



Università
Ca' Foscari
Venezia

Corso di Laurea
magistrale

In

Amministrazione,
finanza e controllo

Tesi di Laurea

I c.d. Paradisi Fiscali

Relatore

Ch.mo Prof. Loris Tosi

Correlatore

Ch.mo Prof. Ernesto Marco Bagarotto

Laureanda

Mariachiara Ortolan
Matricola 863645

Anno Accademico

2020 / 2021

Ringraziamenti

Ringrazio brevemente chi ha reso possibile il mio percorso universitario e chi mi ha supportata in ogni momento, in particolare:

Floyd,

mia mamma Eleonora, mio papà Luca e mio fratello Alvisè,

le mie nonne Anna e Bianca (e i miei nonni Eribe e Mario, sicuramente),

le mie più care amiche Alessia, Anita, Beatrice, Valentina.

Un ringraziamento particolare al dottor Samuel Bolis che, sempre tempestivo e cortese, mi ha seguita dedicandomi il suo tempo con pazienza e competenza.

Indice

| | |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------|
| Introduzione..... | - 3 - |
| Capitolo 1. Libertà tutelate e principi condivisi | - 5 - |
| 1.1 Libera circolazione di merci, persone, capitali..... | - 5 - |
| 1.2 Spirito di competizione..... | - 8 - |
| 1.3 Principi tra le norme internazionali..... | - 10 - |
| Capitolo 2. Confine sottile tra pratiche fiscali non tollerate | - 14 - |
| 2.1 Premessa..... | - 14 - |
| 2.2 Abuso del diritto o elusione fiscale?..... | - 15 - |
| 2.3 Pianificazione fiscale aggressiva | - 20 - |
| 2.4 Evasione fiscale..... | - 22 - |
| Capitolo 3. Fisiologia della doppia imposizione internazionale..... | - 31 - |
| 3.1 Una panoramica..... | - 31 - |
| 3.2 Contrasto nazionale | - 32 - |
| 3.3 Contrasto a livello internazionale | - 35 - |
| 3.4 Doppie non imposizioni volontarie, involontarie e <i>Treaty Shopping</i> | - 39 - |
| Capitolo 4. Ottime condizioni per i Paradisi Fiscali..... | - 45 - |
| 4.1 Identificare un <i>Tax Haven</i> | - 45 - |
| 4.2 <i>Black, white, grey list</i> : tra opacità e trasparenza | - 52 - |
| 4.3 <i>Blacklist</i> in Italia | - 55 - |
| 4.4 Il Paradiso nella sostanza | - 59 - |
| 4.5 Non solo Paradisi Fiscali | - 64 - |
| 4.6 Effetti distorsivi e ripercussioni | - 69 - |
| Capitolo 5. La trasparenza tra giurisdizioni: elemento cruciale | - 70 - |
| 5.1 La (non) collaborazione internazionale | - 70 - |
| 5.2 Scambio di informazioni UE ed Extra UE: no <i>fishing expeditions</i> | - 77 - |
| Capitolo 6. I Paradisi Fiscali come luogo per realizzare il riciclaggio ed il finanziamento al terrorismo | - 85 - |
| 6.1 Reati speculari | - 86 - |
| 6.2 Riciclaggio <i>offshore</i> | - 86 - |
| 6.3 Finanziamento al terrorismo: maggior attenzione dall'11 settembre 2001..... | - 92 - |
| 6.4 Misure <i>Anti-Money Laundering</i> e <i>Combating the Financing of Terrorism</i> | - 94 - |
| Conclusioni..... | - 102 - |
| Bibliografia..... | - 104 - |

Introduzione

L'obiettivo della presente è quello di porre in evidenza alcuni elementi caratterizzanti la situazione tributaria globale in materia di libertà riconosciute e speculari restrizioni, rese necessarie non per finalità autoritarie fini a sé stesse, ovvero di corsa al potere da parte delle istituzioni nazionali o degli organismi internazionali, ma dettate invece da esigenze di equità tributaria, da un lato, e di sicurezza, dall'altro. La costituzione dell'Unione Europea ha permesso ai propri membri di godere di talune libertà per non dover essere gravati da pesanti oneri, posti di norma a tutela delle relazioni transnazionali, ma al contempo ha generato comportamenti scorretti che si sono talvolta evoluti in veri e propri schemi ingegneristici creati con l'unico scopo di trarre vantaggi fiscali o di finanziare disegni criminosi mediante lo sfruttamento dei disallineamenti esistenti tra alcune normative, della ridotta collaborazione attuata da certe giurisdizioni e della generale incertezza tipica di un sistema tributario in definitiva mondiale.

Tanto si è compiuto in tal senso e molto si continua a progettare per colmare quelle lacune che inevitabilmente esistono in un contesto saturo di diritti ed oneri non omogenei; disposizioni che mutano e si rafforzano contestualmente all'evoluzione delle tecniche elaborate per aggirarle, ma che in certe occasioni subiscono una maggiore spinta, dettata dalla concreta necessità di frenare soprattutto quelle operazioni illecite caratterizzate da risvolti criminali o quei terremoti finanziari che sfociano in crisi di carattere universale, come è avvenuto in occasione degli attacchi terroristici dell'11 settembre 2001 o della crisi finanziaria del 2008, moltiplicatori di cooperazione e di trasparenza che nella loro drammaticità hanno contribuito ad aprire, ancor di più, gli occhi ed a condurre all'azione concreta.

I fenomeni evasivi che stanno nel tempo suscitando interesse in capo a diversi soggetti e organismi nazionali, europei ed internazionali, non sono più quelli cosiddetti "di massa", cioè quelli integrati dalle piccole e medie imprese o dai lavoratori autonomi, ma quelli invece più sofisticati e fraudolenti, alle cui fondamenta trovano collocazione strutture imprenditoriali articolate che dispongono di un'ampia gamma di strumenti e veicoli che, comportando il trasferimento del contribuente o della base imponibile in diverse giurisdizioni, riescono ad oscurare gli aspetti illegali di certe operazioni oppure a gestire e finanziarie vere e proprie organizzazioni criminali ed i loro relativi scopi.

In questa sede, dunque, dopo aver delineato il quadro normativo europeo ed i punti critici causati da una non completa armonizzazione in materia di tributi, si cercheranno di catturare

alcune condotte tipiche finalizzate a aggirare le disposizioni di legge od a porsi in contrasto con esse, si individueranno gli scopi sottesi a tali azioni e si identificheranno gli strumenti e gli organismi di rango europeo ed internazionale chiamati a contrastare tali tecniche abusive ed evasive che hanno l'effetto di minare l'integrità, la stabilità e l'equilibrio del sistema economico-finanziario e, in alcune occasioni, la sicurezza stessa delle persone. Come ci sarà modo di constatare, l'esistenza di alcuni Paesi che, a volte per scelta, a volte per necessità, decidono di essere "alternativi", in tutto od in parte, rispetto agli altri, garantendo un certo grado di segretezza circa le operazioni che vengono ivi attuate, oltre che molti altri *benefit*, costituisce il punto cardine di un contesto così articolato. Si tratta dei cosiddetti Paradisi Fiscali: meta di vacanze per taluni, strumento criminale per altri, al contempo mezzo essenziale per condurre a termine efficacemente azioni illecite e tallone d'Achille a cui i Paesi trasparenti devono mirare per rendere palesi schemi criminali.

In definitiva, si avrà modo di notare come la situazione attuale sia il frutto, nella sostanza, di un percorso che sinora è arrivato alla terza tappa: ha preso avvio dall'intento collaborativo che aveva mosso la creazione dell'originaria Comunità Economica Europea in una logica di semplificazione e di aiuto reciproco alla crescita economica degli Stati membri ed al benessere dei rispettivi cittadini; è passato attraverso la definizione di una concorrenza malsana tra Stati membri e non, resa possibile grazie alle diverse scelte tributarie dettate da differenti esigenze nazionali, disallineamenti che hanno portato alla lotta per attirare basi imponibili entro la propria giurisdizione per accrescere il gettito nazionale; è arrivato, sinora, alla consapevolezza che la concorrenza si è tramutata in qualcosa di più, maggiormente dannoso per l'economia ed il suo sviluppo e più pericoloso anche per la sicurezza delle persone, nella misura in cui organizzazioni criminali mosse non esclusivamente da scopi economici riescono ad alimentarsi e fortificarsi.

Capitolo 1. Libertà tutelate e principi condivisi

1.1 Libera circolazione di merci, persone, capitali.

Dall'istituzione della Comunità europea del carbone e dell'acciaio (CECA), attraverso la creazione della Comunità economica europea (CEE), fino ad arrivare alla Corte europea dei diritti dell'uomo (CEDU). Quello che era stato ideato come un obiettivo di integrazione tra alcuni Paesi nel settore del carbone e dell'acciaio, si è esteso fino a coinvolgere ulteriori nazioni ed a comprendere settori e materie¹ ben più ampi e divergenti, spingendosi fino al coinvolgimento di tematiche sensibili quali i diritti degli individui e le libertà che devono essere loro garantite. Il percorso che ha preso vita nel corso degli anni riflette la teoria cosiddetta “funzionalistica”, i cui ideatori vengono individuati in J. Monnet e R. Schuman². “L'Europa non potrà farsi in una sola volta, né sarà costruita tutta insieme; essa sorgerà da realizzazioni concrete che creino anzitutto una solidarietà di fatto”³, queste le parole che Schuman pronunciò a Parigi nella sua dichiarazione nel maggio del 1950, profetizzando ciò che in effetti sarebbe accaduto. Un approccio *sector by sector*⁴ inevitabile dal momento che, in un contesto di transnazionalità e di convergenza di interessi, l'integrazione del settore economico provoca una dinamica espansiva che porta all'interdipendenza dei diversi settori, non da ultimo quello che ha ad oggetto l'incidenza che hanno le decisioni prese nei diversi ambiti sulle libertà dell'uomo⁵; una forma di ingerenza deve garantire un “giusto” equilibrio tra le esigenze di interesse generale della comunità e la necessità imperativa di salvaguardare i diritti fondamentali dell'individuo⁶. Ciò è facilmente osservabile nel momento in cui sorgono, ad esempio, crisi economiche o sanitarie. È impensabile l'idea di poter intervenire limitatamente ad un aspetto, poiché si instaura un “effetto valanga” che va a travolgere ben più di un settore.

Perciò, in questo panorama, ci si chiede come si originano quei comportamenti che, sfruttando l'esistenza delle libertà riconosciute originariamente proprio per tutelare i cittadini

¹ Economia, fiscalità, politica, settore militare e materie sociali.

² Considerati i padri fondatori dell'UE. Elaborarono la “Dichiarazione Schuman”. https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/robert_schuman_it.pdf

³ Dichiarazione Schuman, 9 maggio 1950.

⁴ “L'integrazione europea deve attuarsi attraverso il graduale trasferimento di compiti e funzioni in settori ben determinati in favore di istituzioni indipendenti dagli Stati”, R. Scavizzi, *Lineamenti di diritto processuale comunitario*, Halley, 2008.

⁵ La loro tutela è ottenuta mediante la “Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea” e la “Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali”.

⁶ Corte EDU, 16 giugno 2010, Di Belmonte – Italia (ricorso n. 72638/01), F. Tesaurò, *Manuale del processo tributario*, Giappichelli – Torino, 2020.

da azioni arbitrarie attuate dai Governi, abusano delle irregolarità del sistema nazionale come parte del più ampio apparato UE ed Extra UE.

Per comprendere come ciò avvenga e come si originino tali occasioni nel contesto economico europeo è necessario risalire alla fonte di tali libertà, ovvero al Trattato di Roma del 1957, istitutivo della Comunità Economica Europea (CEE), oggi Unione Europea⁷. L'obiettivo perseguito era quello, a fronte della presenza di una moltitudine di spazi nazionali che comportavano una frammentazione dei confini, di creare un mercato unico tra gli Stati sottoscrittori, tra cui l'Italia, grazie al quale ridurre la gravosità degli oneri e dei doveri imposti agli spostamenti tra i Paesi; in particolare, il suddetto prevedeva la definizione di tre libertà di circolazione che dovevano essere garantite a persone, merci e capitali.

È possibile rinvenire una prima definizione di libertà di circolazione nell'art. 16 della Costituzione italiana, il quale recita: *ogni cittadino può circolare e soggiornare liberamente in qualsiasi parte del territorio nazionale, salvo le limitazioni che la legge stabilisce in via generale per motivi di sanità o di sicurezza. Nessuna restrizione può essere determinata da ragioni politiche [...] Ogni cittadino è libero di uscire dal territorio della Repubblica e di rientrarvi, salvo gli obblighi di legge.*

Tale norma trova il proprio corrispettivo su scala europea nel paragrafo 2 dell'art. 26 del TFUE, il quale afferma che il mercato interno comporta uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali secondo le disposizioni dei trattati.⁸ Uno degli obiettivi del TFUE⁹, infatti, è di regolare il funzionamento del mercato interno in un'ottica di conseguimento di vantaggi ed incremento delle opportunità tanto per gli individui, quanto per le imprese.

Tramite la sottoscrizione dei diversi trattati che hanno istituito nel corso degli anni la CEE, la CECA e l'EURATOM, infine confluite nella creazione dell'attuale Unione Europea, gli Stati hanno creato un'istituzione autonoma ma, al contempo, hanno “rinunciato” a parte della propria sovranità, in favore di un organismo che operasse a livello sovranazionale e che, tra le altre cose, limitasse fenomeni di discriminazione selettiva che avessero come risultato un ostacolo al libero insediamento e circolazione. Tutto conduce ad un equilibrio che, almeno in linea teorica, dovrebbe esistere tra il potere proprio di ciascuno Stato membro di esercitare

⁷ In seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (2009).

⁸ Art. 26, Titolo I, Parte III, TFUE.

⁹ Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, istituito con il Trattato di Roma ed integrazione del Trattato sull'Unione europea (TUE).

la propria sovranità fiscale e la libertà per ciascun cittadino comunitario di insediarsi nella Comunità¹⁰.

Il Trattato di Maastricht del 1992 porta alla definizione della *libertà di circolazione delle persone*¹¹, attribuendo a tutti gli individui appartenenti all'Unione cittadinanza entro tale spazio; invero, come stabilisce l'art. 9 del TUE, è *cittadino dell'Unione chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro*, con l'effetto di aggiungere quella europea a quella nazionale e non di sostituirla. È grazie a due accordi siglati qualche anno prima, però, che ha origine la creazione di un vero e proprio spazio “senza frontiere”: si delinea il cosiddetto “Spazio Schengen” grazie all'accordo del giugno 1985 ed alla Convenzione di applicazione del giugno 1990, entrata effettivamente in vigore nel marzo 1995. I 26 Paesi UE che ne fanno parte beneficiano di vantaggi tanto a livello quotidiano, considerato che gli spostamenti da un Paese all'altro non sono gravati da particolari oneri, quanto a livello sociale ed economico. Dal momento che non si rendono necessari controlli alle frontiere interne, in ragione di quelli armonizzati alle frontiere esterne, viene assicurato un elevato grado di cooperazione e di sicurezza.¹²

Tramite la realizzazione dell'Unione doganale in un primo tempo, ed il riconoscimento della *libera circolazione di merci* ad opera del TFUE in un secondo momento, con riferimento agli scambi di merci nel loro complesso, viene sancito il divieto, fra gli Stati membri, di porre dazi doganali all'importazione ed all'esportazione e qualsiasi tassa di effetto equivalente, oltre che di adottare una tariffa doganale comune nei rapporti con i Paesi terzi¹³; ciò con riferimento ai prodotti originari degli Stati membri ed a quelli provenienti da Paesi terzi che si trovano in libera pratica con essi¹⁴. Il divieto all'applicazione di restrizioni tanto all'importazione, quanto all'esportazione nei rapporti tra Stati UE può in alcune situazioni essere derogato: quando, per esempio, vi sia un motivo oggettivo di interesse pubblico; tali eccezioni, tuttavia, non devono avere come finalità quella di discriminare in modo arbitrario o di fungere da restrizione dissimulata del commercio tra gli Stati membri.

Ad integrazione delle precedenti libertà ed a sostegno del mercato unico, il Trattato di Maastricht definisce la *libera circolazione dei capitali*¹⁵ che comporta il divieto di esercitare

¹⁰ S. Bolis, *L'interpello CFC alla prova del diritto comunitario*, in Il fisco n. 47 del 19/12/2011, pag. 1-7667.

¹¹ Art. 3, par. 2, TUE; Art. 21, TFUE; Titoli IV e V, TFUE; Art. 45, CDFUE.

¹² Tramite: (i) Inseguimento transfrontaliero, (ii) Sorveglianza transfrontaliera, (iii) Istituzione di centri e squadre di polizia comuni, (iv) Utilizzo SIS; Rif. https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/e-library/docs/schengen_brochure/schengen_brochure_dr3111126_it.pdf

¹³ Art. 28, par. 1, TFUE.

¹⁴ Art. 28, par. 2, TFUE.

¹⁵ Artt. 63-66, TFUE.

restrizioni ai movimenti di capitali ed ai pagamenti, sia tra Stati membri, sia nei rapporti con Paesi terzi, pur mantenendo ferme alcune eccezioni in ragione dell'importanza di esercitare particolari restrizioni. Nello specifico, con limitazione ai rapporti tra Stati membri, l'Art. 65 TFUE individua (i) nella volontà di impedire violazioni della legislazione nazionale, (ii) nella dichiarazione di movimenti di capitale a fini amministrativi o statistici, (iii) nei motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza, esigenze sufficienti a giustificare la disapplicazione della libertà in oggetto. Invece, con riferimento ai rapporti con Paesi extra UE, il paragrafo 3 dell'Art. 64 TFUE riconosce al Consiglio la facoltà di adottare misure che comportino un regresso¹⁶ del diritto dell'Unione per quanto riguarda la liberalizzazione dei movimenti di capitali diretti in Paesi terzi o provenienti da essi, a seguito di una procedura legislativa speciale, all'unanimità e previa consultazione del Parlamento europeo. L'obiettivo è quello di incentivare l'investimento efficiente di capitali così da contribuire alla crescita economica, da un lato, e promuovere l'utilizzo dell'euro come valuta internazionale, dall'altro, rendendo di spicco il ruolo dell'UE sulla scena globale, in un contesto di concorrenza tra dimensione UE ed extra UE.

Come si vedrà nel prosieguo dell'elaborato, l'esercizio di quest'ultima libertà è fortemente limitato dal sistema tributario operante a livello transnazionale; in effetti, affinché vi sia una fruizione efficiente della liberalizzazione dei movimenti dei capitali, è necessaria un'analoga liberalizzazione dei servizi finanziari e, soprattutto, un'armonizzazione delle legislazioni fiscali. Un esempio, a tal proposito, sono i Trattati bilaterali di investimento (TBI) intracuropei, potenzialmente idonei a generare un trattamento di favore nei confronti di investitori di Stati membri coinvolti e per questo fonte di impedimento alla definizione del mercato unico ed elemento di sovrapposizione con il quadro legislativo europeo.

1.2 Spirito di competizione

La creazione del mercato unico europeo, che ha comportato una maggiore mobilità dei fattori produttivi, accompagnata dalla globalizzazione e dalla conseguente espansione degli scambi commerciali, ha ottenuto come diretta conseguenza una sorta di corsa alla concorrenza. Se da un lato vi è una reale spinta al coordinamento ed alla cooperazione tra Stati, dall'altro si posiziona sia l'interesse di questi a lanciare la propria economia, sia la necessità da parte dei

¹⁶ *Le misure fiscali restrittive adottate da uno Stato membro riguardo ad uno o più paesi terzi devono essere considerate compatibili con i trattati nella misura in cui sono giustificate da uno degli obiettivi dell'Unione e compatibili con il buon funzionamento del mercato interno.* Ex art. 65, par. 4, TFUE.

contribuenti di assicurarsi condizioni impositive favorevoli. Tale quadro conduce ad un tema rilevante nei rapporti tra gli Stati e nelle loro decisioni interne: la concorrenza fiscale.

Non vi è una visione univoca e condivisa sulla bontà o sulla dannosità degli effetti che essa produce. L'unica opinione che sembra essere accettata¹⁷ è che un certo grado di competizione sia tollerabile, se non necessario. Fino a che punto, però?

È positiva quando si configura come strumento di crescita economica, di sviluppo, di spinta al progresso ed all'individuazione di sistemi tributari efficienti. È utile nella misura in cui reca vantaggio ai cittadini ed esercita una pressione al ribasso¹⁸ sulla spesa pubblica nazionale¹⁹. Comincia a configurarsi come negativa laddove sia esercitata senza limiti, nel momento in cui pregiudica il sano funzionamento delle nazioni, in particolare, e dell'Unione, in generale; quando diventa idonea ad incidere negativamente sui diversi sistemi tributari ed a provocare effetti distorsivi, favorendo, non da ultimo, occasioni di elusione ed evasione fiscale. Ancora, quando si spinge a ridurre la spesa pubblica al di sotto del livello considerato "ottimale", comportando impatti negativi sull'offerta di servizi pubblici.

Dal momento che lo sfruttamento della mobilità di certi fattori economici (capitale) consente di sfuggire a tassazioni sfavorevoli, provocando una consistente perdita di basi imponibili ed obbligando gli Stati a ridurre l'imposizione su dette basi, il risultato, in una logica di compensazione²⁰, è un inasprimento dell'imposizione su quei fattori caratterizzati, invece, da una maggior staticità (lavoro, consumo) determinando, in tal modo, un sistema concorrenziale disomogeneo ed una determinante erosione del gettito nazionale, accompagnato da ripercussioni sull'occupazione. A tal proposito bisogna rilevare come non sempre questi comportamenti siano realizzati da un soggetto unilateralmente, ma molto spesso siano frutto di accordi tra il soggetto stesso e le Amministrazioni Finanziarie del Paese "vantaggioso"²¹. Dunque, la domanda da porsi non è tanto *se* si realizzi concorrenza, quanto piuttosto *come*; il fatto che il riconoscimento di una certa agevolazione fiscale, o l'introduzione di una nuova imposta, ovvero l'inasprimento dell'imposizione esistente provochi quasi istantaneamente lo spostamento di importanti volumi di investimenti, tanto produttivi quanto finanziari, è la naturale conseguenza di un sistema caratterizzato dall'elevata mobilità

¹⁷ P.M. Panteghini, *La tassazione delle società*, 2015. Si veda anche Comunicazione della Commissione al Consiglio, *Verso il coordinamento fiscale nell'Unione europea*, 1° ottobre 1997, Bruxelles.

¹⁸ La riduzione delle risorse pubbliche porta ad una contestuale diminuzione della libertà degli amministratori pubblici che sono costretti ad attuare misure in linea con gli interessi dei cittadini.

¹⁹ Comunicazione della Commissione al Consiglio, *Verso il coordinamento fiscale nell'Unione europea*, 1° ottobre 1997, Bruxelles.

²⁰ I fattori produttivi vengono colpiti dalla tassazione in modo asimmetrico.

²¹ Ad esempio, la pratica del *ruling* fiscale.

dei fattori produttivi tra Stati, che, se sfruttato in un'ottica sleale, porta ad una politica c.d. *beggar thy neighbour*²².

In questo contesto si posizionano le politiche fiscali prescelte dai diversi Paesi, che devono garantire (a) una riduzione delle alterazioni dei comportamenti degli operatori, (b) l'eliminazione di un sistema gravoso di costi di conformità, (c) la non esclusione totale della concorrenza fiscale, ma solo quando questa si configuri come pregiudizievole o indesiderabile.²³

La sfida da fronteggiare in un contesto di libera circolazione, accentuato dalla spinta alla digitalizzazione dell'epoca moderna, e di adozione di scelte di tassazione differenti tra Stati Ue ed Extra, è quella del verificarsi di disallineamenti tra norme che favoriscono vie di fuga fiscali. In ambito europeo l'obiettivo viene in parte conseguito tramite la definizione di strategie e la predisposizione di strumenti volti ad agire in modo coordinato e ad adottare misure antierosione delle basi imponibili. Il punto di partenza, e aspetto centrale del piano d'azione UE (2015), è individuato nell'applicazione di un'equa tassazione delle imprese²⁴ che sia allo stesso tempo efficiente e favorevole alla crescita. Simultaneamente, grazie anche al ruolo significativo giocato dall'OCSE (Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico), vengono messi a punto diversi progetti e misure, nonché predisposti organismi specifici di controllo e contrasto a pratiche dannose, oltre che disposto il rafforzamento e la modifica delle norme idonee a far sorgere distorsioni.

1.3 Principi²⁵ tra le norme internazionali

Il contesto tributario attuale è caratterizzato dalla presenza di diverse entità nazionali, ognuna delle quali definisce un proprio sistema normativo che necessariamente diverge dagli altri e con i quali si rapporta. Inoltre, l'esistenza di una società e di un'economia di tipo aperto in

²² A tal proposito, il Report del 2000 formulato dalla Commissione "Primarolo" aveva rilevato la dannosità di 66 misure, sulle 282 totali esaminate. Si può quasi affermare che la concorrenza fiscale positiva sia favorita dall'UE, così come la concorrenza "tradizionale" tra imprese operanti sul mercato lo è dall'AGCM (Autorità garante della concorrenza e del mercato); ma, nel momento in cui la prima diviene dannosa per opera di una pianificazione fiscale aggressiva e, analogamente, la seconda lo diventa tramite accordi che violano la legge, allora appare necessario l'intervento da parte delle Autorità predisposte.

²³ Commissione europea, 2011, Rif. P.M. Panteghini, *La tassazione delle società*, cit., p. 137.

²⁴ Individuata nella *Common Consolidated Corporate Tax Base (CCCTB)*.

²⁵ Ne emergono tre tipologie: i *principi generali di diritto*, propri di ogni sistema giuridico e recepiti nell'ordinamento comunitario; i *principi generali del diritto comunitario*, definiti autonomamente ed espressione di regole più generali; i *principi* che rispondono ad esigenze di *protezione dei diritti fondamentali dell'uomo*, in certe circostanze fungono da criteri interpretativi, in virtù dell'estensione della loro applicazione, ed anche da limite all'esercizio del potere da parte degli Stati e dell'Unione. G. Melis, *Coordinamento fiscale nell'Unione europea*, in Enc. Dir., Annali, I, Giuffrè, Milano, 2007.

cui mobilità, comunicazione e aterritorialità ne costituiscono l'essenza, è importante che sia definito non solo il potere impositivo dello Stato di residenza e la sua collocazione tra le potenziali pretese di altri soggetti, ma anche il *reasonable link* che lega il soggetto passivo alla propria obbligazione tributaria.

Nell'ambito del diritto internazionale tributario l'attività amministrativa tributaria può e deve esplicarsi solo all'interno del territorio dello Stato dove, dunque, salvo eccezioni²⁶, vige unicamente la normativa nazionale. Tale prerogativa viene riconosciuta dalla più importante norma consuetudinaria internazionale²⁷, la *sovranità territoriale*, che stabilisce, da un lato, che ogni Stato esercita, in via generale ed esclusiva, il potere di governo entro i propri confini e, dall'altro, che lo stesso deve astenersi dal penetrare e dall'agire senza autorizzazione nel territorio di altri Stati. Tale principio generale, che pone in rilievo l'aspetto della territorialità²⁸, prende origine dal più antico principio di *sovranità tributaria* che ritroviamo già all'inizio del IX secolo: l'imposizione veniva legittimata dall'esistenza stessa dello Stato e veniva ostacolata esclusivamente dal suo potere di autolimitarsi. Tale previsione si accompagna al *principio di esclusività* che riconosce allo Stato il potere esclusivo di individuare le proprie fonti che sono in grado di produrre norme nell'ordinamento.

Tramite le fonti del diritto internazionale, contenute nell'art. 38 dello Statuto della Corte Internazionale di Giustizia, è possibile regolare le controversie di origine transnazionale e, più in generale, i rapporti che intercorrono tra le diverse nazioni. In questo quadro si colloca l'art.10 della Costituzione italiana, mediante il quale l'ordinamento giuridico nazionale si conforma alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute, facendo proprio, in tal modo, il complesso di norme che si forma al di sopra dello Stato. Viene così raggiunta un'integrazione tra dimensione nazionale ed internazionale e si realizza un coordinamento di interessi e garanzie.

In questo contesto, tra il diritto internazionale e le norme nazionali, si pongono gli organismi internazionali, quali ad esempio l'ONU e l'UE, a loro volta idonei a regolare determinate materie rientranti nelle loro competenze. In questa sede, in particolare, rileva l'Unione Europea, con la quale ogni Stato membro, in virtù del *principio di leale cooperazione*²⁹, si impegna

²⁶ In caso di espressa deroga della normativa nazionale in favore di quella straniera.

²⁷ Consuetudini internazionali, Principi generali di diritto e Convenzioni internazionali costituiscono le fonti del diritto internazionale; Art. 38, *Statuto della Corte di Giustizia Internazionale*. Le prime due vincolano la generalità degli Stati, le terze solamente quelli che vi aderiscono.

²⁸ Individua il legame oggettivo o soggettivo con il territorio come condizione che legittima l'imposizione.

²⁹ Art. 4, TUE.

a perseguire obiettivi di interesse comune, tramite il rispetto e l'assistenza reciproca nell'adempimento dei compiti derivanti dai trattati.

Per quanto concerne i compiti propri dell'Unione, essi non sono intersettoriali ed arbitrari, bensì sono stabiliti dal Trattato dell'Unione Europea in un'ottica di integrazione con le necessità delle diverse nazioni e con gli obiettivi condivisi propri del mercato comune; l'art. 5 del TUE sancisce il *principio di attribuzione*, in forza del quale l'UE può agire solo limitatamente alle competenze³⁰ che le sono state conferite mediante i trattati con gli Stati membri, nel rispetto dei *principi di proporzionalità*³¹ e di *sussidiarietà*. La materia tributaria di rilevanza transnazionale viene in parte devoluta all'ambito europeo, limitatamente, cioè, a quei tributi che vanno ad incidere sui settori di sua competenza, quali ad esempio quello della concorrenza o doganale, i cosiddetti “tributi armonizzati”³². Su quelli invece “non armonizzati” non ha influenza, salvo i casi³³ in cui sia necessario un suo intervento per evitare effetti negativi sulla concorrenza³⁴ interna all'Unione. Perciò, in tutte quelle situazioni in cui si presentano fattispecie idonee ad avere incidenza sui trattati conclusi tra gli Stati membri, o nell'eventualità in cui una specifica norma tributaria sia in grado di operare una qualche forma di discriminazione selettiva, allora ha il potere di legiferare a riguardo. Per questo, in virtù del *principio di sussidiarietà*, nei settori che non sono di sua competenza esclusiva, l'Unione interviene solo nella circostanza in cui gli obiettivi previsti non possono essere conseguiti in misura sufficiente dagli Stati membri, né a livello centrale né a livello regionale e locale, ma possono, a motivo della portata o degli effetti dell'azione in questione, essere conseguiti meglio a livello di Unione³⁵. Di conseguenza, tutte quelle situazioni che non prevedono l'intervento europeo, vengono lasciate alla competenza nazionale. Ad ogni modo, nel definire l'ambito di applicazione UE per una certa fattispecie, è opportuno di volta in volta analizzare il caso in questione, prendendo in considerazione anche aspetti extragiuridici.

Gerarchicamente parlando, in conformità al *principio del primato del diritto europeo*³⁶, il diritto europeo, sia primario che derivato, di carattere vincolante, si colloca su un livello superiore rispetto a tutti gli atti normativi nazionali, ivi compresa la Costituzione. Tale prerogativa si

³⁰ Esclusive, concorrenti, di sostegno. Rispettivamente ex artt. 3, 4, 6, TFUE.

³¹ *Il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati.* Ex art. 5, TUE.

³² La materia IVA si conforma a canoni eurolunitari, le imposte dirette invece rispondono a canoni costituzionali ed ai principi interposti dalla CEDU.

³³ Ad esempio, la Direttiva madre-figlia in ambito societario.

³⁴ Rientra indirettamente tra le sue competenze.

³⁵ Art. 5, par. 3, TUE.

³⁶ Sent. Corte GUE del 15 luglio 1964 (*Costa contro Enel*).

accompagna *all'efficacia diretta*³⁷ che il diritto UE vanta nei confronti della giurisdizione nazionale ed europea, con riguardo alla totalità del diritto primario ed alla parzialità del diritto derivato³⁸. Dunque, la sovranità fiscale di ciascuno Stato membro incontra due limiti: la stessa Unione, da un lato, e la Convenzione europea sui diritti dell'uomo, dall'altro; le conseguenze sono la prevalenza del diritto comunitario rispetto a quello nazionale, come un principio affermato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, ed una sorta di riconoscimento del principio di uguaglianza tipico dell'ordinamento inglese. È opportuno porre in evidenza come, nei Paesi di *common law* vige il principio dello *stare decisis*, tale per cui i giudizi precedenti hanno valore vincolante su quelli successivi in caso di situazioni uguali. Questo non è previsto negli Stati di *civil law*; tuttavia, con riferimento alle sentenze della Corte di Giustizia, nel precisare od integrare le disposizioni dell'Unione, in una certa misura assumono valore vincolante³⁹. In Italia, tramite la sentenza n. 113 del 23 aprile 1985, la Corte costituzionale ha riconosciuto che l'immediata applicabilità vale anche per *le statuizioni risultanti dalle sentenze interpretative della Corte di Giustizia*.

In ambito nazionale l'art. 10 dello Statuto del contribuente riconosce il *principio del legittimo affidamento*⁴⁰ che riflette il diritto del contribuente alla tutela nei confronti di un comportamento irragionevole posto in essere dalla Pubblica Amministrazione. In virtù della sua dimensione trasversale ed universale, trova applicazione anche nei rapporti tra privati e Unione Europea nonché nelle relazioni tra gli Stati membri e le Istituzioni comunitarie⁴¹; data la vasta applicazione nella giurisprudenza comunitaria in quanto corollario⁴² del principio

³⁷ Principio sancito con la Sent. Corte GUE *Van Gend en Loos* del 5 febbraio 1963.

³⁸ Il diritto europeo è costituito da:

- Regolamenti, dettano una disciplina uniforme valida per l'Unione, sia in specifiche materie sia con riguardo alle modalità di applicazione e regolazione della fiscalità;
- Direttive, delineano obiettivi ma non modalità;
- Raccomandazioni, linee guida, accordi multilaterali, interpretazioni, comunicazioni, risoluzioni, la c.d. *soft law*, che, pur non essendo vincolante, comunque ha ruolo di controllo ed indirizzo ed è giuridicamente rilevante.

Il suddetto principio, dunque, è sempre valido nei confronti dei Regolamenti; nei riguardi delle Direttive è subordinato alla circostanza in cui le disposizioni siano incondizionate e sufficientemente chiare e precise, e nel caso in cui il Paese non abbia recepito la direttiva entro il termine; per gli Accordi vale nella misura in cui gli obblighi siano precisi, chiari, incondizionati e non richiedano misure complementari; verso le Decisioni l'efficacia esiste qualora il Paese destinatario sia designato; non è mai valido per Parei e Raccomandazioni, in quanto non vincolanti.

³⁹ M. Barassi, *Comparazione giuridica e studio del diritto tributario straniero*, in UCKMAR, V., Diritto tributario internazionale, Cedam, 2005, p. 1499.

⁴⁰ G. Grasso, *Sul rilievo del principio del legittimo affidamento nei rapporti con la Pubblica Amministrazione*. Il suo utilizzo ha origine dalla Sent. Cost. n. 349/1985, Cfr. G. Grasso, *L'affidamento quale principio generale del diritto*, in Altalex, 2011.

⁴¹ G. Grasso, *L'affidamento quale principio generale del diritto*, Cit.

⁴² Rif. Corte di giustizia UE, Sez. III, sent. 12 dicembre 2013, C-362/12.

della *certezza del diritto*⁴³, esso si qualifica quale principio generale⁴⁴ comune a tutti gli Stati membri ed è strettamente legato al principio di *buona fede e correttezza*, del quale il suddetto rappresenta un'interpretazione estensiva. Analogamente, in un'ottica di non discriminazione, al fine di garantire la parità di trattamento tra diritti di fonte nazionale, da un lato, e di derivazione comunitaria, dall'altro, esistono due principi complementari: il primo, di *equivalenza*, in base al quale gli individui che fanno valere diritti conferiti dall'ordinamento europeo non devono essere svantaggiati rispetto a quelli che invocano situazioni giuridiche soggettive nazionali⁴⁵. Il secondo, di *effettività*, stabilisce che le norme di diritto interno, rilevanti sul piano processuale, non devono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile la tutela dei diritti spettanti in forza del diritto UE⁴⁶.

Capitolo 2. Confine sottile tra pratiche fiscali non tollerate

2.1 Premessa

Potrebbe formarsi l'idea che, alla luce della presenza delle diverse libertà, ogni cittadino o, più precisamente, ogni contribuente, abbia la possibilità di scegliere il sistema giuridico che più gli conviene, nell'esercizio dei propri diritti riconosciuti. In verità nessun diritto può essere considerato illimitato, conosce infatti il limite atipico e generale del suo esercizio abusivo, che viene a verificarsi ogni qualvolta venga esercitato per raggiungere finalità ed interessi diversi rispetto a quelli in forza dei quali era stato riconosciuto⁴⁷. Si è reso dunque necessario trovare un punto di equilibrio e definire una linea di confine tra libertà ed abuso.

⁴³ È valido anche in sede UE ed è costituito tanto dai limiti temporali dei poteri della CGUE e dai termini delle pronunce, quanto dalla non retroattività di determinati atti e dalla trasparenza circa le operazioni dell'amministrazione finanziaria e degli Stati membri.

⁴⁴ Rif. Corte di giustizia UE, Sez. V, sent. 11 luglio 2002, C-62/00, "*Il principio della tutela del legittimo affidamento fa parte dell'ordinamento giuridico comunitario e deve essere rispettato dagli Stati membri allorché danno attuazione a normative comunitarie*". In altra sede la Corte non ha previsto l'automatismo del principio: "*Il diritto di far valere il principio della tutela del legittimo affidamento spetta a qualsiasi soggetto dell'ordinamento in capo al quale un'istituzione dell'Unione abbia ingenerato fondate aspettative fornendogli precise assicurazioni*". Quando cioè vengano fornite *informazioni precise, categoriche e concordanti*, con ciò escludendo la violazione del principio in questione in mancanza di dette assicurazioni. (Corte di giustizia UE, sez. V, sent. 13 settembre 2017, C-350/16). La Corte, in tempi precedenti, si era pronunciata in tema di concorrenza sottolineando che "*gli operatori economici non possono riporre un legittimo affidamento nella conservazione di una situazione esistente che può essere modificata dalla Commissione nell'ambito del suo potere discrezionale*" (Corte di giustizia, Sez. V, 5 ottobre 1994, Cause riunite C-133/93, C-300/93 e C-362/93).

⁴⁵ A. Iermano, *I principi di equivalenza ed effettività tra autonomia procedurale e "limiti" alla tutela nazionale*, in *Le Riviste de Il diritto dell'Unione Europea*, fascicolo 3-2019.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ D. Quattrone, *Il rifiuto di tutela in ambito di abuso del diritto e l'exceptio doli generalis*, in *Altalex*, 29/05/2020.

Se in ambito nazionale l'individuazione di comportamenti anomali non è sempre agevole, quando questi coinvolgono operazioni transnazionali l'accertamento diventa piuttosto ostico. La maggior parte delle condotte perseguite, in effetti, ha come fondamento il diverso carico tributario che spetta a ciascun soggetto od entità in ragione della propria residenza, onere che di conseguenza cambia al variare delle giurisdizioni. L'Italia, nell'individuare i redditi imponibili, adotta il principio della *World Wide Taxation* (WWT) andando a tassare i redditi dei soggetti residenti ovunque prodotti nel mondo, ed assoggettando a tassazione i redditi prodotti in Italia da soggetti, invece, non residenti. Il concetto di residenza, si può notare, assume rilevanza essenziale. È pacifico che per le persone fisiche, da un lato, e le società, dall'altro, la residenza sia conseguita nel momento in cui è soddisfatto uno dei tre requisiti previsti dalla normativa, che si differenziano a seconda del soggetto passivo persona fisica o giuridica. Dal momento che è un concetto che potremmo definire dotato di una certa "mobilità", vengono spesso attuati comportamenti atti a scegliere la residenza in base a criteri di convenienza tributaria, nella logica del *I pay taxes where I like*. Con riguardo ai redditi d'impresa, in particolare quelli di natura commerciale, finanziaria ed assicurativa, dotati di maggior dinamismo, si assiste spesso ad un'organizzazione imprenditoriale pianificata su scala internazionale, che porta a considerare la differenza tra le aliquote nazionali come una delle variabili da valutare al momento della definizione della strategia aziendale. Questa visione della residenza e dei possibili vantaggi ai quali si accompagna, conduce al fenomeno del *tax shopping* che porta a parlare di soggetti "residenti a fini fiscali" in un certo Paese.

Prima di addentrarci in definizioni in grado di racchiudere le categorie concettuali che descrivono le diverse fattispecie che, in ambito tributario, mirano, nella sostanza, a conseguire vantaggi fiscali, più o meno legalmente, è opportuno precisare che il tema è piuttosto confuso ed incerto; è conseguenza, probabilmente, dell'integrazione che si è voluta attuare tra normativa interna e raccomandazione comunitaria, od anche delle diverse modalità di regolazione che si sono susseguite negli anni, ma non solo.

Sono tre le fattispecie che, nello specifico, suscitano diverse problematiche: l'abuso del diritto (*alias* elusione fiscale), la pianificazione fiscale aggressiva e l'evasione fiscale.

2.2 Abuso del diritto o elusione fiscale?

Partiamo con il dire che l'ordinamento italiano non contiene una previsione generale del divieto di abuso del diritto e che la dottrina non è unanime nel far coincidere i concetti di *elusione fiscale* ed *abuso del diritto*; in particolare, la prima troverebbe fondamento nelle clausole antielusive, di equità e prevedibilità del carico tributario, e nell'art. 37-*bis* del D.P.R. n.

600/1973; la seconda, invece, costituirebbe un principio di elaborazione giurisprudenziale. Tuttavia, nella sostanza, le due categorie vanno a coincidere, soprattutto a seguito dell'emanazione del DLgs 5 agosto 2015, n. 128 in attuazione della Legge delega 11 marzo 2014, n. 23, il quale, volendosi uniformare alle raccomandazioni formulate in sede UE, ha unificato le disposizioni antielusive.

