufficiente a un sistematico inquadramento della materia – quella visione di puro diritto internazionale pubblico, in forza della quale le convenzioni internazionali in materia fiscale rappresentano unicamente degli accordi con cui gli Stati regolano i limiti alla propria sovranità in merito all'esercizio della potestà impositiva avente ad oggetto i contribuenti e le fattispecie transnazionali da essi poste in essere. Infatti, per le convenzioni internazionali i contribuenti non sono più solo un oggetto del riparto di potestà impositiva, ma anche portatori di diritti ed obblighi sanciti nelle convenzioni internazionali in materia fiscale. Questa visione della materia corrisponde al riconosci-

mento di diritti, da parte del diritto internazionale pubblico, anche ai cosiddetti attori non statali.

La principale conferma di quest'evoluzione è rappresentata dall'introduzione dell'arbitrato come strumento di risoluzione delle controversie internazionali inerenti all'interpretazione ed applicazione delle convenzioni contro la doppia imposizione. In tali convenzioni, esso non opera infatti solo come arbitrato tra Stati, ma secondo una forma ibrida che coinvolge anche i contribuenti la cui sfera giuridica soggettiva sia direttamente interessata dalla disputa transnazionale, senza tuttavia privarli del diritto ad esperire in ciascuno Stato contraente, in via parallela o successiva, i rimedi giurisdizionali nazionali.

Un'ulteriore interessante conferma di questa teoria è fornita dall'interpretazione suggerita dalla Corte di Giustizia Europea [CGUE, 16.5.2017, causa C-682/15, *Berlioz*] in relazione alla direttiva europea sullo scambio di informazioni, che può a nostro giudizio essere estesa ai problemi affrontati dalle convenzioni internazionali in materia fiscale. Il caso oggetto della pronuncia della Corte concerneva l'ipotesi di un terzo in possesso di informazioni oggetto di scambio tra le autorità competenti di due Stati contraenti in forza di una clausola di assistenza fiscale mutua. Tale soggetto aveva negato la prevedibile rilevanza delle informazioni richiestegli dall'autorità competente del proprio Stato di residenza e invocava il diritto al sindacato giurisdizionale sulle sanzioni per omessa comunicazione che gli erano state irrogate a seguito del rifiuto di fornire tali informazioni. Dopo aver confermato che la funzione di questo strumento è quella di consentire alle autorità competenti dei due Stati contraenti di prestarsi assistenza in relazione all'acquisizione di risultanze fattuali significative ai fini dell'esercizio della propria potestà impositiva, la Corte di Giustizia ha anche riconosciuto il diritto del soggetto ad essere ammesso al sindacato giurisdizionale prima che una sanzioni per il mancato assolvimento degli obblighi di trasmissione delle informazioni sia irrogata.

Per queste ragioni è possibile oggi parlare di diritti dei contribuenti nel diritto tributario internazionale, il cui esercizio è assicurato dalla giustizia nazionale e nel quadro degli strumenti internazionali di risoluzione delle controversie introdotti dagli Stati all'interno delle proprie convenzioni internazionali come forma di autolimitazione della propria sovranità in materia tributaria.

2. La sovranità tributaria

La sovranità tributaria rappresenta il primo concetto fondamentale che è necessario esaminare ai fini di un corretto inquadramento del diritto tributario internazionale.

La sovranità è corollario dell'assoluta supremazia dello Stato nei confronti di tutte le persone all'interno del suo territorio. Essa postula altresì l'originarietà del potere di imperio dello Stato su tali persone e la natura esclusiva e assoluta di tale

potere che lo Stato ha facoltà di esercitare in modo incondizionato. Ciò giustifica la necessità di prevedere un'apposita disposizione all'interno della Costituzione italiana (l'art. 11) atta da un lato a consentire le limitazioni di sovranità a condizioni di parità cui lo Stato si vincola volontariamente e dall'altro a legittimarle.