Al fine di comprendere il motivo per cui, ancora oggi, non vi sia uniformità di pensiero circa la configurabilità di una situazione che non può essere ritenuta né legittima né *contra legem*, può essere utile ripercorrere l'evoluzione che ha segnato la categorizzazione delle due fattispecie.

L'introduzione dell'art. 37-*bis*⁴⁸ del DPR n. 600 dell'ottobre 1973, rubricato nelle Disposizioni comuni in materia di accertamento delle imposte sui redditi, ha segnato il punto di partenza nel definire, se pur indirettamente, la fattispecie dell'elusione. L'articolo stabiliva *l'inopponibilità all'amministrazione finanziaria*⁴⁹ degli atti, dei fatti e dei negozi, anche collegati tra loro, privi di valide ragioni economiche, diretti ad aggirare obblighi o divieti previsti dall'ordinamento tributario e ad ottenere riduzioni di imposte o rimborsi, altrimenti indebiti, inoltre l'amministrazione finanziaria disconosceva i vantaggi tributari conseguiti [...] applicando le imposte determinate in base alle disposizioni eluse, al netto delle imposte dovute per effetto del comportamento inopponibile. L'amministrazione finanziaria era così in grado di recuperare la differenza tra l'imposta dovuta e quella versata nell'ambito dell'operazione elusiva, assoggettando a tassazione un'operazione di fatto mai realizzata ma che il contribuente avrebbe dovuto realizzare. La disposizione, dunque, si configurava come una clausola generale di giustizia nella ripartizione del carico tributario, in esecuzione del principio di eguaglianza stabilito dalla Costituzione⁵⁰. Ciononostante, tale disposizione non poteva elevarsi a clausola generale antiabuso poiché contemplava un'applicabilità limitata ad un numero stabilito di fattispecie⁵¹.

⁴⁸ Abrogato dal DLgs. 5 agosto 2015, n. 128.

⁴⁹ Non anche alle parti contrattuali o terzi in buona fede.

⁵⁰ Art. 53 Costituzione: *Tutti sono tenuti a concorrere alle spese pubbliche in ragione della loro capacità contributiva* (principio della capacità contributiva) e *Il sistema tributario è informato a criteri di progressività* (principio della progressività dell'imposizione fiscale).

⁵¹ Riconducibili, nella sostanza, alle operazioni straordinarie più diffuse (comma 3). Su tale filone si assestano anche le pronunce della Suprema Corte in occasione delle sentenze 3055-6-7/2008⁵¹, c.d. "sentenze di Natale", che riconoscono il divieto di abuso del diritto come un principio generale antielusivo. In tema di tributi non armonizzati la fonte del principio dell'abuso del diritto va ricercata negli stessi principi costituzionali che informano l'ordinamento tributario italiano. Dunque, tale interpretazione non contrasta né con l'art. 52 Cost., né con l'art. 23 Cost. ("Nessuna prestazione personale o patrimoniale può essere imposta se non in base alla legge").

A seguito della sentenza Halifax del 21 febbraio 2006⁵², il giudice provvede ad elaborare una nozione di abuso del diritto autonoma dall'ipotesi di frode, e viene riconosciuto dalla Corte di Giustizia UE il carattere generale della fattispecie, in quanto connessa ai principi generali del diritto europeo. In tal modo vengono a delinarsi due presupposti⁵³ in grado di qualificare l'abuso: l'uno, *oggettivo*, stabilisce che le operazioni contestate debbano aver consentito la fruizione di un vantaggio fiscale identificato come indebito in quanto contrario all'obiettivo perseguito⁵⁴; l'altro, *soggettivo*, si fonda sullo scopo che le operazioni poste in essere sono concretamente dirette a perseguire. In questo contesto assume rilevanza il concetto di "economicità", difatti la sola esistenza di valide ragioni economiche è sufficiente ad escludere l'abusività dell'operazione.

Il confine tra lecito ed illecito, tuttavia, continuava a generare non poca incertezza; così, al fine di conformarsi alla raccomandazione europea n. 772 del 6 dicembre 2012 che imponeva ai legislatori nazionali di uniformarsi alle disposizioni in materia di pianificazione fiscale aggressiva, il giudice delegato, in attuazione della Legge delega 23/2014, emana il Dlgs del 5 agosto 2015 n. 128, che, tramite l'inserimento dell'art. 10-*bis* tra le disposizioni dello Statuto del contribuente, va a definire l'abuso del diritto come *l'uso distorto di strumenti giuridici idonei ad ottenere un risparmio d'imposta, ancorché tale condotta non sia in contrasto con alcuna specifica disposizione*. In questo modo il legislatore nazionale di fatto unifica elusione fiscale ed abuso del diritto ponendoli in un rapporto di *genus ad speciem*; similmente la raccomandazione racchiude entro il medesimo concetto tali fattispecie comprendendo anche la pianificazione fiscale aggressiva. Le divergenze che si rendono evidenti tra le due fonti normative hanno portato la dottrina⁵⁵ a ritenere che il fenomeno sia addirittura disciplinato da due *corpora* normativi: dalla raccomandazione e dall'art 10-*bis*.

Ai sensi della raccomandazione dev'essere ignorata, in quanto finzione, inganno, fenomeno inesistente, *una costruzione di puro artificio o una serie artificiosa di costruzioni che sia stata posta in essere essenzialmente allo scopo di eludere l'imposizione e che comporti un vantaggio fiscale*. Analogamente, l'art. 10-*bis* stabilisce l'inopponibilità di *una o più operazioni prive di sostanza economica che, pur nel rispetto formale delle norme fiscali, realizzano essenzialmente vantaggi fiscali indebiti*⁵⁶. Pur apparendo

⁵² Causa C-255/02.

⁵³ In materia IVA. Successivamente, la Corte di Cassazione ha esteso la valenza di tale principio anche ai tributi di competenza nazionale non armonizzati, in quanto anche nei confronti di questi vale il rispetto delle libertà fondamentali esistenti in ambito UE grazie ai trattati.

⁵⁴ Pur non avendo luogo alcuna violazione delle disposizioni che lo prevedono.

⁵⁵ G. Falsitta, *Corso istituzionale di diritto tributario*, CEDAM, 2019.

⁵⁶ I benefici, anche non immediati, realizzati in contrasto con le finalità delle norme fiscali o con i principi dell'ordinamento tributario. (Comma 2, lett. b)

disposizioni molto simili, la sopracitata dottrina ha posto l'attenzione sul problema che sorge adottando tale terminologia, la quale genera confusione tra realtà ed inganno. In particolare, viene mossa l'obiezione: se l'aspetto economico è assente, allora la creazione giuridica non è in grado di produrre alcun effetto, dunque non dovrebbe essere considerata una manifestazione di evasione tributaria? La risposta sembra trovare spazio nella previsione secondo la quale, quando si è in presenza di una costruzione, una situazione che di fatto non esiste, frutto dell'ingegno e della finzione, idonea a trarre in inganno, e perciò degna di essere *ignorata*, questa dovrebbe essere riportata nell'ambito dei casi di evasione tributaria. L'elusione, d'altro canto, dal momento che si fonda su operazioni giuridiche reali, e fenomeno che dà luogo all'*inopponibilità*, non già all'ignoranza, dovrebbe essere ricondotta all'alveo dell'abuso del diritto.

La Commissione UE specifica che, se la *costruzione*, con ciò intendendo tipologie eterogenee di negozio, quali una transazione, un regime, un'azione, un'operazione, un accordo, una sovvenzione, un'intesa, una promessa, un impegno od un evento, manca di sostanza commerciale, allora è artificiosa. Il fattore economico, come anche evidenziato dalla sentenza Halifax, costituisce un punto critico ai fini dell'individuazione della qualifica della fattispecie, tanto dalla raccomandazione, quanto dall'art. 10-*bis*: la prima prospetta delle situazioni per determinare l'artificialità della costruzione, riconducibili sostanzialmente alla non coerenza delle operazioni con il fondamento giuridico della costruzione nel suo insieme, all'impiego di modalità anormali, alla compensazione od all'annullamento dei risultati, alla circolarità delle operazioni, alla non considerazione del significativo vantaggio fiscale nei rischi commerciali, agli utili al lordo delle imposte di valore insignificante rispetto all'importo dei vantaggi fiscali; il secondo dispone che le operazioni prive di sostanza economica *coincidono con i fatti, gli atti e i contratti, anche tra loro collegati, inidonei a produrre effetti significativi diversi dai vantaggi fiscali*.⁵⁷ L'assenza di sostanza economica viene riconosciuta dalla presenza di due indici individuati nella *non coerenza della qualificazione delle singole operazioni con il fondamento giuridico del loro insieme*, ponendo con ciò l'accento sulle operazioni considerate nel loro complesso, idoneo a costituire parametro di riferimento, e nella *non conformità dell'utilizzo degli strumenti giuridici a normali logiche di mercato*, in questo caso assume rilevanza la valutazione del

⁵⁷ Il principio di antieconomicità invocato di per sé *non può costituire prova di evasione fiscale, ma valere solo quale indizio, avendosi diversamente che tutte le aziende dovrebbero guadagnare e nessuna fallire*. CTR Toscana, Sezione XXI, 30 gennaio 2012, n. 6. Ne consegue che il carattere in questione andrebbe interpretato più come un *escamotage* nei confronti del fisco, al più come un indizio per dare avvio alla ricerca di prove di evasione od elusione. Cfr. M. Villani, *Il principio d'inerenza dei costi nell'evoluzione della giurisprudenza di legittimità*, in Altalex, 16/07/2018.

comportamento singolarmente considerato, mettendo in luce la componente comportamentale messa in relazione alla situazione⁵⁸ economica, storica, territoriale, ma anche soggettiva, propria dell'operatore, ed individuando anche il caso di economicità *apparente*, situazione che esclude il carattere abusivo delle operazioni che siano giustificate da valide ragioni extrafiscali, non marginali, anche di ordine organizzativo o gestionale, che rispondono a finalità di miglioramento strutturale o funzionale dell'impresa ovvero dell'attività professionale del contribuente⁵⁹. Ciascun caso concreto sarà in definitiva oggetto di valutazione da parte dell'amministrazione finanziaria a seguito di un'azione in parte interpretativa e discrezionale, rafforzata anche dall'ampia facoltà di interpello preventivo che il contribuente può esercitare. Dunque, un certo grado di libertà, come quello di scegliere tra regimi opzionali diversi offerti dalla legge e tra operazioni comportanti un diverso carico fiscale⁶⁰, viene riconosciuto in capo al contribuente, con il vincolo, tuttavia, che questo non deve tentare di aggiungere un risultato economico che si sarebbe ottenuto adottando altri strumenti giuridici⁶¹.

È possibile dunque giungere ad una conclusione, che riconosce nell'abuso del diritto un comportamento che dal punto di vista formale è consentito, dal momento che non scaturisce da alcuna opera fantasiosa o simulata, ma che, nella sostanza, avvalendosi di un'alterazione dello schema formale del diritto, non è tollerato dall'ordinamento a causa dello scopo⁶² che persegue, individuato in obiettivi ulteriori e diversi rispetto a quelli previsti dal legislatore. Gli elementi costitutivi dell'abuso vengono ricondotti a quattro circostanze:

1. Vi è la titolarità di un diritto soggettivo, cioè la facoltà prevista e concessa da una norma di legge.
2. Vi è la possibilità che il concreto utilizzo di quel diritto non sia vincolato da un'unica modalità di esercizio ma possa essere esercitato secondo una pluralità di modalità non rigidamente predeterminate.
3. Esiste la circostanza che la concreta realizzazione di tale diritto sia svolta secondo modalità apprezzabili rispetto ad un criterio di valutazione giuridico ed extragiuridico.

⁵⁸ Assumono rilevanza, dunque, anche circostanze non strettamente tributarie.

⁵⁹ Art. 10-*bis*, comma 3. Sono considerate legittime, ad esempio, le ragioni riguardanti i costi volti, tra l'altro, a realizzare economie di scala infragruppo e ad ottimizzare le singole competenze. V. Ficari., *Virtù e vizi della nuova disciplina dell'abuso e dell'elusione tributaria ex art. 10 bis della L. n. 212/2000*, in Rivista trimestrale del diritto tributario, fascicolo 2-2016.

⁶⁰ Art. 10-*bis*, comma 4.

⁶¹ Viene operata la ricerca della causa concreta dell'operazione negoziale, mediante la comparazione delle diverse possibilità. (Corte di Cassazione, Sentenza 26 agosto 2015, n. 17175).

⁶² Reso manifesto dalla divergenza tra la funzione assegnata al diritto oggettivo e la sua concreta modalità di esercizio.

4. A causa di una tale modalità di esercizio del diritto si verifica una netta sproporzione ingiustificata tra il beneficio del titolare del diritto e il sacrificio cui è diretta la controparte; si opera perciò una valutazione comparativa tra scelte possibili a parità di utilità.

Ne deriva che non vi è elusione se il contribuente consegue un risparmio fiscale legittimo senza porre in contrapposizione ragioni futili o pretestuose, con ciò intendendo che, nello scegliere tra diverse alternative messe a disposizione dall'ordinamento, il contribuente sceglie il modo fiscalmente meno oneroso⁶³, validamente connesso al contesto imprenditoriale in cui opera.

In definitiva si può affermare che la disciplina dell'abuso ha carattere residuale rispetto alle disposizioni che regolano i reati tributari; in effetti, il penultimo comma dell'art. 10-*bis* sancisce che *l'abuso del diritto può essere configurato solo se i vantaggi fiscali non possono essere disconosciuti contestando la violazione di specifiche disposizioni tributarie.*

2.3 Pianificazione fiscale aggressiva

La generazione di un'economia di tipo globale ed il mancato allineamento dei diversi sistemi tributari adottati dagli Stati hanno portato alla definizione di tecniche di pianificazione fiscale cosiddetta "aggressiva", *aggressive tax planning* (ATP). A causa dell'incremento delle operazioni transnazionali e dell'intensificazione della competizione tra Stati, infatti, le grandi imprese, multinazionali in particolare, hanno adattato la propria struttura organizzativa in modo da rispondere più efficacemente al nuovo sistema competitivo. Questa dinamica si traduce nella pianificazione delle strategie per cogliere lecitamente i disallineamenti fiscali che si originano tra le diverse giurisdizioni, essendo ognuna di esse libera di praticare il livello di imposizione che ritiene opportuno. La qualificazione di *aggressiva* scaturisce nel momento in cui tali comportamenti vengono estremizzati, cioè quando si vanno a sfruttare le disparità esistenti tra i sistemi tributari dei singoli Stati al fine di trarre il vantaggio di una riduzione del carico fiscale altrimenti non spettante; ciò viene conseguito mediante il trasferimento di materia

⁶³ Il richiamo è all'art. 41 della Costituzione, relativo all'autonomia privata ed all'autonomia negoziale. Su questa linea si era collocata una delle tendenze interpretative create nell'ambito delle contestazioni in materia di abuso, in particolare il commento all'art. 16 del DLgs n.74 del 2000, oggi abrogato, riconduceva la condotta del contribuente intesa allo sfruttamento delle opzioni consentite dalla legge civile al fine di realizzare risparmi d'imposta al paradigma della semplice elusione d'imposta, rimanendo per questo priva di ogni riflesso penale. Questo orientamento era stato confermato dalla sentenza n. 23730 del 2006 con la quale la Corte Suprema aveva rilevato come la condotta del contribuente non fosse idonea ad assumere interesse a fine penale dal momento che si trattava di elusione.

imponibile da regimi a fiscalità ordinaria a Paesi caratterizzati da imposizioni maggiormente vantaggiose⁶⁴.

Un punto di contatto con le situazioni che integrano i presupposti dell'abuso del diritto è dato dal fatto che, sul piano formale, le strutture adottate dalle multinazionali sono legittime, è il contrasto che viene a generarsi con gli obiettivi riconosciuti internazionalmente che procura il carattere abusivo⁶⁵.

Gli elementi essenziali che vengono ricondotti all'ATP sono sostanzialmente tre. In primo luogo, lo *sfruttamento delle disparità per trarre vantaggio fiscale*⁶⁶, reso possibile dalla combinazione del trattamento fiscale applicabile alla medesima fattispecie in due o più Paesi, tale per cui, tra la moltitudine di giurisdizioni è possibile individuare quelle dotate di sistemi tributari che garantiscono una minor tassazione⁶⁷ rispetto a quello di residenza. Di per sé un comportamento del genere non si pone in contrasto con alcuna norma, invero, in virtù del diritto di stabilimento definito in ambito UE, l'art. 49 del TFUE riconosce la facoltà di costituire e gestire imprese e società, nonché agenzie, succursali o filiali che svolgano un'effettiva attività economica; attraverso l'insediamento stabile in uno Stato membro, viene concessa la possibilità di partecipare, in maniera stabile e continuativa, alla vita economica di uno Stato UE diverso dal proprio Stato di origine.

In secondo luogo, l'*effetto disallineamento*, “disconnessione”, che si verifica tra lo Stato in cui viene prodotta la ricchezza e il luogo dove invece vengono pagate le imposte; situazione che si pone in contrasto con la sovranità tributaria riconosciuta ad ogni Paese e che provoca consistenti perdite di gettito, oltre che l'accumulo di capitali in Paesi dotati di giurisdizioni poco limpide. In questa circostanza rileva il nesso causale tra l'ottenimento del risparmio fiscale e lo sfruttamento delle disparità esistenti a livello transnazionale, non assume invece importanza il carattere intenzionale dell'azione.

In terzo luogo, la *doppia non imposizione involontaria*⁶⁸, determinata nelle occasioni in cui gli Stati non abbiano volontariamente inteso permettere la doppia non imposizione; in altre parole nei casi in cui la doppia non imposizione non è frutto del coordinamento transnazionale.

⁶⁴ *Base erosion and profit shifting* (BEPS).

⁶⁵ Qui inteso come “contrario agli obiettivi individuati”.

⁶⁶ Esempi più frequenti risultano essere gli schemi “Double Irish” e “Sandwich olandese”.

⁶⁷ Nel Capitolo 4 si indagherà l'origine della bassa intensità fiscale che alcuni Paesi riescono a garantire.

⁶⁸ Fenomeno che verrà esaminato nel Capitolo successivo.

La coesistenza di tali elementi porta al verificarsi della fattispecie della *pianificazione fiscale aggressiva*, intesa come una vera e propria strategia, una scelta su dove pagare le imposte, uno sfruttamento di asimmetrie che conduce a distorsioni tanto sulla leale concorrenza e sull'equità tra le nazioni, quanto sulla stabilità del sistema fiscale interno. Gli schemi⁶⁹ più seguiti vengono ricondotti a tre linee di azione: la localizzazione degli elementi reddituali positivi in Paesi a bassa fiscalità, la localizzazione degli elementi reddituali negativi in Paesi ad elevata fiscalità, l'utilizzo di strumenti ibridi con l'obiettivo di conseguire una doppia non imposizione.

Volendo porre a confronto concetti simili ma nei fatti diversi, si può affermare che sia l'abuso del diritto che la TPA mirano a conseguire un risparmio d'imposta che origina dalla divergenza tra forma e sostanza, con la differenza, però, che nel primo caso si verifica nel medesimo Stato in cui si realizza ed assume rilevanza l'elemento intenzionale, nel secondo deriva dallo sfruttamento delle diversità dei sistemi tributari globali, a motivo della diversa configurazione che può assumere una medesima fattispecie, ed il carattere dell'intenzionalità non assume alcun rilievo.

2.4 Evasione fiscale

I comportamenti che verranno ora considerati si differenziano in modo significativo rispetto ai precedenti; elemento peculiare dell'evasione fiscale, infatti, è la violazione di una specifica disposizione di legge, quella tributaria, e, pertanto, la sua configurabilità come illecito amministrativo e, talvolta, penale⁷⁰ (la c.d. "progressione criminosa"⁷¹). Quest'ultima

⁶⁹ Un particolare regime tributario che può essere ritenuto aggressivo è previsto dal Regno Unito nel riconoscere la figura del *Resident but not domiciled*, che conduce a trasferimenti fittizi di residenza; di fatti, il regime tributario da applicare a tale soggetto residente ma non domiciliato consiste nel portare a tassazione solamente quei redditi esteri che siano stati rimessi od utilizzati nel Regno Unito. I residenti c.d. di lungo termine per poter continuare a beneficiare del regime sono tenuti a pagare annualmente una somma (RBC – *Remittance Basis Charge*) che si aggiunge alle imposte da pagare sui redditi di fonte inglese.

⁷⁰ Al superamento di determinate soglie di evasione e con riguardo al comportamento attuato dal contribuente.

⁷¹ Cfr. S. Bolis, *Obiettiva connessione tra illeciti amministrativi e reati tributari: una soluzione alla vexata quaestio del ne bis in idem?* in Riv. Trim. dir. Pen. Econ., fascicolo 3-4/2017. Tale doppia configurabilità è idonea a procurare non pochi contrasti in ordine al rispetto del principio europeo del *Ne bis in idem* (riconosciuto nella dimensione tanto interna quanto transnazionale-orizzontale dall'art. 50, Carta dei diritti fondamentali dell'UE che dal dicembre 2009, con il Trattato di Lisbona, ha valore giuridico vincolante pari a quelli dei Trattati; Cfr. N. Recchia, *Il principio europeo del ne bis in idem tra dimensione interna e internazionale*, in Diritto penale contemporaneo, fascicolo 3/2015) secondo cui uno stesso soggetto non può essere sanzionato o processato due volte per il medesimo fatto (art. 4, protocollo n. 7, Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo). Tale principio, nell'ordinamento italiano, sul piano processuale viene garantito tramite l'art. 649 c.p.p., mentre sul piano sostanziale viene tutelato attraverso l'applicazione del "principio di specialità" per le violazioni in materia IVA ed imposte

previsione di sanzione scaturisce dal grado di offensività che determinate violazioni hanno nei riguardi degli interessi più meritevoli di tutela, ma esercitano anche un effetto deterrenza per evitare che l'evasione risulti economicamente conveniente anche qualora accertata.

Può essere praticata ad opera di diverse tipologie di soggetti ed è in grado di manifestarsi mediante variegata modalità: le imprese di grandi dimensioni, per esempio, adottano spesso il metodo del *transfer pricing*, o dell'emissione di fatture per operazioni inesistenti; le imprese di dimensioni minori, o i lavoratori autonomi, invece, fanno sovente ricorso ad attività in nero od alla parziale, se non mancata, fatturazione; gli enti non commerciali adottano di frequente forme istituzionali non commerciali per godere di privilegi fiscali; coloro che detengono redditi elevati, infine, li intestano a soggetti di comodo o li trasferiscono all'estero. Nella sostanza, tanto i reati tributari, quanto quelli societari, dei quali spesso sono conseguenza, sono frequentemente riconosciuti come strumentali all'evasione fiscale, proprio per i comportamenti che hanno ad oggetto; un esempio fra tutti è costituito dalle false comunicazioni sociali.

È un fenomeno ampiamente diffuso che riguarda quasi la totalità dei Paesi, tuttavia è possibile affermare che, in una certa misura, sia facilitata da fattori caratteristici del nostro Paese; la struttura economico-sociale italiana, invero, vede una presenza rilevante di imprese di piccole dimensioni e di lavoratori autonomi, sensibilmente più elevata in Italia che nei Paesi europei più avanzati. Tale composizione piuttosto frammentata sul suolo nazionale, accompagnata dall'elevata pressione tributaria nazionale e dalla complessità delle norme fiscali, facilita l'attuazione del fenomeno e rende alquanto complessa l'attività di indagine dell'amministrazione finanziaria. Gli effetti hanno impatti notevoli su più fronti: dalla distorsione degli schemi impositivi, all'alterazione degli effetti distributivi, dall'allocazione negativa delle risorse, al finanziamento, nei casi più gravi, di attività illecite, quali il lavoro nero, la corruzione, il terrorismo. L'evasione fiscale costituisce una fattispecie particolarmente grave per il solo fatto che rappresenta, in ciascuna delle sue possibili

dirette. In seguito all'individuazione di diversi criteri di qualificazione della sanzione penale e di svariate definizioni di *idem factum*, frutto di interpretazioni di orientamento opposto, la giurisprudenza ha iniziato a parlare di "*progressione criminosa*", con ciò intendendo la *situazione nella quale l'esistenza di un reato dipende dall'accertamento di una violazione non costituente reato che si ponga con il reato in connessione obiettiva* (Cfr. S. Bolis, *Obiettiva connessione tra illeciti amministrativi e reati tributari: una soluzione alla vexata quaestio del ne bis in idem?* Cit.), riconoscendo, di conseguenza, la legittimità del doppio binario per talune condotte criminose, soprattutto in virtù della stretta connessione intercorrente tra illecito amministrativo e reato tributario.

manifestazioni, la rottura del vincolo di lealtà minimale che lega fra loro i cittadini e comporta la violazione di uno dei doveri inderogabili di solidarietà⁷².

La disciplina sui reati tributari è quasi interamente contenuta nel Dlgs n. 74 del 2000, che regola in particolare le imposte dirette e l'IVA e che nel corso degli anni ha subito numerose modifiche fino a giungere all'ultima avvenuta nel 2019 che ha comportato un aggravio del sistema sanzionatorio, in particolare mediante l'abbassamento della soglia di rilevanza penale e l'innalzamento della pena minima e massima edittale. Si possono individuare tre classi di reati tributari che riflettono la gravità del comportamento esercitato e la cui regolazione permette o meno la non punibilità in sede penale: in primo luogo, vi sono quei reati che hanno per oggetto una condotta omissiva, dunque l'omesso versamento di ritenute dovute o certificate, l'omesso versamento⁷³ IVA e l'indebita compensazione, regolati rispettivamente dagli artt. 10-*bis*, -*ter*, -*quater*; in secondo luogo, i reati di utilizzo di fatture per operazioni inesistenti, la dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici, l'infedele dichiarazione e l'omessa dichiarazione, che si trovano, nell'ordine, agli artt. 2, 3, 4 e 5; infine, le violazioni più gravi, che non hanno alcun beneficio ai fini della non punibilità, i reati di cui agli artt. 8, 10, 11: emissione di fatture per operazioni inesistenti, occultamento o distruzione di documenti contabili e sottrazione fraudolenta al pagamento delle imposte⁷⁴. L'evasione, dunque, si sostanzia in tutte quelle condotte illecite conseguite mediante l'inosservanza di obblighi tributari.

Rilevante ai fini dell'accertamento del superamento delle soglie di rilevanza penale è l'individuazione del corretto ammontare dell'imposta evasa, di competenza esclusiva del giudice penale, che deve procedere alla determinazione sulla base di criteri sostanzialistici,

⁷² Corte costituzionale, sent. n. 51/1992.

⁷³ Come era stato visto con riguardo all'abuso del diritto, dove, ai fini dell'integrazione o meno della fattispecie, rilevavano anche elementi extra tributari, nel caso dei reati di omesso versamento (artt. 10-*bis*, -*ter*), è determinante, ai fini dell'individuazione della responsabilità del contribuente, la circostanza del mancato pagamento per mancanza di liquidità. Sebbene sul tema non vi sia una visione univoca da parte dei tribunali ordinari, più indulgenti, e della Corte di Cassazione, maggiormente rigorosa, in applicazione dell'art. 45 c.p. (*non è punibile chi ha commesso il fatto per caso fortuito o per forza maggiore*), viene ricondotta alla causa di forza maggiore l'oggettiva impossibilità del contribuente di saldare il proprio debito tributario. La giurisprudenza opera dunque un'interpretazione della norma in modo tale da adeguarla al contesto economico del Paese (c.d. interpretazione adeguatrice).

⁷⁴ Ad eccezione fatta per i comportamenti puniti dagli artt. 2, 3, 8, 10 e 11, che si configurano come reati di pericolo, i rimanenti sono reati di danno, dal momento che vi è l'intento di ledere il bene giuridico che la norma vuole tutelare: l'adempimento dell'obbligazione tributaria. A voler operare un ulteriore distinguo, la prima categoria coincide con i reati che sono punibili a titolo di dolo generico, per cui è sufficiente che vi siano la conoscenza e la volontà del fatto previsto dalla norma incriminatrice; i restanti invece integrano il carattere del dolo specifico, attuati *al fine di evadere le imposte* o di *consentire a terzi l'evasione*.

secondo una prospettiva di prevalenza del dato fattuale reale rispetto ai criteri formali tipici dell'ordinamento tributario. L'ammontare dell'imposta evasa coincide con la differenza tra l'imposta effettivamente dovuta e quella indicata nella dichiarazione, ovvero l'intera imposta dovuta nel caso di omessa dichiarazione, al netto delle somme versate dal contribuente o da terzi prima della presentazione della dichiarazione o nella scadenza del relativo termine⁷⁵. Relativamente ai reati tributari, il risparmio di spesa che viene conseguito a seguito dell'evasione dell'imposta, viene considerata quale profitto, che è costituito dalla somma dell'imposta evasa, delle sanzioni e degli interessi, il cosiddetto "debito tributario"; ciò vale con esclusione delle fattispecie regolate dagli artt. 8, 10 e 11⁷⁶, che prevedono una diversa configurazione del profitto. Rileva, ai fini del verificarsi effettivo del reato di evasione, l'identificazione della natura giuridica delle soglie di punibilità; in effetti, affinché si configuri l'illecito in questione, è necessaria la sussistenza del dolo di evasione. La giurisprudenza è pervenuta a tale conclusione dopo aver visto la definizione di due orientamenti contrastanti che identificavano la natura delle soglie di punibilità come condizione obiettiva di punibilità, da un lato, o come elemento costitutivo del reato, dall'altra. Ne conseguiva quindi che, nel primo caso il colpevole avrebbe dovuto rispondere del reato anche se l'evento da cui sarebbe dipeso il verificarsi della condizione non fosse stato da lui voluto, configurandosi perciò come avvenimento necessario per la punibilità della fattispecie ma non per la sua esistenza⁷⁷; nel secondo caso, al contrario, le soglie sarebbero dovute essere investite dal dolo, per cui se l'imputato non fosse stato consapevole di averle superate, non avrebbe potuto essere condannato⁷⁸. In definitiva, avendo prevalso questa seconda tesi, perché sussista il reato, deve essere accertata la presenza del dolo di evasione, elemento necessariamente richiesto per il superamento delle soglie⁷⁹.

⁷⁵ Art. 1 lettera f) del DLgs n. 74 del 2000.

⁷⁶ L'utilità effettivamente conseguita (art. 8), il profitto concretamente conseguito (art. 10), il valore dei beni che fungevano da garanzia patrimoniale nei confronti dell'amministrazione finanziaria (art. 11).

⁷⁷ Art. 44 c.p.

⁷⁸ Cass. Pen., 18 ottobre 2013, n. 42868.

⁷⁹ A. Toppan, L. Tosi, *Lineamenti di diritto penale dell'impresa*, Cedam, 2018. È utile ricordare che in tema di responsabilità del comportamento illecito, a seconda che si configuri come amministrativo o, invece, penale, i soggetti coinvolti differiscono; infatti, se per le disposizioni penali il soggetto attivo coincide con la sola persona fisica (in virtù del dogma *societas delinquere non potest*), sul piano fiscale le conseguenze incidono sia sulla persona fisica soggetto IRPEF, sia sulla persona giuridica soggetta ad IRES e IVA. Dunque, nel primo caso la sanzione colpirà il soggetto tenuto all'adempimento dell'obbligazione tributaria, nel secondo l'obbligo fiscale è di competenza della persona giuridica ma l'autore specificatamente individuato è colui che esercita i poteri di amministrazione e rappresentanza della stessa. Per taluni, comunque, la responsabilità dell'ente costituirebbe un *tertium genus* posto a confine tra responsabilità amministrativa e penale.

Prima dell'introduzione dell'art. 10-*bis* nello Statuto del contribuente, il reato di evasione fiscale fungeva da “asso piglia tutto”⁸⁰, sicché venivano fatte rientrare sotto la sua disciplina anche situazioni di lecito risparmio d'imposta e di abuso del diritto. Nella realtà, sebbene si tratti di condotte confinanti⁸¹, di fatto si escludono reciprocamente: l'evasione comporta l'aggressione delle disposizioni tributarie, la condotta abusiva agisce aggirandole, il legittimo risparmio deriva dalla facoltà di scelta in capo al contribuente nello scegliere, tra due percorsi alternativi ma, si noti bene, equivalenti, quello fiscalmente più conveniente e che non comporti alcuno stravolgimento della *ratio* della normativa fiscale. Ciò che caratterizza i comportamenti evasivi è l'idoneità delle condotte ad essere perseguite mediante una varietà di comportamenti eterogenei, differenziati in base al grado di complessità ed all'impatto che hanno sul gettito: in un estremo si collocano le condotte attuate dalle piccole e medie imprese e dai lavoratori autonomi che di norma adottano schemi elementari ovvero solamente un'unica azione, quale ad esempio, la mancata fatturazione, nell'altro si posizionano le tecniche maggiormente sofisticate ed articolate che rappresentano una realtà distorta e diversa da quella invece caratterizzante i fatti gestionali e che si servono della collaborazione di numerosi soggetti operanti in più Stati. Sono proprio queste ultime ad essere sotto i riflettori, non solo delle autorità nazionali, ma anche europee, qualora l'evasione riguardi imposte armonizzate, come l'IVA; invero, l'integrità del bilancio dell'Unione è essenziale per garantire i diritti fondamentali dei suoi cittadini ed è presupposto della sua esistenza stessa⁸².

⁸⁰ Espressione tratta da A. Contrino, *La trama dei rapporti tra abuso del diritto, evasione fiscale e lecito risparmio d'imposta*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, n. 4/2016, pag. 1407.

⁸¹ Spesso, soprattutto in passato, si è generata confusione intendendo con il termine “abuso del diritto” situazioni evasive, e viceversa; ad esempio, in relazione alla fattispecie dell'*esterovestizione*. Questa si realizza quando un'impresa viene ubicata all'estero ma nella sostanza è amministrata da soggetti residenti in Italia, portando ad una dissociazione tra residenza reale e formale, quest'ultima localizzata in Paesi che offrono vantaggi impositivi. Nella citata sentenza Halifax il giudice si è riferito a tale schema categorizzandolo nelle condotte elusive, attribuendo però al fenomeno una rilevanza tale da farlo rientrare nel reato di evasione fiscale. In effetti si tratta di uno schema caratterizzato da indubbi profili evasivi dal momento che non vi è un aggiramento delle norme, ma queste vengono proprio disapplicate. È una condotta dunque idonea a configurare il reato di omessa dichiarazione, sostenuto tanto dalla giurisprudenza, quanto dalla Guardia di Finanza nell'emanare la Circolare n. 1-2018, Volume II.

⁸² L'Unione Europea non ha alcun potere diretto nel sanzionare penalmente condotte lesive dei propri interessi, tuttavia, dalla giurisprudenza le è stato riconosciuto un potere, si può definire, implicito. In particolare, la CGUE ha stabilito che, pur riconoscendo che il diritto penale esula dalle competenze dell'Unione, al legislatore dell'Unione non può essere impedito, *allorché l'applicazione di sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive da parte delle competenti autorità nazionali costituisce una misura indispensabile di lotta contro violazioni [...], di adottare provvedimenti in relazione al diritto penale degli Stati membri e che esso ritenga necessari a garantire la piena efficacia delle norme che emana. Inoltre, la Comunità disporrebbe ciò nondimeno di una competenza penale accessoria che potrebbe esercitare ove necessario; la necessità scaturisce dal garantire la piena efficacia delle norme emanate, dunque vi è l'obbligo in capo agli Stati membri di irrogare sanzioni penali nel caso in cui ciò sia essenziale per contrastare violazioni gravi nell'ambito*

Da qui la necessità di coinvolgere sistematicamente gli organismi e le autorità estere mediante un'attività di collaborazione e di scambio di informazioni reciproco.

Il sistema tipico mediante il quale viene praticata l'evasione in materia di IVA da parte di una società è costituito dallo schema di frode "carosello"⁸³, così chiamato poiché caratterizzato dall'interposizione di una o più società nell'ambito di operazioni tra Paesi membri. Nella sostanza dapprima si verifica una cessione di prodotti tra un'impresa realmente attiva ed un'altra, interposta fittiziamente, localizzata in un Paese europeo, così da godere del regime di non imponibilità IVA nell'ambito di operazioni intracomunitarie, successivamente la seconda, detta "cartiera", effettua la cessione dei beni alla società beneficiaria della frode, localizzata nel medesimo territorio, emettendo false fatture per operazioni inesistenti e catalizzando su di sé il debito sul valore aggiunto senza mai dichiararlo e di conseguenza versarlo, inoltre vende i beni ad un prezzo ridotto non avendo alcuna imposta effettiva da scontare; a completamento dell'operazione, il terzo soggetto porta in detrazione l'IVA sull'acquisto dei beni che vengono venduti ad un prezzo favorevole rispetto a quello praticato dai concorrenti⁸⁴. Tale meccanismo evidentemente si discosta ampiamente dal livello "domestico" dal momento che è reso possibile grazie alla collaborazione transnazionale; ne consegue che l'attività di individuazione di frodi di questo genere è resa particolarmente ostica, soprattutto in quei casi in cui i soggetti non si attengono ai meccanismi basilari ma pongono in essere schemi molto articolati; per esempio, la fattispecie appena descritta, è sempre più spesso integrata dall'interposizione di uno svariato numero di società, tanto fittizie quanto reali, anche coinvolgendo ignari cittadini⁸⁵.

di obiettivi UE. Sent. CGUE del 13 settembre 2005, C-176/03; Sent. CGUE del 23 ottobre 2007, C-440/05.

⁸³ La fattispecie viene ricondotta al reato di dichiarazione fraudolenta, disciplinato dall'art. 2 del DLgs n. 74 del 2000; sarebbe però idonea ad integrare anche i requisiti propri delle operazioni simulate poiché non vi è una reale volontà di realizzare l'operazione da parte della società interposta. Tuttavia, la Cassazione, con sentenza n. 36394 del 7 ottobre 2011, ha ritenuto che, di fatto, la società "cartiera", dal momento che non versa l'IVA, effettua una cessione di fatto fittizia, che non è posta in essere realmente e, per tale motivo, oggettivamente inesistente, dunque condotta di cui all'art. 2.

⁸⁴ In questo caso vi è un duplice danno: da un lato viene lesa il gettito dell'erario, sia nazionale, sia europeo dal momento che l'IVA è un'imposta armonizzata, dall'altro la leale concorrenza viene distorta.

⁸⁵ Ad esempio, nell'ambito dell'operazione "Metal ghost" condotta dalla Guardia di Finanza di Livorno nell'aprile scorso ed avente ad oggetto l'evasione di 36 milioni di € tramite il coinvolgimento di 62 imprese, una di queste era stata costituita a Milano proprio rubando l'identità di un cittadino di Latina. Da un lato dunque è complesso riuscire a stabilire chi ha preso effettivamente parte allo schema, dall'altro è altrettanto difficoltoso rintracciare le società coinvolte poiché hanno per loro natura vita limitata. A supporto dell'attività investigativa sono stati individuati degli elementi che nella maggior parte dei casi sono comuni a tale tipologia di modello di evasione: per citarne alcuni, si tratta spesso di Srl con personale assente del tutto od in parte; la dotazione patrimoniale è minima e non vi

Non sempre gli schemi adottati sono di agevole categorizzazione entro la categoria evasiva ovvero elusiva e, talvolta, danno luogo ad identificazioni non pacificamente condivise. Per esempio, una questione dibattuta riguarda la materia del *transfer pricing*, che trova regolazione mediante l'art. 110, comma 7 del TUIR; in questo caso sono oggetto di regolazione le componenti reddituali derivanti da operazioni transnazionali⁸⁶ intragruppo che, dice la norma, devono essere rilevate in base al loro valore normale⁸⁷, identificato nel valore di mercato. Ciò che la disposizione intende evitare è il trasferimento di basi imponibili dall'Italia verso Paesi esteri mediante l'artificiosa fissazione, nelle operazioni tra imprese del medesimo gruppo, di corrispettivi diversi da quelli che sarebbero stati pattuiti tra entità indipendenti in condizioni di libera concorrenza⁸⁸, aumentando il prezzo di acquisto di beni o servizi oppure riducendo il prezzo di vendita degli stessi⁸⁹. Due dubbi sorgono con riguardo a questo genere di operazioni: in primo luogo ci si è chiesti se, in sede di contestazione di maggiori redditi imponibili da parte dell'amministrazione finanziaria, la violazione sia idonea a configurare il reato di infedele dichiarazione, in caso di superamento delle soglie, e dunque di evasione fiscale; in secondo luogo, se la regolazione della materia sia da considerare di natura antielusiva, antievasiva o a sé stante. Sul primo aspetto, mentre l'art. 4 del DLgs n. 74 del 2000 pone l'accento sul carattere dell'*effettività* dei ricavi o dei costi che siano stati conseguiti oppure sostenuti, nel caso del *transfer pricing*, invece, rileva la diversità della misura dell'ammontare conseguito o sostenuto, perciò non sembra idoneo ad integrare il presupposto oggettivo del reato evasivo. Sul secondo punto, in primo luogo, la giurisprudenza⁹⁰ ha rilevato come la norma non combatta l'occultamento del corrispettivo, ma le manovre che consentono il trasferimento surrettizio di utili da uno Stato all'altro; in secondo luogo, non c'è traccia di tipicità nella fattispecie in questione, carattere invece essenziale per il configurarsi di un illecito penale, eventualità che integrerebbe il

è alcun finanziamento bancario; la sede, l'oggetto e la compagine sociale subiscono frequenti modifiche; i bilanci sono in forma abbreviata, non riflettono l'andamento del settore di riferimento e presentano un attivo piuttosto elastico ed un passivo ridotto; i ricavi crescono in modo esponenziale a fronte di un valore aggiunto operativo scarso; i movimenti bancari sono costituiti da importi molto rilevanti con uscite proporzionali alle entrate. Fonte: UIF, Quaderni dell'antiriciclaggio – *Un indicatore sintetico per individuare le società cosiddette cartiere*, n. 15/dicembre 2020, Banca d'Italia.