Sul piano internazionale, la sovranità incontra ulteriori limiti a contatto con ordinamenti giuridici più vasti, come quello internazionale, che ne temperano l'assolutezza e interagiscono con quelli volontariamente assunti dallo Stato in modo da formare un quadro di riferimento per l'esercizio concreto del potere d'imperio su quelle situazioni che potrebbero essere oggetto della sovranità di più Stati. In tali situazioni può scorgersi il tramonto della dimensione assoluta della sovranità, di cui parlava Jean Bodin nel Cinquecento, e lo sviluppo di una forma di sovranità statale collocata all'interno del quadro internazionale, in cui ciascuno Stato esercita la propria sovranità in armonia con quella degli altri Stati.

La sovranità tributaria rappresenta una forma di espressione della sovranità statale. In quanto tale, essa deve rispettare le medesime limitazioni gravanti sull'esercizio della sovranità statale in ambito internazionale; pertanto sarà tenuta a giustificare il fondamento della pretesa tributaria nei confronti dei soggetti che chiama al pagamento dei tributi e delle prestazioni personali ad essi strumentali.

Questa situazione rende quindi necessario sul piano internazionale un collegamento tra potestà impositiva statale e fattispecie impositiva.

3. Il collegamento all'imposizione

Il collegamento all'imposizione rappresenta il secondo concetto fondamentale del diritto tributario internazionale e si estrinseca nella sussistenza di elementi in grado di comprovare il rapporto tra il contribuente e lo Stato che intenda esercitare la propria sovranità.

In linea di principio, il collegamento all'imposizione potrebbe esercitarsi in base a quei due elementi, quali la cittadinanza e il territorio, indici di una più stretta connessione da un punto di vista personale e reale con la sovranità statale. Il primo fonda la pretesa impositiva sul rapporto di sottoposizione della persona al potere d'imperio dello stato; il secondo invece connette siffatta pretesa a quei fatti che si compiono nella giurisdizione di uno Stato e che sono in grado di esprimere una certa attitudine al pagamento del tributo.

La validità sostanziale del collegamento personale e reale all'imposizione si è progressivamente consolidata, dimostrandone la legittimità all'interno di un sistema di limiti all'esercizio della sovranità, che in materia tributaria si è affermata in base a misure unilaterali e per effetto di convenzioni internazionali.

Il collegamento reale con il territorio dello Stato ha carattere immediato, esprimendo il potere dello Stato di stabilire le conseguenze che si determinano, anche ai fini dell'assoggettamento a imposizione, in relazione ai fatti che si verificano

nell'ambito in cui esso eserciti il proprio potere d'imperio.

L'operatività del collegamento personale all'imposizione in base alla cittadinanza riflette quello *status* che al soggetto viene riconosciuto dal suo Stato di appartenenza e i benefici che tale soggetto può derivarne. Tuttavia, molti Stati (con l'eccezione degli Stati Uniti) hanno abbandonato gli schemi della cittadinanza in favore di altri elementi meglio in grado di riflettere la situazione di fatto in cui è legittimo l'esercizio della potestà impositiva statale in rapporto con i singoli contribuenti.

Tra questi elementi spicca anzitutto il concetto di residenza fiscale, che rappresenta attualmente la principale modalità di espressione del collegamento personale all'imposizione, stante la sua capacità di rispecchiare l'appartenenza fattuale del contribuente, sia esso persona fisica o giuridica, ad uno Stato.

Allo stato attuale non è possibile ipotizzare la prevalenza del collegamento personale su quello reale all'imposizione o viceversa, tenuto conto anche del fatto che essi normalmente operano in parallelo; tutt'al più, è possibile riconoscere che in alcune situazioni gli Stati riconoscono in ambito internazionale limitazioni all'esercizio di uno od entrambi i criteri.

Così, la diffusione delle teorie dell'imposizione del reddito complessivo nel Paese di residenza ha determinato la prevalenza di tale criterio nel contesto delle relazioni tra Paesi esportatori di capitali [G. MAISTO, *Imposizione dei redditi prodotti all'estero e competitività internazionale*, in *Diritto e pratica tributaria*, 1981, I, pp. 1137-1138], con la conseguente accettazione dei limiti alla potestà impositiva nel Paese della fonte reddituale, bilanciata dalla naturale reciprocità che caratterizza i rapporti tra questi Paesi. Diversamente, i Paesi importatori di capitali manifestano tradizionalmente una maggiore propensione alla difesa dell'esercizio della propria sovranità sul territorio, salvaguardando il collegamento tra potestà impositiva e fonte del reddito.