⁸⁶ *Operazioni poste in essere con società non residenti, siano esse residenti in paradisi fiscali o in paesi a fiscalità non privilegiata. Vengono escluse le operazioni effettuate tra imprese residenti nel territorio dello Stato*, ex art. 5, comma 2, DLgs n. 147 del 2015.

⁸⁷ Art. 9, comma 3, TUIR.

⁸⁸ L. Tosi, R. Baggio, *Lineamenti di diritto tributario internazionale*, CEDAM, 2018.

⁸⁹ Comunque, le parti possono pattuire i prezzi che ritengono; ciò che rileva è che i componenti reddituali derivati siano valutati, ai fini fiscali, in base al principio di libera concorrenza. Art. 110, TUIR.

⁹⁰ Cass. Civ., n. 11949 del 13 luglio 2012.

comportamento evasivo; dunque, le operazioni in questione non possono che rientrare nell'ambito abusivo. Su un livello ancora diverso si è attestata la Suprema Corte⁹¹, la quale ha sostenuto come il fenomeno andrebbe inteso come una pratica isolatamente considerata, senza quindi la necessità di provare che il prezzo applicato, divergente rispetto al valore normale, abbia permesso al contribuente di conseguire un risparmio d'imposta. Su questo filone si è attestata anche una recente dottrina⁹² in commento all'ordinanza n. 11837/2020 della Corte di Cassazione che ribadisce che la disciplina in questione non ha interesse prevalente ad essere di natura antielusiva, con effetti sul piano dell'onere della prova: l'Amministrazione finanziaria sarà solamente tenuta a riscontrare che il prezzo pattuito si discosta dal valore normale ma non il concreto vantaggio fiscale ottenuto dal contribuente, quest'ultimo, d'altra parte, dovrà dimostrare che lo scambio è avvenuto secondo quanto stabilito dall'art. 9, comma 3 del TUIR.

A completamento di quanto sin qui analizzato, occorre considerare l'istituto del *trust*⁹³, esso si sostanzia in un rapporto giuridico triangolare attraverso il quale il *settlor*, il costituente, con atto tra vivi o *mortis causa*, pone dei beni sotto il controllo di un *trustee*, l'amministratore, nell'interesse di un beneficiario o per un fine specifico. A causa delle caratteristiche che ben lo distanziano dagli istituti tipici del nostro ordinamento e che lo pongono in conflitto con diversi principi nazionali, non ha raggiunto una piena integrazione e riconoscimento⁹⁴; invero, l'Italia si è impegnata a riconoscere i *trust* che presentano elementi di collegamento con il diritto di altri Stati⁹⁵ ma la questione sul diritto interno rimane irrisolta. L'art. 73 del TUIR identifica l'istituto, residente e non nel territorio nazionale, come uno dei soggetti passivi IRES e stabilisce *che i redditi conseguiti dal trust sono imputati in ogni caso ai beneficiari*, qualora individuati⁹⁶, *in proporzione alla quota di partecipazione individuata nell'atto di costituzione del trust o*

⁹¹ N. 10739 del 2013 e n. 21410 del 2017.

⁹² D. Avolio, *Valido il "profit split" purché conforme alle Direttive OCSE Commento*, in *Il fisco*, n. 30 del 2020, pag. 1-2976.

⁹³ Originario dei Paesi della *Common Law* ed entrato nell'ordinamento italiano mediante la ratifica della Convenzione Aja del 1° luglio 1985 grazie alla L. n. 364 del 16 ottobre 1989. L'art. 2 della Convenzione ne delinea i tratti caratteristici: (a) i beni del *trust* costituiscono una massa distinta e non fanno parte del patrimonio del *trustee*; (b) i beni del *trust* sono intestati a nome del *trustee* o di un'altra persona per conto del *trustee*; (c) il *trustee* è investito del potere e onerato dell'obbligo, di cui deve rendere conto, di amministrare, gestire o disporre beni secondo i termini del *trust* e le norme particolari impostegli dalla legge.

⁹⁴ L'Italia non ha infatti corredato la ratifica della Convenzione con una legge di applicazione.

⁹⁵ Fermo restando che il riconoscimento nazionale si applica solo con riferimento a quei *trust* riconosciuti come tali dalla Convenzione, cioè quelli caratterizzati dagli elementi distintivi.

⁹⁶ In questo caso si avrà il caso di *trust* "trasparente", opposto al *trust* "opaco" in cui i beneficiari non sono individuati e per questo i redditi sono imputati in capo all'istituto.

in altri documenti successivi ovvero, in mancanza, in parti uguali. Viste le particolarità⁹⁷ caratterizzanti la fattispecie, vengono poi previste delle disposizioni volte a contrastare un suo utilizzo distorto rispetto alle finalità lecite previste dalla legge; infatti sebbene i caratteri generali rimangano fermi, la fisionomia concreta può essere assai diversa da caso a caso⁹⁸. Per questo il comma 3 del citato articolo introduce una presunzione di residenza⁹⁹ in Italia del *trust*, così da evitare localizzazioni fittizie in territori non collaborativi. Per questa sua insita idoneità a fungere da strumento evasivo, mediante la sentenza n. 6798 del febbraio 2016, la Cassazione penale ha individuato nell'istituto in questione caratteristiche di per sé fraudolenti in ordine alla sua fisiologia; di conseguenza, sebbene legittimamente utilizzato, si identificherebbe come un ostacolo alla spedita conclusione del processo di esecuzione forzata. Successivamente, il DL n. 124 del 26 ottobre 2019 ha apportato alcune modifiche al TUIR: l'articolo 44, comma 1, lettera g-*sexies* va ora a ricomprendere entro i redditi di capitale anche *i redditi corrisposti a residenti italiani da trust e istituti aventi analogo contenuto, stabiliti in Stati e territori che con riferimento al trattamento dei redditi prodotti dal trust si considerano a fiscalità privilegiata ai sensi dell'articolo 47-bis*, anche qualora non possano essere considerati beneficiari; all'art. 45 viene introdotto il comma 4-*quater*, disposizione che può dar luogo ad una *probatio diabolica* in quanto stabilisce a carico del contribuente l'onere di provare la suddivisione dell'ammontare percepito tra reddito e patrimonio e, qualora non sia possibile individuare la distinzione, l'intera somma va a costituire il reddito. Dal momento che la finalità per cui ha luogo la costituzione di un *trust* è quella di operare una segregazione dei beni visto che questi si trovano a non fare parte del patrimonio né del *settlor* né del *trustee*, ogni qualvolta in cui ciò

⁹⁷ Ad esempio, i beni del *trust* costituiscono un patrimonio separato, il *trustee* non è obbligato nei confronti del disponente ma solo del beneficiario.

⁹⁸ Gli indici di anomalia possono essere ricondotti ad elementi *soggettivi*, quali, ad esempio, l'istituzione del *trust* da parte di soggetti pesantemente indebitati, gravati da una situazione finanziaria difficile, oppure che sono stati coinvolti in procedure fallimentari o di crisi, ovvero sono sottoposti ad indagini, o ad elementi *oggettivi*, come l'istituzione mediante scrittura privata autenticata, la localizzazione in Paesi a rischio, la collocazione al vertice di una complessa catena partecipativa o lo svolgimento di attività non coerenti rispetto agli scopi. Fonte: Comunicazione UIF del 2 dicembre 2013 – Schema rappresentativo di comportamenti anomali ai sensi dell'art. 6, comma 7, lett. B) del DLgs 231/2007. Operatività connessa con l'anomalo utilizzo di *trust*.

⁹⁹ *Si considerano residenti nel territorio dello Stato, salvo prova contraria, i trust e gli istituti aventi analogo contenuto istituiti in Stati o territori diversi da quelli di cui al decreto del Ministro dell'economia e delle finanze emanato ai sensi dell'articolo 168 bis, in cui almeno uno dei disponenti ed almeno uno dei beneficiari del trust siano fiscalmente residenti nel territorio dello Stato e i trust istituiti in uno Stato diverso da quelli di cui al decreto del Ministro dell'economia e delle finanze emanato ai sensi dell'articolo 168 bis, quando, successivamente alla loro costituzione, un soggetto residente nel territorio dello Stato effettui in favore del trust un'attribuzione che importi il trasferimento di proprietà di beni immobili o la costituzione o il trasferimento di diritti reali immobiliari, anche per quote, nonché vincoli di destinazione sugli stessi.*

non avviene, ad esempio quando di fatto vi è un cumulo di ruoli in capo al medesimo soggetto, si può concludere che lo scopo sia quello di condurre ad una dissimulazione¹⁰⁰.

Capitolo 3. Fisiologia della doppia imposizione internazionale

3.1 Una panoramica

Nel momento in cui una medesima fattispecie, assoggettata ad un'imposizione di tipo personale, per cui non vincolata alla propria localizzazione, può essere dichiarata imponibile in due Stati diversi, si verifica il fenomeno fisiologico della doppia imposizione *giuridica* del reddito prodotto, situazione che non viene contrastata da una norma di diritto internazionale tributario che sia idonea ad escluderla o ad imporre agli Stati di eliminarla, ma che, tuttavia, è nell'interesse degli stessi regolare. Tale circostanza è il naturale effetto del potere sovrano di ciascun territorio di definire il proprio sistema tributario, ragion per cui va a coinvolgere in particolare quei paesi "industrializzati" che adottano i criteri impositivi della WWT nei confronti dei residenti, e della territorialità con riguardo ai non residenti¹⁰¹. Le distorsioni che vengono a verificarsi non coinvolgono solo il versante dell'equità dell'obbligazione tributaria, che vede colpire in misura maggiore chi genera ricchezza tramite operazioni transnazionali rispetto a chi opera solo nazionalmente, ma anche strettamente economiche, poiché non vi è alcun incentivo, anzi, vi è un danneggiamento, nel compiere attività economiche di carattere globale; e proprio quest'ultimo aspetto suscita preoccupazione in sede UE in quanto ostacolo alla libera mobilità di individui ed imprese e, dunque, contrario ai principi dell'Unione¹⁰². Parallelamente alle distorsioni nella concorrenza tra imprese, si verifica anche una sostanziale riduzione delle entrate fiscali che va ad incidere sui servizi pubblici, comportando, ad esempio, una riduzione degli investimenti pubblici e delle spese destinate all'istruzione ed alla

¹⁰⁰ *Trust* "autodichiarato" o *Sham trust*: quando vi è coincidenza tra *settlor* e *trustee* ovvero quando l'attività del *trustee* risulta eterodiretta, per cui è come se il potere di disporre dei beni rimanesse in capo al *trustee*. In tali circostanze la giurisprudenza è unanime nel definire il *trust* in oggetto come inesistente.

¹⁰¹ Con riguardo alle imposte sul reddito o sul patrimonio, per esempio, possono verificarsi tre differenti casi suscettibili di distorsioni:

- Il reddito viene prodotto nel territorio dello Stato da un non residente;
- Il soggetto passivo è considerato residente in due Stati contemporaneamente;
- Due Stati adottano il criterio della WWT e, di conseguenza, il reddito è considerato prodotto da ambedue gli Stati.

¹⁰² Tale illegittimità può scaturire sia in applicazione di una norma fiscale interna, sia dalla compresenza delle disposizioni interne coinvolte dalla fattispecie. Si può affermare di essere di fronte ad un medesimo fenomeno che nella sostanza produce lo stesso effetto di contrastare con le libertà fondamentali. Cfr. S. Dorigo, *Doppia imposizione internazionale e diritto dell'unione europea*, in Riv. Trim. Dir. Trib., fascicolo 1-2013.

sanità. Perciò, ai fini della regolazione di questo genere di situazioni, e per limitarne gli effetti distorsivi, esistono da un lato il complesso delle norme interne (diritto tributario internazionale), dall'altro le norme di fonte internazionale (diritto internazionale tributario).

Meno frequente, ma altresì problematica, è l'analoga situazione che vede coinvolti tipicamente quei redditi derivanti dagli utili delle società di capitali nel caso in cui vengano tassati una prima volta in capo alla società ed una seconda in capo ai soci. In questo caso si verifica il fenomeno della doppia imposizione *economica*, tale per cui una stessa fattispecie viene tassata in capo allo stesso soggetto in due Stati diversi; in questo genere di situazioni le divergenze internazionali vengono risolte sul piano dell'Unione.

Esistono tre principali canali mediante i quali trovano attuazione i comportamenti opportunistici. Innanzitutto, mediante l'abuso dei prezzi di trasferimento, le basi imponibili localizzate in giurisdizioni a bassa imposizione fiscale vengono "gonfiate" per mezzo di artifici, così da spostare i profitti dal Paese con l'aliquota più elevata a quello con l'aliquota più bassa. Poi, d'altro canto, attraverso il trasferimento del debito, il debito interno è utilizzato per trasferire in modo artificioso gli utili da una giurisdizione ad alta imposizione fiscale ad una a bassa tassazione; tale manovra risulta vantaggiosa nel momento in cui un dato Paese ammette in deduzione gli interessi passivi sul debito¹⁰³. Infine, con riguardo ai beni immateriali, può essere realizzata una collocazione strategica dei diritti di proprietà e dei beni intellettuali, caratterizzati da un'elevata mobilità e dalla difficoltà di riconoscere il giusto valore di mercato loro attribuibile.

In linea teorica, con riferimento alle scelte di politica fiscale adottate dai Paesi, vi sono due principi di neutralità che, se perseguiti, portano al conseguimento dell'efficienza internazionale: il CEN (*Capital Export Neutrality*) ed il CIN (*Capital Import Neutrality*). Nel primo caso i sistemi fiscali non devono avere influenza sulle scelte operate dagli investitori circa il luogo di localizzazione degli investimenti, la cui tassazione deve essere analoga dal lato tanto interno quanto esterno; nel secondo rileva il trattamento fiscale subito da un investimento, che non deve variare in ragione del Paese di residenza dell'investitore, perciò le imprese di nazionalità diversa devono subire la stessa imposizione nel momento in cui operano sul medesimo mercato.

3.2 Contrasto nazionale

¹⁰³ In Italia, nei confronti dei soggetti passivi IRES, vige la normativa "*thin capitalization*" che, mediante l'art. 98 del TUIR, limita la deduzione degli interessi passivi al 30% del ROL.

In ambito nazionale il rimedio a situazioni di questo tipo si trova essenzialmente in due circostanze, previste da misure unilaterali: o viene riconosciuto un credito d'imposta da parte dello Stato di residenza su quei redditi prodotti al di fuori del proprio territorio, ovvero lo stesso riconosce un'esenzione su quella stessa fattispecie. Nel primo caso, che è anche la pratica più di frequente adottata, il residente può detrarre dall'imposta nazionale quella che ha già pagato nell'altro Stato sullo stesso reddito, situazione che può dar luogo anche ad un vero e proprio credito o rimborso in caso di tassazione superiore applicata dallo Stato della fonte rispetto a quella domestica e per questo limitata dalla previsione che l'imposta estera detraibile non possa superare quella nazionale; nel secondo caso, il reddito prodotto oltre i confini è completamente esentato dall'imposizione nello Stato di residenza. Quest'ultima ipotesi viene completata dalla possibilità di concedere un'esenzione non totale ma di carattere progressivo, con ciò intendendo che il reddito estero esente andrà a ridurre la base imponibile calcolata mediante l'aliquota frutto del cumulo dei redditi di fonte estera con quelli prodotti nazionalmente.

In Italia, a prescindere dall'esistenza di una Convenzione bilaterale o multilaterale, trova applicazione l'art. 165 del TUIR, le cui disposizioni regolano "i redditi prodotti all'estero ed i rapporti internazionali" mediante la previsione del riconoscimento del criterio del credito d'imposta per i redditi prodotti all'estero. In pratica, le imposte pagate fuori dall'Italia a titolo definitivo su certi redditi *sono ammesse in detrazione dall'imposta netta dovuta*, con la precisazione del seguente limite: *fino alla concorrenza della quota d'imposta corrispondente al rapporto tra i redditi prodotti all'estero ed il reddito complessivo al netto delle perdite di precedenti periodi d'imposta ammesse in diminuzione*. Per cui non vi è un riconoscimento integrale, ma subisce la soglia di un "tetto" dato dalla quota dell'imposta italiana riferibile a quel reddito.

A questo punto assume rilevanza l'individuazione di chi è residente e chi non lo è, oltre alla definizione di quali tipologie di redditi rilevano ai fini dell'applicazione delle disposizioni in oggetto. Dunque, in primo luogo, può essere utile ricordare che, così come disposto dal TUE, in Italia la residenza fiscale è integrata, con riferimento alle persone fisiche (art. 2, comma 2), quando viene soddisfatto uno dei tre requisiti: residenza anagrafica, domicilio civilistico o residenza civilistica per almeno la metà del periodo d'imposta (coincidente con l'anno solare), salvo considerare residenti anche quelle persone cancellate dall'anagrafe della popolazione residente e trasferitesi in uno dei territori individuati quali paradisi fiscali dal D.M.; per le persone giuridiche (art. 5, comma 3, per le società di persone; art. 73, comma 3, per le società di capitali), deve essere rispettato uno dei tre criteri: sede legale, sede amministrativa o luogo

dove viene svolto l'oggetto¹⁰⁴ della società, per lo stesso periodo di tempo di cui sopra (in questo caso, però, coincide con l'esercizio sociale). In secondo luogo, individuati i soggetti passivi, le disposizioni si applicano alle categorie di reddito individuate dall'art. 6, quindi i redditi fondiari, di capitale, di lavoro dipendente, di lavoro autonomo, di impresa e diversi. Dunque, qualora il soggetto passivo esaudisca uno dei tre criteri previsti per la propria categoria e produca, sul suolo nazionale, una delle tipologie di reddito individuate, allora è pacifico che sia assoggettabile ad imposta da parte dello Stato di residenza. Nel caso in cui, invece, il medesimo soggetto, pur integrante uno dei requisiti, abbia la propria fonte di reddito in un territorio estero, si vedrà riconoscere il credito d'imposta, seppur con i limiti sopra esposti.

In relazione, invece, a quei redditi prodotti sul suolo nazionale dai non residenti, trova applicazione l'art. 23 dello stesso TUIR, che considera prodotte nel territorio italiano le medesime tipologie di reddito, ma in tali operazioni assume rilevanza la fattispecie della stabile organizzazione¹⁰⁵, definita dall'art. 162¹⁰⁶ del TUIR come *una sede fissa di affari per mezzo della quale l'impresa non residente esercita in tutto o in parte la sua attività sul territorio dello Stato*. Secondo la lettera f-bis del medesimo articolo, è ritenuta tale anche la situazione in cui, sebbene non vi sia una presenza fisica nel territorio dello Stato, comunque viene esercitata una significativa e continuativa presenza economica nello stesso. Tale previsione, che non è automaticamente contemplata nelle Convenzioni, risponde ad esigenze di contrasto a fenomeni abusivi in conseguenza della smaterializzazione, in molti casi, della stabile organizzazione; si pensi in particolare al commercio tramite siti web oppure alle prestazioni

¹⁰⁴ Coincide con l'attività essenziale per realizzare direttamente gli scopi primari indicati dalla legge, dall'atto costitutivo o dallo statuto, ex art. 73, comma 4, TUIR. In conseguenza dell'ampio utilizzo di *holding* e del commercio elettronico, tale definizione ha perso in parte pienezza in favore di un elevato grado di rilevanza conferito all'attività effettivamente esercitata.

¹⁰⁵ Comprende: (a) una sede di direzione, (b) una succursale, (c) un ufficio, (d) un'officina, (e) un laboratorio, (f) una miniera, un giacimento petrolifero o di gas naturale, una cava o altro luogo di estrazione di risorse naturali; inoltre un cantiere di costruzione, montaggio od installazione, oppure attività di supervisione a loro connesse, se di durata maggiore di tre mesi. Invece, la sola presenza di legami di controllo tra imprese, residenti e non, non è sufficiente ad essere configurata come stabile organizzazione. Non rientrano nella definizione neppure (a) installazioni ai soli fini di deposito, esposizione o consegna di beni o merci appartenenti all'impresa; (b) beni o merci immagazzinati ai soli fini di deposito, esposizione o consegna; (c) beni o merci immagazzinati ai soli fini della trasformazione da parte di un'altra impresa; (d) una sede fissa di affari utilizzata ai soli fini di acquistare beni o merci o di raccogliere informazioni per l'impresa; (e) una sede fissa di affari utilizzata ai soli fini dello svolgimento, per l'impresa, di ogni altra attività; (f) una sede fissa di affari utilizzata ai soli fini dell'esercizio combinato delle attività menzionate nelle lettere da a) ad e).

¹⁰⁶ Da ultimo modificato dall'art. 1, comma 1010, della L. 27 dicembre 2017, n. 205.

offerte dai *tour operator* che, pur operando sul territorio nazionale, sono alle dipendenze di una società straniera.

3.3 Contrasto a livello internazionale

In principio¹⁰⁷, il Trattato istitutivo della Comunità Europea, all'art. 293, abrogato dal Trattato di Lisbona, disponeva che gli Stati membri avviassero fra loro negoziati intesi a garantire a favore dei loro cittadini, tra le altre cose, l'eliminazione della doppia imposizione fiscale all'interno della Comunità, in una situazione di occorrenza. Rimetteva in questo modo all'autonomia dei singoli Paesi il dovere di prevedere tale genere di circostanze e di escogitare modalità di superamento concordate, in forza di un generico obbligo *de contrahendo*. Nonostante la presenza dell'inciso "per quanto occorra" e dell'esplicita individuazione dell'obiettivo della disposizione nell'eliminazione della doppia imposizione, l'articolo non comportava alcun effetto diretto dal momento che non conferiva alcun diritto ai singoli tale da poter essere fatto valere davanti ai giudici nazionali¹⁰⁸. Tuttavia, la Corte di giustizia, pur riconoscendo che la materia delle imposte dirette non rientra nelle competenze proprie dell'Unione, stabiliva che *l'esercizio da parte degli Stati membri di questa competenza loro attribuita non può prescindere dal rispetto del diritto comunitario*¹⁰⁹; in particolare, in un'ottica di tutela dei principi individuati dall'art. 48 del Trattato CEE, può essere limitato *il diritto di uno Stato membro di prevedere le condizioni di assoggettamento e le modalità di imposizione dei redditi percepiti nel suo territorio da un cittadino di un altro Stato membro*¹¹⁰. Ecco che quell'assenza di efficacia diretta in applicazione dell'art. 293, assume in un certo senso potere indiretto, volto a colpire tutte quelle disposizioni che in modo più o meno esplicito vanno ad incidere od a mettere a rischio le libertà fondamentali internazionali. Successivamente, con la pronuncia di alcune

¹⁰⁷ Il *single tax principle* trarrebbe origine dal contesto americano con la formulazione del "1981 U.S. Model Tax Treaty", principio adottato solo successivamente in ambito OCSE. Discenderebbe da un altro principio, *the benefits principle*, che sostiene che i redditi attivi (d'impresa) devono essere tassati in primis dallo Stato della fonte, invece i redditi passivi (da investimenti) devono esserlo dallo Stato di residenza. *The single tax principle* afferma così che i redditi transfrontalieri devono essere tassati secondo il tasso determinato dal *benefits principle*, dunque una sola volta a seconda che sia di competenza dello Stato della fonte o di residenza sulla base dei due criteri individuati. Resta ferma la previsione che, se uno dei due Paesi in questione si astiene dal praticare l'imposizione, al fine di non integrare la doppia non imposizione, dovrebbe competere all'altro Stato provvedervi. Nel primissimo modello di trattato del 1927, con riferimento però ai rapporti con i soli residenti, veniva affermato: "*The most elementary and undisputed principles of fiscal justice, therefore, required that the experts should devise a scheme whereby all incomes would be taxed once, and once only*". Cfr. Reuven S. Avi-Yonah, *Who Invented the Single Tax Principle?: An Essay on the History of US Treaty Policy*, N. Y. L. Sch. L. Rev. 59, no. 2 (2015): 305-15.

¹⁰⁸ Corte di giustizia UE, sent. 12 maggio 1998, C-336/96.

¹⁰⁹ Corte di giustizia UE, sent. 14 febbraio 1995, C-279/93.

¹¹⁰ *Ibidem*.

sentenze¹¹¹, la Corte si è assestata sulla posizione che prevede che, pur restando fermo il riconoscimento di un certo grado di autonomia in capo agli Stati membri, ed il mancato dovere di adattare e modificare i rispettivi regimi fiscali, il sistema dell'Unione va preservato tramite soluzioni concordate che non contemplino il necessario soccombere di un Paese rispetto ad un altro.

Oggi l'art. 4 del TUE stabilisce che gli Stati membri sono chiamati ad adottare ogni misura, sia essa generale o particolare, atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi che derivano dai trattati o che siano conseguenza degli atti delle istituzioni dell'Unione. In realtà, gli stessi, devono anche solo facilitare all'Unione l'adempimento dei suoi compiti e quindi è opportuno che si astengano dall'attuare qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione.

Dal momento che il trattato è un “patto” tra due soggetti che va ad imporsi sul sistema normativo nazionale, può in alcuni casi dare luogo ad anomalie, soprattutto a fronte di divergenze in sede di interpretazione da parte di Stati diversi che impiegano principi e criteri discordanti, ma anche a contrasti in ordine all'applicazione delle disposizioni derivanti dai trattati o dalle leggi nazionali. Per questo, Paesi membri e non si avvalgono del Modello¹¹² di Convenzione internazionale sulle imposte sul reddito e sul capitale elaborato dall'OCSE nel 1963, successivamente modificato nel 2017 nella sua ultima versione tramite l'integrazione della Convenzione multilaterale BEPS. Le disposizioni del Modello OCSE si propongono di conseguire principalmente quattro obiettivi:

- La neutralizzazione degli effetti di disallineamento derivanti da alcuni strumenti e strategie ibride, i c.d. *hybrid mismatch arrangements*;
- La prevenzione dell'abuso dei trattati;

¹¹¹ Corte di giustizia UE, Sez. III, sent. 12 febbraio 2009, C-67/08, “*gli Stati membri godono, fatto salvo il rispetto del diritto comunitario, di una certa autonomia in materia e, pertanto, non hanno l'obbligo di adattare il proprio sistema fiscale ai vari sistemi di tassazione degli altri Stati membri, al fine, in particolare, di eliminare la doppia imposizione che risulta dal parallelo esercizio da parte dei detti Stati membri della loro competenza fiscale.*” Corte di giustizia UE, Sez. I, sent. 16 luglio 2009, C-128/08, “[...] *i dividendi versati da una società avente sede in uno Stato membro a un azionista residente in un altro Stato membro possono essere tassati in entrambi gli Stati membri, e che non prevede, a carico dello Stato membro di residenza dell'azionista, l'obbligo incondizionato di prevenire la doppia imposizione che ne deriva.*”

¹¹² È corredato da un Commentario formulato dal Comitato per gli affari fiscali dell'OCSE, che svolge una funzione di aiuto e supporto nell'interpretazione delle norme convenzionali. Inoltre, la Convenzione di Vienna, agli artt. 31-33, fornisce le linee guida ai fini di una corretta interpretazione dei trattati, prevedendo dapprima un'interpretazione secondo logiche di buona fede e solo successivamente il ricorso ai mezzi complementari, fra cui, appunto, il Commentario, oltre che ai lavori preparatori ed alle circostanze ed alle finalità di conclusione del trattato.

- Il fronteggiamento dell'elusione artificiosa dello status di stabile organizzazione;
- Il miglioramento dei meccanismi di risoluzione delle controversie.

Molti Stati Extra UE adottano invece il modello elaborato dall'ONU ovvero, nel caso degli Stati Uniti, l'*United States Model Income Tax Convention*. Comunque, in sede di elaborazione del trattato ha luogo una fase di negoziazione¹¹³ ed integrazione che prevede la possibilità di porre limitazioni tramite le riserve e di coordinare i diversi ambiti e metodologie di applicazione delle imposte e dei soggetti passivi individuati. Nello specifico, per quanto riguarda l'Italia, le convenzioni trovano applicazione limitatamente all'IRPEF, all'IRES ed all'IRAP, ma nel testo del trattato verranno poi prese in considerazione anche le imposte individuate dall'altro Stato contraente; ad esempio, nella convenzione Italia-Egitto si trovano ben dieci tipologie di imposte tra cui anche l'imposta *Jehad* per la lotta sacra, oppure l'imposta per la difesa o per la sicurezza nazionale. Inoltre, se tramite l'art. 117 della Costituzione italiana le norme pattizie assumono rango sub costituzionale in conseguenza della disposizione secondo cui la potestà legislativa dello Stato e delle regioni è esercitata nel rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali, questo può trovare delle difficoltà di applicazione nel caso, ad esempio, degli Stati Uniti dal momento che, in quanto ordinamento federale, ogni Stato è in realtà libero di uniformarsi o meno a quanto stabilito in sede convenzionale.

In ogni caso è utile precisare che, in virtù dell'art. 169 del TUIR, le disposizioni contenute nel TU si applicano, se più favorevoli al contribuente, anche in deroga agli accordi internazionali contro la doppia imposizione.

A differenza delle disposizioni interne, in questo contesto, ai fini dell'individuazione della residenza, in caso di soggetto considerato residente¹¹⁴ in due Stati, vengono adottati dei criteri a scalare stabiliti dall'art. 4 del modello OCSE che prevedono la considerazione, dapprima, dell'abitazione permanente ed in particolare del centro degli interessi vitali, poi del luogo di soggiorno abituale, successivamente viene richiamato il concetto di nazionalità o cittadinanza

¹¹³ La formulazione di un Trattato si svolge in quattro fasi: (I) negoziazione, (II) adozione e firma, (III) ratifica, (IV) scambio o deposito delle ratifiche.

¹¹⁴ Non comprende le persone che sono passibili di imposizione in un certo Stato solo per il fatto che producono redditi nello stesso. Perciò, nel caso, ad esempio, del *residente non domiciliato* previsto dalla normativa inglese, la Convenzione Italia – Regno Unito prevede che tali soggetti non possano beneficiare della Convenzione se non per quei redditi o capitali “rimessi”. Questa situazione, dunque, è idonea a far sorgere fenomeni di doppia imposizione, “volontaria” si potrebbe aggiungere. Tale particolare fattispecie è idonea ad integrare sia una condotta evasiva, dal punto di vista tecnico-giuridico, sia elusiva, secondo un profilo fenomenologico, poiché l'effetto complessivo è quello di aggirare norme di origine convenzionale in materia di riparto dell'obbligo tributario.

ed, infine, in veste di ultima soluzione al conflitto, il comune accordo¹¹⁵. Il medesimo articolo, per quanto attiene al soggetto passivo società, individua nella sede di direzione effettiva il luogo di residenza; anche in questo caso, qualora gli Stati non fossero in grado di individuare il luogo interessato, sono chiamati a risolvere la situazione tramite un accordo tra le autorità fiscali dei rispettivi Paesi. Si nota dunque un forte appello alla componente collaborativa tra istituzioni.

Anche l'OCSE, nel proprio modello, ha previsto la fattispecie della stabile organizzazione, identificandola, tramite l'art. 5, in una *sede fissa di affari in cui l'impresa esercita in tutto o in parte la sua attività*, in modo del tutto uguale a quanto previsto dall'ordinamento italiano¹¹⁶, seppur con qualche differenza, come la durata di un cantiere che deve essere superiore ai 12 mesi per poter essere configurato stabile organizzazione, mentre secondo l'ordinamento italiano sono sufficienti 3 mesi, oppure l'assenza di un analogo comma *f-bis* in sede OCSE. Comunque, deve essere caratterizzata dalla stabilità e durabilità, senza essere direttamente origine di profitti; può essere di tipo materiale o personale, nel caso in cui vi sia un soggetto che nel territorio dello Stato conclude abitualmente contratti in nome dell'impresa, configurandosi come agente dipendente della medesima. Inoltre, al fine di evitare fenomeni elusivi attuati mediante la frammentazione delle attività che, considerate singolarmente, non configurerebbero stabile organizzazione, vige *l'anti-fragmentation rule*¹¹⁷, tale per cui la frammentazione delle attività svolte da una società, qualora configurabili come complementari, comporta l'integrazione di una stabile organizzazione.

È proprio in sede di confronto tra i diversi Stati, soprattutto in occasione della definizione dei trattati, che rilevano problematiche di interpretazione, anche strettamente grammaticale. I criteri adottati nazionalmente, infatti, differiscono sia in senso quantitativo, sia in senso qualitativo: nel primo caso vengono fatti prevalere criteri diversi; in Germania, ad esempio, vengono applicati quattro canoni (grammaticale o letterale, storico, sistematico e teleologico) ed il giudice sceglie quello che preferisce; in Francia, invece, bisogna considerare in primis il significato letterale ed in un secondo momento, in caso di dubbi, un'interpretazione restrittiva; nel secondo caso uno stesso nome può assumere significati diversi al cambiare degli ordinamenti, ovvero può essere che un determinato concetto giuridico non abbia il proprio corrispondente in un altro ordinamento; la traduzione di "decreto legge" in "*law-*

¹¹⁵ Qualora, anche in questo caso, non fosse possibile giungere ad un punto d'accordo, si perverrebbe all'arbitrato.

¹¹⁶ Si rimanda alla Nota n. 109 per gli esempi positivi e negativi di S.O.

¹¹⁷ P. Valente, *Il nuovo Modello OCSE di Convenzione contro le doppie imposizioni: profili di novità*, in *Il fisco*, n. 6/2018, approfondimento Fiscalità Internazionale.

degree”, per esempio, non trova corrispondenza nel diritto inglese; oppure la nozione il concetto di “*equity*” o “*trust*”, o, ancora, di “studi di settore”.¹¹⁸

3.4 Doppie non imposizioni volontarie, involontarie e *Treaty Shopping*

In linea di massima, le Convenzioni prevedono tre possibili esiti:

- Un solo Stato può esercitare l'imposizione;
- Entrambi gli Stati hanno la facoltà di tassare;
- Per entrambi gli Stati è prevista la possibilità di tassare ma con il limite massimo di ritenuta da parte dello Stato della fonte.

È possibile, tuttavia, che, di comune accordo, la Convenzione preveda che entrambi gli Stati accettino la doppia non imposizione come uno dei possibili effetti del coordinamento, dando così luogo alla *doppia non imposizione volontaria*. Una situazione di questo tipo si verifica ad esempio nei casi delle clausole *matching credit* o *tax sparing credit* che coinvolgono soprattutto i trattati conclusi con i Paesi emergenti, hanno infatti il comune obiettivo di incentivare gli investimenti nello Stato della fonte e per questo si configurano come una sorta di aiuto, se non di partecipazione, allo sviluppo economico di tale Paese. La prima fattispecie prevede che il credito d'imposta sia calcolato sulla base del fittizio ammontare di imposta estera che lo Stato della fonte avrebbe applicato in assenza di esenzione o riduzione dell'aliquota; la seconda, invece, si fonda su un ammontare nozionale di imposte estere figurative, convenzionalmente stabilito tra le parti con un'aliquota superiore a quella applicata nello Stato della fonte. Sebbene tali situazioni siano in una certa misura accettate, vengono in gran parte ricondotte alle pratiche integranti la fattispecie abuso dei trattati, il c.d. *treaty shopping*, che comprende tutti quei comportamenti attuati da un soggetto che hanno come obiettivo quello di usufruire delle disposizioni agevolative previste dai trattati bilaterali o multilaterali, senza tuttavia essere residente in una delle giurisdizioni coinvolte. Questo meccanismo porta senz'altro alla fuga, od alla riduzione, di basi imponibili, ma provoca anche la violazione del principio di reciprocità, oltre che la mancata motivazione, da parte dello Stato di residenza del soggetto in questione, a concludere trattati con altri Paesi, dal momento che è possibile una fruizione indiretta dei benefici. Per ovviare ad effetti di questo tipo esistono due ordini di soluzioni: in primo luogo esiste la possibilità da parte degli Stati di applicare, in via unilaterale ma che può trovare collocazione all'interno delle Convenzioni, la clausola *subject*

¹¹⁸ M. Barassi, *Comparazione giuridica e studio del diritto tributario straniero*, in UCKMAR V., Diritto tributario internazionale, Cedam, 2005, Cit.

to tax che stabilisce che l'esenzione da parte dello Stato della fonte sia subordinata all'effettiva tassazione da parte dell'altro Stato contraente. In secondo luogo, l'azione 6 del Progetto BEPS¹¹⁹ sviluppato dall'OCSE proprio per prevenire azioni di abuso dei tratti fiscali, richiede la presenza di uno standard minimo¹²⁰ di disposizioni che deve obbligatoriamente¹²¹ esistere in ogni trattato. Perciò nell'accordo i Paesi coinvolti devono necessariamente includere una dichiarazione¹²² esplicita sulla non tassazione ed indicare una delle tre seguenti modalità di raggiungimento dell'obiettivo:

- (a) Il *Principal Purpose Test* (PPT), che nega i benefici di un trattato fiscale in caso di abuso dello stesso: *nonostante le disposizioni di un Accordo fiscale coperto, un beneficio ai sensi di un Accordo fiscale coperto non è concesso in relazione ad un elemento di reddito o di patrimonio se è ragionevole concludere, tenuto conto di tutti i fatti e le circostanze pertinenti, che l'ottenimento di tale beneficio era uno degli scopi principali di qualsiasi intesa o transazione che ha portato direttamente o indirettamente a tale beneficio, a meno che venga stabilito che la concessione di tale beneficio in dette circostanze sarebbe conforme all'oggetto e allo scopo delle pertinenti disposizioni dell'Accordo fiscale coperto*. Dunque, il test deve essere superato su due fronti: il primo riguarda lo scopo “dell'intesa o della transazione” realizzata dal soggetto passivo (*reasonableness test*), il secondo attiene alla prova¹²³ che il beneficio fiscale fosse anche solamente uno tra gli scopi e non l'unico (*one of the principal purposes test*)¹²⁴. Inoltre, come affermato all'art. 29 del Modello OCSE, non occorre che vi sia la prova definitiva e certa dell'intenzione del soggetto, basta che sia *ragionevole concludere, tenuto conto dei fatti e delle circostanze*, conclusione che porta a ritenere che vi sia una componente soggettiva e variabile nella valutazione del comportamento.

¹¹⁹ Si è tradotto, a partire dal 2017, nella definizione della Convenzione Multilaterale BEPS. Le disposizioni ivi contenute vanno a modificare in modo automatico gli accordi fiscali coperti di quei Paesi che hanno sottoscritto la Convenzione, ma tale automatismo opera solo in relazione al *minimum standard*.

¹²⁰ Oltre alle disposizioni obbligatorie sono previste anche delle disposizioni nei confronti delle quali i Paesi possono esercitare delle riserve (totali o parziali) ed anche delle disposizioni che prevedono la scelta tra più alternative.

¹²¹ Rientrano altresì nel minimo standard le azioni 5 “Pratiche fiscali dannose”, 13 “Reporting paese per paese” e 14 “Procedura di mutuo accordo”.

¹²² *Intending to conclude a Convention for the elimination of double taxation with respect to taxes on income and on capital without creating opportunities for non-taxation or reduced taxation through tax evasion or avoidance (including through treaty-shopping arrangements aimed at obtaining reliefs provided in this Convention for the indirect benefit of residents of third States)*; Model Tax Convention on Income and on Capital, OECD 2019.

¹²³ Prova particolarmente onerosa e si porrebbe in ostacolo con l'esercizio delle libertà fondamentali riconosciute dall'UE; rileva, ad esempio, il rapporto tra l'interposizione di un'entità *conduit* e l'esercizio della libertà di stabilimento.

¹²⁴ Cfr. A. Cuoco, *The Principal Purpose Test as Introduced by the OECD MLI: Is It Time for a Compromise with EU Tax Law?* in Intertax, Volume 47, fascicolo 10.

- (b) Il PPT con l'inserimento della clausola *Limitation on Benefits* (LOB¹²⁵), integrale o semplificata¹²⁶, che limita i vantaggi derivanti dalla Convenzione ai soggetti che soddisfano determinati requisiti;
- (c) La clausola LOB integrata dalla definizione di regole riguardanti le strutture *conduit* di finanziamento (*conduit financing structures*) o con il *test* dello scopo principale.

Con riferimento ad alcuni ambiti rilevanti e tutelati in sede OCSE, viene espressamente sancita l'impossibilità di porvi riserve da parte degli Stati; nello specifico in materia di (a) entità trasparenti, (b) entità con doppia residenza, (c) applicazione dei metodi per l'eliminazione della doppia imposizione, (d) scopo di un Accordo fiscale coperto, (e) prevenzione dell'abuso dei trattati, (f) transazioni relative al trasferimento dei dividendi, (g) utili di capitale da alienazione di azioni o partecipazioni in entità il cui valore deriva principalmente da beni immobili, (h) clausola antiabuso per le stabili organizzazioni situate in giurisdizioni terze, (i) applicazione di Accordi fiscali per limitare il diritto di una Parte di assoggettare ad imposta i propri residenti, (l) elusione artificiosa dello status di stabile organizzazione attraverso *commissionnaire arrangements* e strategie simili, (m) elusione artificiosa dello status di stabile organizzazione attraverso esenzioni per specifiche attività, (n) suddivisione (*splitting-up*) di contratti, (o) definizione di una persona strettamente correlata a un'impresa, (p) procedura amichevole, (q) rettifiche corrispondenti, (r) arbitrato obbligatorio e vincolante, (s) tipologia di processo arbitrale, (t) accordo su una diversa risoluzione.

In relazione ai redditi derivanti da dividendi e plusvalenze, originati in Stati non membri dell'UE, la Direttiva anti-BEPS impone agli Stati membri, in caso di adozione del metodo

¹²⁵ Inserite in origine nel *U.S. Model Tax Treaty* del 1981 con la seguente motivazione sostenuta da H. D. Rosenbloom (consulente per la politica fiscale per il Tesoro degli Stati Uniti, l'OCSE e molto altro): “*Many commentators believe that existing international commerce is, to a considerable extent, structured on the assumption that liberal use of treaties will be tolerated. The fundamental goal of tax treaties is removal of the negative effects of double taxation. Since treaties are intended to eliminate double taxation, their benefits should flow to persons who, in the absence of the treaty, might be subject to double taxation. These are persons who, while potentially subject to tax in one country on either a source or a personal basis, are also subject to tax in the other country on a personal basis. A principal task of treaty drafters, then, should be to identify those persons in each country who are subject to that country's personal taxing jurisdiction. It may prove necessary in some cases to adopt special rules to ensure that taxation on a personal basis is not avoided altogether*”. Cfr. Reuven S. Avi-Yonah, *Who Invented the Single Tax Principle?: An Essay on the History of US Treaty Policy*, N. Y. L. Sch. L. Rev. 59, no. 2 (2015): 305-15, Cit. pp. 313-314.