L'esistenza di due categorie di criteri di collegamento all'imposizione e la diversa dimensione che gli stessi presentano all'interno degli ordinamenti positivi generano un potenziale strutturale per conflitti positivi e negativi di imposizione a livello internazionale.

Essi non rappresentano forme di conflitto di sovranità tributaria, giacché ciascuno Stato esercita in parallelo la propria potestà impositiva, generando separati rapporti giuridici con il contribuente, denominati comunemente obbligazioni tributarie, aventi ad oggetto il pagamento del tributo. Piuttosto, si realizza una forma di concorrenza tra Stati nell'attuare il collegamento all'imposizione.

Purtuttavia, gli effetti di tale concorrenza sono quelli di generare conflitti di imposizione, che possiamo distinguere in conflitti positivi e negativi.

Quelli positivi generano il fenomeno della doppia imposizione internazionale, che produce conseguenze immediate sulla sfera giuridica del contribuente, limitandone il diritto di proprietà in modo generalmente maggiore a quello che si verificherebbe in assenza di tali conflitti.

Le disparità esistenti quanto all'esercizio della potestà impositiva sulle fattispecie transnazionali, ed i conflitti negativi di imposizione ad esse correlati, alterano il quadro di riferimento per l'assoggettamento a imposizione che normalmente risulterebbe nel caso di sottoposizione del contribuente alla potestà impositiva di un solo Stato.

Gli Stati hanno percepito la necessità di un approccio coordinato all'esercizio della potestà impositiva sulle fattispecie transnazionali, accettando limitazioni volontarie alla propria sovranità tributaria, in grado di condizionare l'esercizio della potestà impositiva risultante dall'applicazione dei propri criteri di collegamento all'imposizione.

Questo fenomeno si è prima sviluppato con riferimento all'esigenza di contrastare il fenomeno della doppia imposizione internazionale, determinando un sistema di convenzioni internazionali in materia fiscale, che attualmente conta oltre tremila accordi a carattere bilaterale. Più di recente, gli Stati hanno accettato anche un coordinamento nell'esercizio della propria potestà impositiva al fine di contrastare la doppia non imposizione internazionale. La crescita esponenziale di quest'ultimo fenomeno ha infatti determinato massicci fenomeni di erosione della sovranità tributaria nazionale degli Stati per effetto dei vantaggi fiscali indebiti connessi con lo sfruttamento delle disparità fiscali transnazionali.

Nel contesto attuale, i due concetti fondamentali di sovranità tributaria e collegamento all'imposizione hanno trovato una nuova dimensione, che caratterizza più in generale il diritto tributario internazionale nell'ambito del cosiddetto coordinamento fiscale internazionale.

Possiamo definire il coordinamento fiscale internazionale come un fenomeno che ha trasformato la sovranità tributaria statale. In tale contesto, la sovranità mantiene la propria forma, ma va perdendo la propria sostanza per effetto dell'applicazione di regole tecniche per l'esercizio della potestà impositiva che verificano sul piano internazionale gli effetti delle scelte di politica fiscale di ciascuno Stato e mirano a realizzare un trattamento fiscale coerente a livello internazionale. Le due principali manifestazioni del coordinamento fiscale internazionale sono i progetti di trasparenza fiscale globale (*Global Tax Transparency*) e quello contro l'erosione della base imponibile e lo spostamento degli utili (*Base Erosion and Profit Shifting*, meglio noto come BEPS).

Il coordinamento fiscale internazionale è una forma importante e senza precedenti di convergenza tra le legislazioni tributarie, che determina un ravvicinamento delle categorie tecniche e concettuali in ambito internazionale e che possiamo definire come diritto tributario globale. Alimentano queste convergenze dinamiche improntate da un punto di vista tecnico a quelle che vengono considerate le migliori pratiche e sono elaborate sotto l'egida delle organizzazioni internazionali, quali l'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (OCSE), e il mandato politico del G20.

Questo manuale analizzerà gli aspetti strutturali e le caratteristiche specifiche del coordinamento fiscale internazionale, valutandone l'impatto sul diritto tributario internazionale alla luce dei principi che lo ispirano, sulla normativa di fonte interna e convenzionale. In questo modo lo sviluppo del diritto tributario globale può spingere l'esercizio della potestà impositiva verso l'equilibrio e la giustizia tributaria tra le nazioni (nota anche come *inter-nation equity*) nel quadro di una nuova forma di ordine fiscale a livello mondiale.

L'obiettivo di monitorare il funzionamento del coordinamento fiscale internazionale nell'ambito dell'iniziativa di *Inclusive Framework* – costituita nel 2016 sotto l'egida dell'OCSE sulla base del mandato politico del G20 e al quale partecipano 132 paesi in parità di condizioni – corre però il rischio di determinare l'opposto fenomeno, ossia il neocolonialismo tributario, con cui alcuni Stati di fatto impongono agli altri i propri obiettivi e priorità di politica e legislazione fiscale.

Capitolo II

Politiche fiscali ed extrafiscali: loro ripercussioni nel contesto internazionale

Lo studio delle discipline giuridiche deve adottare una metodologia funzionale ad interpretare e applicare le norme nel contesto dell'ordinamento giuridico positivo, tenendo presente la formulazione letterale e la *ratio* cui tali norme sono ispirate.

Ci proponiamo di combinare questa metodologia con una più ampia riflessione in merito alle politiche fiscali e ai rispettivi obiettivi che il sistema tributario persegue al momento di introdurre una norma all'interno dell'ordinamento giuridico. In questo modo è infatti possibile comprendere se il coordinamento fiscale internazionale rispetti l'essenza della sovranità tributaria nazionale e sia in linea con gli obiettivi che lo Stato si prefigge in relazione all'esercizio della potestà impositiva sulle fattispecie transnazionali.

In linea con i principi costituzionali, l'esercizio della potestà impositiva può perseguire obiettivi di politica fiscale o extrafiscale.

I primi mirano a reperire entrate pubbliche, mentre i secondi indirizzano l'impatto distorsivo dei tributi verso la realizzazione di finalità costituzionalmente rilevanti, quali ad esempio la perequazione tributaria, lo sviluppo economico, la tutela ambientale.

Pertanto, mentre le politiche fiscali assicurano il sostegno della spesa pubblica, quelle extrafiscali alterano le modalità di ripartizione del carico tributario tra i contribuenti, stabilendo sacrifici maggiori per alcuni contribuenti a vantaggio di altri che possono essere destinatari di appositi incentivi fiscali. Gli incentivi possono stimolare l'economia, ridurre l'inquinamento o tutelare il patrimonio artistico e culturale, attuando la potestà impositiva nel rispetto degli obiettivi meritevoli di tutela da parte della comunità nazionale.

Nell'ottica di questo manuale è ora opportuno verificare le ripercussioni di queste politiche sul piano internazionale, onde determinare se e in che misura le scelte di uno Stato subiscano interferenze o neutralizzazioni esterne da parte di altri Stati e, in caso affermativo, quali conseguenze si determinano.

Per semplicità di analisi, ipotizziamo una situazione in cui un reddito prodotto sul territorio di uno Stato (che chiameremo Stato della fonte) viene assoggettato a

imposizione in base al criterio di collegamento reale e, in parallelo, un altro Stato (che chiameremo Stato della residenza) esercita la propria potestà impositiva sullo stesso reddito per effetto di un collegamento personale all'imposizione.

Il primo effetto derivante sul piano internazionale è quello dell'esposizione alla doppia imposizione internazionale. Il potenziale maggior carico fiscale risultante dall'obbligo di pagare il tributo in entrambi gli Stati determina una situazione in grado di scoraggiare l'esportazione dei capitali.