¹²⁶ È possibile applicare la disposizione semplificata, S-LOB, mediante la quale i benefici risultanti dalla Convenzione vengono accordati ai soggetti qualificati, così come definiti ai sensi del paragrafo 9 dell'art. 7 della Convenzione Multilaterale BEPS. Esiste un'eccezione per quei soggetti che, pur non integrando i requisiti per poter essere ritenuti qualificati, comunque svolgono in modo attivo attività economiche ed il reddito sia loro attribuibile (*active conduct test*).

dell'esenzione, l'inserimento della clausola *switch-over*¹²⁷ laddove l'imposta nominale a cui sono assoggettati i redditi nello Stato della fonte sia inferiore del 40% all'aliquota nominale esistente invece nel Paese di residenza. Tale clausola tuttavia è idonea a scatenare due generi di problematiche: in primo luogo, sebbene si configuri come un modo per evitare la delocalizzazione di attività in Stati a fiscalità privilegiata, tramite il sistema a *conduit*, quei capitali possono comunque essere fatti transitare su un terzo soggetto interposto; in secondo luogo, l'applicazione varia da Stato a Stato: quei Paesi che dispongono di un'aliquota bassa applicheranno la clausola in relazione a pochi Stati, quelli invece che hanno un'aliquota alta, applicheranno la disposizione nei confronti di un maggior numero di Stati, determinando anche in questo caso comportamenti abusivi ed effetti distorsivi.

Ai fini dell'individuazione dell'effettiva tassazione, è opportuno ben distinguere tra *subject to tax*, quindi effettivamente soggetto a tassazione, e *liable to tax*, potenzialmente assoggettabile a tassazione. A tal proposito rileva l'ordinanza n. 10706 del 17 aprile 2019 della Corte di Cassazione; la pronuncia aveva ad oggetto il caso di una società svizzera, esente da imposta nel proprio Stato di residenza, che, a fronte di ritenute d'imposta subite su canoni di provenienza di una società italiana, chiedeva il rimborso dato dalla differenza tra il 30% (secondo la normativa interna su redditi percepiti in Italia da non residenti) ed il 5% (ai sensi della Convenzione), rimborso che veniva rifiutato in quanto, pur essendo soggetto passivo secondo la normativa di residenza, tuttavia, nella pratica, era esente. I benefici convenzionali, perciò, secondo l'Agenzia delle Entrate, dovevano essere riconosciuti in conseguenza di un effettivo assoggettamento ad imposta nello Stato di residenza (*subject to tax*) e non sulla base del solo inserimento della società tra i soggetti passivi (*liable to tax*). Tuttavia, la Cassazione era giunta alla conclusione che fosse sufficiente anche il solo potenziale assoggettamento alla potestà impositiva dell'altro Stato contraente per poter beneficiare delle disposizioni contenute nei trattati contro le doppie imposizioni, in genere più favorevoli rispetto alla disciplina interna. La conclusione cui era addivenuta la Corte si poggiava in larga misura sul paragrafo 8.11 del Commentario all'art. 4 del Modello OCSE, il quale dispone: “*In many States, a person is considered liable to comprehensive taxation even if the Contracting State does not in fact impose tax*”. Dunque, salvo quanto diversamente previsto dai trattati, l'effettivo prelievo fiscale non trova rilievo.

¹²⁷ Trova compatibilità con l'art. 167, comma 4, TUIR, in materia di individuazione dei regimi fiscali privilegiati; sorgono invece dei problemi in considerazione del regime della *branch exemption*, secondo cui i proventi provenienti da una stabile organizzazione situata all'estero, ma non in un Paradiso Fiscale, possono essere esentati nello Stato di residenza; con ciò gli utili non vengono tassati al momento della loro produzione ma in occasione della loro distribuzione dalla società residente.

Parallelamente possono verificarsi conseguenze che non sono né desiderate né previste dalle giurisdizioni coinvolte ogniqualvolta si verificano episodi di doppia *non imposizione involontaria*. In tale circostanza è opportuno verificare che una situazione di questo tipo non si configuri come effetto di un comportamento abusivo del contribuente, il c.d. *Treaty Shopping*, e/o dell'altro Stato contraente, come avviene nel caso di concessione da parte dello Stato della fonte di incentivi fiscali a danno della potestà impositiva cui avrebbe diritto, ad esempio a seguito di *ruling*¹²⁸ fiscali. A tal proposito rileva il principio dell'*arm's length*¹²⁹ (ALP) secondo cui gli accordi riferiti alle transazioni commerciali e finanziarie tra società associate ed ubicate in Paesi diversi, non dovrebbero differire da accordi comparabili assunti con imprese tra di loro indipendenti in normali condizioni di mercato; logica secondo cui parrebbe irragionevole la negazione da parte di un operatore di un guadagno a lui altrimenti spettante. Vale tanto con riferimento ai beni tangibili quanto agli *intangibles*, e conferisce la possibilità alle autorità amministrative di procedere ad accertamenti quando uno Stato rileva che un dato trasferimento infragruppo comporta prezzi che si discostano in modo significativo da quelli di mercato, quindi quelli che sarebbero praticati in caso di imprese indipendenti. Un altro caso di doppia non imposizione involontaria si verifica quando viene costituita, da parte di una società multinazionale, una *conduit company*¹³⁰ con il solo scopo di far transitare i flussi di denaro dallo Stato della fonte al beneficiario effettivo sfruttando benefici sulla ritenuta in uscita dei proventi previsti nella Convenzione tra lo Stato dove si originano quei redditi e il Paese di ubicazione del soggetto interposto¹³¹. Le conseguenze risultano ancora più vantaggiose se si attua lo sfruttamento, ad esempio, della Direttiva¹³²

¹²⁸ Sul tema, si vedano le note n. 155-157. Non è comunque contestata la disciplina legale del *ruling*, ma la “confezione”, cioè il fatto che l'accordo si configuri come “causa unica ed immediata” del privilegio in concreto ottenuto. Cfr. PEPE F., *Sulla tenuta giuridica e sulla praticabilità geo-politica della “dottrina Vestager” in materia di tax rulings e aiuti di Stato alle imprese multinazionali*, in Riv. Trim. dir. trib., fascicoli 3-4/2017.

¹²⁹ Previsto dall'art. 9 del Modello OCSE sulle Convenzioni contro le doppie imposizioni. In materia di *rulings* non viene contestata la condotta dell'impresa che vede riconosciuto un prezzo che si discosta dall'ALP ma il fatto che vi sia il coinvolgimento dello Stato nell'economia che “avallerebbe” la potenziale erosione. Cfr. PEPE F., *Sulla tenuta giuridica e sulla praticabilità geo-politica della “dottrina Vestager” in materia di tax rulings e aiuti di Stato alle imprese multinazionali*, in Riv. Trim. dir. trib., fascicoli 3-4/2017, Cit.

¹³⁰ Viene a configurarsi come un veicolo privo di una reale funzione economica ma costruito al solo scopo di far godere di benefici altrimenti non spettanti.

¹³¹ A titolo esemplificativo, tra lo Stato della fonte (A) e l'Italia (B) non esiste una Convenzione, per cui i dividendi originati dalla società residente in B verso il beneficiario effettivo residente in A verrebbero tassati con la ritenuta del 30%. Tuttavia, se detti dividendi vengono fatti transitare in una società ubicata in un Paese C dotato di una Convenzione con B, i dividendi in questione subirebbero, nella migliore delle ipotesi, un'imposizione del solo 5%.

¹³² Direttiva 2011/96/UE in materia di “regime fiscale comune applicabile alle società madri e figlie di Stati membri diversi”. L'obiettivo è quello di “esentare dalle ritenute alla fonte i dividendi e altre

madre-figlia che prevede che *lo Stato membro da cui dipende la società madre non può riscuotere ritenute alla fonte sugli utili che questa società riceve dalla sua società figlia*. In relazione ai redditi derivanti da canoni, interessi e dividendi, per i quali, in sede di applicazione dei trattati, è prevista una riduzione dell'imposizione dei proventi in uscita, opera il limite stabilito dalla clausola del *beneficiario effettivo*, volta ed evitare lo sfruttamento abusivo dei trattati. Nella sostanza detta diminuzione trova applicazione solo nel caso in cui il percettore sia l'effettivo beneficiario dei proventi, colui al quale sono fiscalmente imputabili, nello Stato di residenza, e dei quali abbia potere di disporre, con ciò escludendo mandatari o comunque soggetti interposti che di fatto hanno obblighi verso terzi e non hanno piena facoltà di godimento dei proventi.

Ancora, l'azione 2 del progetto BEPS prevede la situazione degli *hybrid mismatch arrangements*, "*check the box*" in ambito statunitense: quelle fattispecie che possono avere diversa qualificazione ai fini fiscali in ciascun ordinamento, ovvero quegli accordi di disallineamento ibridi che sfruttano le differenze di trattamento fiscale di diverse giurisdizioni e per questo sono idonei a dar luogo a doppie non imposizioni. In genere sono schemi attuati dai gruppi multinazionali (MNE – *multi-national enterprises*) che spesso, tramite l'*escamotage* di frammentare la propria *value chain* in più entità autonome per ottenere vantaggi a livello di efficienza, di fatto mirano a ridurre il carico fiscale; in effetti, seppur in presenza di regimi fiscali nazionali perfettamente simmetrici, la diversa configurabilità del carico fiscale, anche detto *tax burden*, può comportare manipolazioni nella definizione dei prezzi di trasferimento.¹³³ Sono coinvolte tanto modalità basiche, come la detenzione di utili in uno Stato e perdite in un altro, quanto schemi molto più complessi, come quello del c.d. *double irish with dutch sandwich*, il "doppio irlandese con un panino olandese". Tale fattispecie vede tipicamente il coinvolgimento di due società irlandesi: una vende a clienti americani e trasferisce i profitti in un Paese *offshore*, l'altra a clienti europei. Per il tramite di una terza società, olandese, la seconda trasferisce i propri profitti alla prima che a sua volta trasferisce nuovamente i guadagni nella società *offshore*.

L'UE si è attivata in tal senso mediante l'emanazione della Direttiva 2017/952 che, all'art. 9, stabilisce che *nella misura in cui un disallineamento da ibridi determini una doppia deduzione, la deduzione si applica unicamente nello Stato membro in cui detto pagamento ha origine*, e, in caso di

distribuzioni di utili pagati dalle società figlie alle proprie società madri ed eliminare la doppia imposizione su tali redditi a livello di società madre".

¹³³ PEPE F., *Sulla tenuta giuridica e sulla praticabilità geo-politica della "dottrina Vestager" in materia di tax rulings e aiuti di Stato alle imprese multinazionali*, in Riv. Trim. dir. trib., fascicoli 3-4/2017, Cit.

deduzione da parte del pagatore senza la relativa inclusione nella giurisdizione del beneficiario, *lo Stato membro del contribuente nega la deduzione di detto pagamento.*

L'esigenza di garantire uniformità e coerenza in sede transnazionale adeguando il contenuto di certe norme nazionali all'ordinamento di un altro Stato coinvolto e concedendo o meno un certo comportamento fiscale in conseguenza di ciò che è avvenuto nell'altro Stato, può portare ad evitare la doppia non imposizione involontaria, pur mantenendo inalterato il rapporto tra due ordinamenti tributari, preservando al contempo il principio di legalità. Se determinati comportamenti, come l'aumento o la riduzione del prelievo fiscale in uno Stato, vengono attuati per rispondere ad esigenze di eliminazione della doppia imposizione internazionale, non vi è ragione di negare altri generi di azione per evitare l'ugualmente dannosa doppia non imposizione involontaria.

Capitolo 4. Ottime condizioni per i Paradisi Fiscali

4.1 Identificare un *Tax Haven*

Arriviamo così al nocciolo della materia da cui prende il nome il presente elaborato: i c.d. *Paradisi fiscali*, “Tax Haven”, “zone franche”, “centri finanziari *offshore*”, addirittura “società segrete” per alcuni¹³⁴. Non importa il nome che viene loro attribuito, ciò che rileva è l'ampia diffusione esistente su scala globale, l'interesse di carattere transnazionale, la percezione che l'equazione “paradiso fiscale è uguale ad illegalità e ad effetti necessariamente negativi” sia sempre vera sebbene l'automatismo non sia verificato in ogni caso. Non è neppure vero che il “paradiso” è sempre di tipo fiscale, ne esistono diverse tipologie; e non è nemmeno il caso di sminuire il fenomeno riconducendolo ad un “nascondino” di redditi. È un tema assai complesso ed ampio, oltre che largamente opaco.

*A good indicator that a country is playing the role of a tax haven is where the country or territory offers itself or is generally recognised as a tax haven*¹³⁵; questa la conclusione cui era pervenuta l'OCSE¹³⁶ nel

¹³⁴ Cfr. A. Deneault, *Offshore. Paradisi fiscali e sovranità criminale*, ombre corte, Verona, 2011, espressione che l'autore riconduce al romanzo *Storia dei tredici* di Honoré de Balzac.

¹³⁵ Il c.d. “*Reputation test*”. Cfr. *Harmful tax competition. An emerging global issue*. OECD, 1998, par. 51, p. 22.

¹³⁶ L'autorità conferita all'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico nella regolazione di tale fenomeno deriva dalla funzione che le era stata assegnata dai Paesi membri, in sede di istituzione (Parigi, 1961), in materia politica, economica e sociale. Dunque, alla luce del cambiamento della situazione e del sorgere di nuove sfide in ambito fiscale, connesse al crescente livello di globalizzazione, i Paesi del G7 si erano visti costretti ad incoraggiare la sua (urgente) entrata in azione.

presentare il Report¹³⁷ del 1987. Già in quella circostanza erano emerse le prime difficoltà nell'identificare il fenomeno e nell'assegnargli una definizione esaustiva. Nel Report successivo del 1998 l'OCSE torna sul tema e provvede a delineare una definizione che identifica nei Paradisi Fiscali quei territori, sia membri UE sia extra UE, che offrono agli investitori stranieri un'imposizione nulla o nominale che di norma si accompagna ad una riduzione dei vincoli regolamentari o amministrativi. L'attività spesso non è soggetta a scambio di informazioni, a causa, per esempio, delle disposizioni rigorose in tema di segreto bancario¹³⁸. Questo carattere, tuttavia, si dimostra insufficiente nel processo di identificazione, soprattutto a causa dell'assenza di un livello minimo di imposizione richiesto ad ogni Paese che dà luogo di frequente a situazioni in cui le imposte applicate dal Paese della fonte su redditi mobili sono inferiori a quelle applicate nello Stato di residenza sulle medesime basi imponibili; inoltre, prima di attribuire tale qualifica ad uno Stato, deve essere considerato un ampio ventaglio di requisiti e di circostanze da analizzare alla luce di ogni contesto e delle sue specificità.

Ci sono tre motivi riconducibili alle caratteristiche dello Stato della fonte che sono in grado di spiegare la differenza di imposizione: in primo luogo, il Paese è, in effetti, un Paradiso¹³⁹ Fiscale ed in quanto tale, come si vedrà in seguito, ha tutto l'interesse a "pubblicizzare" le caratteristiche di cui gode e nessuna convenienza a cambiare rotta, a frenare la *race to the bottom* dell'aliquota ed a collaborare, partecipando così in maniera completamente attiva all'erosione del gettito degli altri Stati coinvolti; in secondo luogo, possiede norme agevolative¹⁴⁰ che vanno ad incidere sul proprio sistema tributario e per questo dispone di importanti entrate tributarie, sono ritenuti potenzialmente dannosi e vengono per questo identificati come "regimi fiscali preferenziali dannosi¹⁴¹"; in terzo luogo, in modo analogo al precedente, dispone di rilevanti entrate, ma, diversamente, traggono la propria origine dall'applicazione di aliquote effettive di tassazione inferiori, senza scopi ulteriori e negativi e perciò non integrano alcun presupposto di dannosità ai fini di un'equa concorrenza fiscale. Da questa

¹³⁷ Cfr. *Administration as service. The public as client*. OECD, 1987.

¹³⁸ Cfr. *Harmful tax competition. An emerging global issue*, OECD, 1998, Cit., par. 47, p. 21.

¹³⁹ La trasposizione in italiano di "*Haven*", più precisamente, dovrebbe essere "rifugio".

¹⁴⁰ Possono riguardare, ad esempio, la legislazione fiscale, le prassi amministrative o le normative speciali.

¹⁴¹ "*Harmful preferential tax regimes*".

prima distinzione¹⁴², utile per inquadrare ogni singola fattispecie, tramite l'integrazione con altri criteri, si giunge alla qualificazione più precisa della situazione concreta.

Il punto di partenza per identificare un *Tax Haven* è l'esistenza di quattro fattori chiave riconducibili a:

- a) Una tassazione nulla o nominale, perciò in ogni caso non effettiva, che di per sé è suscettibile di far sorgere il dubbio sulla bontà o meno della politica fiscale del Paese in questione, e per questo punto di partenza per un'analisi più approfondita;
- b) L'assenza di uno scambio effettivo di informazioni, garantita da stringenti regole di segretezza e da altre protezioni che rendono difficile, se non impossibile, lo scambio di informazioni con il Paese di residenza del contribuente "protetto";
- c) L'assenza di trasparenza, in particolare in materia legale ed amministrativa. Punto che si fa maggiormente critico quando l'obiettivo coincide con l'agevolazione di attività criminali, come l'evasione, il riciclaggio e la frode fiscale;
- d) Nessuna attività sostanziale, tale per cui le giurisdizioni sono ritenute "*booking centres*¹⁴³", d'interesse per i contribuenti solo per ragioni che hanno ad oggetto investimenti o transazioni guidate unicamente dall'aspetto fiscale, ma con nessuna intenzione con riguardo all'esercizio di un'attività sostanziale in quella sede.

Il fatto che l'OCSE qualifichi le suddette situazioni come "*key factors*" non porta ad ottenere una certezza assoluta, un automatismo perfetto, in sede di identificazione di una giurisdizione sospetta; infatti nulla viene detto circa la necessaria sussistenza della totalità degli elementi ovvero la parziale presenza di solo alcuni criteri; ciò che è certo è che il primo elemento debba necessariamente esistere, dal momento che è proprio il trattamento economico di favore a costituire il punto di partenza. Questo, tuttavia, di per sé non è sufficiente, in quanto, come precedentemente affermato, ogni Paese, a seguito delle proprie valutazioni, può decidere liberamente il proprio sistema fiscale, senza che vi siano necessariamente subdole intenzioni. Gli effetti economici che si generano in conseguenza di ogni strategia impositiva sono influenzati dalle aliquote fiscali *in primis*, ma anche dalle modalità con cui vengono definite le diverse basi imponibili e dalle caratteristiche circa l'adempimento dei debiti

¹⁴² Particolarmente rilevante poiché la prima situazione è destinataria delle Raccomandazioni, mentre la seconda è interessata dalle Linee-guida definite dal Report OCSE (1998) Cfr. *Harmful tax competition. An emerging global issue*. Cit.

¹⁴³ C.d. "società di rifatturazione". Cfr. Fondazione Luca Pacioli, *La lotta dell'OCSE alla concorrenza fiscale dannosa dopo il rapporto del 2001: lo stato dell'arte e i possibili sviluppi*. Documento n. 4 del 28 gennaio 2002.

tributari¹⁴⁴ che ne derivano. A parità, ipotizziamo, di aliquote nominali dell'imposta sulle società, l'*effective tax rate* è da ultimo definito da componenti eterogenee¹⁴⁵, che vanno dagli elementi computati alla base imponibile, alla fonte di finanziamento¹⁴⁶, ma anche al tipo di attività in oggetto (ad esempio, macchinari od attività finanziarie). Questo porta ad un'ampia gamma di aliquote effettive rinvenibile internazionalmente; si passa, ad esempio, dalla Francia, che vede un'aliquota fiscale media effettiva pari al 38,4%, alla Bulgaria, che si assesta su un'imposizione effettiva del 9%¹⁴⁷.

È opportuno dunque che, il suddetto primo fattore chiave, la differenza tra aliquota effettiva e nominale diversa, anche sensibilmente, in base al Paese considerato, sia integrato con uno o più degli altri criteri, e, soprattutto, è appropriato adottare un approccio *case-by-case*, che ponga in evidenza e valuti le particolarità proprie di ciascun contesto, mediante un processo di analisi e ponderazione. Non è infatti generalmente condiviso da tutte le giurisdizioni l'obiettivo di assicurare un sistema fiscale che sia equo ed efficiente, o di perseguire specifiche finalità di ordine pubblico; temi quali quello degli investimenti, dell'occupazione e delle disuguaglianze, cari in genere ai Paesi più sviluppati, e mezzi per ridurre disparità di reddito e ricchezza, dipendono largamente dal gettito riscosso dallo Stato; per cui, a titolo esemplificativo, l'entità degli investimenti che un territorio riesce a garantire dipende dall'aliquota dell'imposta marginale effettiva, tale per cui, più bassa è, più il sistema è favorevole agli investimenti (Francia e Spagna, ad esempio, si assestano sul 30%). Inoltre, in base agli obiettivi del *welfare*¹⁴⁸ nazionale, ciascuno Stato membro delinea un sistema fiscale

¹⁴⁴ In materia IVA, ad esempio, il divario, dato dalla differenza tra le imposte da riscuotere e quelle che effettivamente vengono prelevate, è molto più elevato in alcuni Paesi quali Romania (38%), Slovacchia (circa 30%), Grecia e Lituania (oltre il 25%). Fonte: CASE et al. (2017). *Studio e relazioni sul divario dell'IVA nei 28 Stati membri dell'UE: relazione finale 2017*, TAXUD/2015/cc/131.

¹⁴⁵ I diversi Stati membri presentano delle situazioni estremamente diversificate tra loro, hanno ad oggetto ambiti che spaziano dalle peculiari articolazioni territoriali, alle competenze e potestà di spesa, dai meccanismi di trasferimento e sovvenzioni alle risorse di bilancio ed ai modelli tributari locali con il relativo gettito.

¹⁴⁶ È ampiamente diffuso il trattamento preferenziale per gli investimenti sotto forma di debito che porta ad elevati livelli di indebitamento ed a conseguenti rischi in termini di stabilità finanziaria. Le imprese multinazionali, nella definizione delle proprie strategie, sfruttano anche tale asimmetria tra trattamento del debito e del capitale proprio, in favore di una riduzione del carico fiscale complessivo. Questo tipo di distorsione è particolarmente presente in paesi quali Malta, Lussemburgo e Francia. La definizione di una *Common Consolidate Corporate Tax Base* (CCCTB) grazie alla previsione di deduzioni per la crescita e gli investimenti (AGI), integrata da disposizioni antielusive, è la proposta che in ambito UE si propone di limitare il dilagare di distorsioni di questo tipo.

¹⁴⁷ Fonte: ZEW (2016). *Effective tax levels using the Devereux/Griffith methodology: intermediate report 2016*.

¹⁴⁸ Comprende: sanità, previdenza, assistenza ed istruzione.

che sia in linea con la dimensione e la composizione della spesa pubblica che si traduce in finalità di distribuzione del reddito, produzione di beni pubblici e protezione sociale¹⁴⁹.

Questo genere di comportamenti porta a parlare di contribuenti che nella sostanza sono *free-riders*, con ciò intendendo che, pur beneficiando della spesa pubblica del proprio Paese di residenza, di fatto non contribuiscono al suo finanziamento (*welfare shopping*). Nulla osta, in ogni caso, alla libera facoltà di scelta da parte di un investitore tra un Paese con tassi più bassi e, di conseguenza, guadagni più alti, pena la disponibilità di servizi pubblici più limitata, ed invece luoghi con un'offerta più ricca di servizi ma con un carico fiscale più importante per finanziarla¹⁵⁰; è questa una tra le conseguenze del processo di globalizzazione e dell'intensificazione competitiva da cui originano molti effetti positivi.

Il secondo caso di bassa imposizione viene individuato nei Paesi provvisti di un "regime fiscale preferenziale dannoso"; questi offrono norme agevolative che impattano sul proprio sistema tributario rendendolo maggiormente attrattivo e per questo potenzialmente dannoso, dal momento che falsa la concorrenza fiscale. L'individuazione di detti territori è caratterizzata da tratti assai simili a quelli attribuiti ai Paradisi, con la differenza che, mentre questi ultimi devono essere riferiti ai Paesi non membri OCSE, quelli ora considerati, invece, devono essere ricondotti agli Stati membri OCSE e ad altri ordinamenti non configurabili come Paradisi Fiscali. Il Report OCSE "*Harmful Tax Competition*" identifica, da un lato, quattro fattori chiave per identificare le fattispecie sospette e, dall'altro, alcuni elementi di supporto ai fini di un'individuazione corretta sulla base di tutti i possibili fattori rilevanti.

I primi vengono ricondotti a:

- a) La presenza di un livello di tassazione effettivo basso o nullo sul reddito; anche in questo caso è il punto di partenza, indizio prezioso ma in sé non esaustivo in quanto teoricamente frutto di scelte genuine del Paese in materia di politica fiscale.
- b) Un regime "*ring-fenced*¹⁵¹"; cioè isolato. Questo punto è particolarmente sintomatico perché indica la volontà del Paese di proteggersi dagli effetti dannosi provocati dal proprio sistema impositivo che in questo modo avrà ripercussioni solamente nei confronti del gettito straniero, lasciando inalterato il mercato domestico.

¹⁴⁹ G. Melis, *Coordinamento fiscale nell'Unione europea*, in Enc. Dir., Annali, I, Giuffré, Milano, 2007, Cit.

¹⁵⁰ "*Genuine location decisions*". Cfr. Report OCSE (1998), *Harmful tax competition. An emerging global issue*. Cit., p. 17, par. 34.

¹⁵¹ Può esservi una limitazione dei benefici ai non residenti oppure può essere posto il divieto, a coloro che accedono al regime preferenziale, di accedere al mercato domestico del Paese, o, anche, possono essere vietate transazioni in moneta domestica.

c) Assenza di trasparenza¹⁵²; garantita dalla presenza di *ruling*¹⁵³ amministrativi favorevoli atti ad essere configurati come aiuti di Stato¹⁵⁴, da pratiche amministrative peculiari in contrasto con le procedure previste dalla legislazione nazionale, o da una semplice mancanza di rigore nell'applicazione delle leggi. Di fatti, nei comportamenti integranti la concorrenza fiscale dannosa, non trovano spazio solo disposizioni legislative, ma anche prassi amministrative; Paesi quali Irlanda, Portogallo, Belgio, Lussemburgo sono spesso stati visti protagonisti di decisioni da parte della Commissione europea in materia di aiuti di Stato. L'agevolazione di cui può usufruire una data impresa a seguito di questo tipo di accordi, seppure, sottolineiamolo, intrattenuti con l'amministrazione fiscale del Paese di non residenza, altera la concorrenza del mercato e porta tali strumenti a porsi come sostitutivi dei normali

¹⁵² Esiste quando:

- I. Le condizioni di accesso al regime sono definite in modo chiaro;
- II. I dettagli del regime di favore sono disponibili alle autorità fiscali dei Paesi terzi.

¹⁵³ *Alias* interPELLI fiscali, strumenti previsti dall'art.11 del TUIR mediante i quali il contribuente può interpellare l'amministrazione per ottenere una risposta riguardante fattispecie concrete e personali in merito all'applicazione, alla disapplicazione od all'interpretazione di norme di legge. In particolare, in relazione all'attività di imprese che operano internazionalmente, rileva l'art. 31-ter del DPR n. 600/1973 in base al quale l'accordo ha luogo con riferimento ad ambiti quali la definizione del valore normale delle operazioni realizzate, la determinazione dei valori di uscita o di ingresso in caso di trasferimento della residenza, l'attribuzione di utili e perdite alla stabile organizzazione, l'applicazione ad un caso concreto di norme concernenti l'erogazione o la percezione di dividendi, interessi e royalties e altri componenti reddituali. Ciononostante, in talune circostanze, i rapporti economici intrattenuti con le pubbliche amministrazioni possono nascondere aiuti di Stato, che devono essere sottoposti al vaglio della Corte di giustizia, unica abilitata a pronunciarsi in merito. Cfr. G. Greco, *Il rapporto "particolare" tra gli aiuti di Stato e il giudicato*, in Eurojus, 23/07/2018. Esiste inoltre l'eventualità che da una competizione fiscale che potremmo definire "esplicita", si pervenga ad una competizione "occulta" nel caso di definizione di *rulings* non scritti, i c.d. *gentlemen's agreements*, i quali non permettono una concreta verifica fiscale da parte delle autorità. Cfr. F. Pepe, *Sulla tenuta giuridica e sulla praticabilità geo-politica della "dottrina Vestager" in materia di tax rulings e aiuti di Stato alle imprese multinazionali*, in Riv. Trim. dir. trib., fascicoli 3-4/2017. Cit.

¹⁵⁴ A titolo esemplificativo, la Commissione europea, con la decisione n. 38374(2014/c) del 21/10/2015, aveva configurato gli APP (*advanced pricing agreement*) in materia di prezzi di trasferimento conclusi nel 2008 dall'amministrazione finanziaria olandese con Starbucks Coffee BV e Starbucks Manufacturing EMEA BV, controllate da Starbucks Corporation, quali aiuti di Stato. Alla luce delle motivazioni addotte dalla controparte, della comparazione con simili imprese del settore e dei tratti tipici della fattispecie in questione, la Commissione era giunta alla conclusione che gli APP comportavano un vantaggio selettivo imputabile ai Paesi Bassi, finanziato mediante risorse statali, che falsa o minaccia di falsare la concorrenza e incide sugli scambi all'interno dell'Unione. Secondo il nuovo metodo di giudizio proprio della "dottrina Vestager" il conseguimento del vantaggio economico si va a fondere con il carattere selettivo della misura; fusione che si configura più come un assorbimento da parte del vantaggio di tutti gli altri elementi caratterizzanti (intervento dello Stato, impiego di risorse statali, selettività del vantaggio, impatto sugli scambi tra Stati membri, distorsione della concorrenza). Cfr. Cfr. F. Pepe, *Sulla tenuta giuridica e sulla praticabilità geo-politica della "dottrina Vestager" in materia di tax rulings e aiuti di Stato alle imprese multinazionali*, in Riv. Trim. dir. trib., fascicoli 3-4/2017. Cit.

meccanismi di politica monetaria¹⁵⁵. La poca chiarezza e la definizione approssimativa e scarsamente diffusa di criteri validi sempre e per chiunque si traduce, in primo luogo, in situazioni di incertezza su quali siano le pratiche effettivamente ammesse dalla legge ed in linea con l'esercizio dei poteri previsti dalle autorità fiscali, in secondo luogo, in occasioni di discriminazione nei trattamenti delle basi imponibili, oltre che in fenomeni di corruzione che portano a vere e proprie negoziazioni di basi. Tale dannosa situazione si crea a prescindere, quindi, dal sistema fiscale adottato dal Paese.

- d) Assenza di uno scambio effettivo di informazioni, che può anche esplicitarsi in un semplice rifiuto di fornire informazioni al Paese richiedente. Altre volte viene invocato il segreto bancario o d'impresa, oppure vengono sostenuti elementi propri del sistema giuridico, quali, ad esempio, la mancanza di un obbligo di revisione della società o l'assenza di un registro pubblico degli azionisti.

I secondi fattori, invece, i c.d. “complementari”, riguardano: una definizione artificiale della base imponibile, che diventa sospetta qualora persegua scopi diversi¹⁵⁶ da quelli previsti in origine per rispondere ad esigenze legittime, quali, ad esempio, la compensazione degli impatti dell'inflazione o l'eliminazione della doppia imposizione in certe circostanze; il mancato rispetto dei principi internazionali in materia di *transfer pricing* nelle operazioni infragrupo; l'esenzione del reddito da fonte estera dall'imposta del Paese di residenza, idonea a favorire pratiche di *treaty shopping*, la negoziabilità dell'aliquota fiscale o della base imponibile¹⁵⁷ che possono dar luogo all'assorbimento del credito d'imposta concesso dal Paese di residenza su redditi tassati alla fonte; la presenza di disposizioni in materia di segretezza; la possibilità di accedere ad una vasta gamma di trattati¹⁵⁸ fiscali; regimi pubblicizzati come strumenti per ottenere una riduzione del carico fiscale mostrando, in tal modo, la loro funzione primaria; ed, infine, regimi che incoraggiano operazioni od intese guidate unicamente da ragioni fiscali, prive di qualsiasi attività sostanziale.

¹⁵⁵ Cfr. S. Bolis, *Quando il ruling preventivo diviene aiuto di stato: il caso Fiat Chrysler Finance Europe Ltd*, in Eurojus, fascicolo n. 1/2020.

¹⁵⁶ Ad esempio, l'applicazione del regime PEX incondizionatamente, oppure norme che consentono deduzioni, esenzioni od altre agevolazioni senza che vi sia stata una corrispondente tassazione o spesa.

¹⁵⁷ Se è vero che in quanto alla dimensione qualitativa esiste convergenza di determinazione, gli aspetti quantitativi divergono in modo alquanto evidente; scelte diverse vengono operate con riguardo, ad esempio, ai coefficienti di ammortamento, alla tipologia di accantonamenti fiscalmente riconosciuti, alle regole sul riporto delle perdite, oltre alle diverse regole, civilistiche e fiscali, che esistono nel determinare, a monte, il reddito d'impresa.

¹⁵⁸ In particolare, i Trattati contro le doppie imposizioni, ampiamente promossi dall'OCSE proprio per eliminare le disuguaglianze che talvolta coinvolgono i contribuenti che svolgono operazioni che riguardano uno o più Paesi oltre a quello di residenza. In questa circostanza possono essere utilizzati per originare trattamenti preferenziali, amplificando gli effetti abusivi.

4.2 *Black, white, grey list: tra opacità e trasparenza*

Dalla suddetta distinzione è possibile condurre ogni Paese entro una lista che ha connotazioni in un certo senso reputazionali. Infatti, con l'obiettivo di individuare in modo agevole le giurisdizioni che hanno un impatto dannoso sull'economia tramite criteri armonizzati e globalmente definiti, a partire dal 1998, l'OCSE ha dato il via, mediante il *Forum sulle Pratiche Fiscali Dannose*, all'inserimento in apposite liste dei regimi fiscali preferenziali dannosi, da un lato, e dei Paradisi Fiscali, dall'altro, secondo i criteri metodologici stabiliti dal Report OCSE del 1998. Prima di considerare le tappe e gli organismi che hanno caratterizzato tale formulazione, è bene evidenziare come l'appartenenza alla lista "peggiore", la *black list*, sia stata ideata anche con l'obiettivo di procurare un *effetto stigma*, mediante il danneggiamento reputazionale dei Paesi listati; per questo motivo tale modalità è stata duramente criticata, in effetti tale infamia sarebbe causa di incremento della pressione fiscale, di un troppo stretto rigore nell'attività di monitoraggio, e di costi reputazionali, oltre che del rischio di pesanti diminuzioni dei flussi reddituali.

La prima individuazione riportata nel Report del 2000 individuava 47 Paesi rientranti nella prima categoria, tra cui anche l'Italia con riferimento ad alcuni settori¹⁵⁹ di attività (finanziamenti e leasing, assicurazioni, banche, e settore marittimo), e 35 attribuibili alla seconda. Parallelamente a quest'ultima era stata formulata, e lo è tuttora, un'ulteriore lista, c.d. *Paradisi Fiscali non cooperativi*¹⁶⁰ o *grey list*, che individuava, tra i Paradisi Fiscali, quelli che non avevano mostrato alcun interesse nel cooperare con l'OCSE per l'eliminazione delle pratiche fiscali dannose. In aggiunta, per ragioni di completezza, trovava luogo anche un terzo elenco con l'indicazione dei Paesi potenzialmente dannosi, con ciò intendendo quelli dotati del potenziale per divenire tali ma nei cui confronti non era avvenuto alcun accertamento in ordine alla concreta dannosità.

Sebbene la discriminante originaria della categorizzazione fosse il livello di imposizione applicato entro i confini, era stato notato, invece, che il punto chiave non fosse tanto la

¹⁵⁹ Settori economici individuati: (a) Assicurazioni, (b) Finanziamenti e Leasing, (c) Fund Managers, (d) Banche, (e) Regimi delle sedi centrali, (f) Regime dei centri di distribuzione, (g) Regime dei centri di servizi, (h) Settore marittimo, (i) altre attività. Cfr. Fondazione Luca Pacioli, *La lotta dell'OCSE alla concorrenza fiscale dannosa dopo il rapporto del 2001: lo stato dell'arte e i possibili sviluppi*. Documento n. 4 del 28 gennaio 2002, Cit., p. 18.

¹⁶⁰ Per non essere inclusi, gli stati devono sviluppare "l'impegno programmato", contenente il programma, le modalità e le tempistiche, ed impegnarsi al rispetto della clausola *standstill*, in forza della quale "le parti di un accordo commerciale si impegnano a mantenere il mercato almeno altrettanto aperto in futuro come al momento della conclusione dell'accordo". Cfr. www.trade.ec.europa.eu

strategia fiscale alla base di una certa politica tributaria, quanto la disponibilità dello stesso Paese a collaborare¹⁶¹ con altre giurisdizioni al fine di avere uno scambio di informazioni che permettesse di avere notizie chiare, certe e precise circa la situazione fiscale dei contribuenti delle rispettive nazioni. Ecco che allora, con l'obiettivo di valutare il livello di conformità dei diversi Paesi in relazione ai principi di trasparenza (da qui la qualifica di "opaco" o "trasparente" con riferimento ad un dato Paese) e collaborazione in materia fiscale, nel 2009 è stato istituito in ambito OCSE il *Global Forum on Transparency and Exchange of Information for Tax Purposes*, che, avendo sempre a riferimento il Rapporto OCSE, ha il compito di redigere la *black list*¹⁶² contenente i nominativi dei Paradisi Fiscali individuati.

La creazione delle liste si articola in tre passaggi: dapprima ha luogo la valutazione degli indicatori rilevanti da parte della Commissione Europea; da questa emerge la distinzione in tre categorie che vedono in primo luogo quei territori che beneficiano di speciali accordi con l'Unione, in materia di trasparenza; in secondo luogo, i Paesi meno sviluppati (LDC – *Least Developed Countries*); ed in terzo luogo, tutti i rimanenti. Ai fini della valutazione dei membri di quest'ultima categoria, assumono rilievo tratti quali il volume delle attività finanziarie, la stabilità politica, il tipo di legame intrattenuto tra Stati membri e Paesi terzi ed il sistema normativo interno. Successivamente, opera la fase di selezione dei territori che integrano o meno i tre criteri europei della trasparenza fiscale, dell'equa tassazione e dell'attuazione delle misure anti BEPS. Infine, la creazione della lista e l'invio da parte della Commissione delle lettere ufficiali ai Paesi interessati, costituisce l'ultima fase.

Il processo di creazione delle liste è dinamico e continuamente monitorato onde riuscire ad ottenere una panoramica aggiornata della situazione globale; per questo i territori evidenziati possono aumentare, diminuire, "cambiare qualità", ma anche rimanere "sospesi" in caso di perplessità circa il loro giudizio o di impegno del Paese ad uniformarsi ai principi richiesti tramite l'eliminazione delle pratiche fiscali ritenute dannose. Nel 2019, ad esempio, Aruba e Dominica sono state cancellate, mentre le isole Bermuda e Barbados sono passate alla *grey list*, ovvero nel 2020 Panama è stata aggiunta alla *blacklist* e le isole Cayman, Palau e le

¹⁶¹ Assume dunque rilievo l'aspetto "procedimentale" del tributo, che origina dal grado di cooperazione dello Stato nei confronti delle altre Amministrazioni e dal livello di trasparenza.

¹⁶² Altra situazione riguarda, invece, la redazione delle liste nere ad opera dell'ONU, le quali portano all'indicazione di persone o gruppi coinvolti in attività terroristiche a seguito di una condanna o di indagini; la procedura è stata introdotta tramite la Risoluzione n. 1267 del 1999, confluita successivamente in ambito europeo tramite il Reg. CE 881 del 2002, recepito con il DLgs n. 109 del 22 giugno 2007. Cfr. L. Sammuri, *Finanziamento al terrorismo internazionale e paradisi fiscali*, in Rivista di diritto e procedura penale militare, n. 4/2019, pp. 50-60, Cit.

Seychelles dalla *grey list* sono passate alla *blacklist*¹⁶³. I cambiamenti circa la composizione delle liste, oltre che i termini imposti per porre rimedio alla propria situazione, vengono di anno in anno comunicati tramite i Report pubblicati dall'OCSE, in un'ottica di collaborazione tra l'Organizzazione ed i Paradisi Fiscali, cooperazione che ha potuto riscontrare non poche inversioni di tendenza.

Su quest'onda, nel 2014 l'OCSE ha elaborato il *Common Reporting Standard* che va a coinvolgere lo scambio di informazioni finanziarie tra Stati, la cui adesione o meno si configura come discriminante ai fini dell'inserimento della giurisdizione nella *black list* o nella c.d. *white list*.

Parallelamente, il 9 marzo 1998 è stato istituito, ad opera del Consiglio "Economia e Finanza" (ECOFIN), il gruppo "Codice di condotta" (COCG) con l'incarico di valutare le misure fiscali idonee a rientrare nell'ambito di applicazione del Codice¹⁶⁴. Dopo aver esaminato 92 giurisdizioni sulla base dei legami economici con l'UE, della stabilità istituzionale e dell'importanza del settore finanziario del Paese, il gruppo ha diramato, il 5 dicembre 2017, la prima lista¹⁶⁵ UE che comprendeva 17 Paesi¹⁶⁶ o territori non appartenenti all'Unione che non avevano dato prova di aver assunto impegni in risposta alle iniziative ed alle preoccupazioni UE. Allo stato attuale il Consiglio dell'Unione Europea del 22 febbraio 2021 ha individuato 12 giurisdizioni¹⁶⁷ non cooperative ai fini fiscali, sulla base dei tre parametri adottati¹⁶⁸.