Pertanto, anche se lo Stato della fonte perseguisse politiche extrafiscali di incentivazione all'importazione di capitali, l'investitore estero potrebbe trovare conveniente mantenere i propri capitali nel proprio Stato di residenza onde evitare la duplicazione del prelievo fiscale. Vi è dunque una convenienza di entrambi gli Stati ad adottare accordi che consentano di fronteggiare il fenomeno della doppia imposizione internazionale e per questa ragione le convenzioni internazionali in materia fiscale sono divenute particolarmente numerose.

In presenza di misure di sgravio della doppia imposizione internazionale, contenute nella normativa di fonte interna o convenzionale, gli Stati rimediano a tale problema, ma spesso introducono ulteriori elementi che alterano le scelte dei contribuenti e possono influenzare le politiche fiscali ed extrafiscali sul piano internazionale.

Quando la convenzione attribuisce potestà impositiva esclusiva a uno Stato contraente, l'altro subisce una perdita di gettito fiscale, che può essere compensata in base al principio di reciprocità nella misura in cui esista un equilibrio bidirezionale nei flussi di ricchezza tra i due Stati. Pertanto, se la clausola che regola la tassazione del reddito da pensioni nella convenzione tra Italia e Portogallo attribuisce potestà esclusiva allo Stato della residenza, l'Italia perderà gettito fiscale sulle pensioni pagate dall'Italia ai residenti portoghesi, che però potrà essere compensato dal gettito derivante dalla tassazione delle pensioni pagate dal Portogallo ai residenti italiani.

Questa attribuzione esclusiva di potestà impositiva allo Stato della residenza implica dunque una totale estraneità dell'altro Stato contraente rispetto alla sfera giuridica del contribuente. Ne consegue che non avranno effetti nei confronti di tale contribuente né gli strumenti tributari di politica fiscale, né quelli che perseguono finalità extrafiscali. L'attribuzione esclusiva va valutata positivamente solo in presenza di un equilibrio dei due flussi reddituali tra gli Stati contraenti.

Non funziona invece quando un Paese ha limitate dimensioni territoriali, come ad esempio il Lussemburgo, e molti soggetti che lavorano in tale Stato non vi risiedono. Infatti, in tali circostanze, all'atto del pensionamento, il numero di tali soggetti residenti in Lussemburgo sarà nettamente inferiore rispetto a quello dei soggetti che risiedono negli altri Stati contraenti. In tale situazione, se il Lussemburgo accettasse clausole di attribuzione di potestà impositiva sulle pensioni in via esclusiva allo Stato della residenza, sopporterebbe il carico della deduzione dei contributi pensionistici durante la vita lavorativa del soggetto, senza poter as-

soggettare a tassazione la pensione che verrà pagata a quest'ultimo.

Similmente, la mancanza di flussi bidirezionali può avvertirsi nelle relazioni tra Paesi dell'Europa settentrionale (come i Paesi Bassi e quelli scandinavi) e Paesi dell'Europa meridionale (come Grecia, Italia, Portogallo e Spagna), che induce i primi a evitare clausole di attribuzione di potestà esclusiva sulle pensioni a causa della maggiore frequenza del trasferimento di residenza all'atto del pensionamento verso l'Europa meridionale rispetto a quanto avvenga nella direzione inversa.

Queste situazioni dimostrano come le scelte di politica fiscale di uno Stato debbano ben integrarsi con quelle relative alle clausole da negoziare e inserire all'interno delle convenzioni internazionali in materia fiscale, così da evitare che queste ultime possano compromettere gli obiettivi di una giusta ed equa ripartizione del carico fiscale tra i contribuenti.

L'analisi delle situazioni in cui la convenzione internazionale attribuisce potestà ripartita ad entrambi gli Stati contraenti rivela risultati diversi, ma altrettanto interessanti ai fini della nostra analisi.

In particolare, nel modello di convenzione dell'Organizzazione per la Cooperazione e lo Sviluppo Economico (modello OCSE), lo Stato che esercita la propria potestà impositiva per effetto del collegamento su base personale è generalmente obbligato a sgravare la doppia imposizione internazionale, servendosi alternativamente del metodo dell'esenzione o di quello del credito per le imposte estere. Tali metodi realizzano diverse condizioni di neutralità e quindi possono alterare il comportamento dei contribuenti a livello transnazionale.

Consideriamo ancora una volta un caso relativo all'imposizione del reddito.

L'applicazione del metodo dell'esenzione ravvicina l'esercizio della potestà impositiva sulle fattispecie transnazionali a quello che risulterebbe se entrambi gli Stati adottassero la tassazione su base territoriale. Pertanto, l'imposizione nello Stato della fonte del reddito ivi prodotto ha carattere definitivo, in quanto lo Stato di residenza non esercita la potestà impositiva su tale reddito, non sgravando di conseguenza nemmeno le perdite realizzatesi nel primo Stato.

Questo metodo evita quindi ogni interferenza nella politica fiscale ed extrafiscale dello Stato della fonte, rendendo però lo Stato della residenza indirettamente vulnerabile alla concorrenza operata dal primo Stato in base a politiche extrafiscali di attrazione degli investimenti esteri. Inoltre, impedisce allo Stato della residenza di adeguare il carico fiscale alla capacità contributiva complessiva del soggetto, determinando effetti di frammentazione della base imponibile.

Per comprendere tali problemi, pensiamo allora alla situazione di una persona fisica con reddito complessivo pari a 100, integralmente prodotto sul territorio dello Stato di residenza, che applica l'imposizione del reddito ad aliquote progressive per scaglioni. Immaginiamo poi un altro contribuente che percepisce un reddito complessivo dello stesso importo, di cui però soltanto 10 sono prodotti sul territorio di tale Stato e i restanti 90 sul territorio dell'altro Stato contraente, laddove questo Stato ha un'imposizione sensibilmente inferiore a quella dello Stato di residenza.

In tale situazione, l'applicazione del metodo dell'esenzione con progressività può consentire allo Stato di residenza di applicare al reddito di fonte interna quell'aliquota che corrisponderebbe ai contribuenti il cui reddito complessivo è pari a 100.

Tuttavia, anche in questo caso, l'applicazione di tale aliquota non impedirebbe di determinare una situazione di sensibile differenza tra i contribuenti, che nel caso di specie potrebbe essere tale da rendere difficile la giustificazione delle scelte di politica fiscale. Infatti, il contributo fornito dal soggetto che produce tutto il suo reddito sul territorio nazionale è decisamente superiore a quello del soggetto che produce su quel territorio solo una minima parte e ciononostante utilizza le infrastrutture e i servizi dello Stato in misura potenzialmente non diversa.

Nel caso dell'applicazione del metodo del credito per le imposte estere, il legislatore dello Stato di residenza consegue un effetto di livellamento tra l'imposizione sul reddito prodotto dai contribuenti nello Stato di residenza e quella che grava il reddito di fonte estera. Si neutralizza così, da un punto di vista fiscale, la scelta del contribuente rispetto al territorio in cui effettuare il proprio investimento. Pertanto, lo Stato esportatore di capitali può perseguire politiche fiscali noncuranti della competitività delle aliquote d'imposta agli occhi dei propri residenti, in quanto questi ultimi non potranno sfuggire a quei livelli di imposizione.

Nel caso delle perdite estere questa situazione è rovesciata, in quanto l'applicazione del metodo del credito consente l'importazione, ancorché in molti casi temporanea, delle perdite estere. Così facendo, determina di fatto un intervento dello Stato di residenza a sostegno delle politiche fiscali ed extrafiscali dell'altro Stato.

Vista dalla prospettiva dello Stato dell'investimento, questa situazione dimostra come l'applicazione del metodo del credito d'imposta impedisca a tale Stato di essere artefice degli effetti delle proprie politiche tributarie sul piano internazionale. Infatti, se tale Stato persegue politiche extrafiscali di attrazione degli investimenti sul territorio, concedendo incentivi fiscali agli investitori e corrispondentemente riducendo il carico delle imposte sopportate da tali soggetti, la minore imposizione dovuta per effetto di tali politiche viene neutralizzata dal credito per le imposte estere. Nello Stato di residenza essa si trasforma infatti in un minore diritto di detrazione dal reddito imponibile determinato su base mondiale. In altre parole, il sacrificio di una comunità nazionale si trasforma in un inatteso vantaggio per un'altra comunità nazionale.