Al sistema di liste elaborato dal Forum sulle Pratiche Fiscali Dannose e dal COCG, si affianca quello predisposto autonomamente, sia da Organizzazioni Non Governative, quali ad esempio Oxfam e Tax Justice Network, sia da alcuni Stati, come l'Italia, il Belgio, la Grecia,

¹⁶³ A. Koutsouva, *The European Union's List of Non-Cooperative Jurisdictions for Tax Purposes*, 2020, 29, EC Tax Review, n. 4, pp. 178-196.

¹⁶⁴ Impegno politico degli Stati membri in ordine al *processo di smantellamento*, attuato mediante la riesamina, la modifica o l'abolizione delle misure fiscali in vigore costituenti concorrenza fiscale dannosa, ed al *processo di mantenimento dello status quo*, tramite l'astensione dall'introdurre di nuove in futuro.

¹⁶⁵ A partire dal 2020 l'aggiornamento avviene regolarmente due volte all'anno, nell'ambito di un continuo processo di monitoraggio che prevede: (a) la formulazione di criteri in linea con le norme fiscali internazionali, (b) il vaglio dei Paesi a fronte di tali criteri, (c) il dialogo con i Paesi non conformi, (d) l'inserimento e la cancellazione dalla lista dei Paesi in funzione dell'attuazione (o mancata attuazione) delle riforme, (e) il monitoraggio degli sviluppi per garantire che le giurisdizioni non facciano marcia indietro sulle riforme già avviate. Cfr. www.consilium.europa.eu

¹⁶⁶ Tunisia, Corea del Sud, Emirati arabi, Samoa americane, Bahrain, Barbados, Grenada, Guam, Macao, Isole Marshall, Mongolia, Namibia, Palau, Panama, Santa Lucia, Samoa e Trinidad, Tobago.

¹⁶⁷ Samoa americane, Anguilla, Dominica, Figi, Guam, Palau, Panama, Samoa, Trinidad e Tobago, Isole Vergini degli Stati Uniti, Vanuatu, Seychelles. Cfr. www.consilium.europa.eu, Cit.

¹⁶⁸ (I) trasparenza fiscale, (II) equità fiscale, (III) attuazione delle misure anti-BEPS.

i quali hanno formulato dei propri elenchi; alcuni indicando i Paesi considerati Paradisi Fiscali (*black*), altri valorizzando quelli che, al contrario, non soddisfano i requisiti (*white*), dandone una identificazione in positivo. Per i primi sono state individuate quattro tipologie di discriminanti riconducibili a:

- (a) L'esistenza o meno di un'imposta sul reddito delle società;
- (b) L'imposta sul reddito non è paragonabile a quella del Paese che ha formulato la *black list*;
- (c) Alcune società od attività beneficiano dell'esclusione dal regime ordinario d'imposizione;
- (d) L'imposta sul reddito è applicata unicamente sui redditi prodotti nel territorio dello Stato, con la conseguente esenzione dei redditi da fonte estera.

Sebbene i criteri adottati siano differenti, comunque l'obiettivo è il medesimo: combattere le pratiche fiscali aggressive, l'evasione fiscale ed anche proprio i Paradisi Fiscali.

4.3 *Blacklist* in Italia

Prendendo ora a riferimento il caso italiano, l'ordinamento ha provveduto a definire in modo indiretto le proprie liste, andando cioè a disporre, attraverso alcuni Decreti Ministeriali, quei Paesi nei confronti dei quali dovevano essere applicate certe disposizioni. Il D.M. del 4 maggio 1999, ai fini dell'applicabilità dell'inversione dell'onere della prova per la residenza, considera *residenti, salvo prova contraria, i cittadini italiani cancellati dalle anagrafi della popolazione residente ed emigrati in Stati o territori aventi un regime fiscale privilegiato, da individuarsi con decreto del Ministro delle finanze*. Ha luogo quindi un'inversione dell'onere della prova che generalmente spetta all'amministrazione finanziaria nel determinare la residenza fiscale di un soggetto in Italia. La presunzione relativa viene giustificata con la finalità di evitare che aspetti formali prevalgano su fatti sostanziali; per questo il contribuente è chiamato ad utilizzare qualsiasi mezzo di prova di natura documentale o dimostrativa, che stabilisca una delle situazioni individuate dalla Circolare del 24/06/1999 n. 140.

Il D.M. del 21 novembre 2001 (“*blacklist CFC*¹⁶⁹”) considera privilegiati *i regimi fiscali di Stati o territori in ragione del livello di tassazione sensibilmente¹⁷⁰ inferiore a quello applicato in Italia, della mancanza di un adeguato scambio di informazioni ovvero di altri criteri equivalenti*, questo affinché possano trovare applicazione le disposizioni in materia di società estere controllate. Con riferimento a tale elenco, dunque, assumono importanza da un lato le disposizioni in materia di integrale imposizione sui dividendi proveniente da Paesi *black*, dall’altro la tassazione per trasparenza dei redditi di medesima provenienza. La disposizione mira a scongiurare fenomeni c.d. *tax deferral*¹⁷¹ in quanto, andando a tassare i proventi al momento della loro produzione, senza attendere la distribuzione degli utili,¹⁷² si evitano situazioni che possono agevolare comportamenti abusivi mediante il ritardo del momento della tassazione ovvero tramite l’interposizione di strutture veicolo (partecipazione indiretta) localizzate in Stati non *black* così da smorzare l’imposizione integrale. È stato evidenziato¹⁷³ come tale previsione possa in talune situazioni suscitare incertezza ed incoerenza; il regime dell’imposizione integrale degli utili potrebbe infatti avere punti di contrasto con il principio stabilito a livello europeo della proporzionalità e con la stessa direttiva 90/435/CE “madre-figlia”, inoltre, graverebbe un onere ingiustificato in capo a quelle società intermedie che realmente esercitano una effettiva attività economica ed ai grossi gruppi multinazionali che per esigenze concrete dispongono di entità in diverse giurisdizioni, anche *black*. Dal momento che i criteri nell’individuare un Paese *black* hanno sostanzialmente subito 3 versioni¹⁷⁴, mutate ad opera della Legge di stabilità del 2015 e del 2016, ci si è chiesti: cosa succede in caso di mutazione

¹⁶⁹ Il regime CFC è regolato dall’art. 167 TUIR; si applica ai soggetti controllati non residenti qualora soddisfino congiuntamente due condizioni:

1. Sono assoggettati a tassazione effettiva inferiore alla metà di quella a cui sarebbero stati soggetti qualora residenti in Italia;
2. Oltre un terzo dei proventi da essi realizzati rientra in una o più delle categorie di reddito di cui all’art. 167, comma 4, TUIR.

Dunque, al soggetto residente in Italia che abbia il controllo, diretto od indiretto, oppure detenga una partecipazione agli utili maggiore del 50%, vengono imputati i redditi del soggetto controllato in proporzione alla sua quota di partecipazione agli utili. Tale disposizione si applica a prescindere dall’inclusione o meno dello Stato in questione nella *black list* individuata dal D.M. 21 novembre 2001.

¹⁷⁰ A seguito delle modifiche operate dalla Legge di stabilità del 2016 con “livello di tassazione sensibilmente inferiore” si intende *il livello nominale di tassazione inferiore al 50 per cento di quello applicabile in Italia*.

¹⁷¹ L. Tosi, R. Baggio, *Lineamenti di diritto tributario internazionale*, CEDAM, 2018, Cit. pp. 187-188.

¹⁷² Come avviene nel caso in cui la tassazione segua il *criterio di cassa*.

¹⁷³ G.M. Committeri, P. Alonzo, *Dividendi “black list” tra tutele antielusive e rischi di penalizzazioni*, in *Fiscalità Internazionale*, n. 3 del 2010.

¹⁷⁴ Fino al 31 dicembre 2014 il criterio era quello dell’inclusione nel D.M. del 2001, dal 1° gennaio 2015 al 31 dicembre 2015 al criterio dell’inclusione del D.M. modificato si affiancava l’individuazione secondo la normativa CFC, dal 1° gennaio 2016 bisogna considerare le disposizioni CFC e il livello di tassazione nominale che non dev’essere inferiore al 50% di quello applicato in Italia.

del regime durante il periodo di maturazione dell'utile? Ebbene, secondo recente dottrina¹⁷⁵ la regola è quella di valorizzare il regime esistente al momento della percezione dei dividendi, con esclusione del caso in cui in tale momento la società estera beneficiasse di un regime privilegiato non comprensivo dell'anno di produzione degli stessi. Invero, la L. 205/2017, nell'ottica di tutelare la decisione del contribuente circa la scelta di uno Stato *white*, stabilisce la non tassazione integrale di quei redditi provenienti da società "privilegiate" al momento della percezione ma non della produzione, ponendo in tal modo l'attenzione sul momento della maturazione degli utili al fine di determinare il regime fiscale applicabile a quei redditi. Nel caso opposto, invece, non trova applicazione¹⁷⁶.

Da ultimo, il D.M. del 23 gennaio 2002 ("*blacklist* costi"), stabilisce che trova applicazione la normativa in materia di deducibilità dei costi in favore di quei *regimi fiscali di Stati o territori, non appartenenti all'Unione europea, individuati con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze, in ragione del livello di tassazione sensibilmente inferiore a quello applicato in Italia, ovvero della mancanza di un adeguato scambio di informazioni, ovvero di altri criteri equivalenti*, ebbene, i costi derivanti da operazioni intercorse con imprese residenti nei Paesi così individuati sono considerati indeducibili, salvo la prova contraria costituita dalla dimostrazione della presenza di un'attività commerciale effettiva¹⁷⁷, la prima esimente, ovvero di un effettivo interesse economico, seconda esimente, prova assai complessa in talune circostanze. Il DLgs n. 147, valido per il solo anno 2015, introduce un criterio quantitativo nell'ambito delle operazioni con Paesi a fiscalità privilegiata, dato dal valore normale, limite entro il quale possono essere dedotti i componenti negativi di reddito; detto valore deve comunque essere provato dal contribuente. A seguito della legge di stabilità 2016, tuttavia, le regole sulla deducibilità dei costi cambiano, soprattutto in ragione degli eccessivi oneri che venivano posti in capo ai contribuenti; per cui, il regime di indeducibilità, salvo le suddette prove contrarie, vige con riferimento a quei costi relativi ad operazioni antecedenti il 2014, le componenti negative sorte nel 2015 sono deducibili nei limiti del valore normale, i costi intervenuti dopo il 2015 sono interamente deducibili.

¹⁷⁵ D. Avolio, P. Ruggiero, *Dividendi black list e regime del "maturato": vale sempre la regola dell'Agenzia delle entrate?* in *Il fisco*, n. 12 del 2021, pag. 1-1163.

¹⁷⁶ Principio di diritto n. 17 del 29 maggio 2019.

¹⁷⁷ Prova diabolica in considerazione dell'onerosità delle informazioni richieste al contribuente al fine del superamento della stessa, spesso non accessibili. Per la seconda esimente devono essere valorizzate anche le circostanze eccezionali che hanno condotto l'impresa a concludere le operazioni con Paesi *black*. Si tratta comunque di sforzi "sproporzionati". Cfr. Avolio D., Santacroce B., *Effetti sul regime sanzionatorio dall'abrogazione dei limiti alla deducibilità dei costi black list*, in *Il fisco*, n. 41 del 2016, pag. 1-3961.

Con la legge finanziaria del 2008, si era intravista la possibilità, sebbene non abbia assunto alcuna concretezza, di delineare una *white list* che individuasse in negativo i Paradisi Fiscali, ponendo invece in rilievo i Paesi “virtuosi”, quelli cioè che *consentono un adeguato scambio di informazioni e nei quali il livello di tassazione non è sensibilmente inferiore a quello applicato in Italia*. L’art. 160-*bis*¹⁷⁸ TUIR, inoltre, stabiliva che fossero individuati, da un lato, gli Stati ed i territori che consentivano un adeguato scambio di informazioni, dall’altro, quelli che consentivano un adeguato scambio di informazioni e nei quali il livello di tassazione non era sensibilmente inferiore a quello praticato in Italia. Tale sistema, tuttavia, non è mai entrato in vigore.

Da questi passaggi è possibile dedurre come l’Italia, dal gennaio del 2016, predisponga di un modello che nella sostanza è “misto”: da un lato, vige l’art.167, comma 4, del TUIR che individua i regimi fiscali privilegiati sulla base del livello di tassazione nominale da rapportare a quello domestico, senza fare alcun riferimento allo scambio di informazioni, dall’altro i Paesi *black* vengono elencati avendo a riferimento il D.M. del 21 novembre 2001, così come stabilito dall’art. 1, comma 143, della L. n. 208 del 28 dicembre 2015. Inoltre, la lista riportata nel D.M. del 4 maggio 1999, nei confronti della quale si applica la presunzione di residenza prevista dall’art. 2, comma 2-*bis*, del TUIR, è tutt’ora esistente; la conseguenza è un certo livello di incertezza che permea il sistema e che costituisce causa di disallineamenti con altre giurisdizioni.

La criticità che viene a verificarsi risiede nella conseguenza che, sebbene le liste elaborate dai diversi Paesi condividano il medesimo obiettivo di contrastare i Paradisi Fiscali, di fatto poggiano su criteri eterogenei che variano in funzione delle norme per le quali sono realizzate: quelle che considerano il livello di tassazione dello Stato straniero, da un lato, e quelle definite in base alla possibilità di avere uno scambio di informazioni fiscali con lo stesso, dall’altro. Si genera in questo modo un approccio che qualcuno¹⁷⁹ ha definito “a macchia di leopardo”, che può dare luogo a situazioni in cui un Paese membro considera un altro Stato privilegiato, quando invece secondo i criteri UE è *white*; il Principato di Monaco, ad esempio, se da un lato ha una fiscalità vantaggiosa¹⁸⁰, dall’altro invece garantisce trasparenza fiscale.

¹⁷⁸ Abrogato dall’art. 10, comma 1, del DLgs 14 settembre 2015, n. 147.

¹⁷⁹ A. Crosti, *Black, white and grey lists tra l’approccio decisionista di Bruxelles e quello confuso di Roma*, in *Il fisco*, n. 27 del 2018, pag. 1-265.

¹⁸⁰ Le persone fisiche residenti, eccezion fatta per i cittadini francesi che sono soggetti al regime fiscale francese, non subiscono alcuna imposta; le società sono tassate con l’aliquota del 33,33% qualora almeno il 25% del loro volume d’affari riguardi operazioni effettuate al di fuori del territorio.

Vi è poi a un certo numero di variabili capace di intaccare l'efficacia del meccanismo delle liste; fattori esterni, come il funzionamento del sistema finanziario internazionale, ma anche elementi intrinseci al Paese, quali la ricchezza ed il grado di severità nell'applicazione della regolamentazione del sistema finanziario. Inoltre, gli oneri per l'adozione delle contromisure possono rivelarsi talvolta molto elevati e compromettere lo sviluppo di attività lecite, incoraggiando, da un lato, l'aggiramento delle disposizioni derivanti dalle contromisure, e, dall'altro, la rimozione solo formale degli stratagemmi che garantiscono l'opacità, tramite l'adesione apparente ai principi internazionali (c.d. "*false friend effect*"). I criteri, poi, a detta di alcuni, risponderebbero a criteri arbitrari ed esisterebbero per lo più con l'obiettivo di avvantaggiare i Paesi membri UE. A tal proposito, in effetti, la posizione USA è stata abbastanza determinante con riferimento sia agli aggiustamenti effettuati dall'OCSE nell'individuazione dei criteri da applicare alle liste sia al dialogo che si è venuto a creare con l'Unione; nello specifico, con particolare riguardo alla situazione antecedente l'11 settembre 2001, i pareri più o meno concordanti intorno all'amministrazione americana, avevano bollato l'attività OCSE come contraria agli interessi americani, sostenendo addirittura che l'obiettivo nascosto dell'organizzazione fosse quello di aumentare le aliquote fiscali nel mondo. Era stata per di più considerata come un *cartello fiscale* in grado, tramite i suoi strumenti di contrasto, di violare gli obblighi assunti in sede WTO.

4.4 Il Paradiso nella sostanza

Sembra che il primo Paradiso Fiscale debba essere datato ai tempi in cui l'isola di Delo, nella Grecia antica, permetteva di compiere operazioni commerciali esenti da tasse e da dazi doganali; trattamenti analoghi venivano riservati successivamente anche nel Medio Evo. In ogni caso, il primo centro *offshore* generalmente "riconosciuto" risale agli anni '50 e trova collocazione nella *City di Londra* in un momento storico in cui, a motivo del dilagare dell'inflazione e per paura di una sua pesante ripercussione sui mercati interni, le società americane venivano spinte da Washington ad investire i propri surplus monetari in territori estranei agli USA, in particolare in Europa, dando in tal modo origine ai c.d. "eurodollari". Da questo momento, complici la globalizzazione degli scambi, il riconoscimento delle libertà economiche, lo sviluppo dell'e-commerce e l'emergere delle criptovalute, tale meccanismo diventa abituale, la finanza *offshore* si fa strada e gli Stati più sviluppati vi si pongono al vertice. Quella che era vista come una soluzione, da parte delle grandi multinazionali, per evitare un'ingiusta doppia imposizione, comincia ad essere considerata una vera e propria opportunità, fino a creare un effetto negoziazione tra Stati e detentori di capitali con

l'obiettivo di formare uno spazio in cui il denaro sia libero di circolare. Dai due principali poli ospitanti giurisdizioni paradisiache, quali la *City*, appunto, e l'Europa con l'Irlanda ed il Lussemburgo, l'espansione va a coinvolgere anche Dubai, Samoa, ma anche le isole Marshall.

Sono Paesi, i Paradisi, spesso di piccole dimensioni, può trattarsi addirittura di giurisdizioni collocate all'interno di uno Stato, molte volte poco sviluppati, che ritengono più agevole applicare prelievi più semplici, come quelli sui consumi; si tratta sovente di economie vulnerabili, che trovano nella peculiare offerta di certi servizi un rafforzamento del proprio sistema ed una fonte di entrate; nella maggior parte dei casi godono di condizioni politiche piuttosto stabili, con governi che non prendono decisioni improvvisate ed inaspettate, motivo per il quale i soggetti che decidono di investire in quei luoghi si sentono maggiormente tutelati ed al sicuro. La semplicità e le agevolazioni, tanto fiscali quanto burocratiche, permettono di offrire comoda accessibilità nella costituzione di una nuova impresa, e ciò è reso noto tramite un processo di autopromozione volto ad attrarre ingenti investitori (è molto comune, oltre che facile, prendere visione di veri e propri annunci pubblicitari, soprattutto via web). Come il nome evoca alla mente, si tratta spesso di isole, provviste di poche risorse naturali ed a bassa densità demografica, con gli abitanti dislocati specialmente nei principali centri finanziari. Un carattere tipico è oltretutto quello di contare su una gamma molto selezionata di Paesi partner con cui intrattenere legami economici, evitando di concludere accordi con altri Paesi. Per questo sono adatti a configurarsi come "stazioni di transito"¹⁸¹ che aiutano a semplificare i meccanismi gravanti sul commercio internazionale e sui flussi degli investimenti. Ma non sempre è così, dipende in particolar modo dalla funzione che sono chiamati a svolgere; per cui, i Paesi che fungono da transito per i capitali, è più probabile che siano contraddistinti da un reddito pro capite basso e da un sistema finanziario poco sviluppato; quelli, invece, che offrono un reddito pro capite medio-alto hanno anche un sistema finanziario adeguato a gestire quei flussi che sono destinati a rimanervi e ad essere opportunamente remunerati, oltre che impiegati in altre operazioni, di varia natura.

Sono caratterizzati dalla presenza di un ampio numero di intermediari finanziari che operano in contropartita con i "non residenti" ai fini fiscali, oppure hanno posizioni attive e passive nei confronti di non residenti che appaiono sproporzionate rispetto alle dimensioni dell'economia locale. Ciò che gli investitori cercano è la garanzia di confidenzialità, che trovano nei c.d. *secrecy providers*, di norma avvocati o commercialisti, che nel loro operare nei Paesi trasparenti, si avvalgono di relazioni internazionali, andando a coinvolgere giurisdizioni

¹⁸¹ Banca d'Italia, UIF, *Quaderni dell'antiriciclaggio*, 3 agosto 2015.

opache nella fornitura dei servizi professionali loro richiesti. Assicurano prestazioni in risposta ad esigenze di riservatezza personale, ma anche di ottimizzazione fiscale, oltre che richieste di natura illecita. Un ampio ventaglio di ambiti normativi è oggetto di interesse e di conseguente distorsione in tali rapporti: dal ramo societario a quello fiscale e finanziario, fino a coprire materie in tema di concorrenza, di diritto del lavoro, ambientale e marittimo; questo anche mediante varie combinazioni, un autentico portafoglio di offerte atto ad attrarre investitori internazionali. Le negoziazioni che si instaurano tra Stati e soggetti passivi vedono contrapporsi da un lato gli specifici trattamenti fiscali loro riservati, in base alle singole esigenze, dall'altro la garanzia della permanenza sul territorio di quegli stessi soggetti, con la concorrenza di valutazioni anche di altro genere, come di politica economica, commerciale ed occupazionale.

Un aspetto interessante emerso dall'analisi dei dati SARA¹⁸², relativi al periodo compreso tra il 2005 ed il 2014, messi a disposizione dalla UIF¹⁸³ per l'Italia, è che questi territori sembrano non risentire delle crisi economiche, o, per lo meno, solo parzialmente. Tale conclusione si fonda sull'osservazione dell'andamento dei bonifici intervenuti tra Paesi non a rischio, da un lato, e territori a rischio, dall'altro. È stato notato come, nel primo caso, a fronte di una crescita tra il 2005 e il 2008, nel biennio successivo, a causa degli effetti della crisi economica

¹⁸² Segnalazioni Antiriciclaggio Aggregate.

¹⁸³ Unità di Informazione Finanziaria, autorità istituita presso la Banca d'Italia dal DLgs n. 231/2007. Ogni Stato, in conformità delle regole internazionali, al fine di implementare meccanismi di collaborazione, è chiamato a costituire sul proprio territorio una *Financial Intelligence Unit* (FIU) con la funzione di contrasto al riciclaggio ed al finanziamento al terrorismo. Questi due ambiti assumono rilevanza in tale sede poiché, dal momento che tra le fattispecie di evasione e riciclaggio esiste una forte connessione, le norme antiriciclaggio ed antielusione subiscono una forte commistione. Sebbene il tema verrà successivamente approfondito, è comunque utile rendere noto sin da ora che a livello internazionale opera il GAFI (Gruppo d'Azione Finanziaria Internazionale), anche detto *Financial Action Task Force* (FATF), costituito nel 1989 in ambito OCSE con il compito di elaborare le Raccomandazioni che si configurano come principi fondamentali. Questi sono stati recepiti dal contesto europeo tramite l'emanazione di cinque direttive che pongono in particolare l'attenzione sul *risk-based approach* e sullo scambio automatico di informazioni circa le operazioni sospette di carattere transfrontaliero. A livello sovranazionale, sotto la coordinazione della Commissione UE, opera il *Supranational risk assesment* che colma le lacune che possono verificarsi nell'individuazione delle minacce e nell'analisi che ogni Stato svolge in relazione al rischio presente sul proprio territorio. Altre misure di contrasto sono rinvenibili in ulteriori fonti normative europee, quali il Regolamento UE/2018/1672, la Direttiva UE/2019/1153, il Regolamento UE/2010/1093 così come modificato nel corso degli anni. Parallelamente in ambito OCSE ha trovato definizione il *Global standard* per lo scambio automatico di informazioni in materia fiscale che si applica tanto a livello comunitario quanto internazionale e che contiene il *Common Reporting Standard* (CRS) che stabilisce il contenuto e le modalità circa lo scambio di informazioni. A livello nazionale, invece, la cornice in materia è rappresentata dal DLgs n. 231 del 2007, in attuazione della direttiva 2005/60/CE, modificato dapprima dal DLgs n. 90 del 2017 e successivamente dal DLgs n. 125 del 2019 nel recepire, rispettivamente, la quarta e la quinta direttiva antiriciclaggio (2015/849/UE e 2018/843/UE).

e della successiva recessione, l'andamento ha subito una forte contrazione, con una conseguente stabilizzazione, seppur su livelli inferiori a quelli precrisi, negli anni successivi al 2010. Nel secondo caso, al contrario, il calo post crisi è risultato molto contenuto, senza mai scendere al di sotto del livello precrisi. Se, infatti, nella prima situazione (fisiologica) la media dei flussi del 2014 contava un 40% in meno rispetto al 2006, nella seconda (patologica) contava un 5% in più rispetto al 2008. Addirittura, con riguardo ai Paesi a rischio caratterizzati da un'elevata opacità, il calo è risultato parecchio contenuto ed i flussi si sono mantenuti superiori, di molto, a quelli precrisi. Tale dinamica conferma le anomalie e le distorsioni insite in questi territori, che parrebbero risentire di fattori diversi ed ulteriori rispetto a quelli strettamente economici; ad esempio, in taluni casi, le determinanti non sarebbero connesse tanto a fattori economici, appunto, quanto piuttosto ad indicatori di opacità del Paese estero e di criminalità della nazione di origine¹⁸⁴.

Comunque, non è da contestare tutto ciò che non rientra nel quadro tipico degli standard europei ed internazionali tanto in materia fiscale, quanto normativa, oltre che di trasparenza e vigilanza, cosa che potrebbe indurre a qualificare come Paradisi Fiscali territori che in realtà non lo sono, ovvero potrebbero astrattamente esserlo ma, in virtù della specialità loro riconosciuta, costituiscono un'eccezione. Esistono, infatti, specifici territori e particolari relazioni tra Stati che sono riconosciuti e tutelati: in primo luogo, trovano collocazione in queste fattispecie le "Zone franche"; con tale termine, in materia doganale, ci si riferisce a quelle porzioni di territorio extra-doganale, che si collocano quindi al di fuori dell'Unione, che vengono disciplinate da leggi interne od addirittura specifiche¹⁸⁵; entro tale categoria l'art. 4, comma 2, CDU, fa rientrare i territori di Monaco e delle zone di sovranità del Regno Unito di Akrotiri e Dhekelia, così come stabilito, rispettivamente, dalla Convenzione doganale conclusa a Parigi il 18 maggio 1963 e dal Trattato relativo all'istituzione della Repubblica di Cipro firmato a Nicosia il 16 agosto 1960. Parallelamente, l'art. 4, comma 1, CDU esclude tassativamente determinati territori dall'assoggettamento alla disciplina del Codice, non rendendoli dunque parte del territorio doganale: in Italia fanno eccezione *i comuni di Livigno e Campione d'Italia e le acque nazionali del Lago di Lugano racchiuse fra la sponda e il confine politico della zona situata fra Ponte Tresa e Porto Ceresio*; in Danimarca le isole Færøer e la Groenlandia; in Germania l'isola di Heligoland ed il territorio di Büsingen; Ceuta e Melilla in Spagna; in Francia *i paesi ed i territori d'oltremare francesi cui si applicano le disposizioni della parte quarta del TFUE*. Una loro sottocategoria è data dalle Zone franche regolate dagli artt. 243-249 del

¹⁸⁴ Nel caso specifico, l'Italia. Cfr. Banca d'Italia, UIF, *Quaderni dell'antiriciclaggio*, 3 agosto 2015, Cit.

¹⁸⁵ L. Tosi, R. Baggio, *Lineamenti di diritto tributario internazionale*, CEDAM, 2018, Cit. pp. 249-250.

CDU¹⁸⁶; territori che fanno parte dell'Unione Europea ma che sono sottratti alla disciplina doganale ordinaria in quanto esclusi dal territorio di competenza doganale. Sono aree intercluse, per cui il perimetro e i punti di entrata e di uscita sono sottoposti a vigilanza doganale; in Italia, ad esempio, rientra in questa fattispecie unicamente il Porto franco di Trieste¹⁸⁷, istituito dal Trattato di Parigi del 1947.

In secondo luogo, in modo analogo, sono riconosciute le “Zone di libero scambio”, aree che consentono il libero scambio interno delle merci, in conseguenza di accordi multilaterali che coinvolgono gli Stati che vi aderiscono e che comunque possono prevedere limitazioni con il verificarsi di determinati eventi. Ne costituisce un esempio l'isola di Jersey, alle dipendenze del Regno Unito e non parte dell'Unione; salvo eccezioni è prevista un'aliquota nulla per le società residenti o dotate di una stabile organizzazione; allo stesso modo, royalties, interessi e dividendi non subiscono alcuna imposizione; l'aliquota prevista per le persone residenti può attestarsi al 20%, con la previsione di numerose deduzioni, oppure al 26% con altrettante e più deduzioni¹⁸⁸.

In terzo ed ultimo luogo, l'art. 349 del TFUE prevede delle misure “speciali” da adottare nei confronti di specifici territori UE, le c.d. “Regioni ultra periferiche¹⁸⁹” (RUP), in ragione della loro peculiare *situazione socioeconomica strutturale*, e di ulteriori elementi¹⁹⁰ di ostacolo al loro sviluppo; dunque trovano applicazione particolari condizioni in materia di *politiche doganali e commerciali, politica fiscale, zone franche, politiche in materia di agricoltura e di pesca, condizioni di fornitura delle materie prime e di beni di consumo primari, aiuti di Stato e condizioni di accesso ai fondi strutturali e ai programmi orizzontali dell'Unione*.

L'isola di Madeira in Portogallo, ad esempio, è al contempo Zona franca e RUP, oltre che beneficiaria di numerosi trattati contro le doppie imposizioni perfezionati dal Portogallo. In questo caso viene esplicitamente incentivato lo sviluppo economico mediante l'attrazione di investimenti internazionali anche grazie ai regimi fiscali agevolati previsti, senza mai trovare collocazione nella categoria dei Paradisi Fiscali¹⁹¹. In ambito societario, qualsiasi società può

¹⁸⁶ Codice Doganale dell'Unione, istituito dal Regolamento UE n. 952/2013; disciplina l'applicazione dei tributi e delle misure previste nell'ambito degli scambi commerciali con i Paesi terzi.

¹⁸⁷ Composto, in particolare, da cinque Punti Franchi: Punto Franco Vecchio, Punto Franco Nuovo, Punto Franco Scalo Legnami, Punto Franco Oli Minerali e Punto Franco Industriale.

¹⁸⁸ Fonte: www.milanofinanza.it

¹⁸⁹ Guadalupa, Guyana Francese, Martinica, Mayotte, Riunione e Saint Martin in Francia, le Canarie in Spagna, le Azzorre e Madeira in Portogallo.

¹⁹⁰ Grande distanza, insularità, superficie ridotta, topografia, clima difficile, dipendenza economica da alcuni prodotti.

¹⁹¹ Tuttavia, non è da escludersi un certo grado di pianificazione fiscale da parte di alcuni operatori economici; ad esempio, le *holding* qui situate possono fungere da camera di compensazione per quegli

richiedere la licenza per poter operare in quest'area, beneficiando di aliquote ridotte sui dividendi e sugli utili eventualmente conseguiti; fino al 2011 le società che avevano ottenuto la licenza prima del 2001 non subivano alcun prelievo, poi l'imposizione è andata lievemente a salire negli anni fino ad arrivare all'attuale aliquota del 5% per le società ivi registrate; inoltre, le imprese qui insediate beneficiano di un'esenzione sul reddito e sulle plusvalenze e le materie prime di importazione non scotano alcun dazio.

Similmente, i "Paesi e territori d'oltremare" (PTOM), pur non facendo parte del territorio dell'Unione Europea, ne sono cittadini in qualità di "associati", dunque soggetti indirettamente al suo diritto; Groenlandia (Danimarca), Aruba (Paesi Bassi), Wallis e Futuna (Francia) per citarne alcuni. L'isola di Man, ad esempio, alle dipendenze del Regno Unito, prevede un'aliquota sui redditi prodotti dalle società, siano esse residenti oppure no, salvo alcune eccezioni, pari allo 0%, un'imposta sul reddito delle persone che si aggira tra il 10% ed il 20%, aliquote IVA dello 0,1%, 0,5%, 1,5%, 5%, 17,5%.¹⁹²

4.5 Non solo Paradisi Fiscali

Lo sviluppo dei paradisi fiscali ha portato tale concetto a comprendere una moltitudine di generi di "Paradisi", ognuno dotato di un certo grado di specializzazione a seconda delle esigenze di chi si affida ai servizi da loro offerti e delle motivazioni che li muovono. Non assumono rilievo unicamente le attività connesse al diritto tributario internazionale in senso stretto, ma anche, o solo, aspetti che se ne discostano ma che sono comunque indirettamente correlati. È possibile operare una prima classificazione distinguendo gli *intermediary havens* dai *destinations havens*, intendendo con i primi quei Paesi utilizzati per veicolare i capitali, con i secondi quelli in cui viene trasferita la ricchezza a titolo definitivo. Una seconda distinzione individua i centri *offshore* "funzionali", che garantiscono un'attività di intermediazione finanziaria sviluppata; "nozionali", dove banche e società trovano la propria sede con esclusive finalità contabili; "composti", che occupano una posizione intermedia tra i precedenti¹⁹³.

utili che derivano da operazioni estere, oppure le multinazionali possono ottimizzare il proprio carico fiscale costituendo sul territorio società ed usufruendo delle poche restrizioni in materia di *transfer pricing*, o ancora, le società che svolgono un'attività industriale sul territorio beneficiano di una tassazione ridotta che va ulteriormente ad abbassarsi (del 50%) al verificarsi di determinate condizioni.

¹⁹² Fonte: www.ilsole24ore.com e www.milanofinanza.it

¹⁹³ A voler entrare nel dettaglio, i Paradisi Fiscali possono essere differenziati in *interni*, se si sfruttano le lacune normative del sistema legislativo di residenza; ed *esterni*, qualora si ricorra ad un "Haven" esterno; ancora, una distinzione tra *personali* e *societari*: nel primo caso i vantaggi hanno per destinatarie

In base ai servizi che vengono offerti è possibile delineare un'ulteriore classificazione¹⁹⁴ che individua altre tipologie di Paradisi che si affiancano e si intersecano con quelli fiscali ma che nella prassi vengono genericamente ricondotti entro la categoria. In primo luogo, troviamo i *Paradisi societari*, in cui vi sono minori controlli sulle società e maggiori possibilità di anonimato dei soci. Vengono richieste molte poche formalità ai fini della creazione di una società, o di veicoli di altro genere, che diviene una sorta di “schermo” tra ciò che sta oltre ed è palese a tutti e ciò che costituisce l'intenzione reale e le personali esigenze, legittime od illegittime, del fondatore. Molto spesso è effettivamente arduo risalire al reale proprietario, soprattutto nei casi di costruzioni particolarmente ingegnose che danno luogo a forme societarie atipiche che coinvolgono diversi Paesi, come ad esempio quella delle *Protected Cell Companies* (PCC) che si basa sulla predisposizione di celle prive di personalità giuridica ma strutturate come società a sé stanti che nel complesso vanno a costituire la società finale. Proprio per il grado di opacità e dispersione che veicoli di questo tipo riescono a garantire, i servizi offerti dai Paradisi societari sono molto richiesti ed innescano una concorrenza importante nel settore; i dati¹⁹⁵ messi a disposizione dall'Unità di Informazione Finanziaria per l'Italia evidenziano come, ogni 10.000 abitanti, nei Paesi caratterizzati da un alto grado di opacità in media si trovino 1.500 società, contro le 800 società presenti nei Paesi non opachi, 255 in Italia. Ad oggi chiunque, potenzialmente, è in grado di costituire una società in totale anonimato¹⁹⁶ e con un esborso irrisorio; si stima che localizzando la società anonima in Svizzera, il costo ammonterebbe indicativamente tra gli € 1.500 e 2.600. La burocrazia e le verifiche si possono ritenere assenti: nella maggior parte dei casi non viene effettuata l'identificazione del cliente, non viene richiesto alcun documento di identità, non deve neppure aver luogo alcun trasferimento di ricchezza dal momento che è sufficiente che in quel Paese abbia sede la struttura legale, anche se poi i beni, di fatto, vengono gestiti in qualsiasi altro luogo. Si può arrivare ad affermare che chi offre il servizio “pensi a tutto”, mette a disposizione un prestanome e fornisce i direttori generali che figureranno nello statuto, oltre che una delega notarile dotata di apostille al proprietario per poter amministrare la società. I costi, oltre alla messa a disposizione dei direttori, comprendono una tassa annuale ed una certa somma per poter usufruire dello studio legale di appoggio, arrivando ad un totale

le persone fisiche, nel secondo le società. Cfr. A. Bernable, *Riciclaggio, finanziamento al terrorismo e paradisi fiscali*, in Rivista italiana dell'antiriciclaggio, 9 marzo 2020.

¹⁹⁴ Operata dal *Task Justice Network* (TJN). Cfr. Banca d'Italia, UIF, *Quaderni dell'antiriciclaggio*, 3 agosto 2015, Cit.

¹⁹⁵ Fonte: Bureau Van Dijk. Cfr. Banca d'Italia, UIF, *Quaderni dell'antiriciclaggio*, 3 agosto 2015, Cit.

¹⁹⁶ Il c.d. approccio della “targa d'ottone”. Cfr. G. Marino, *Paradisi e paradossi fiscali*, in Egea, 2009, p. 38.

di circa € 700 annui. Tramite tale marchingegno le fatture vengono emesse e pagate nello Stato estero, ed il denaro può essere prelevato dal conto *offshore* senza però che questo venga mai inviato al Paese di reale residenza.¹⁹⁷ Una fattispecie simile ma contemplata negli ordinamenti di diversi Stati, tra i quali anche l'Italia nella vigenza del Codice di commercio del 1865¹⁹⁸ e del 1882, venuto meno con la delineazione dei tipi di società previsti dal c.c., è costituita dalla *società anonima* (SA), ossia una società caratterizzata, da un lato, dal capitale frammentato in azioni al portatore, dall'altro, dalla personalità giuridica propria, separata da quella dei soci. L'anonimato in capo ai soggetti che vi partecipano, grazie all'assenza del nominativo sui titoli, è idoneo a garantire riservatezza circa i soggetti che vi partecipano e ad ottenere, nella sostanza, quegli stessi obiettivi perseguiti mediante la creazione di una società *offshore*. Se in Italia, grazie alla normativa antiriciclaggio¹⁹⁹, l'identificazione dei soci è obbligatoria, in altri Stati l'anonimato, in una certa misura, è ancora preservato. Con riferimento alla costituzione di una SA in Svizzera, ad esempio, le azioni possono essere tanto al portatore, quanto nominative; tuttavia la "Legge federale concernente l'attuazione delle Raccomandazioni del Gruppo d'azione finanziaria rivedute nel 2012", promulgata dall'Assemblea federale nel 2014, ha comportato, a partire dal luglio 2015, l'obbligo di annunciare i titolari di azioni al portatore, fermo restando che sia il libro delle azioni, sia l'elenco dei titolari delle stesse, continuano a non essere pubblici. La riforma legislativa è andata ad impattare sullo stretto legame che intercorreva tra privacy e diritto societario; le azioni al portatore restano accessibili solo entro due circostanze: nel caso la società sia quotata in borsa e qualora le partecipazioni rivestano la forma di titoli contabili.

In secondo luogo, i *Paradisi finanziari*. Per il loro focus sull'agevolazione del reinvestimento di fondi di varia provenienza e la garanzia di un adeguato grado di opacità si pongono in stretta connessione con l'esercizio di attività illecite ed il più delle volte criminali. Anche in questo caso viene conferita molta importanza, oltre che affidamento, a questi luoghi; difatti attraggono circa un quarto degli investimenti di portafoglio mondiali e detengono circa due terzi del totale mondiale di depositi bancari; ancora, con riguardo agli investimenti diretti esteri, il 40% del totale trae origine dai Paesi a rischio. Lo sfruttamento di schemi triangolari

¹⁹⁷ Cfr. L. Sammuri, *Finanziamento al terrorismo internazionale e paradisi fiscali*, in *Rivista di diritto e procedura penale militare*, n. 4/2019, pp. 50-60.

¹⁹⁸ Nel definire i diversi tipi di società, all'art. 129: "*La società anonima si forma mediante riunione di capitali: non esiste sotto nome o ragione sociale, ma è qualificata dall'oggetto della sua impresa. Essa è amministrata da mandatari temporanei rinvocabili, soci o non soci, stipendiati o gratuiti.*"

¹⁹⁹ Mediante il recepimento della IV Direttiva Antiriciclaggio vengono posti limiti all'uso dei titoli al portatore, tra i quali il divieto di apertura, in qualunque forma, di conti o libretti di risparmio in forma anonima o con intestazione fittizia, o l'utilizzo di questi aperti presso Stati esteri, e all'offerta di prodotti o servizi che potrebbero favorire l'anonimato.

è sicuramente lo strumento più diffuso in questo genere di operazioni, e consiste nel far veicolare un flusso attraverso un Paese terzo con l'obiettivo di mascherare l'origine o la destinazione. A questa esecuzione di frequente si accompagna l'interposizione di soggetti fittizi, con la conseguenza che risalire ai reali titolari delle operazioni risulta particolarmente arduo, impresa quasi impossibile se l'operazione vede coinvolti uno o più Paesi opachi.

Nel caso in cui una giurisdizione offra strumenti in tutti e tre questi campi (fiscale, societario, finanziario) possiamo parlare di Paradisi cosiddetti "completi".

Vi è un'ulteriore tipologia che merita di essere considerata: il *Paradiso bancario*. A fondamento della sua esistenza si trova la tutela del segreto bancario²⁰⁰, a tal punto che in molti casi è la stessa banca a non conoscere l'identità del beneficiario del conto in essa aperto e neppure se le operazioni nascoste hanno a che fare con l'evasione, il contrabbando, il crimine organizzato, o altro; in certi casi, paradossalmente, alcuni centri *offshore* particolarmente specializzati esistono proprio nell'interesse di talune multinazionali e delle loro attività. La

²⁰⁰ Con il termine *segreto bancario* si fa riferimento al *dovere di riserbo cui sono tradizionalmente tenute le imprese bancarie in relazione alle operazioni, ai conti ed alle posizioni concernenti gli utenti dei servizi da esse erogati*, al fine di garantire sicurezza e tutelare il buon andamento dei traffici commerciali. Trovava in origine regolazione tramite l'art. 13 della L. 5 gennaio 1956 n. 1, "Legge sulla perequazione tributaria", che aveva l'obiettivo di evitare le evasioni attraverso false dichiarazioni di passività ed oneri nei confronti di aziende ed istituti di credito; successivamente, trovava disposizione mediante l'art. 35, D.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, rubricato "Deroghe al segreto bancario", in attuazione della L. Delega n. 825 del 9 ottobre 1971, oggi abrogato dalla L. 30 dicembre 1991, n. 413. La Legge delega assegnava al governo il compito di introdurre deroghe al segreto bancario nei rapporti con l'Amministrazione finanziaria in ragione dell'esistenza di ipotesi particolarmente gravi tassativamente determinate tanto nel contenuto quanto nei presupposti. Secondo l'orientamento della Corte Costituzionale si tratta di un diritto di tipo patrimoniale, non già di tutela della personalità individuale, ragion per cui i singoli clienti delle banche non detengono una posizione giuridica costituzionalmente protetta; ciononostante, in una certa misura, esso viene ricondotto nell'alveo dell'art. 41, Cost. (*La Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme; disciplina, coordina e controlla l'esercizio del credito*). Trova poi regolamentazione nell'art. 7, TUB, in materia di "Segreto d'ufficio e collaborazione tra autorità", secondo il quale *tutte le notizie, le informazioni e i dati in possesso della Banca d'Italia in ragione della sua attività di vigilanza sono coperti da segreto d'ufficio anche nei confronti delle pubbliche amministrazioni*, non può comunque essere opposto all'autorità giudiziaria *quando le informazioni richieste siano necessarie per le indagini, o i procedimenti relativi a violazioni sanzionate penalmente* (c. 1), inoltre, in una logica di cooperazione e trasparenza nei confronti di Stati terzi, *nell'ambito di accordi di cooperazione e di equivalenti obblighi di riservatezza, la Banca d'Italia può scambiare informazioni preordinate all'esercizio delle funzioni di vigilanza con le autorità competenti degli Stati terzi* (c. 7); nel rispetto poi delle disposizioni UE, la Banca d'Italia può scambiare informazioni con tutte le altre autorità ed i soggetti esteri. Si fa poi riferimento anche a norme e principi contenuti nel c.c., quali le disposizioni in materia contrattuale ed il principio di correttezza. Da ultimo, è possibile ricondurre alla questione il DLgs del 30 giugno 2003, n. 196 in materia di "Protezione dei dati personali", denominato Codice dall'art. 2 dello stesso, il quale *garantisce che il trattamento dei dati personali si svolga nel rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali, nonché della dignità dell'interessato, con particolare riferimento alla riservatezza, all'identità personale e al diritto alla protezione dei dati personali* (c.1), e va ad interessare *il trattamento di dati personali, anche detenuti all'estero, effettuato da chiunque è stabilito nel territorio dello Stato o in un luogo comunque soggetto alla sovranità dello Stato* (art. 5, c. 1), oltre che *il trattamento di dati personali effettuato da chiunque è stabilito nel territorio di un Paese non appartenente all'Unione europea e impiega, per il trattamento, strumenti situati nel territorio dello Stato* (art. 5, c. 2).

funzione del segreto è quella di separare il proprietario del denaro dalle transazioni da lui effettuate; si può quasi affermare che i Paradisi “bancari” stanno al segreto come i Paradisi “fiscali” stanno alla fiscalità²⁰¹. Fino al 2017, anno in cui, su spinta dell’OCSE, è stato abrogato²⁰² nell’ambito dei nuovi standard globali per lo scambio di informazioni²⁰³ in materia fiscale, il segreto bancario trovava garanzia in quasi la totalità dei Paesi; si configurava come un diritto alla segretezza circa la posizione economica del cliente ed ai relativi dati, traeva origine dalla tutela dei singoli e del sistema creditizio in generale, e trovava il proprio limite solo nei casi di protezione di interessi superiori e collettivi. La questione del segreto non va ridotto esclusivamente ad un insieme di tecniche bancarie e giudiziarie, ma nasconde una dimensione più profonda, che va oltre l’anonimato dei titolari, l’occultamento dei fondi, la non trasparenza delle transazioni; poiché, teoricamente, consente anche a coloro che ne sono garanti di ignorare a cosa rimandi. Tale situazione porta alla luce la tecnica della c.d. “compartimentazione”, pratica che costringe il possessore di un’informazione bancaria a non rivelarla ad alcuna persona, neanche all’interno del proprio settore²⁰⁴, arrivando ad identificare il segreto come fosse una sorta di censura. È molto stretta la connessione tra le operazioni praticate mediante tali modalità e le attività di riciclaggio, sebbene i fondi vengano di frequente depositati in banca solamente in seguito al loro “lavaggio”, cosicché la reale provenienza diventa del tutto irrecuperabile. Riservatezza e privacy, da un lato, e trasparenza, dall’altro, si trovano a dover convivere e ad equilibrarsi, perché di fatto, seppur ogni segreto sia formalmente caduto, continua a proteggere evasione, riciclaggio e molto altro.

²⁰¹ Espressione tratta da G. Marino, *Paradisi e paradossi fiscali*, Egea, 2009, Cit.

²⁰² In Italia, già a partire dal 1992, con la citata sentenza n. 51/1992 viene evidenziato come, secondo le modalità stabilite dalla legge e sotto la vigilanza dell’autorità giudiziaria, la Guardia di Finanza abbia l’obbligo di trasmettere agli uffici finanziari i documenti che le giungano in possesso, questo tanto in virtù della regola della non interruzione delle informazioni in materia tributaria, quanto per la limitazione che verrebbe a crearsi nel considerare segreto un documento bancario che di fatto non lo è più. Viene poi affermato che *l’illimitata trasmissibilità dei dati coperti da segreto bancario da parte della polizia giudiziaria a favore dell’amministrazione finanziaria si basa sul presupposto che il segreto bancario non può in alcun modo sussistere di fronte alla (legittima) attività di prevenzione e di repressione dei reati. E, poiché tale attività risponde a requisiti di legalità e di controllo giudiziario particolarmente rigorosi, nessun ostacolo può sussistere affinché i dati riservati (legittimamente) acquisiti per tale via possano essere comunicati all’amministrazione finanziaria e possano essere da quest’ultima pienamente utilizzati.*

²⁰³ Si rinvia al Capitolo 5 per un approfondimento.

²⁰⁴ Cfr. A. Deneault, *Offshore. Paradisi fiscali e sovranità criminale*, ombre corte, Verona, 2011, Cit. A riguardo ritengo interessante riproporre la citazione di Sylvain Besson, presente nel citato testo: “A questo punto, il volto di Kaspar Villiger assume un’espressione indefinibile, improvvisamente sfuggente e lontana, come stesse fingendo di non capire quel che il suo vicino aveva appena esclamato. La stessa espressione, un misto di sordità passeggera e di finta indifferenza, può essere osservata sul volto di certi banchieri quando sentono pronunciare le parole *evasione fiscale*”.

Nel terminare la categorizzazione operata, non si possono non nominare i *Paradisi valutari* dove non vi sono controlli o limitazioni valutarie e sono possibili conti in valuta estera; i *Paradisi penali*, ove alcuni tipi di reato, quali l'evasione o la corruzione, non trovano punibilità grazie all'ordinamento penale di cui godono; ed, infine, i *Paradisi normativi*, dove viene agevolato il riciclaggio di denaro, soprattutto tramite l'aiuto di professionisti ivi presenti.

4.6 Effetti distorsivi e ripercussioni

Che si parli di Paradisi Fiscali effettivi o potenziali, gli effetti negativi, o, comunque, non auspicati, sono i medesimi, e scaturiscono proprio dal primo fattore chiave, cioè dall'aliquota fiscale applicata ai fattori mobili che si colloca significativamente al di sotto di quella presente in altri Paesi, scatenando la definizione di vere e proprie politiche di *dumping* fiscale. Parallelamente la componente trasparenza integra tale fattore aggravandolo e portando a confondere legalità ed illegalità.

Il Report OCSE (1998) individua le conseguenze dannose che originano da tali regimi; la diminuzione della ricchezza *in primis*, seguita dalla riduzione del benessere globale che viene a verificarsi a causa degli aggiustamenti che ogni Stato opera sul proprio territorio e che spesso va a sconvolgere la struttura tributaria locale ed a rendere maggiormente onerosi gli adempimenti dei contribuenti; è poi minacciata tanto l'equità quanto l'integrità dei sistemi fiscali poiché non solo di fatto non tutti i soggetti passivi ricevono il medesimo trattamento fiscale, ma quelli, per così dire, onesti, subiscono anche le conseguenze, in termini di incremento di tassazione sui fattori meno mobili, derivanti dalla fuga delle basi imponibili, il che porta inevitabilmente ad abbassare la fiducia e l'accettazione delle pretese impositive con un conseguente scoraggiamento generale circa l'adempimento tributario. Inoltre, i commerci e gli investimenti divengono distorti, cambia il livello ed il mix desiderato di tassazione e spesa pubblica, si origina un trasferimento indesiderato di parte del carico tributario su basi imponibili meno mobili, come lavoro, patrimonio e consumi; gli oneri amministrativi ed i costi di conformità aumentano, con riguardo tanto alle autorità fiscali, quanto ai contribuenti.

La stabilità dei mercati finanziari ne risulta indebolita a ragione della forte mobilità internazionale dei capitali e della loro reattività ad inattese variazioni delle condizioni di mercato; si genera poi un accumulo di capitali in Paesi che nella sostanza non sono "maturi" nella definizione del proprio sistema economico e finanziario. Anche le conseguenze positive derivanti dalla concorrenza fiscale risultano, in certi casi, colpite; l'incremento della complessità e degli oneri fiscali in risposta alla minaccia di erodere basi imponibili si ripercuote sulle amministrazioni e sui contribuenti onesti, determinando un aggravio generale

del sistema. L'assenza di spontaneità nella *race to the bottom* che si origina dall'attrazione iniqua degli investimenti conduce ad un'allocazione delle risorse che non integra il giusto livello di efficienza e ad una forte compromissione dell'equità interstatale, il che può comportare tre tipi di rischio: la costituzione di una sorta di "cartello fiscale" tra alcuni Stati membri ed i loro cittadini, la diminuzione dell'attrattiva dell'area euro ed il favoreggiamento di quelli Stati membri caratterizzati da una maggiore estensione territoriale²⁰⁵.

Se ci si addentra negli effetti più particolari e, in una certa misura, maggiormente criminali, di certe situazioni create con la collaborazione dei Paradisi Fiscali, si possono rilevare otto esiti che potremmo ritenere estremi, resi possibili ma anche alimentati dalla c.d. *sovranità offshore*: un ordinamento statale *ad hoc* per i Paradisi Fiscali (ma anche giudiziari); una rete di istituzioni finanziarie protette da un segreto bancario che a volte copre anche banche virtuali; un sistema di camere di compensazione, *clearing house*, che codifica le transazioni finanziarie e immobiliari globali; la presenza di imprese transnazionali con filiali nei Paradisi Fiscali; la presenza di compagnie assicurative che esistono solo per rispondere alle necessità delle società consentendo loro di auto-assicurarsi; la costituzione di Zone franche che agevolano lo sfruttamento della manodopera; attività di servizi di trasporto di comodo; la presenza di mercanti d'armi e servizi di mercenariato con interessi relativi alle risorse allocate nel Sud del mondo²⁰⁶ che danno luogo allo sfruttamento della manodopera e dell'ambiente. Certe società, infatti, interessate alle ricchezze dei Paesi maggiormente poveri ma nella sostanza ricchi di risorse, minerarie soprattutto, tramite società di comodo, sono in grado di finanziare tutte quelle operazioni che consentono di ottenerle. Corruzione, traffici di persone ed animali, commercio di droga ed armi, finanziamento al terrorismo, sono solo alcuni degli scopi che si celano dietro l'accumulo di capitali in territori *offshore*, che vanno evidentemente oltre il conseguimento di risparmi d'imposta.

Capitolo 5. La trasparenza tra giurisdizioni: elemento cruciale

5.1 La (non) collaborazione internazionale

Se è vero che il principio della formale territorialità, inteso come il divieto per uno Stato di effettuare verifiche nel territorio di un altro, è la diretta conseguenza della sovranità nazionale, è altrettanto palese che ogni Paese avverte la necessità di porre in atto misure di

²⁰⁵ G. Melis, *Coordinamento fiscale nell'Unione europea*, in Enc. Dir., Annali, I, Giuffrè, Milano, 2007, Cit.

²⁰⁶ Cfr. A. Deneault, *Offshore. Paradisi fiscali e sovranità criminale*, ombre corte, Verona, 2011, Cit., pp. 124-125.

mutua assistenza con quei territori con cui intreccia relazioni a causa della mobilità dei propri residenti (o cittadini) che li portano ad intrattenere interessi di rilevanza finanziaria in luoghi diversi da quelli domestici. Qualcuno ha affermato²⁰⁷ che i capitali circolano con una velocità di molto maggiore rispetto a quella con cui possono circolare i controlli fiscali, cosa che ha posto al centro dell'interesse internazionale il tema di una concreta collaborazione tra Stati che si traduca in un effettivo aiuto reciproco. Alcuni eventi hanno determinato un'accelerazione in tal senso. Le fughe di dati²⁰⁸ che si sono verificate, ad esempio, con riferimento ai noti scandali *Panama* e *Paradise Papers*, avvenuti negli anni 2016 e 2017 ad opera dell'inchiesta dell'ICIJ (*International Consortium of Investigative Journalists*), ma anche altri episodi simili, hanno posto in rilievo l'importanza di certe informazioni circa alcuni contribuenti e le attività da loro svolte ed, in particolare, l'utilità che può derivare dalla disponibilità di alcuni dati ad essere oggetto di scambio tra amministrazioni fiscali di diversi Stati in ragione della loro rilevanza per determinate finalità. Hanno altresì reso l'opinione pubblica consapevole della portata del fenomeno della pianificazione fiscale aggressiva e dell'utilizzo ampiamente diffuso di giurisdizioni *offshore*, soprattutto tra nomi noti dell'imprenditoria, ma anche dello sport e dello spettacolo.

Il "segreto" tanto garantito, infatti, non costituisce un ostacolo insormontabile, a maggior ragione in questi tempi, in cui il progresso tecnologico subisce di anno in anno un'accelerazione esponenziale. Per cui, informazioni riservate sono nelle mani di potenziali informatori, i c.d. *tax whistleblowing*, che possono trarre vantaggio da una loro diffusione pubblica. È certamente un modo per individuare, senza un eccessivo dispendio di risorse e contrattazioni da parte delle autorità fiscali nazionali, particolari strutture, le giurisdizioni coinvolte, i soggetti interessati e casi di evasione, evitando il problema dell'asimmetria informativa tra Stati. Si noti bene che il confine tra legalità ed illegalità è assai sottile, per cui possono essere rinvenuti anche casi di utilizzo del tutto legittimo di strutture coperte dal segreto, la cui diffusione può avere effetti davvero negativi e danneggiare gli interessi di individui e società. Sul punto, tuttavia, una questione è sorta e non sembra aver ancora trovato una soluzione condivisa pacificamente: in che misura i dati, di fatto illegalmente recuperati, possono ottenere un ruolo nell'accertamento e nell'eventuale recupero delle

²⁰⁷ F. Oliveti, *Lo scambio di informazioni in materia tributaria: analisi generale e recenti sviluppi*, in *Diritto e pratica tributaria internazionale*, n. 4/2012, pp. 1335-1381.

²⁰⁸ Il concetto viene definito come "*A release of important and private data regarding taxpayers, which takes place without authorization and without being a part of a legitimate process of exchange of information between jurisdictions*". Cfr. A. Koutsouva, *The European Union's List of Non-Cooperative Jurisdictions for Tax Purposes*, Cit.

somme non dichiarate? Sebbene le informazioni che pervengono ad uno Stato circa la posizione dei propri contribuenti possano risultare talvolta molto interessanti, il loro concreto utilizzo da parte delle autorità fiscali rischia di trovare non pochi limiti, fissati tanto dall'art. 191 c.p.p. che stabilisce che in caso di "prove" illegittimamente acquisite, queste non possono avere valenza in sede di accertamento giudiziario, quanto dai D.P.R. n. 633/1972 e n. 600/1973: il primo, all'art. 52, regola le modalità secondo cui devono avvenire accessi, ispezioni e verifiche, e dispone che, oltre alla necessaria autorizzazione da parte del procuratore della Repubblica ovvero dell'autorità giudiziaria, debbano esistere indizi a supporto delle attività di indagine; il secondo, con l'art. 70, stabilisce che per quanto non diversamente disposto dal decreto in oggetto *si applicano in materia di accertamento delle violazioni e di sanzioni, le norme del codice penale e del codice di procedura penale*. Inoltre, un ruolo decisivo sembrano aver assunto le sentenze della Cassazione che si sono susseguite da un paio di decenni a questa parte. In particolare, per proporre un esempio, può essere utile considerare il caso della c.d. "Lista Falciani", un elenco recante i nominativi di numerosi conti correnti, detenuti presso la banca HSBC di Ginevra, "rubati" mediante quella che si può definire un'operazione di hackeraggio da parte di Hervè Falciani, suo ex dipendente. La giurisprudenza italiana nella sostanza si era, ma continua ad esserlo, divisa in due fazioni: l'una²⁰⁹ sostiene che, dal momento che il fatto a monte, l'acquisizione dei dati, si configura come illegittimo, tutto ciò che ne deriva, quindi tanto la trasmissione delle informazioni quanto il loro utilizzo, debba essere travolto dall'illiceità; l'altra²¹⁰, invece, pur riconoscendo il mancato recupero dei dati secondo le modalità previste dalla normativa, ha posto l'accento sulla correttezza circa la loro trasmissione all'Amministrazione finanziaria, in ragione della

²⁰⁹ Tra le altre, il tribunale di Pinerolo il 4 ottobre 2011, richiamandosi in particolare alle disposizioni di cui all'art. 240 c.p.p. si era espresso sulla non utilizzabilità di documenti di origine illecita e sulla distruzione dei medesimi per motivi di riservatezza; ugualmente la CTP di Como con sent. del 15 novembre 2011, n. 188/01 e la Corte di Cassazione con sent. del 4 ottobre 2012 n. 38753. Similmente, la Corte di Cassazione, con sent. del 2 maggio 2016 n. 8587, ha affermato che *la giurisdizione del giudice tributario ha carattere pieno ed esclusivo e si estende non solo all'impugnazione del provvedimento impositivo ma anche alla legittimità di tutti gli atti del relativo procedimento, ivi compresa l'autorizzazione di cui si discute, sostanzialmente perché l'eventuale giudizio negativo in ordine alla legittimità (formale o sostanziale) su di un atto istruttorio prodromico può determinare la caducazione, per illegittimità derivata, dell'atto "finale" impugnato, con la conseguenza che gli eventuali vizi di atti istruttori prodromici possono essere fatti valere dinanzi al giudice tributario soltanto in caso di impugnazione del provvedimento che conclude l'iter di accertamento*. Anche la Guardia di Finanza, con la Circolare n. 1/18 del 27 novembre 2017, aveva supportato tale orientamento sostenendo che *allorquando sussiste un collegamento di natura procedimentale fra un atto e il provvedimento finale, nel senso che il primo rileva come antecedente necessario e strumentale rispetto al secondo, i vizi dell'uno riverberano negativamente sulla validità dell'altro*.

²¹⁰ Tra le altre, la CTP di Verbania, con sent. del 21 febbraio 2013 n. 15/01, aveva stabilito che *non esiste un divieto a che uno Stato, che sia entrato in possesso, in violazione di eventuali norme interne, di dati relativi ad un cittadino di altro Stato, comunicati allo Stato cui appartiene il cittadino verificato gli elementi acquisiti illegittimamente*.

Convenzione intercorrente tra Italia e Francia, da un lato, e della Direttiva n. 77/799/CEE, modificata dalla n. 2011/16/UE, dall'altro, elementi che portano a ritenere irrilevante la modalità di acquisizione²¹¹. La Corte di Cassazione, con recente sentenza²¹², si è in definitiva assestata sul riconoscimento del principio generale che *non qualsiasi irrivalenza nell'acquisizione di elementi rilevanti ai fini dell'accertamento fiscale comporta, di per sé, la inutilizzabilità degli stessi, in mancanza di una specifica previsione in tal senso ed esclusi, ovviamente, i casi in cui viene in discussione la tutela dei diritti fondamentali di rango costituzionale*; non rilevano dunque né le disposizioni del c.p.p. che regolano il processo penale, le quali non trovano trasposizione in materia di giudizio tributario, né le modalità di acquisizione delle informazioni, qualora ottenute nel rispetto di trattati e disposizioni comunitarie.

La non collaborazione internazionale può manifestarsi essenzialmente tramite cinque modalità, differenziate in base al mancato adeguamento della giurisdizione a:

- (I) Criteri impositivi equi; sicché la giurisdizione sarà “specializzata” nell’offerta di regimi fiscali preferenziali, come nel caso delle Figi, ovvero nell’attrarre profitti non integrati da alcuna attività economica reale, come avviene invece a Vanuatu o nelle isole Cayman.
- (II) Criteri impositivi equi ed alle disposizioni del progetto BEPS; è questo il caso delle isole Samoa.
- (III) I principi di trasparenza in materia fiscale; Panama, Palau e Oman ne costituiscono degli esempi.
- (IV) La trasparenza fiscale ed alle disposizioni BEPS; come avviene a Guam.
- (V) Tutti i criteri; le Isole Vergini Britanniche, in effetti, rappresentano l’unico caso dal momento che nulla hanno attuato per raggiungere trasparenza, equità o contrastare la BEPS.

Si aggiunge poi un’ulteriore modalità attraverso la quale è possibile rilevare la mancata collaborazione internazionale: la non disponibilità ad attivare un sistema di scambio di informazioni. Eventi catastrofici, quali gli attentati dell’11 settembre 2001 e la crisi finanziaria del 2008 hanno avuto un effetto “moltiplicatore” circa la disponibilità alla collaborazione, inducendo anche quegli Stati maggiormente restii a diffondere informazioni nazionali a comprendere la necessità di non agire singolarmente. Gli Stati Uniti, ad esempio, inizialmente non hanno accolto positivamente le disposizioni in materia di collaborazione formulate in

²¹¹ Nel dettaglio, P. Valente, I. Caraccioli, S. Mattia, *L’orientamento della giurisprudenza italiana sull’utilizzabilità della c.d. “Lista Falciani”*, in *Il fisco*, n. 46/2013.

²¹² Sent. Suprema Corte di Cassazione del 28 novembre 2019, n. 31085.

sede OCSE, tuttavia, a seguito degli attacchi del 2001, hanno riconosciuto la necessità di riuscire ad intercettare tempestivamente i canali di finanziamento al terrorismo internazionale, tema che verrà affrontato nel capitolo successivo, implementando norme più rigorose in tema di scambio di informazioni, soprattutto per quel che riguarda il segreto bancario. La crisi finanziaria, d'altra parte, ha permesso significativi progressi nel campo della cooperazione amministrativa e della mutua assistenza; in effetti, gli errori che nel complesso hanno agevolato e reso possibile lo scoppio della bolla immobiliare e la conseguente crisi di tutto il sistema finanziario ha messo in evidenza la necessità di maggior perizia nella vigilanza e nella trasparenza delle operazioni effettuate soprattutto nel settore bancario e nei campi ad esso connessi, tanto che il settore finanziario è stato riconosciuto come il “capro espiatorio” della crisi del 2008-2009. I comportamenti degli attori finanziari hanno giocato un ruolo decisivo: la commistione tra interessi di taluni esponenti bancari ed i clienti finanziati, spesso celati mediante il ricorso a società di comodo, i prestiti subordinati alla sottoscrizione di azioni in specifiche occasioni e l'eccessiva esposizione al rischio hanno incoraggiato squilibri su vari livelli, a fronte di una situazione apparentemente propizia al sistema finanziario in virtù della dottrina del “*too big to fail*”²¹³. Tale brusca esperienza ha marcato l'esigenza di estendere il quadro regolamentare a tutte quelle componenti dei mercati finanziari che possono generare rischi; inoltre, considerando che le istituzioni finanziarie operano in un sistema assai complesso e fortemente interconnesso, un fattore determinante è dato dalla creazione di un sistema di vigilanza e di regolamentazione che limiti il generarsi di situazioni distorsive che vanno a danneggiare i mercati finanziari²¹⁴. In particolare, la nota crisi ha comportato il generarsi di un elevato grado di attenzione circa la protezione del risparmiatore/investitore dagli elementi, per così dire, volatili, propri del mercato finanziario; tale tutela si è resa necessaria poiché, in primo luogo, la definizione dei prezzi è largamente legata ad una sorta di scommessa circa la valorizzazione futura dei prodotti; in secondo luogo, l'innovazione di prodotto in tale settore può condurre alla moltiplicazione incontrollata di rischi in capo agli acquirenti; in terzo luogo, la circolazione dei prodotti e del rischio vanno di pari passo e portano alla definizione di comportamenti opportunistici che hanno lo scopo di trasferire i rischi sui soggetti meno accorti. Il quadro così delineato trova garanzia nelle norme nazionali di rango costituzionale²¹⁵ relative alla libertà economica dei cittadini, che va

²¹³ J. Kaiding, *The Financial Transaction Tax: The Way Forward for the European Union?*, in EC Tax Review, Volume 23, n. 1/2014, pp. 30 – 42.

²¹⁴ Discorso di Lorenzo Bini Smaghi, Membro del Comitato esecutivo della BCE, Associazione Pianificatori Bancari, Firenze, 16 ottobre 2009, www.ecb.europa.eu

²¹⁵ La libertà di *iniziativa economica privata* è riconosciuta dall'ordinamento italiano mediante l'art. 41 della Costituzione, attuata mediante la L. 10 ottobre 1990, n. 287; la tutela del risparmio, invece, è

a coinvolgere tanto la libertà economica²¹⁶, intesa come tutela della concorrenza e del sistema finanziario²¹⁷, quanto la libertà di effettuare scelte non strettamente imprenditoriali, con ciò intendendo la libertà di impiegare i propri risparmi e di investirli, sotto la protezione da rischi di inflazione garantita dalla vigilanza sui mercati creditizi e finanziari²¹⁸.

Se quanto sin qui esposto vede coinvolte le autorità fiscali dei diversi Stati, nell'ambito OCSE²¹⁹ è stato elaborato un sistema, adottato poi dai singoli Paesi, volto a permettere ai contribuenti detentori di capitali all'estero non dichiarati di collaborare con l'amministrazione finanziaria nazionale rendendo note tali posizioni: la *voluntary disclosure*. Tale strumento è stato ideato con la finalità di concedere ai contribuenti che non abbiano procedimenti di accertamento tributario in corso, di regolarizzare i propri redditi, in un contesto in cui la persecuzione degli evasori fiscali internazionali sta divenendo via via più efficiente e rigorosa; dovrebbe dunque essere questo il motore dell'attivazione del contribuente, più che la reale volontà di saldare quanto dovuto. Prima che tale istituto fosse recepito in Italia, mediante l'approvazione della L. n. 186 del dicembre 2014, recante l'aggiunta degli artt. da 5-*quater* a 5-*septies* nel DL n. 22 del 4 agosto 1990, l'ordinamento aveva elaborato tre diversi *scudi fiscali*, introdotti dal DL n. 350 del 25 settembre 2001, convertito dalla L. n. 409 del 23 novembre 2001, dal DL n. 282 del 24 dicembre 2002, convertito dalla L. n. 27 del 21 febbraio 2003 e, da ultimo, dal DL n. 78 del 1° luglio 2009, convertito dalla L. n. 102 del 3 agosto 2009. In pratica, mediante il versamento di una certa somma (c.d. imposta straordinaria) individuata in percentuale²²⁰ sull'importo delle attività dichiarate che si vogliono "rimpatriare" o "regolarizzare²²¹", ovvero tramite la sottoscrizione di certi titoli di Stato, il contribuente

prevista dall'art. 47 della medesima che stabilisce che *la Repubblica incoraggia e tutela il risparmio in tutte le sue forme; disciplina, coordina e controlla l'esercizio del credito*. La libertà d'impresa è prevista a livello europeo dall'art. 16 della Carta fondamentale dei diritti fondamentali.

²¹⁶ In ambito statunitense nel secolo scorso è stato creato, ad opera de *The Heritage Foundation*, l'*Index of Economic Freedom*. Si tratta di una graduatoria annuale che fornisce la classifica (su scala da 0 a 100) di 184 Stati in base al loro livello di libertà economica basato su di un punteggio ponderato in base al grado di 12 diverse tipologie di libertà (*diritti di proprietà, integrità del governo, efficacia giudiziaria, spesa pubblica, pressione fiscale, salute fiscale, libertà imprenditoriale, libertà del lavoro, libertà monetaria, libertà commerciale, libertà di investimento, libertà finanziaria*). In particolare, mira a porre in evidenza la relazione positiva intercorrente tra libertà economica ed obiettivi sociali ed economici. Per quanto riguarda l'Italia, l'indice del 2021 le attribuisce un punteggio di 64.9, in lieve salita rispetto agli anni precedenti, ponendola alla posizione n. 68 ed evidenziando alcune carenze nel settore dell'efficienza normativa (libertà di affari e di lavoro) e dei mercati aperti (libertà commerciale). Fonte: *The Heritage Foundation, 2019 Index of Economic Freedom*.

²¹⁷ Ad esempio, disciplinando l'attività degli operatori economici scoraggiando quelle operazioni che potrebbero impattare negativamente sui mercati finanziari, alterandoli e distorcendoli.

²¹⁸ M. Libertini, *Sulla nozione di libertà economica*, in *Contratto e Impresa* n. 4/2019, pp. 1255-1286.

²¹⁹ *Offshore voluntary disclosure – Comparative analysis, Guidance and Policy Advice*, 2010, OECD.

²²⁰ Individuata nel 2,5% dai primi due decreti, nel 5% dal terzo.

²²¹ In questa eventualità le attività rimangono all'estero, purché si tratti di un Paese UE o SEE.

ottiene una serie di benefici in materia di accertamento tributario e di sanzioni e va a regolarizzare la propria posizione, il tutto senza bisogno di fornire alcuna prova; in questo modo, si noti, viene data prevalenza al soddisfacimento dell'interesse erariale più che al sanzionamento della condotta evasiva, anche nel caso di compimento di reati gravi, quali il riciclaggio e l'autoriciclaggio. Ciò che ha fatto sorgere non poche polemiche circa l'adozione di un così fatto istituto è il carattere atipico che lo distanzia dal condono fiscale, nella cui categoria è fatto generalmente rientrare. Mentre il condono in senso proprio è pacificamente ritenuto coerente con i principi costituzionali, poiché ha natura premiale nell'eliminare solamente le sanzioni, lo scudo fiscale è invece considerato un condono atipico dal momento che prevede una tassazione sostitutiva rispetto a quella ordinaria, andando a riformulare l'imposta dovuta mediante una vera e propria alterazione dei criteri impositivi, previsione che si discosta palesemente dai principi costituzionalmente²²² tutelati: capacità contributiva, uguaglianza tributaria e parità di trattamento. Con ciò si viene dunque a delineare non solo una lesione dello Stato, ma, più che altro, degli altri contribuenti. L'istituto della *voluntary disclosure* non prevede alcun grado di riservatezza, garantita invece per quei contribuenti che decidano di rimpatriare i redditi nei casi sopra esposti, ed è applicato a *tutti gli investimenti e tutte le attività di natura finanziaria costituiti o detenuti all'estero, anche indirettamente o per interposta persona*. Nella medesima direzione si sono mossi ulteriori Stati, tra cui gli Stati Uniti e la Francia, i quali, tuttavia, si sono dimostrati meno permissivi dal momento che non hanno riconosciuto alcuno sconto di pena ai "collaboratori volontari". Una delle conseguenze dell'adozione volontaria dell'istituto in oggetto è il venir meno dell'anonimato delle persone

²²² Elementi di contrasto sono rinvenibili anche in relazione al diritto dell'Unione Europea dal momento che vengono coinvolte anche imposte armonizzate; nella sostanza ciò che viene contestato da parte della Commissione è la riformulazione dell'imposta dovuta e dei relativi interessi poiché tale modalità va a ledere il gettito comunitario. In particolare, verrebbero violate le disposizioni delle direttive UE, del Trattato UE sulla libera circolazione dei capitali ed in materia di aiuti di Stato alle imprese nel caso in cui questi vadano ad impattare sulla concorrenza. Inoltre, l'effetto è quello di favorire i soggetti colpevoli di frode, fattispecie che viene esplicitamente contrastata dalle direttive UE. Cfr. S. Bolis, *Scudo fiscale-ter: effetti della possibile incompatibilità con il diritto comunitario*, in *Il fisco*, n. 4 del 25 gennaio 2010, pag. 1-517 ed E. Traversa, *I condoni fiscali degli stati membri e la loro compatibilità con il diritto dell'Unione Europea*, in *Diritto e pratica tributaria internazionale*, n. 1/2010. La discrezionalità posta a capo dei singoli Stati membri nell'applicare l'imposta trova limitazione in due garanzie che devono essere rispettate: da un lato le risorse proprie della Comunità devono essere effettivamente riscosse, dall'altro non devono aver luogo rilevanti diversità con riguardo al trattamento dei soggetti passivi né all'interno di uno Stato membro né fra Stati membri. Cfr. Conclusioni dell'Avvocato generale Eleanor Sharpston della CGUE, C-132/06, depositate il 25 ottobre 2007.

coinvolte nelle operazioni non dichiarate, rendendo noti anche quei soggetti che, pur avendone la possibilità, non hanno deciso di adoperarsi in tal senso.

5.2 Scambio di informazioni UE ed Extra UE: no *fishing expeditions*

La necessità di non lasciare i singoli Stati in balia di un autonomo controllo sulle operazioni evasive *cross border* e l'evidenza della ridotta efficacia di accordi bilaterali o multilaterali in materia di cooperazione internazionale hanno condotto il Consiglio europeo a ritenere necessaria, in ambito soprattutto di imposte dirette, la previsione di un certo grado di scambio di informazioni tra Stati, che andasse ad agevolare la gestione nazionale del sistema fiscale. È stato riconosciuto nello scambio informativo uno strumento prezioso non solo ai fini della lotta alle frodi fiscali ed alla pianificazione fiscale aggressiva, ma anche nella verifica del corretto adempimento degli obblighi tributari da parte dei contribuenti; si sta in questo modo assistendo ad una sorta di aggregazione di interessi da tutelare resisi evidenti via via negli anni con l'evoluzione del mercato globale che portano la materia tributaria internazionale ad essere in continua e rapida evoluzione. Per questo, in abrogazione della precedente direttiva n. 77/799/CEE, punto di partenza in materia di collaborazione tra autorità fiscali di Stati diversi, il 15 febbraio 2011 viene emanata la *direttiva n. 2011/16/UE*²²³ (DAC 1), in risposta ad esigenze di una “nuova generazione” di persone fisiche e giuridiche, ma anche di strumenti ed istituti, tipo *trust*, in grado di generare effetti negativi sul mercato interno mediante la sottrazione di somme imponibili. L'obiettivo è quello di implementare i contatti diretti tra le autorità predisposte dai diversi Stati membri e di migliorare l'efficacia della collaborazione sia mediante la *condivisione delle migliori pratiche ed esperienze*, anche elaborando norme ed orientamenti di interesse comune, sia stabilendo requisiti minimi circa lo scambio di informazioni e fissando termini precisi per assicurare tempestività e speditezza. Per prima cosa viene dunque predisposto un ufficio centrale di collegamento con il ruolo di interfacciarsi con quelli presenti negli altri Stati membri e di operare capillarmente mediante l'ausilio di funzionari, nominati dall'autorità competente dello Stato, che comunicano ogni richiesta di collaborazione di cui ricevono notizia, secondo le procedure nazionali e, nella misura in cui sia previsto dall'accordo, possono assistere alle indagini amministrative condotte nello Stato interpellato. L'art. 12 prevede poi controlli simultanei da parte degli Stati qualora vi siano *uno o più persone che presentano per loro un interesse comune o complementare al fine di scambiare le informazioni così ottenute*. Pur prevedendo un'interpretazione ampia delle disposizioni, l'art. 9 chiarisce che gli Stati membri non possono procedere a richieste

²²³ È stata recepita dall'Italia tramite il DLgs n. 29 del 4 marzo 2014.

generiche di informazioni o richiedere quelle che probabilmente non sono pertinenti alle questioni fiscali di un contribuente (la c.d. *fishing expedition*); dunque, lo Stato richiedente deve quantomeno rendere nota l'identità della persona oltre che il fine fiscale che muove la richiesta. Inoltre, per rafforzare la valenza e l'utilità degli scambi informativi, l'art. 18 sottolinea l'importanza di poter disporre dei dati ottenuti anche per altri scopi, oltre che di poterli trasmettere anche ad altri Stati, seppur con i limiti stabiliti dalla normativa nazionale e con la facoltà di porre opposizione. Trova applicazione con riguardo alle *imposte di qualsiasi tipo riscosse da o per conto di uno Stato membro o delle ripartizioni territoriali o amministrative di uno Stato membro, comprese le autorità locali*, ad eccezione dell'IVA, dei dazi doganali, delle accise e dei contributi previdenziali.

Sono contemplate tre diverse modalità di scambio di informazioni ²²⁴ definite, rispettivamente, dagli artt. 5-7, 8, 9-10: lo *scambio su richiesta*²²⁵, per cui lo Stato membro richiedente fa una richiesta allo Stato membro interpellato che deve provvedere a soddisfarla entro sei mesi, ovvero due se già in possesso delle informazioni; lo *scambio automatico* (obbligatorio)²²⁶, nel caso in cui sia praticata una sistematica comunicazione di informazioni, entro due mesi dalla loro disponibilità, senza richiesta preventiva e ad intervalli regolari²²⁷; lo *scambio spontaneo*, caratterizzato dalla comunicazione occasionale, senza preventiva richiesta ed in qualsiasi momento, limitatamente a casi specifici previsti dall'art. 9, comma 1²²⁸.

²²⁴ Nell'ampia categoria "informazioni" vanno ricondotti anche relazioni, attestati ed altri documenti, o copie conformi o estratti degli stessi, ex art. 16, comma 5.

²²⁵ Nel procurare le informazioni, *l'autorità interpellata procede come se agisse per conto proprio o su richiesta di un'altra autorità del proprio Stato membro*; inoltre la trasmissione dei documenti originali è fatta salva dalle disposizioni vigenti nello Stato membro interpellato (art. 6, commi 3-4). Le categorie di reddito coinvolte sono: redditi da lavoro, compensi per dirigenti, prodotti di assicurazione sulla vita non contemplati in altri strumenti giuridici dell'Unione sullo scambio di informazioni e misure analoghe, pensioni e proprietà e redditi immobiliari (art. 8, comma 1).

²²⁶ Per i periodi d'imposta a partire dal 1° gennaio 2014 in relazione alle specifiche categorie: (a) redditi da lavoro, (b) compensi per dirigenti, (c) prodotti di assicurazione sulla vita non contemplati in altri strumenti giuridici dell'Unione sullo scambio di informazioni e misure analoghe, (d) pensioni, (e) proprietà e redditi immobiliari.

²²⁷ *Almeno una volta all'anno, entro i sei mesi successivi al termine dell'anno fiscale dello Stato membro durante il quale le informazioni sono state rese disponibili.*

²²⁸ a) *L'autorità competente di uno Stato membro ha fondati motivi di presumere che esista una perdita di gettito fiscale nell'altro Stato membro; b) un contribuente ottiene, in uno Stato membro, una riduzione od un esonero d'imposta che dovrebbe comportare per esso un aumento d'imposta od un assoggettamento ad imposta nell'altro Stato membro; c) le relazioni d'affari fra un contribuente di uno Stato membro ed un contribuente dell'altro Stato membro sono svolte attraverso uno o più paesi in modo tale da comportare una diminuzione di imposta nell'uno o nell'altro Stato membro o in entrambi; d) l'autorità competente di uno Stato membro ha fondati motivi di presumere che esista una riduzione d'imposta risultante da trasferimenti fittizi di utili all'interno di gruppi d'impresе; e) in uno Stato membro, a seguito delle informazioni comunicate dall'autorità competente dell'altro Stato membro, vengono raccolte delle informazioni che possono essere utili per l'accertamento dell'imposta in quest'altro Stato membro.*

Le informazioni in oggetto, nonostante siano coperte dal segreto d'ufficio, così come stabilito dall'art. 16, comma 1, possono comunque essere utilizzate *in occasione di procedimenti giudiziari e amministrativi che implicano l'eventuale irrogazione di sanzioni, avviati per violazioni della normativa fiscale*, e sono inoltre idonei a costituire elementi di prova nello Stato richiedente. Dette informazioni, previa autorizzazione, possono essere impiegate per scopi diversi da quelli di cui al paragrafo 1 del medesimo articolo solo qualora queste possano essere utilizzate *per fini analoghi nello Stato membro dell'autorità competente che comunica le informazioni*. Inoltre, prima di dare avvio al processo di richiesta di informazioni, lo Stato richiedente deve aver esaurito le proprie fonti, e può comunque subire un rifiuto, da parte dell'altro Stato membro, qualora abbia ragione di credere che lo Stato richiedente non sarebbe in grado di fornire informazioni analoghe in caso di richiesta, ovvero se lo scambio comporta la divulgazione di un segreto commerciale, industriale o professionale, di un processo commerciale o di un'informazione che vada contro l'ordine pubblico, oppure, ancora, nel caso in cui il procedimento di recupero delle informazioni sia contrario alla legislazione dello Stato interpellato. Si noti bene che, come stabilito dall'art. 18, il rifiuto non può trovare motivazione nella non utilità per lo Stato interpellato delle informazioni richieste, anche qualora siano detenute da una banca, da un altro istituto finanziario, da una persona designata o che agisce in qualità di agente o fiduciario, oppure perché si riferiscono agli interessi proprietari di una persona.

Nel caso in cui ad uno Stato membro pervengano informazioni, pur sempre pertinenti, da parte di un Paese terzo, può provvedere a trasmetterle a quegli Stati membri che potrebbero avere interesse a detenerle, purché la trasmissione sia stata autorizzata dallo Stato terzo e questo si sia *impegnato a fornire la cooperazione necessaria per raccogliere gli elementi comprovanti l'irregolarità o l'illegalità di operazioni che sembrano essere contrarie o costituire una violazione della normativa fiscale*.