Non sarebbe però giusto tacere in questa sede che la neutralità all'esportazione di capitali si è affermata anche in relazione all'esigenza di evitare che gli Stati importatori di capitali ingaggino una corsa internazionale al ribasso nell'esercizio della potestà impositiva sulle fattispecie transnazionali.

Il problema è però che, nel corso degli anni, si è sviluppata una vera e propria industria della pianificazione fiscale internazionale, volta a rimpatriare l'investimento nello Stato di residenza con il minor carico fiscale per il tramite di società

stabilite in Stati con favorevoli convenzioni internazionali, o a schermarlo in uno Stato o territorio a fiscalità privilegiata, mettendo il reddito proveniente da tale investimento al di là di ogni possibile collegamento personale o reale con lo Stato di residenza dell'investitore.

Per sua natura questo fenomeno determina in molti casi un preoccupante fenomeno di aggiramento delle fattispecie impositive per la finalità essenziale di conseguire un vantaggio fiscale, dunque dando luogo a forme di elusione fiscale internazionale, alle quali gli ordinamenti tributari hanno dovuto reagire. Questo fenomeno ha progressivamente assunto dimensioni a dir poco inquietanti, a mano a mano che si è andati oltre la mera rimozione degli svantaggi fino al punto di creare schemi cosiddetti di "pianificazione fiscale aggressiva", che sfruttano le disparità esistenti tra i sistemi tributari nazionali per ottenere la doppia non imposizione a livello internazionale.

In alcuni casi, questi regimi hanno finito per operare anche in assenza di un genuino collegamento all'imposizione, costituendo un porto sicuro per i contribuenti che intendevano erodere la sovranità tributaria dello Stato di appartenenza e hanno trovato in questi regimi un riparo dalla pretesa impositiva di tale Stato.

Questa situazione ha favorito lo sviluppo di politiche fiscali incoerenti da parte di alcuni Stati. Infatti, tali Stati, per un verso, hanno perseguito politiche extrafiscali al fine di attrarre i capitali internazionali fino al punto da rendersi complici di possibili effetti di erosione della sovranità tributaria degli altri Stati e, per altro verso, hanno contrastato con veemenza quello stesso tipo di fenomeni quando questi ultimi determinavano effetti di erosione alla propria sovranità impositiva.

Queste complesse dinamiche hanno alterato a lungo il normale quadro per l'interazione delle politiche fiscali ed extrafiscali degli Stati a livello internazionale, determinando una situazione di costante rincorsa tra regimi fiscali di favore e loro neutralizzazione da parte degli Stati danneggiati, che è finalmente sfociata nel più ampio piano di coordinamento fiscale internazionale mai realizzato, ossia il progetto BEPS.

L'obiettivo del progetto BEPS è quello di consentire al Paese della fonte del reddito di esercitare la propria potestà impositiva, contrastando gli effetti di erosione della base imponibile e di spostamento degli utili perseguiti dalla pianificazione fiscale internazionale. Per effetto del progetto BEPS, l'obbligo di sgravare la doppia imposizione internazionale nei confronti dei propri residenti in presenza di convenzioni contro la doppia imposizione formulate secondo il modello OCSE, è stato limitato al fine di evitare casi di doppia non imposizione internazionale.

Purtuttavia, occorre chiedersi se questa protezione della potestà impositiva dello Stato di creazione del valore, insita nel progetto BEPS, implichi altresì un obbligo di esercitare tale potestà da parte dello Stato della fonte. Se quest'obbligo sussistesse in modo generalizzato, allora il progetto BEPS di fatto impedirebbe l'esercizio di politiche extrafiscali da parte dello Stato della fonte indipendentemente dal verificarsi degli effetti di erosione della base imponibile e spostamento degli utili.