La presente direttiva, che rappresenta il quadro ed il punto di partenza, a livello comunitario, di un'efficace e rapida cooperazione amministrativa, con l'obiettivo di condurre un corretto accertamento delle imposte nelle operazioni transfrontaliere e per contrastare la frode, è stata negli anni rafforzata mediante l'emanazione di ulteriori direttive. In particolare, è stata rilevata la necessità di porre maggior attenzione all'aspetto globale dello scambio di informazioni, soprattutto alla luce della normativa americana FATCA²²⁹, *Foreign Account Tax Compliance Act*,

²²⁹ Accordi sullo scambio reciproco di informazioni concordati nel 2012 tra alcuni Stati membri, tra cui l'Italia, e gli Stati Uniti. Nella sostanza la normativa prevede una ritenuta del 30% su tutti i pagamenti di fonte statunitense effettuati alle istituzioni finanziarie estere che non abbiano accettato di condividere con il fisco americano le informazioni sui contribuenti USA e non collaborino ad

considerata punto di svolta in materia di scambio di informazioni. In effetti, a partire da questa, sono stati elaborati ulteriori modelli e strumenti maggiormente multilaterali, come gli *Intergovernmental Agreements* (IGA), il TIEA ed i “Rubik” *Agreements*²³⁰ che nel 2014 hanno portato l’OCSE, su incarico del G20, a formulare uno standard globale unico in materia di scambio automatico di informazioni fiscali, il *Common Reporting Standard*²³¹ (CRS), con lo scopo allora globalmente condiviso di combattere la frode fiscale, l’evasione fiscale e la pianificazione fiscale aggressiva. Detto Standard, approvato il 15 luglio 2014, stabilisce le informazioni da scambiare, gli istituti chiamati ad adoperarsi in tal senso, i conti ed i contribuenti coperti e le procedure comuni da seguire. È sostanzialmente composto da quattro parti:

- Il *Multilateral Competent Authority Agreement* (MCAA), firmato attualmente da 60 giurisdizioni, regola i rapporti di scambio tra i Paesi in cui è già in vigore una convenzione o, comunque, un accordo bilaterale, specificando i dettagli circa la terminologia, le informazioni interessate dallo scambio, le modalità, le tempistiche, gli aspetti riguardanti la collaborazione, la confidenzialità e le consultazioni ed, infine, la cessazione dell’accordo;
- Il *Common Reporting Standard* (CRS), il modello di accordo sullo scambio automatico di informazioni, è provvisto di tecnicismi relativi alle modalità secondo le quali deve avvenire lo scambio delle informazioni ed alla verifica che gli istituti obbligati devono svolgere nei confronti dei loro clienti;
- I Commenti al CAA ed al CRS, che hanno lo scopo di supportare l’interpretazione e l’applicazione delle disposizioni nel garantire un’applicazione coerente tra le giurisdizioni;

eventuali indagini. L’obiettivo è quello di ottenere quante più informazioni possibili circa le somme detenute *offshore* dai soggetti americani sfuggiti al fisco.

²³⁰ Accordi intrapresi in particolare dalla Svizzera, che si configura come una sorta di sostituto d’imposta, con lo scopo di mantenere il segreto bancario mediante il pagamento di un corrispettivo; prevedono che, da un lato, gli Stati da cui i capitali provengono ricevano imposte, dall’altro, l’investitore mantenga l’anonimato dietro pagamento.

²³¹ La dottrina ha sollevato alcuni dubbi circa la configurabilità o meno del modello CRS come la proiezione internazionale del FATCA americano; in particolare è possibile che possano sorgere delle criticità in sede di applicazione troppo ampia dello scambio di informazioni. Ad esempio, nel caso vi sia un soggetto che apre un deposito di conto corrente in uno Stato terzo rispetto a quello di residenza e a quello in cui percepisce parte dei suoi redditi, non è da escludersi che tra il primo ed il terzo non avrà mai luogo lo scambio di informazioni, a meno che non vi sia una Convenzione contro le doppie imposizioni in grado di trascendere i limiti mediante l’art. 26 del Modello OCSE. G. Marino, *Osservazioni in tema di residenza nel contesto dello scambio automatico di informazioni*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, n. 1 del 2018, pag. 1.

- Una guida per l'utente, che, tramite lo schema XML (*Extensible Mark-Up Language*), può ricevere segnalazioni di informazioni del CRS. In pratica la guida spiega quali sono le informazioni richieste da includere in ogni elemento di dati CRS.

L'art. 26 del Modello OCSE regola lo scambio di informazioni su scala internazionale, ed è la fonte da cui hanno tratto ispirazione le diverse direttive UE. Prescindono dalla portata degli altri articoli presenti nel modello e vanno a riguardare la totalità dei contribuenti e delle imposte. Il limite che viene posto è quello delle richieste, per così dire, speculative, quelle cioè irrilevanti, le "battute di pesca" prive di valide ragioni, senza che via sia un'utilità che possa essere *foreseeable relevant*, prevedibilmente rilevante. Vi è poi un ulteriore strumento, il Modello TIEA, *Tax Information Exchange Agreement*, elaborato nel 2002 dal *Global Forum Working Group on Effective Exchange of Information*; è il punto di riferimento nella definizione delle procedure di attivazione dello scambio su richiesta di informazioni tributarie tra quegli Stati con i quali non siano state sottoscritte convenzioni.

Sulla base di tale evoluzione internazionale, la necessità di ampliare l'ambito di applicazione della prima direttiva sulla scia degli sviluppi suddetti, in una logica di riduzione dei costi e degli oneri amministrativi, tanto in capo alle amministrazioni fiscali, quanto agli operatori economici, e il bisogno di evitare le distorsioni che possono crearsi in conseguenza della conclusione di accordi paralleli tra Stati senza che sia garantita coordinazione, il Consiglio europeo ha ritenuto di integrare la prima direttiva con le informazioni del modello OCSE circa il CRS mediante l'emanazione della *direttiva n. 2014/107/UE* (DAC 2) che reca modifiche in materia di scambio automatico di informazioni. Le informazioni oggetto di scambio automatico non sono più ora unicamente quelle disponibili, ma anche *quelle che possono essere recuperate secondo le procedure per la raccolta e il trattamento delle informazioni* nello Stato chiamato a condividerle. Vengono stabilite delle norme in materia di diligenza che devono essere rispettate da parte delle *Istituzioni finanziarie tenute alla comunicazione*²³², al fine di ridurre le possibilità che i contribuenti sfruttino modalità di trasferimento di redditi non previste dalla DAC 1 per ottenere vantaggi non dovuti; inoltre, con lo scopo di impedire fenomeni elusivi praticati mediante la scissione dei conti, non vengono previste delle soglie ai fini dell'applicazione o meno della direttiva, ma vengono direttamente escluse quelle categorie di Istituzioni Finanziarie e quei conti che presentano un rischio ridotto di utilizzo ai fini di evasione fiscale.

²³² Con ciò intendendo un'istituzione di custodia, un'istituzione di deposito, un'entità di investimento o una compagnia di assicurazioni specificata. Allegato I, Sez. VIII.

Successivamente, in linea con gli sviluppi internazionali, il Parlamento ed il Consiglio europeo hanno emanato le *direttive UE 2015/2367*²³³ (DAC 3) e *2016/881*²³⁴ (DAC 4) che incrementano ulteriormente le disposizioni in materia. La prima sottolinea la necessità di prevedere uno scambio spontaneo efficace di informazioni sui *ruling* preventivi transfrontalieri e sugli accordi preventivi sui prezzi di trasferimento; tale genere di interpellato, se era stato ideato con l'obiettivo di conferire al contribuente un maggior grado di certezza e chiarezza circa la normativa da adottare o disapplicare, ben presto è diventato un tipico strumento di evasione praticato mediante accordi di prezzo con le giurisdizioni coinvolte. Dunque, la direttiva in oggetto dapprima provvede a fornire la definizione²³⁵ di tali fattispecie, che non va considerata come tassativa, ben potendo comprendere ulteriori situazioni, e poi ne prevede lo scambio automatico obbligatorio di informazioni²³⁶ a partire dal 1° gennaio 2017. Inoltre, viene stabilita l'obbligatorietà della trasmissione di feedback da parte dello Stato che riceve le informazioni e viene predisposto, in luogo della posta elettronica protetta, un elenco centrale (CCN) dove trovano posto i dati raccolti che divengono in tal modo agevolmente accessibili tanto dagli Stati membri, quanto dalla Commissione.

La DAC 4, invece, contempla delle modifiche aventi ad oggetto i gruppi di imprese multinazionali che, tramite l'attuazione di pratiche di pianificazione fiscale aggressiva, danneggiano pesantemente le PMI che operano unicamente su scala nazionale conducendo ad una concorrenza sleale tra Stati. Perciò, al fine di verificare se i trasferimenti che hanno luogo tra imprese dello stesso gruppo operanti in giurisdizioni diverse hanno lo scopo di trasferire redditi mediante artifici, gli Stati membri sono chiamati a fornire informazioni circa la struttura, la politica dei prezzi di trasferimento e le transazioni effettuate in relazione a tali entità, così come espressamente disposto dall'art. 8-*bis bis* nell'introdurre il *country-by-country*

²³³ Attuata in Italia mediante il DLgs n. 32 del 2017.

²³⁴ Attuata in Italia con Decreto Min. Economia e Finanze del 23 febbraio del 2017.

²³⁵ (a) accordi preventivi e/o decisioni unilaterali sui prezzi, (b) accordi e decisioni preventive sui prezzi bilaterali o multilaterali, (c) accordi o decisioni che determinano l'esistenza o l'assenza di una stabile organizzazione, (d) accordi o decisioni che determinano l'esistenza o l'assenza di fatti con un potenziale impatto sulla base imponibile di una stabile organizzazione, (e) accordi o decisioni che determinano lo status fiscale di un'entità ibrida in uno Stato membro che si riferisce a un residente di un'altra giurisdizione, (f) nonché accordi o decisioni su base imponibile per l'ammortamento di un bene in uno Stato membro acquisito da una società del gruppo in un'altra giurisdizione. Con accordi preventivi si intende, ex art. 15, *qualsiasi accordo, comunicazione o qualsiasi altro strumento o azione con effetti simili, compreso quello emesso, modificato o rinnovato nel contesto di una verifica fiscale* che soddisfi le condizioni di cui al medesimo articolo.

²³⁶ Con l'esclusione dei soggetti con fatturato netto annuo inferiore ad € 40.000, al sussistere di determinate condizioni.

reporting. Per cui ciascuno Stato membro è chiamato ad adottare ogni misura atta a *richiedere all'entità capogruppo*²³⁷ *ultima di un gruppo multinazionale residente ai fini fiscali nel suo territorio* il deposito della rendicontazione²³⁸; tali informazioni vengono successivamente comunicate allo Stato in cui sono localizzate le società controllate e nulla osta ad un loro impiego al fine di operare ulteriori indagini sul gruppo multinazionale in questione²³⁹.

Infine, di più recente emanazione²⁴⁰, sono le *direttive UE 2016/2258 (DAC 5)* e *2018/822 (DAC 6)*. L'una prevede che, per riuscire a contrastare in modo più efficace l'evasione e la frode fiscale, le informazioni ricavate in applicazione della V direttiva UE antiriciclaggio (n. 2015/849) devono essere fornite alle autorità fiscali così da riuscire più efficacemente nell'attuazione degli obblighi di *due diligence* previsti dalla DAC 1. Come accennato in precedenza, le disposizioni derivanti dalle direttive UE 2011/16 e V antiriciclaggio vanno inevitabilmente ad interfacciarsi; sebbene gli obiettivi che si propongono di raggiungere nella sostanza siano diversi, la prima mira ad evitare perdite di gettito accertando la correttezza delle imposte dovute, la seconda vuole limitare l'alimentazione di organizzazioni criminali e il ricorso al riciclaggio di denaro, presentano una stretta connessione²⁴¹. In effetti, non solo i

²³⁷ O qualsiasi *entità segnalante* così come individuata dall'allegato III, Sez. II.

²³⁸ Era stata ritenuta insufficiente la *Risoluzione del Consiglio e dei rappresentanti dei governi degli Stati membri su un codice di condotta relativo alla documentazione dei prezzi di trasferimento per le imprese associate nell'Unione europea* (DPT UE) del 27 giugno 2006, in quanto non prevede un meccanismo per la presentazione delle rendicontazioni Paese per Paese. Offre comunque la possibilità di trasmettere *masterfile* e *local file* contenenti informazioni circa, rispettivamente, operazioni di tutto il gruppo o del solo contribuente locale.

²³⁹ In deroga a quanto previsto dall'art. 16, paragrafi 1-4.

²⁴⁰ I dati sin qui rilevati sono piuttosto incoraggianti; dal confronto tra i flussi di dati scambiati tra il 2008 ed il 2013 e tra il 2013 e il 2017 emerge un incremento di circa 20.000 informazioni veicolate (quasi +100%), ripartiti in 11.000, 4.000, 17.652, 19.511 in ambito, rispettivamente, DAC 1,2,3 e 4. Fonte: FiscoOggi.

²⁴¹ Sul tema può essere utile considerare quanto emerge dalla Causa C-544/19 e dalle conclusioni proposte dall'Avvocato generale della Corte di Giustizia UE del 18 novembre 2020. La questione ruotava intorno al dubbio circa l'idoneità di una normativa nazionale, nel caso in specie, bulgara, a rientrare nell'ambito di applicazione della V direttiva UE antiriciclaggio nel caso in cui prevedesse delle restrizioni al pagamento in contanti oltre ad una specifica soglia, di molto inferiore a quella prevista in ambito europeo, in virtù della lotta all'evasione ed all'elusione fiscale. La fattispecie in oggetto è idonea a far emergere degli intrecci tra normativa antievasione e disposizioni contro la lotta al riciclaggio ed al finanziamento al terrorismo. La previsione della soglia bulgara (BGN 10.000 che corrispondono ad € 5.113), stabilita in sede europea dalla direttiva n. 2015/849/UE, si pone l'obiettivo esplicito di contrastare l'evasione fiscale, scopo che invece persegue la direttiva n. 2011/16/UE, la quale, d'altra parte, non prevede alcun importo minimo al di sopra del quale debbano obbligatoriamente scattare degli obblighi. Il legislatore bulgaro, tramite una normativa così articolata, mira a ricomprendere quante più situazioni possibili idonee ad attuare frodi fiscali, inoltre, il fatto che venga data valenza tanto all'importo complessivo dell'operazione, quanto alle somme di più operazioni che appaiono collegate, è evidentemente mirato a colpire quelle condotte che cercano di eludere la normativa mediante il frazionamento; da ultimo, le modalità di pagamento da porre in essere al superamento della soglia, quali bonifico bancario o versamento su un conto di pagamento, hanno evidentemente l'obiettivo di garantire tracciabilità alle transazioni e di identificare i parametri

reati che vanno ad ostacolare il più delle volte, come si vedrà, sono l'uno il presupposto dell'altro in un continuo "circolo vizioso", ma gli strumenti adottati per rilevare tempestivamente comportamenti suscettibili di trovare collocazione nell'attuazione di tali reati sono pressoché gli stessi e fanno della trasparenza il proprio punto critico. Per cui, tramite l'inserimento del paragrafo 1 *bis* all'art. 22 della DAC 1, i dati ricavati nel rispetto degli artt. 13, 30, 31, e 40 della direttiva UE 2015/849, dunque disposizioni in materia di informazioni relative alla clientela, alla titolarità effettiva di società ed entità giuridiche e obblighi circa la conservazione dei documenti, sono accessibili da parte delle autorità fiscali, così da monitorare in modo più completo l'attuazione della prima direttiva.

L'altra, invece, trova emanazione in risposta all'evoluzione dell'attività imprenditoriale che si esplica nell'integrazione di fattispecie sempre più innovative, complesse e sofisticate, attuate anche mediante accordi tanto con altre giurisdizioni, quanto con intermediari²⁴² e professionisti. Dal momento che più le segnalazioni sono inoltrate precocemente alle autorità fiscali, più queste risultano efficaci nella lotta alle pratiche evasive, la direttiva dispone un ampliamento dei soggetti obbligati a vigilare sul tenore delle operazioni che trattano e su coloro che sono intenzionati ad attuarle. Perciò, *qualsiasi persona che progetta, commercializza, organizza o mette a disposizione per l'attuazione o gestisce l'attuazione di un accordo transfrontaliero oggetto*

delle operazioni, eliminando qualsiasi forma di anonimato. È altresì esplicitato che le disposizioni non contengono alcuna misura relativa alla lotta contro il riciclaggio ed il finanziamento del terrorismo, di conseguenza non stabilisce alcun rinvio alla V direttiva UE antiriciclaggio. Inoltre, se è vero che questa dispone che ogni Stato è libero di applicare misure più restrittive di quelle previste dalla stessa, è altrettanto vero che devono comunque rientrare nella materia disciplinata dalla direttiva. Ne consegue che gli obiettivi perseguiti dal legislatore europeo, da un lato, e dal legislatore bulgaro, dall'altro, sono ben diversi. Nelle conclusioni dell'Avvocato infatti si legge: *una normativa nazionale come quella di cui al procedimento principale, che, al fine di contrastare l'evasione e l'elusione fiscale, vieta alle persone fisiche o giuridiche di effettuare, nel territorio nazionale, un pagamento in contanti allorché il relativo importo è pari o superiore a una determinata soglia e richiede a tali soggetti di effettuare un bonifico bancario o un versamento su un conto di pagamento, non rientra nell'ambito di applicazione della direttiva (UE) 2015/849 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 maggio 2015, relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a fini di riciclaggio o finanziamento del terrorismo [...].* In altra sentenza del 16 luglio 2020 (C-550/18) la CGUE, oltre a rilevare che la direttiva 2015/849 rappresenta una significativa evoluzione delle regole dell'Unione in materia di antiriciclaggio rispetto alle disposizioni della direttiva 2005/60, dal momento che amplia l'ambito di applicazione delle norme in materia di antiriciclaggio, dispone esplicitamente l'inclusione dei reati fiscali nell'elenco dei reati principali in materia di riciclaggio. Inoltre, con sentenza del 17 gennaio 2018 (C-676/16), la Suprema Corte sottolinea come l'esistenza di una società rappresenti già di per sé un'operazione caratterizzata da un elevato rischio di riciclaggio dei proventi e che il contrasto ad illeciti di tale natura mira anche a preservare la solidità e l'integrità del sistema finanziario, come avviene con riguardo ad operazione evasive.

²⁴² Si è tali se si soddisfa uno dei requisiti previsti dall'art. 3, par. 21: (a) residente a fini fiscali in uno Stato membro, (b) avere una stabile organizzazione in uno Stato membro attraverso la quale vengono forniti i servizi relativi all'accordo, (c) essere incorporato o disciplinato dalle leggi di uno Stato membro, (d) essere iscritto a un ordine professionale relativo a servizi legali, fiscali o di consulenza in uno Stato membro.

di comunicazione, ma anche coloro che svolgono un ruolo di consulenza od assistenza, hanno l'obbligo di rendere note alle autorità competenti le informazioni di cui sono a conoscenza circa gli accordi transfrontalieri²⁴³, aggiornandole ogni tre mesi mediante una relazione periodica. La direttiva prevede altresì che, qualora l'obbligo in capo all'intermediario si configuri come una violazione del *privilegio professionale legale ai sensi del diritto nazionale di tale Stato membro*, la segnalazione è rimessa ad un altro intermediario individuato dal primo, ovvero, in mancanza, al contribuente interessato. Vengono da ultimi predisposti degli *hallmarks* al fine di stabilire se *il vantaggio principale o uno dei vantaggi principali che, tenuto conto di tutti i fatti e le circostanze rilevanti, una persona può ragionevolmente aspettarsi di ottenere da un accordo è l'ottenimento di un vantaggio fiscale*, il c.d. "test del vantaggio principale".

Da tale quadro chi ne risulta colpito più pesantemente è quel catalogo di Paradisi Fiscali che della non propensione alla trasparenza ed alla collaborazione si sono resi paladini; sebbene gran parte di essi abbia optato, almeno apparentemente, per l'adozione di un approccio nuovo e diverso da quello adottato in passato, ci si interroga se tali giurisdizioni siano effettivamente in grado di predisporre di una struttura amministrativa che permetta loro di rispondere in modo adeguato alle (tante) richieste di informazioni, oppure se potrebbero in effetti comunicarle solo tardivamente o non riuscire a fornirle affatto.

Capitolo 6. I Paradisi Fiscali come luogo per realizzare il riciclaggio ed il finanziamento al terrorismo

²⁴³ Definiti dall'art. 3, par. 18 come accordi riguardanti più di uno Stato membro o uno Stato membro e un Paese terzo in cui è soddisfatta almeno una delle condizioni: (A) non tutti i partecipanti all'accordo sono residenti ai fini fiscali nella stessa giurisdizione, (B) uno o più partecipanti all'accordo risiedono simultaneamente a fini fiscali in più di una giurisdizione, (C) uno o più partecipanti all'accordo esercitano un'attività in un'altra giurisdizione tramite una stabile organizzazione situata in tale giurisdizione e l'accordo costituisce parte o l'intera attività di tale stabile organizzazione, (D) uno o più dei partecipanti all'accordo esercitano un'attività in un'altra giurisdizione senza essere residenti a fini fiscali o senza creare una stabile organizzazione situata in tale giurisdizione, (E) tale accordo ha un possibile impatto sullo scambio automatico di informazioni o sull'identificazione della titolarità effettiva. L'allegato IV identifica quelli *oggetto di comunicazione* in (I) accordi che prevedono pagamenti transfrontalieri deducibili effettuati tra due o più imprese associate in cui si verifica almeno una delle condizioni: (a) il destinatario non è residente ai fini fiscali in alcuna giurisdizione fiscale, (b) anche se residente, tale giurisdizione non impone alcuna imposta sulle società o impone l'imposta sulle società all'aliquota zero o quasi zero, oppure è nell'elenco delle giurisdizioni non cooperative, (c) il pagamento beneficia di un'esenzione totale dall'imposta nella giurisdizione in cui il destinatario è residente ai fini fiscali, (d) il pagamento beneficia di un regime fiscale preferenziale nella giurisdizione in cui il destinatario è residente ai fini fiscali; (II) detrazioni per lo stesso ammortamento sul bene che sono richieste in più di una giurisdizione; (III) esenzioni dalla doppia imposizione per lo stesso elemento di reddito o capitale richieste in più di una giurisdizione; (IV) accordi che includono trasferimenti di attività e laddove vi sia una differenza sostanziale nell'importo da trattare come pagabile in corrispettivo per le attività nelle giurisdizioni interessate.

6.1 Reati speculari

Le materie del riciclaggio e del finanziamento al terrorismo, si vedrà, sono fortemente interconnesse. Uno degli elementi che le caratterizza e le accomuna è il ricorso ai Paradisi Fiscali; nel primo caso per cancellare ogni traccia della provenienza del denaro, nel secondo per avere un rifugio sicuro in cui depositare quel che serve per compiere attentati; sicché in entrambe le situazioni, lo scopo di usufruire di giurisdizioni *offshore* non è sicuramente quello di ottenere una tassazione esigua, quanto piuttosto quello di ridurre al minimo la possibilità di rendere rintracciabile la reale attività sottostante, così che le organizzazioni criminali sono ben disposte a pagare per coprire le proprie operazioni illecite.

I due fenomeni sono in una qualche misura speculari, nel senso che nel caso del riciclaggio vi è la circolazione di denaro “sporco” che verrà infine impiegato in attività molto spesso legali; i fondi che permetteranno di finanziare il terrorismo, invece, possono avere provenienza da un’ampia varietà di fonti, tanto illecite, quanto lecite, quali, ad esempio, il denaro raccolto tramite raccolte fondi, e verranno successivamente utilizzati per perseguire scopi completamente illeciti. Per questo le organizzazioni terroristiche non hanno interesse a nascondere l’origine del denaro, ma piuttosto la sua destinazione, tramite l’utilizzo di tecniche del tutto simili a quelle impiegate dai riciclatori. Da questo deriva che la prevenzione e l’individuazione di operazioni di riciclaggio è un mezzo che si dimostra efficace e funzionale nell’identificare le sottostanti attività e gli intenti criminali.

6.2 Riciclaggio *offshore*

Gli ingenti proventi realizzati dalle organizzazioni criminali nella gestione delle loro numerose attività “imprenditoriali”, quali, ad esempio, il traffico di droga, il commercio illegale di armi o lo sfruttamento della prostituzione, possono trovare impiego nell’economia legale solamente a seguito del camuffamento della loro origine, al fine di eliminare ogni traccia delle operazioni che hanno realizzato tali profitti e poterne infine godere liberamente. Sebbene inizialmente²⁴⁴ la condotta integrante il reato di riciclaggio fosse limitata a qualche tassativa fattispecie di reato, quale *rapina aggravata*, *estorsione aggravata*, *sequestro di persona a scopo di estorsione* e *delitti concernenti la produzione o il traffico di sostanze stupefacenti o psicotrope*²⁴⁵, con il tempo si è riscontrata la necessità di estendere la gamma di reati presupposto ricomprendendo tutti

²⁴⁴ Art. 3 del DL 21 marzo 1978, n. 5.

²⁴⁵ Questi ultimi introdotti ad opera delle modifiche apportate dall’art. 23 della L. 19 marzo 1990, n.55.

i delitti di matrice non colposa, dunque anche quelli tributari²⁴⁶, i quali, in effetti, spesso sono attuati proprio per perseguire attività illecite connesse alle organizzazioni criminali. Si può affermare che la connessione tra riciclaggio e reati tributari ed, in particolare, quelli integranti condotte di evasione fiscale, sia particolarmente solida nella misura in cui il successo di ogni crimine e la prosecuzione dell'attività criminale dipendono dall'abilità di eliminare ogni traccia finanziaria del guadagno ottenuto; perciò, al fine di conseguire i propri risultati, i due reati attuano processi differenti ma adottano, allo stesso tempo, le medesime tecniche di dissimulazione, nella gran parte dei casi supportandosi a vicenda, ed andando a coinvolgere le prestazioni dei Paesi *offshore*, con la differenza che, mentre nel caso dell'evasione i fondi vengono localizzati in un unico luogo dove possono trovare riparo dalle pretese impositive dello Stato di residenza, con riferimento ai proventi di origine criminale, invece, la tendenza è quella di operare frequenti trasferimenti tra più giurisdizioni.

L'operazione che consente la trasformazione dei fondi da illegali a legali si realizza, dunque, nel reato di riciclaggio, una condotta costituita sostanzialmente da tre fasi: dopo aver suddiviso il profitto generato da attività illecite in una pluralità di somme di modico valore, anche tramite l'utilizzo di prestanome, ha luogo il *placement stage*, il "collocamento", con ciò intendendo l'inserimento del denaro parcellizzato nel sistema finanziario, ad esempio depositandolo su un conto bancario oppure acquistando strumenti finanziari o facendo ampio ricorso a trasferimenti elettronici; l'obiettivo è quello di trasformare il denaro contante a disposizione in moneta fisicamente impalpabile. Successivamente si posiziona il *layering stage*, la "stratificazione", anche nota come la tecnica del "guado del pellerossa", al fine di dissociare la provenienza illecita tramite una moltitudine di operazioni che mirano a far circolare il denaro fino a renderlo "pulito", ad esempio mediante l'effettuazione di investimenti, o pagamenti per beni o servizi, ovvero tramite il trasferimento del denaro in giro per il mondo, soprattutto nelle giurisdizioni non, o parzialmente, collaborative; agendo secondo queste modalità si produce l'effetto di spezzare ogni traccia documentale dei trasferimenti. Infine, l'*integration stage*, l'integrazione del denaro "ripulito" entro il sistema finanziario apparendo del tutto legittimo e venendo impiegato in acquisti di beni di lusso o nella creazione di attività imprenditoriali legali; i fondi sono resi disponibili mediante l'adozione di una varietà di tecniche, alcune più ricorrenti di altre, come il *loan back*, la falsificazione di movimenti contabili o l'acquisto di titoli negoziabili al portatore.

²⁴⁶ Espressamente previsti dalla Direttiva UE n. 2015/849 in materia di antiriciclaggio.

È un processo, si capisce, caratterizzato da diverse operazioni, che possono essere attuate in diversi Stati, da una pluralità di soggetti, anche inesistenti, e con modalità di varia natura, in genere complesse; eterogeneità che ha portato a constatare che *the number of ways of laundering criminal proceeds seems only limited by the creativity of the laundering party*²⁴⁷. Per questo sorge presto il problema di operare un'efficace persecuzione, ma anche di raggiungere l'effettiva ricostruzione dell'operazione nella sua interezza. Non vi sono aree geografiche scelte a priori, dipende in larga misura dallo stadio del processo; per cui solitamente, in sede di collocamento, viene scelto un posto vicino a dove ha luogo l'attività sottostante, in particolare le organizzazioni criminali italiane prediligono effettuare tali operazioni in Paesi esteri dove vi sono normative più blande rispetto a quelle nazionali circa l'immediato inserimento di grandi quantità di contanti nel sistema bancario; quando si tratta di dissimulare l'origine compiendo una moltitudine di operazioni, invece, è probabile che venga fatto ricorso a territori *offshore*, oppure anche a grossi centri bancari e commerciali che possono offrire maggiori garanzie circa l'eliminazione di ogni traccia illecita; nello scegliere la destinazione finale, poi, possono essere individuati luoghi ancora diversi. Per fornire un esempio, nel 2010, nell'ambito dell'operazione della Guardia di Finanza "Cian Liu", veniva sgominata un'organizzazione criminale che, tramite una società localizzata a San Marino a fini di riciclaggio, faceva transitare denaro proveniente dall'Italia e dall'Europa in Cina. La complessità di tale schema, oltre che nella portata transnazionale, veniva riscontrata nel frazionamento della somma complessiva di più di 2,7 miliardi di € in tranches di 1.999,99 €, appena al di sotto del limite legale²⁴⁸ stabilito con riferimento al trasferimento di denaro contante, attribuiti a soggetti il più delle volte inesistenti.

La creazione di società di comodo, *trust*, o complesse strutture imprenditoriali sono alcune delle tecniche più comuni utilizzate per celare la reale identità degli autori; la convenienza, la comodità e la sicurezza del veicolo che viene impiegato dipende in larga misura dall'esperienza degli autori, dalla localizzazione e dal mercato della giurisdizione in questione. Viene sovente utilizzata anche la creazione di una pluralità di società fantasma, con lo scopo di diluire quanto più possibile l'operazione principale. Si tratta dello schema "Matrioska" che è stato di recente riscontrato nell'omonima operazione della Guardia di Finanza, in collaborazione con la Squadra Mobile della Polizia di Stato. In questo caso a rendere più difficoltosa l'individuazione della fattispecie ha contribuito l'elemento informatico; nella

²⁴⁷ K.D. Beale, P. Esposito, *Emergent International Attitudes Towards Bribery, Corruption and Money Laundering*, in *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, Volume 75, n. 3/2009, pp. 360 – 373.

²⁴⁸ Ex art. 49 del DLgs n. 231/2007.

sostanza, degli *backer* si erano interposti in una trattativa tra una società trentina (fornitore) ed una bosniaca (cliente) al fine di dirottare i pagamenti che l'una effettuava nei confronti dell'altra. Dopo aver depositato i 600.000 € così ottenuti in una società di Bologna, la somma era stata frazionata e dirottata in altre società fantasma con sedi sparse per l'Italia; da queste, poi, il denaro era stato spedito sia in conti correnti esteri, dove erano localizzate società, nello specifico, in Bulgaria, Slovenia, Ungheria e Gran Bretagna, sia in conti correnti intestati a prestanome. Ancora, tale denaro era stato successivamente ricondotto in Italia utilizzando come destinatari sempre società fantasma e prestanome.

Esistono alcuni elementi, come il citato *frazionamento delle somme*, che ricorrono nella maggior parte delle fattispecie accertate e che, a partire dall'originario "decalogo" del 2001, predisposto dalla Banca d'Italia, sono stati racchiusi in un elenco, aggiornato negli anni in conseguenza dell'evoluzione delle modalità di attuazione delle operazioni²⁴⁹ evasive. Fungono da campanelli d'allarme che devono portare i soggetti obbligati²⁵⁰ ad operare ulteriori approfondimenti. Nella sostanza le anomalie possono essere ricondotte ad operazioni inusuali, illogiche, prive di giustificazione, a volte addirittura svantaggiose, ed attuate con una certa frequenza, anche tramite il coinvolgimento di soggetti estranei tra di loro²⁵¹. Alla luce degli indicatori rilevati dalla UIF, la valutazione dev'essere condotta considerando tanto ogni aspetto caratterizzante il caso concreto, quanto la natura complessiva dell'operazione, e, così come la ricorrenza di uno dei comportamenti non è sufficiente a configurare l'operazione come sospetta, allo stesso modo, l'assenza di uno o più indicatori non implica necessariamente che l'operazione invece non lo sia. Vanno a delineare dei punti critici che rilevano, in particolare, il comportamento del cliente, che potrebbe

²⁴⁹ Con ciò si intende *non solo l'effettuazione di un determinato atto, ma anche un insieme di movimentazioni che appaiono tra loro funzionalmente ed economicamente collegate*. Accluse "Istruzioni operative per l'individuazione delle operazioni sospette", 12 gennaio 2001.

²⁵⁰ I destinatari sono individuati dall'art. 2 del Decreto del Ministero della Giustizia del 16 aprile 2010, successivamente implementati con il Decreto del Ministero dell'Interno del 17 febbraio 2011 che ha anche esteso l'ambito di applicazione alle operazioni riguardanti attività di recupero di crediti per conto terzi, custodia e trasporto di denaro contante e di titoli o valori a mezzo di guardie particolari giurate, trasporto di denaro contante, titoli o valori senza l'impiego di guardie particolari giurate; gestione di case da gioco, offerta, attraverso la rete internet e altre reti telematiche o di telecomunicazione, di giochi, scommesse o concorsi pronostici con vincite in denaro; attività di agenzia di affari in mediazione immobiliare; disposizioni aggiornate e modificate in seguito dal Decreto del Ministero dell'Interno del 27 aprile 2012.

²⁵¹ Per citarne alcuni: (a) ripetute operazioni della stessa natura non giustificate dall'attività svolta dal cliente ed effettuate con modalità tali da denotare intenti dissimulativi, (b) ricorso a tecniche di frazionamento dell'operazione, (c) operazioni di ingente ammontare che risultano inusuali rispetto a quelle di norma effettuate dal cliente, (d) operazioni con configurazione illogica, soprattutto se risultano svantaggiose per il cliente sotto il profilo economico o finanziario, (e) operazioni effettuate frequentemente da un cliente in nome o a favore di terzi, qualora i rapporti non appaiano giustificati.

dimostrare una dimestichezza non dovuta in materia di norme applicabili nel corso dell'operazione oppure potrebbe rifiutarsi o comunque essere riluttante nel fornire le informazioni richieste; la modalità di esecuzione delle prestazioni, quindi operando transazioni frequenti e di importo notevole, rilasciando deleghe con una certa frequenza, prospettando uno scopo non compatibile ovvero incoerente con il proprio profilo economico patrimoniale; la modalità di pagamento dell'operazione, per esempio facendo ricorso al contante per importi consistenti o privilegiando titoli al portatore. Vengono poi prospettati indicatori specifici relativi alla costruzione ed all'amministrazione di imprese, *trust* e società, ad operazioni riguardanti beni mobili od immobili, e di natura contabile e finanziaria. Si noti come i soggetti principali destinatari degli obblighi di vigilanza coincidano con coloro che operano nel settore finanziario; in effetti, la fase di riciclaggio, che costituisce il momento di svolta nel qualificare la somma come legale od illegale agli occhi del pubblico esterno, è allo stesso tempo punto di contatto tra soggetto criminale ed operatore economico "sano", dunque situazione di assoluta importanza per ambedue i lati, l'uno per assicurare il camuffamento di ogni traccia, l'altro per scoprire i reati sottostanti.

Si rinviene da tali esempi come l'elemento transnazionale contribuisca a rendere ancor più complesso un meccanismo che già di per sé non lascia spazio alla semplicità ed all'immediatezza; si aggiunge poi il rapido mutamento degli schemi adottati e delle condotte illecite che si accompagnano sempre più di frequente all'adozione di strumenti che permettono l'anonimato. Il *bitcoin* è sicuramente uno di questi, anche se i detentori, più che essere celati dall'anonimato, sono coperti da pseudonimi²⁵² che in modo analogo non permettono comunque di risalire all'identità dell'utilizzatore della moneta. La pericolosità di circuiti di tale natura, così come evidenziato dalla Banca Centrale Europea, è altresì data dalla natura ubiqua dello strumento virtuale e dalla possibilità per qualsiasi individuo, anche, o soprattutto, criminale, di creare od accedere ad un sistema di valute virtuali; sicché un unico individuo può detenere diversi account concludendo più transazioni illecite, ognuna riconducibile ad un profilo differente. A rendere più complesso il sistema, già di per sé intricato, è la possibilità di adoperare *escamotage*²⁵³ per dissimulare ancora di più l'attività condotta.

²⁵² Vi è un meccanismo di *blockchain* tale per cui le transazioni sono registrate in un libro contabile, ovviamente digitale, che consente la tracciabilità delle diverse transazioni attuate e dello pseudonimo connesso, senza, tuttavia, offrire la possibilità di risalire alla fonte reale.

²⁵³ Ad esempio, attraverso l'utilizzo di "anonymisers" ovvero l'impiego del meccanismo "tumbler". L. Sturzo, *Bitcoin e riciclaggio 2.0*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 5/2018.

Il settore finanziario, comunque, non costituisce la totalità dell'ambiente favorevole alle operazioni di riciclaggio; è stato rilevato²⁵⁴ che circa il 30% delle azioni di *laundering* avviene in quei settori non strettamente finanziari che consentono di mascherare il beneficiario effettivo. Ad esempio, il gioco d'azzardo online, le scommesse ed il poker di fatto sono attività prive di controlli, le transazioni avvengono con un'elevata frequenza e spesso manca un'interazione "faccia a faccia"; le organizzazioni senza scopo di lucro, che forniscono servizi ma anche attività e programmi, sono molto vulnerabili, proprio per loro natura, e facilmente accessibili da parte della criminalità; perfino gli sport praticati ad alto livello si prestano ad infiltrazioni, il calcio è uno di questi: non è solo uno sport, ma una vera e propria industria mondiale ad elevato impatto economico che è in grado di far transitare fondi illegali senza un'apparente ragione od un effettivo ritorno economico.

L'infiltrazione delle organizzazioni criminali nelle istituzioni e nel sistema economico e sociale si ripercuote pesantemente su quasi la totalità del sistema nazionale e comporta conseguenze anche oltre confine. In primo luogo, quando un'istituzione finanziaria permette l'accesso di un'attività criminale nella propria compagine, con ogni probabilità finirà con il diventarne parte integrante provocando effetti dannosi tanto sugli altri intermediari finanziari quanto sulle autorità di regolamentazione e sulla clientela in genere. In secondo luogo, a livello macroeconomico, le distorsioni e la straordinarietà delle operazioni illecite si ripercuotono sulla domanda di moneta, che diventa soggetta a cambiamenti inspiegabili, e sulla solidità delle banche, che si ritrovano ad essere maggiormente esposte a rischi. La contaminazione poi che si verifica tra transazioni legali ed illegali provoca volatilità sui flussi di capitali internazionali²⁵⁵ e fluttuazioni incontrollabili dei tassi di cambio, in particolare a causa dei trasferimenti transnazionali di beni che fuoriescono dall'ordinario²⁵⁶. In terzo luogo, quando nasce la percezione che un certo sistema è coinvolto in attività criminali, gli investimenti diretti ed esteri subiscono una frenata, sicché i settori commerciale e finanziario

²⁵⁴ Commissione Europea, *Report from the Commission to the European Parliament and the Council on the assessment of the risk of money laundering and terrorist financing affecting the internal market and relating to cross-border activities*, Bruxelles, 24 luglio 2019.

²⁵⁵ È stato posto in rilievo come le organizzazioni criminali siano caratterizzate tanto dall'internazionalità quanto dalla transnazionalità, elementi non coincidenti; la prima ha a che vedere con la "scala" dell'attività criminale, la quale soddisfa una domanda di beni e servizi illeciti di dimensioni sovranazionali, localizzando la produzione in luoghi diversi da dove verranno concretamente utilizzati, dando in questo modo luogo ad una vera e propria globalizzazione dell'economia; la seconda, invece, attiene più alla collaborazione ed alle sinergie che si instaurano tra le organizzazioni di diversa nazionalità al fine di gestire i mercati criminali. A. Laudati, *Terrorismo internazionale, criminalità organizzata e money transfer*, in *Per Aspera Ad Veritatem*, n.24, GNOSIS – Rivista italiana di intelligence.

²⁵⁶ Fonte: www.fatf-gafi.org

ne risultano compromessi e non vi è spazio per lo sviluppo economico. In ultimo luogo, l'intrusione della criminalità su ampi settori dell'economia permette alle organizzazioni di acquisire un controllo altrimenti non spettante, con ripercussioni in ambito sociale ma anche politico, che conducono all'indebolimento di tutto il sistema. Infine, i normali meccanismi concorrenziali esistenti fra imprese ne risultano gravemente compromessi; le modalità di finanziamento cui l'economia criminale fa ricorso sono assai più "vantaggiose" rispetto a quelle tradizionali, *rectius* legali, dal momento che nessun controllo e nessun onere è posto a carico dell'impresa²⁵⁷ che per questo riesce a sottrarsi ai rischi cui invece i concorrenti devono soggiacere²⁵⁸.