Questo progetto raccomanda l'introduzione di varie norme, tra cui quelle relative alle società controllate estere e al contrasto alla concorrenza fiscale dannosa, imponendo come *standards* minimi il contrasto alla concorrenza fiscale dannosa (BEPS – Azione 5), il contrasto all'abuso delle convenzioni internazionali (BEPS – Azione 6), il monitoraggio della trasparenza internazionale delle imprese (BEPS – Azione 13) e la risoluzione delle controversie fiscali internazionali in via amministrativa per mezzo della procedura amichevole (BEPS – Azione 14).

Tuttavia, l'attuazione del progetto BEPS va correttamente intesa alla luce della *ratio* che ne caratterizza le misure, ossia la protezione della sovranità tributaria dello Stato di creazione del valore e il divieto di pratiche di pianificazione fiscale aggressiva. In quest'ottica, riteniamo che, nella misura in cui lo Stato della fonte decida di intraprendere politiche extrafiscali di attrazione dei capitali stranieri che non diano luogo a fenomeni di elusione fiscale o pianificazione fiscale aggressiva, il progetto BEPS non debba ostare all'attuazione di tali politiche.

Questo ci consente anche di affermare che l'attuazione del progetto BEPS non può risolversi in uno spostamento sistematico dell'imposizione dallo Stato di creazione del valore a quello che tassa su base personale. Pertanto, anche il collegamento personale all'imposizione in quest'ultimo Paese per effetto della legislazione sulle società controllate estere e dell'applicazione di misure compensative volte a contrastare la concorrenza fiscale dannosa devono strettamente rispettare i limiti per la loro ammissibilità, evitando di trasformare il progetto BEPS in uno strumento di sistematica compensazione della minore tassazione al fine di perseguire logiche di neutralità all'esportazione dei capitali.

Capitolo III

Le fonti del diritto tributario internazionale

SOMMARIO: 1. Il sistema delle fonti del diritto tributario internazionale. – 2. Il diritto internazionale consuetudinario. – 3. Le tre fonti principali del diritto tributario internazionale. – 3.1. Aspetti generali. – 3.2. La normativa tributaria di fonte interna. – 3.2.1. Le funzioni e l'oggetto. – 3.2.2. Le norme sostanziali. – 3.2.3. Le funzioni accessorie e strumentali. – 3.3. La normativa tributaria di fonte convenzionale. – 3.4. La normativa tributaria sovranazionale dell'Unione Europea. – 3.4.1. Gli effetti della cessione di sovranità sul piano delle fonti del diritto tributario. – 3.4.2. Le ripercussioni nei rapporti con i Paesi terzi in materia tributaria. – 4. La *soft law* in materia tributaria internazionale. – 5. I progetti di coordinamento fiscale internazionale a livello globale. – 5.1. Aspetti generali. – 5.2. Il progetto di trasparenza fiscale internazionale. – 5.3. Il progetto BEPS. – 5.3.1. Aspetti generali. – 5.3.2. Il primo pilastro. – 5.3.3. Il secondo pilastro. – 5.3.4. Il terzo pilastro.

1. Il sistema delle fonti del diritto tributario internazionale

Il diritto tributario internazionale presenta una struttura complessa, che consegue all'esistenza di un triplice ordine di fonti giuridiche, rappresentate rispettivamente dalla normativa di fonte interna, convenzionale e sovranazionale, al cui vertice è posto il cosiddetto diritto internazionale consuetudinario e alla cui base si manifestano norme tecniche – meglio note con l'espressione inglese *soft law* – prive di un valore giuridico, ma spesso volontariamente giuridificate dagli ordinamenti tributari nazionali.

2. Il diritto internazionale consuetudinario

Il diritto internazionale consuetudinario rappresenta la fonte suprema dell'ordinamento internazionale, alla quale l'ordinamento giuridico italiano si adatta automaticamente. Il diritto internazionale consuetudinario si manifesta quando la generalità delle persone adotta un determinato comportamento per un periodo prolungato nel tempo (*diuturnitas*) sulla base della presupposizione che lo stesso risponda a un vero e proprio obbligo giuridico (*opinio juris ac necessitatis*).