6.3 Finanziamento al terrorismo: maggior attenzione dall'11 settembre 2001

Ci si potrebbe domandare che nesso possa esistere tra Paradisi Fiscali ed attentati terroristici; non è in effetti immediato il collegamento tra i due ambiti. Le organizzazioni terroristiche²⁵⁹, però, come qualsiasi altra organizzazione, per vivere e perseguire i propri scopi, hanno bisogno di certe fonti di finanziamento. Dal momento che tale entità criminale è perseguita su scala globale, i flussi di denaro si guardano bene dal palesarsi, o, quanto meno, cercano di confondersi, anche grazie ai Paradisi Fiscali, alla segretezza che li circonda ed alla semplicità delle operazioni di riciclaggio ivi attuate. Parallelamente a tale modalità, come per il riciclaggio, è ben visto lo spostamento di flussi di denaro mediante valute virtuali; in effetti, velocemente e senza alcuna possibilità di essere tracciati, i soggetti parte dei network terroristici possono agevolmente veicolare le somme dai Paesi occidentali ai Paesi orientali, e viceversa. Tuttavia bisogna evidenziare come solitamente vengano privilegiati altri canali, quali il sistema *Hawala*²⁶⁰, *Money transfer*²⁶¹ ed *Euro to Euro*²⁶², in quanto sistemi più sicuri,

²⁵⁷ La c.d. *economia mafiosa* è costituita da una complessa rete di rapporti tra attività criminali ed attività apparentemente lecite finanziate totalmente od in parte dai profitti generati dalle prime, i quali le consentono di ottenere ROI (*Return on investment*) piuttosto elevati. A. Laudati, *Terrorismo internazionale, criminalità organizzata e money transfer*, Cit.

²⁵⁸ Cfr. S. Bolis, *Sequestro preventivo finalizzato alla confisca in materia di riciclaggio. Una lettura (in)convenzionale*, in C. Grandi - D. Castronuovo (a cura di), *Confische e sanzioni patrimoniali nella dimensione interna ed europea*, in Jovene, Napoli, 2021, pp. 335 – 367.

²⁵⁹ Possono prendere la forma di vere e proprie organizzazioni che controllano interi territori, organizzazioni a queste affiliate, *foreign fighters*, cellule di piccole dimensioni, terroristi individuali.

²⁶⁰ Vengono pagati degli intermediari affinché, dopo aver ricevuto la somma senza alcuna movimentazione fisica, garantiscano che questa venga consegnata a destinazione, in valuta locale, da parte di un corrispondente localizzato in quel Paese.

²⁶¹ La cifra totale viene frazionata in diversi versamenti di importo basso che vengono poi inviati mediante diverse tranche da parte di soggetti diversi.

²⁶² Il denaro viene raccolto tramite "sportelli" ai quali corrispondono, nell'altro Paese, uffici presso i quali le somme vengono incassate. Queste poi possono essere ritirate mediante una password

consolidati ed anche diffusi. A tali modalità “informali” si accompagnano quelle più tradizionali identificabili nell’emissione di false fatturazioni, nel commercio di beni ad alto valore, quali oro e diamanti, nell’utilizzo distorto di organizzazioni senza scopo di lucro, nel ricorso a *cash courers*. Altra modalità cui tali organizzazioni fanno ampio ricorso è l’utilizzo di carte prepagate; di norma queste vengono ricaricate per importi molto elevati oppure di importo pari o prossimo al *plafond*. Spesso sono soggette a ricarica più carte, in tempi ravvicinati e presso punti operativi vicini o coincidenti. Ciò che in particolare desta preoccupazione è l’attuazione di operazioni improvvise, prive di una valida ragione e straordinarie rispetto all’ordinaria operatività del soggetto, oltre che la reiterazione frequente delle stesse in brevi lassi temporali. Altro elemento caratterizzante è da attribuire alla mancanza di una reale relazione, tanto familiare quanto lavorativa, tra i soggetti che effettuano le ricariche e coloro che “le spendono”.

Il processo di finanziamento dell’atto terroristico prende avvio mediante la raccolta dei fondi necessari, i quali possono provenire da fonti tanto illecite (*money laundering*) quanto lecite (*money dirting*), prosegue poi attraverso la trasmissione o l’occultamento degli stessi tramite l’inserimento nei circuiti finanziari convenzionali, e va a concludersi con l’impiego del denaro o dei beni nella concreta esecuzione dell’attacco terroristico. La seconda fase è proprio il momento che costituisce il punto debole dell’organizzazione; basta una crepa nella modalità di movimentazione del denaro per accendere i sospetti. Il volume del denaro, i rischi che la modalità utilizzata può comportare, la convenienza e la semplicità del metodo, oltre che il costo e la velocità del trasferimento rappresentano elementi che vengono opportunamente valutati dagli organizzatori.

Sebbene gli eventi terroristici siano sempre esistiti, gli attacchi dell’11 settembre 2001, che hanno colpito gli Stati Uniti e che hanno provocato la morte di 3000 persone e il ferimento di più del doppio, possono essere considerati il punto di svolta, il momento decisivo di presa di coscienza che nulla poteva più essere sottovalutato. Prima di quella data la questione del terrorismo era considerata un’eventualità che riguardava “altri”, un problema al di fuori dei confini nazionali, contrastabile mediante accordi bilaterali. Da quel momento invece, tanto gli Stati Uniti quanto l’Unione Europea hanno preso coscienza della propria vulnerabilità, ma hanno al contempo riscontrato la comunanza di certi valori ed ideali, quali la libertà, la democrazia, la giustizia ed il rispetto dei diritti umani. Da ciò è scaturita la necessità di adoperarsi nell’elaborazione di misure di contrasto comuni, complice il fatto che nonostante

comunicata al destinatario. I soldi depositati presso i diversi “sportelli” sono trasferiti nel Paese mediante portavaluta connazionali.

gli attacchi fossero concretamente avvenuti sul suolo americano, la loro preparazione era stata formulata entro i confini dell'Unione; la portata globale degli avvenimenti aveva addirittura portato a parlare di “primi atti di terrorismo internazionale²⁶³”. Considerando la realtà americana, da un lato, ed europea, dall'altro, la minaccia terroristica differisce, tanto per le finalità quanto per la concreta operatività, per ragioni tecniche meno operativa oltre l'Atlantico. Tuttavia, sebbene ad un primo impatto possa essere obiettata la valenza di una collaborazione USA-UE nonostante i numerosi accordi bilaterali, la coordinazione tra le diverse organizzazioni multilaterali e la definizione di strategie condivise si sono rese mezzi necessari ai fini di un efficace contrasto al terrorismo internazionale. I punti maggiormente critici hanno riguardato e continuano ad essere ascrivibili alla sicurezza dell'aviazione e dei trasporti in primis, al controllo delle esportazioni e delle frontiere, alla cooperazione giudiziaria e di polizia ed al ruolo delle istituzioni nello scambio di informazioni utili. Il fatto che esista una collaborazione attiva di tutto il sistema finanziario, nazionale e non, permette di seguire e ricondurre ad unità informazioni all'apparenza prive di collegamento tra di loro ma che nella realtà si rivelano essere connesse ad operazioni finanziarie complesse.

6.4 Misure *Anti-Money Laundering e Combating the Financing of Terrorism*

Il momento di presa di coscienza della reale portata delle suddette operazioni illecite e punto di svolta nella formulazione di misure di contrasto può essere ricondotto al 1989²⁶⁴, anno in cui ebbe luogo il summit del G7 a Parigi, che si concluse con la creazione del FATF-GAFI²⁶⁵, *Financial Action Task Force* o *Gruppo di Azione Finanziaria Internazionale*. È un corpo intergovernativo che ha lo scopo di elaborare misure di lotta al riciclaggio, al finanziamento al terrorismo ed alla proliferazione di armi di distruzione di massa. Nel corso degli anni ha elaborato alcuni standard che si sono successivamente tradotti nella formulazione di 40

²⁶³ Jürgen Storbeck, direttore dell'Europol 1999-2005. Cfr. D. Dubois, *The Attacks of 11 September: EU-US Cooperation Against Terrorism in the Field of Justice and Home Affairs*, in *European Foreign Affairs Review*, Volume 7, n. 3/2002, pp. 317 – 335.

²⁶⁴ In altre due occasioni all'incirca contemporanee era stata riconosciuta la portata dannosa che stava per instaurare la fattispecie: durante la Convenzione di Vienna del 20 dicembre 1988 delle Nazioni Unite, in materia di lotta al traffico di droghe e di sostanze stupefacenti, prima Convenzione in cui si è affrontato internazionalmente il tema del riciclaggio, e la Convenzione di Strasburgo del 1990 del Consiglio europeo in materia di riciclaggio, ispezioni e confisca dei proventi di origine criminale, in questo momento la fattispecie viene estesa nel comprendere tutte quelle operazioni di provenienza criminale, e non unicamente attività di traffico illegale di droga, come era invece previsto precedentemente.

²⁶⁵ Ad oggi conta l'adesione di più di 180 giurisdizioni, tra cui l'Italia. Si avvale della collaborazione di 8 organismi regionali in stile FATF, gli *FATF-Style Regional Bodies*²⁶⁵ (FSRB), che diffondono i medesimi standard su scala globale, e di altri organismi internazionali, quali il Fondo Monetario Internazionale, la Banca Mondiale e l'Organizzazione delle Nazioni Unite.

Raccomandazioni riconosciute come standard²⁶⁶ internazionali AML/CFT e base dell'attuale normativa europea antiriciclaggio; quest'ultima si è coordinata mediante la formulazione di cinque direttive che si sono rafforzate con l'evolversi delle disposizioni FATF e che ogni Paese è tenuto a recepire nell'ambito del proprio sistema giuridico²⁶⁷.

In primo luogo, la *direttiva 91/308/CEE*²⁶⁸ del 10 giugno 1991, *relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività illecite*, attribuiva al sistema finanziario un ruolo di prevenzione attraverso l'identificazione dell'identità dei clienti²⁶⁹ e la collaborazione con le autorità preposte alla lotta contro il riciclaggio, cercando di equilibrare le libertà fondamentali del Trattato CE con il bisogno di porre limitazioni per impedire il loro uso distorto a fini di riciclaggio e finanziamento al terrorismo. La direttiva fornisce la definizione di ente creditizio, ente finanziario e riciclaggio, punti essenziali ai fini dell'omogenea adozione delle disposizioni da parte di ciascuno Stato membro. Tali enti sono chiamati ad esigere l'identificazione dei clienti con i quali allacciano rapporti d'affari od eseguano operazioni di importo superiore ad € 15.000, a prescindere che detta somma sia totale o frazionata in più transazioni²⁷⁰; hanno inoltre il compito di valutare con attenzione le operazioni che potrebbero essere idonee ad avere connessioni con il riciclaggio ed anche quelle intrattenute con Paesi terzi che non detengano disposizioni analoghe in materia. Collaborano con le autorità preposte alla lotta contro il riciclaggio, le quali hanno il potere di esprimersi o meno sul compimento di determinate operazioni alla luce della loro natura

²⁶⁶ *International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation*. I punti chiave sono costituiti da: (a) il finanziamento al terrorismo ed il riciclaggio dovrebbero essere reati; (b) i beni appartenenti ai terroristi ed agli affiliati dovrebbero essere congelati; (c) le istituzioni finanziarie, nei rapporti d'affari, dovrebbero porre in atto controlli adeguati ai fini della verifica della clientela e trasmettere le operazioni sospette alle autorità; (d) dovrebbero essere preposte FIU con il compito di ricevere tali segnalazioni; (e) le istituzioni finanziarie devono essere vigilate circa gli obblighi AML/CFT e sanzionate in caso di inosservanza.

²⁶⁷ Qualcuno ha osservato come il reato presupposto si realizzi proprio nei Paesi che contrastano il riciclaggio. Cfr. G. Marino, *Paradisi e paradossi fiscali*, Egea Milano, 2009, Cit.

²⁶⁸ Con la L. del 19 marzo 1990, n. 55 l'Italia aveva anticipato le disposizioni della direttiva stabilendo mediante l'art. 30 l'obbligo a carico degli intermediari finanziari di identificare e registrare i soggetti coinvolti in certe operazioni.

²⁶⁹ Non è possibile detenere conti anonimi od intestati a nominativi fittizi. Secondo la Raccomandazione FATF-GAFI n. 10 gli obblighi di verifica del cliente devono avvenire qualora (a) sia instaurato un rapporto d'affari, (b) vengano eseguite operazioni occasionali di valore superiore od uguale a € 15.000 ovvero sotto forma di bonifico in specifiche circostanze, (c) vi sia il sospetto di riciclaggio o di finanziamento al terrorismo, oppure (d) sorgano dubbi circa la veridicità o l'adeguatezza dei dati ottenuti in precedenza in occasione dell'identificazione del cliente. La Raccomandazione FATF-GAFI n. 11 stabilisce che i dati ottenuti debbano essere conservati per almeno cinque anni.

²⁷⁰ In effetti sono le movimentazioni minori, più che le importanti transazioni, ad essere maggiormente impiegate per scopi illeciti.

sospetta, ferma restando la segretezza nei confronti dei clienti “sospetti” circa le indagini in corso. La cooperazione con tali enti, oltre che con tutte quelle professioni che svolgono attività anch'esse idonee ad avere risvolti in materia di riciclaggio, l'abolizione del segreto bancario in talune circostanze e l'obbligo di segnalare le operazioni sospette sono i pilastri della direttiva in oggetto che identifica nel coordinamento e nell'armonizzazione i propri punti chiave. Con il fine di agevolare detta attività di verifica e di consigliare la Commissione europea su eventuali modifiche ed adeguamenti della direttiva viene costituito un Comitato i cui membri sono designati dai singoli Paesi europei. È compito nazionale quello di stabilire disposizioni più severe in materia e di applicare le sanzioni.

In secondo luogo, la *direttiva 2001/97/CE*²⁷¹ del 4 dicembre 2001 va a modificare la precedente in conseguenza del mutamento dei sistemi utilizzati dai criminali per compiere azioni di riciclaggio senza avvalersi dell'ausilio degli enti finanziari sottoposti ad un ermetico dovere di vigilanza. Dunque, per riuscire ad ottenere una maggior copertura, la presente direttiva da un lato amplia la gamma di reati presupposto al riciclaggio andando a comprendere in particolare quelli più gravi²⁷², ampiamente utilizzati dalla criminalità organizzata, dall'altra estende gli obblighi di vigilanza e segnalazione anche ad alcuni enti non finanziari ed ai servizi a questi direttamente comparabili, nel caso in cui partecipino ad operazioni aventi natura finanziaria o societaria comportanti elevati rischi di riciclaggio; dunque vengono ricompresi notai e professionisti legali indipendenti, agenti immobiliari, revisori, contabili esterni e consulenti tributari²⁷³. A proposito di tale ampliamento delle categorie interessate è stato evidenziato²⁷⁴ come, in realtà, non ce ne fosse bisogno dal momento che tutte le operazioni illecite hanno comunque bisogno di manifestarsi finanziariamente ed i soggetti operanti nel settore finanziario hanno già l'obbligo di applicare le disposizioni antiriciclaggio; probabilmente, tuttavia, un controllo maggiormente sartoriale, anche se comporta un incremento degli oneri a carico dei soggetti interessati, è ampiamente giustificato. La comunicazione da parte degli operatori individuati alle autorità preposte può avvenire tanto spontaneamente quanto su richiesta ed il blocco dell'operazione ritenuta

²⁷¹ Recepita con DLgs 20 febbraio 2004, n. 56.

²⁷² Identificati dall'art. 1, lett. E: (a) ognuno dei reati definiti nell'articolo 3, paragrafo 1, lettera a) della convenzione di Vienna, (b) le attività delle organizzazioni criminali quali definite nell'articolo 1 dell'azione comune 98/733/GAI, (c) la frode, perlomeno la frode grave, quale definita nell'articolo 1, paragrafo 1 e nell'articolo 2 della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee, (d) la corruzione, (e) un reato che possa fruttare consistenti proventi e sia punibile con una severa pena detentiva in base al diritto penale dello Stato membro.

²⁷³ Ma anche *commercianti di oggetti di valore elevato quali pietre o metalli preziosi o opere d'arte e case d'asta, ogniqualvolta il pagamento sia effettuato in contanti e per un importo pari o superiore a € 15.000 e case da gioco.*

²⁷⁴ G. Pezzuto, *I nuovi obblighi antiriciclaggio per i professionisti*, in *Il fisco*, n. 31 del 2004, pag. 1-4811.

sospetta può essere disposto anche prima di aver informato le autorità; inoltre, l'importo costituente la soglia di allarme non deve intendersi tassativo; i controlli possono prendere avvio anche in occasione di operazioni aventi ad oggetto importi inferiori ma comunque degni di nota ai fini dell'integrazione con comportamenti riciclativi.

In terzo luogo, la direttiva 2005/60/CE²⁷⁵ del 26 ottobre 2005, *relativa alla prevenzione dell'uso del sistema finanziario a scopo di riciclaggio dei proventi di attività criminose e di finanziamento del terrorismo*²⁷⁶, sottolinea come tali reati compromettano sia la fiducia sia l'integrità e la stabilità del sistema finanziario. Vengono ulteriormente estese le categorie di soggetti obbligati fino a comprendere anche gli uffici di cambio ed i prestatori di servizi relativi a società e *trust*²⁷⁷, che devono essere in possesso di autorizzazione od aver effettuato la registrazione, e le case da gioco, che devono essere autorizzate e procedere agli obblighi di identificazione in caso di transazioni effettuate mediante gettoni superiori ad € 2.000. I soggetti obbligati hanno il dovere di identificare il titolare effettivo, definito dall'art. 6 come *la persona o le persone fisiche che, in ultima istanza, possiedono o controllano il cliente e/o la persona fisica per conto delle quali viene realizzata un'operazione o un'attività* ed, in base alle misure previste nazionalmente, sono protetti da minacce od eventuali altri atti ostili che potrebbero derivare dalla segnalazione di casi sospetti. La direttiva introduce poi un approccio *risk-based* che presuppone un processo di identificazione, valutazione e comprensione dei rischi da parte di ciascun Paese, differenziando l'allocatione di risorse in base al rischio attribuito ad ogni specifica operazione e posizione, attribuendo maggior attenzione a quelle fattispecie considerate ad elevato rischio, perciò gli obblighi si differenziano in *semplificati* e *rafforzati* in ragione, rispettivamente, del minor²⁷⁸ o maggior²⁷⁹ rischio di certe operazioni o dei soggetti che ne prendono parte. Un sistema così organizzato consente una risposta più efficace a potenziali pericoli ed una gestione maggiormente efficiente delle risorse a disposizione. Fermi restando i casi di deroga previsti dall'art. 9, la verifica deve avvenire prima di effettuare l'operazione o di instaurare il

²⁷⁵ Attuata dal DLgs 21 novembre 2007, n. 231.

²⁷⁶ Secondo la Raccomandazione GAFI n. 5 deve essere perseguito il finanziamento sia di atti terroristici sia di organizzazioni terroristiche sia di terroristi individuali, anche in assenza di un legame con uno specifico atto o atti terroristici.

²⁷⁷ Ogni persona fisica o giuridica che fornisca, a titolo professionale, uno dei servizi di cui all'art. 3, par. 7, a terzi.

²⁷⁸ Ad esempio, se il cliente è un ente creditizio o finanziario soggetto alla presente direttiva, oppure un ente creditizio o finanziario situato in un paese terzo, che imponga obblighi equivalenti a quelli previsti dalla presente direttiva oppure le autorità pubbliche nazionali.

²⁷⁹ In particolare, ex art. 12, (a) quando il cliente non è fisicamente presente a fini di identificazione, (b) in caso di conti di corrispondenza con enti corrispondenti di Paesi terzi, (c) per quanto riguarda le operazioni o i rapporti d'affari con persone politicamente esposte residenti in un altro Stato membro o in un Paese terzo.

rapporto d'affari; inoltre, ogni Stato è chiamato a predisporre sul proprio territorio un'Unità di Informazione Finanziaria con il compito di ricevere, analizzare e trasmettere le informazioni circa le operazioni sospette alle autorità competenti e di coordinarsi con le UIF degli altri Stati.

In quarto luogo, la *direttiva 2015/849/UE*²⁸⁰ del 20 maggio 2015, che abroga la precedente, si adatta all'evoluzione dei sistemi adottati con finalità di riciclaggio e finanziamento al terrorismo, resi possibili da metodi sempre più innovativi. Essa va a ridurre l'importo ritenuto sospetto ed invita gli Stati membri ad abbassare le soglie poste come limite agli importi di pagamento in contanti²⁸¹; pone inoltre l'attenzione su altri generi di operazioni, in particolare quelle effettuate per il tramite di cambiavalute o figure simili, quali, ad esempio, prestatori di servizi di gioco d'azzardo o uffici per l'incasso di assegni e pagamenti in forma elettronica. A tali soggetti vengono richiesti requisiti di competenza ed onorabilità e che siano in possesso di una licenza ed opportunamente regolamentati. Gli Stati sono chiamati ad istituire, qualora non l'avessero già fatto, FIU indipendenti ed autonome, operanti anche mediante la piattaforma delle FIU dell'Unione, istituita nel 2006. Questa ha lo scopo di agevolare la cooperazione interstatale e di catturare le tendenze dei casi di riciclaggio e finanziamento al terrorismo transfrontalieri. L'accesso a dette informazioni è permesso solo in caso di interesse legittimo, in relazione ai reati perseguiti, ed il loro transito deve necessariamente avvenire per il tramite di canali protetti; su questo tema, per non incorrere in condotte che si pongono in contrasto con i diritti fondamentali, la raccolta delle informazioni di carattere personale, necessaria per adempiere agli obblighi di vigilanza, deve avvenire nel rispetto della Direttiva 95/46/CE e del Regolamento 45/2001/CE, oltre che in conformità con quanto disposto dalla sopracitata Direttiva 2011/16/UE. Viene inoltre ribadito il focus sull'approccio basato sul rischio, la cui importanza è riconosciuta anche a livello

²⁸⁰ Attuata in Italia mediante il DLgs 25 maggio 2017, n. 90.

²⁸¹ È stato rilevato da parte della Commissione Europea come, nei casi concreti, i costi degli attentati terroristici ed anche le somme movimentate dalle singole operazioni siano relativamente bassi, oltre al fatto che, chi mette in atto una frode fiscale, raramente fa ricorso al contante. Secondo la dottrina, tra l'altro, la previsione di tali limiti stabiliti in ambito nazionale può provocare uno spostamento di ricchezza da un Paese all'altro, dando così luogo a conseguenze ulteriori e negative sul mercato interno. Cfr. S., Capolupo, *Limite all'uso del contante, obbligo di tracciabilità e incentivi premiali*, in *Il fisco*, n. 43 del 2019, pag. 1-4115. In Italia le disposizioni circa la soglia in materia di trasferimento di denaro in contante hanno subito diverse mutazioni: il DLgs n. 231/2007 stabiliva il limite di € 2.000, il DL n. 201/2011 lo riduceva ad € 1.000, il DLgs n. 169/2012 considerava il limite di € 2.500, da ultimo, il DL n. 124/2019 fissa il limite nelle somme inferiori ad € 2.000, per il periodo dal 1° luglio 2020 al 31 dicembre 2021, mentre ad € 1.000 dal 1° gennaio 2022.

internazionale e sul quale, in ambito europeo, sono chiamati ad elaborare pareri anche le Autorità di vigilanza ABE, EIOPA, ESMA²⁸².

Infine, la *direttiva 2018/843/UE*²⁸³ del 30 maggio 2018 risponde alla necessità di colmare alcune lacune resesi evidenti dopo l’emanazione della precedente direttiva. In particolare, non essendo soggetti ad alcun obbligo di individuazione di attività sospette quei soggetti prestatori di servizi di cambio tra valute virtuali²⁸⁴ e valute legali e di portafoglio digitale, i gruppi criminali e terroristici potevano avere accesso al trasferimento di fondi nel sistema finanziario dell’Unione o nei sistemi di valute virtuali tramite la dissimulazione delle transazioni o beneficiando di un certo grado di anonimato; perciò, tramite la presente direttiva, i prestatori di servizi vengono inclusi tra i soggetti obbligati²⁸⁵. Viene inoltre abbassato ulteriormente l’importo massimo consentito alle carte prepagate anonime, disposizione che trova un limite in quei Paesi extra UE che non prevedono analoghe restrizioni. Ulteriore attenzione viene infine posta sull’operato delle FIU; viene rilevata da un lato la necessità di maggior coordinazione circa le loro funzioni, competenze e poteri, elementi che, in mancanza di norme internazionali vincolanti, possono variare da un Paese all’altro, dall’altro il bisogno di implementazione del sistema di scambio di informazioni, punto determinante nel riuscire ad individuare tempestivamente i fondi che hanno legami con le attività illecite; non è ritenuto accettabile il rifiuto a scambiare informazioni per motivi quali la mancata identificazione del reato presupposto associato, le caratteristiche proprie del diritto penale nazionale e le differenze esistenti tra le definizioni dei reati presupposto²⁸⁶.

²⁸² Rispettivamente, l’Autorità bancaria europea, l’Autorità europea delle assicurazioni e delle pensioni aziendali e professionali, l’Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati.

²⁸³ Recepita in Italia con il DLgs 4 ottobre 2019, n. 125.

²⁸⁴ Dal momento che possono avere scopi diversi dal pagamento si configura come una fattispecie diversa da quella rappresentata dalle *valute elettroniche* di cui all’art. 2 della Direttiva 2009/110/CE: *il valore monetario memorizzato elettronicamente, ivi inclusa la memorizzazione magnetica, rappresentato da un credito nei confronti dell’emittente che sia emesso dietro ricevimento di fondi per effettuare operazioni di pagamento ai sensi dell’articolo 4, punto 5), della direttiva 2007/64/CE e che sia accettato da persone fisiche o giuridiche diverse dall’emittente di moneta elettronica.*

²⁸⁵ Ricoprono un ruolo cruciale nel consentire il passaggio dalla valuta virtuale alla moneta reale tramite la fuoriuscita dal circuito, agendo così concretamente sul “lavaggio” della moneta. Tali figure in caso, ad esempio, di transazioni mediante bitcoin, si configurano come gli unici soggetti in grado di risalire alla reale identità celata dallo pseudonimo che accompagna ogni account, poiché, al momento dell’acquisto di *bitcoin*, il soggetto deve recarsi personalmente dal cambia valute ovvero utilizzare un legale strumento di pagamento. Tuttavia, gli utenti possono comunque effettuare operazioni beneficiando dell’anonimato qualora decidano di effettuare compravendite non avvalendosi di tali operatori.

²⁸⁶ Direttiva 2018/843/UE.

Esistono poi ulteriori organismi formati per riuscire a rispondere in modo più capillare alle esigenze di coordinamento globale in materia:

- Il *Gruppo Egmont*, corpo costituito da 166 UIF²⁸⁷ che, a partire dal 1955, anno della sua costituzione, gestisce l'*Egmont Secure Web* (ESW), una piattaforma utilizzata per lo scambio di informazioni. Si occupa di coordinare le varie Unità di Informazione Finanziaria supportandole, costituendone di nuove qualora necessario ed elaborando standard e pratiche comuni.
- Il *MONEYVAL*²⁸⁸, il Comitato di Esperti per la Valutazione delle Misure Antiriciclaggio e il Finanziamento del Terrorismo, istituito nel 1997 dal Consiglio d'Europa con funzioni di monitoraggio, formula raccomandazioni e valutazioni in base agli standard elaborati dal FATF-GAFI al fine di migliorare l'efficacia delle azioni delle autorità nazionali.
- L'*Expert Group on Money Laundering and terrorist financing*, ha un ruolo di assistenza alla Commissione Europea in ordine alla formulazione ed all'applicazione di regole comuni; la *Piattaforma delle FIU dell'Unione Europea*, attiva dal 2006 in conseguenza del riconoscimento conferitole dalla IV Direttiva, si occupa dello sviluppo delle modalità e dei mezzi di collaborazione tra le diverse UIF allo scopo di disporre di criteri omogenei di individuazione ed analisi di operazioni sospette di carattere transnazionale.
- La *rete FIU-Net*, operativa dal 2002 e collocata presso l'Europol 2016, è una rete di supporto alle UIF che ha lo scopo di creare sinergie tra intelligence finanziaria e criminale agevolando lo scambio di informazioni.

Come è possibile rilevare dalle suddette disposizioni, i punti di contatto tra disciplina antiriciclaggio ed antiterrorismo sono molteplici; non è però obiettivo del presente elaborato indagare gli aspetti sostanziali penali del reato di terrorismo. Si rileva solamente che, soprattutto in questa materia, l'integrazione tra lotta internazionale, comunitaria e nazionale è quantomai essenziale. La Convenzione di New York del 1999 in ambito ONU ha esteso le disposizioni previste per la prevenzione ed il contrasto al riciclaggio anche alla repressione del finanziamento al terrorismo internazionale. A partire dallo stesso anno si è susseguita

²⁸⁷ La FIU italiana ne è membro a partire dal 1996. La Raccomandazione GAFI n. 29 stabilisce la predisposizione nazionale di Unità d'Informazione con compiti di ricezione, analisi e diffusione di segnalazioni di operazioni sospette e di altre informazioni rilevanti relative a riciclaggio di denaro, ai reati-presupposto associati ed al finanziamento del terrorismo.

²⁸⁸ *Select Committee of Experts on the Evaluation of Anti-Money Laundering Measures.*

L'adozione di una serie di Risoluzioni²⁸⁹ contenenti un impianto di carattere generale al fine di garantire stabilità a livello mondiale e scongiurare il diffondersi di preoccupazioni in ordine alla sicurezza internazionale; in particolare hanno comportato il congelamento dei fondi nei confronti dei soggetti associati od appartenenti alla rete terroristica Al-Qaeda e dei Talebani, successivamente applicato a tutte le persone od i gruppi coinvolti in attività terroristiche, ovvero condannate od indagate per atti terroristici, sulla base di un meccanismo di *black list*, individuato dal Consiglio di Sicurezza e dall'Autorità giudiziaria. Sono state poi riviste le garanzie e la trasparenza nei confronti delle persone appartenenti alle liste e sono state estese le misure di congelamento anche agli affiliati allo Stato Islamico (ISIL) ed al gruppo armato Fronte Al-Nusra, rafforzando le misure di contrasto al finanziamento a tali gruppi reso possibile anche grazie a rapimenti a scopo di riscatto ed al commercio di beni trafugati.

L'Unione Europea si è attivata nel coordinarsi alle risoluzioni ONU mediante l'emanazione del Regolamento n. 881/2002/CE²⁹⁰, attualmente in vigore e recepito a livello nazionale con DLgs n. 109 del 22 giugno 2007, del Regolamento n. 2580/2001/CE²⁹¹, del Regolamento CE n. 1686/2016²⁹² e della Direttiva UE n. 2017/541. Tali fonti mirano ad adeguarsi al sistema delle liste ideato in sede ONU tramite l'identificazione di tutti quei soggetti che abbiano un qualche nesso con organizzazioni od azioni terroristiche, prevedendo nei loro riguardi il congelamento dei capitali e delle altre risorse finanziarie a loro attribuibili.

²⁸⁹ Risoluzioni n. 1267/1999, n. 1373/2001, n. 1989/2011, n. 1988/2011, n. 2083/2012, n. 2082/2012, n. 2170/2014, n. 2178/2014, n. 2199/2015, n. 2253/2015, n. 2322/2016, n. 2341/2017.

²⁹⁰ In attuazione della Risoluzione ONU n. 1267/1999. Va a sostituire il Regolamento CE n. 467/2001 che abrogava il precedente Regolamento CE n. 337/2000.

²⁹¹ In attuazione della Risoluzione ONU n. 1373/2001.

²⁹² In attuazione della Risoluzione ONU n. 2253/2015.

Conclusioni

Viene spesso ribadito e sottolineato, soprattutto in sede di emanazione delle diverse direttive europee esaminate, come sia fondamentale adottare una strategia comune nel definire uguali disposizioni da parte di ciascuno Stato membro ed evitare che vengano invece attuate misure su iniziativa domestica: la ragione è che un atteggiamento unilaterale può condurre ad effetti controproducenti e contrari agli obiettivi stabiliti in sede internazionale. Anche la sola prospettiva europea può avere effetti limitati in mancanza di un allineamento che vada oltre i confini degli Stati membri. Le linee guida che con cadenza quasi annuale vengono predisposte dall'Unione Europea sono il frutto di un continuo adeguamento al contesto globale, in ragione dell'evoluzione dei comportamenti anomali da perseguire e delle iniziative promosse internazionalmente.

Si può affermare che l'idea del Paradiso Fiscale, inteso come isola distaccata dal mondo e circondata da un'aurea di oscuro riserbo ed anonimato alla quale possono avere accesso solo pochi soggetti operanti nel settore dell'alta finanza ed imprenditoria, sia quasi del tutto svanita, sia grazie ad un generale smascheramento che sta avendo luogo in favore delle reali attività ivi condotte, sia in virtù della trasformazione che tali giurisdizioni stanno decidendo di operare; vi è ben poca convenienza, dal canto loro, nel continuare ad operare sul solco dell'originaria natura. Il perfezionamento che sta caratterizzando le misure di lotta e contrasto ai soggetti che svolgono operazioni illecite servendosi di Paesi così fatti non garantisce più impermeabilità ad oscuri affari e conduce ad un rovesciamento della situazione, portando quegli stessi territori ad essere in svantaggio rispetto agli altri ed a perdere di attrattività.

Ogniquale volta vengono impartite nuove disposizioni di origine europea od extra con lo scopo di rendere più efficace e rapido il raggiungimento di un'omogenea legalità sembra che si sia giunti finalmente ad un punto di arrivo; purtroppo si tratta di una percezione fuorviante. Ad ogni ostacolo che la criminalità si trova ad affrontare corrisponde un'analogo e più forte soluzione che richiede ulteriori sforzi per essere eliminata. Si pensi, ad esempio, al sistema delle transazioni online tramite valute virtuali; è uno strumento, in un certo senso, agli arbori che ha già iniziato a suscitare diffuse preoccupazioni e che viene regolato con gli strumenti e le conoscenze finora a disposizione, ma quale potrà essere l'evoluzione che avrà tale canale? Quali altre innovazioni, sia nel settore tecnologico, sia in materia di schemi e strutture abusive, si delineeranno in futuro? Che effetti ne scaturiranno? È lecito chiedersi se si arriverà mai ad ottenere una copertura normativa totale ed omogenea che, pur lasciando autonomia ai singoli Stati circa le modalità di attuazione, comporterà i medesimi effetti ovunque. Quel

che è certo è che l'ambiente normativo, europeo e non, deve saper rispondere prontamente ad esigenze di adattamento, rapido e continuo, così da essere pronto a rispondere al fattore rischio, per sua natura variabile, senza andare mai ad intaccare quei capisaldi, fonti di certezza nella tutela dei singoli, che sono le libertà.

La mia opinione, e con ciò mi avvio alla conclusione, è che questa terza tappa che sta vivendo il contesto normativo internazionale sarà decisiva nel definire la situazione che ne scaturirà. Si sta assistendo ad un braccio di ferro tra chi incarna la legge e chi escogita di tutto pur di infrangerla (od aggirarla); ciononostante la mia percezione è che la prima stia avendo la meglio. Sembra vi sia un maggior coinvolgimento degli individui nelle tematiche della giustizia, che porta a prestare profonda attenzione tanto nei riguardi dello Stato quanto in relazione agli interessi privati; inoltre, la minaccia portata dalla trasparenza sempre più efficace costituisce un deterrente nel dare avvio ad operazioni illecite, soprattutto da parte di coloro che sono nuovi a certi generi di operazioni; infine, la preoccupazione circa l'impiego dello strumento evasivo per finalità ulteriori e diverse da quelle prettamente fiscali sta coinvolgendo soggetti operanti su diversi livelli e si sta facendo sempre più pressante soprattutto nella misura in cui potrebbe essere sconvolto l'equilibrio mondiale in termini di sicurezza. La triplice dimensione nazionale-europea-internazionale sta intrecciando una fitta rete di ostacoli, che origina un "effetto laser" volto ad intercettare qualsiasi comportamento fuori dagli schemi, *rectius* illegale. L'auspicio è che la struttura normativa, unitamente agli strumenti ad essa connessi, sia formulata in modo tale da non consentire una possibile evasione neppure a quei criminali che conoscendo le disposizioni meglio di chi le ha create potrebbero avere la possibilità di aggirarle.

Bibliografia

Testi

BARASSI M., *Comparazione giuridica e studio del diritto tributario straniero*, in UCKMAR, V., *Diritto tributario internazionale*, Cedam, 2005.

BOSI P., GUERRA M. C., *I tributi nell'economia italiana*, il Mulino Bologna, 2018

DENEAULT A., *Offshore*, Ombre Corte Verona, 2010

FALSITTA G., *Corso istituzionale di diritto tributario*, Cedam Milano, 2019

GARUFI S., *Strategie internazionali di contrasto ai "paesi a regime fiscale privilegiato"*, Egea Milano, 2013

MARINO G., *Paradisi e paradossi fiscali*, Egea Milano, 2009

PANTEGHINI P.M., *La tassazione delle società*, il Mulino, 2015

SCAVIZZI R., *Lineamenti di diritto processuale comunitario*, Halley, 2008.

STARACE A., *Diritto penale dell'immigrazione*, Giappichelli Editore, Torino, 2010

TESAURO F., *Manuale del processo tributario*, a cura di TURCHI A., G. Giappichelli Editore Torino, 2020

TOPPAN A., TOSI L., *Lineamenti di diritto penale dell'impresa*, Cedam Milano, 2017

TOSI L., BAGGIO R., *Lineamenti di diritto tributario internazionale*, Cedam Milano, 2018

VIOTTO A., *La tassazione del reddito delle società di capitali*, G. Giappichelli Editore Torino, 2018

Articoli

AAMO B.S., *Combating Money Laundering and Terrorist Financing: Monitoring the Implementation of FATF Recommendations*, in *European Business Law Review*, Volume 28, n. 1/2017, pp. 89 – 97.

AVOLIO D., *Valido il "profit split" purché conforme alle Direttive OCSE Commento*, in *Il fisco*, n. 30 del 2020, pag. 1-2976.

AVOLIO D., RUGGIERO P., *Dividendi black list e regime del "maturato": vale sempre la regola dell'Agenzia delle entrate?*, in *Il fisco*, n. 12 del 2021, pag. 1-1163.

AVOLIO D., SANTACROCE B., *Effetti sul regime sanzionatorio dall'abrogazione dei limiti alla deducibilità dei costi black list*, in *Il fisco*, n. 41 del 2016, pag. 1-3961.

BEALE K.D., ESPOSITO P., *Emergent International Attitudes Towards Bribery, Corruption and Money Laundering*, in *Arbitration: The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, Volume 75, n. 3/2009, pp. 360 – 373.

BERNABLE A., *Riciclaggio, finanziamento al terrorismo e paradisi fiscali*, in *Rivista italiana dell'antiriciclaggio*, 9 marzo 2020.

BERNASCONI P., *Sistema "Rubik": gli accordi bilaterali svizzeri antiriciclaggio fiscale di nuova generazione*, in *Fiscalità e commercio internazionale*, n. 1, del 2012.

BOCCALATTE G., *Scudo fiscale inefficace e diritto al rimborso: il disconoscimento degli effetti premiali dello scuso fiscale legittima il rimborso dell'imposta straordinaria assolta*, in *Rivista di Giurisprudenza Tributaria*, n. 11/2019.

BOLIS S., *L'interpello CFC alla prova del diritto comunitario*, in *Il fisco*, n. 47 del 19 dicembre 2011, p. 1-7667.

BOLIS S., *Obiettiva connessione tra illeciti amministrativi e reati tributari: una soluzione alla vexata questio del ne bis in idem?*, in *Riv. Trim. di Diritto penale dell'economia*, fascicolo n. 3-4/2017, p. 383-432, ISSN 1121-1725.

BOLIS S., *Quando il ruling preventivo diviene aiuto di stato: il caso Fiat Chrysler Finance Europe Ltd*, in *Eurojus*, 2020, Fascicolo n.1, p. 22-36.

BOLIS S., *Scudo fiscale-ter: effetti della possibile incompatibilità con il diritto comunitario*, in *Il fisco*, n. 4 del 25 gennaio 2010, pag. 1-517.

BOLIS S., *Sequestro preventivo finalizzato alla confisca in materia di riciclaggio. Una lettura (in)convenzionale*, in GRANDI C. - CASTRONUOVO D. (a cura di), *Confische e sanzioni patrimoniali nella dimensione interna ed europea*, in *Jovene*, Napoli, 2021, pp. 335 – 367.

CANNAS F., TRAVERSA E., *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.*, fascicolo 1/2016.

CAPOLUPO S., *Limite all'uso del contante, obbligo di tracciabilità e incentivi premiali*, in *Il fisco*, n. 43 del 2019, pag. 1-4115.

COMMITTERI G.M., ALONZO P., *Dividendi "black list" tra tutele antielusive e rischi di penalizzazioni*, in *Fiscalità Internazionale*, n. 3 del 2010.

- CONTRINO A., *La trama dei rapporti tra abuso del diritto, evasione fiscale e lecito risparmio d'imposta*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, n. 4/2016, pag. 1407.
- CORASANITI G., *Il dibattito sull'abuso del diritto o elusione nell'ordinamento tributario*, in *Diritto e Pratica Tributaria*, n. 2/2016, pag. 465.
- CORSO P., *La straordinaria necessità e urgenza di fare rientrare i capitali detenuti all'estero*, in *Corriere tributario*, n. 7 del 2014, pag. 519.
- CROSTI A., *Black, white and grey lists tra l'approccio decisionista di Bruxelles e quello confuso di Roma*, in *Il fisco*, n. 27 del 2018, pag. 1-265.
- CUOCO A., *The Principal Purpose Test as Introduced by the OECD MLI: Is It Time for a Compromise with EU Tax Law?*, in *Intertax*, Volume 47, Issue 10.
- DE PASQUALE I., *Lo "scudo" fiscale: problemi interpretativi e riflessioni sulla natura giuridica dell'istituto*, in *Giappichelli*, fascicolo 4/2012.
- DORIGO S., *Doppia imposizione internazionale e diritto dell'unione europea*. *Riv. Trim. Dir. Trib.*, fascicolo 1-2013.
- DUBOIS D., *The Attacks of 11 September: EU-US Cooperation Against Terrorism in the Field of Justice and Home Affairs*, in *European Foreign Affairs Review*, Volume 7, n. 3/2002, pp. 317 – 335.
- DUKE S., *CESDP and the EU Response to 11 September: Identifying the Weakest Link*, *European Foreign Affairs Review*, Volume 7, n. 2/2002, pp. 153 – 169.
- FICARI V., *Virtù e vizi della nuova disciplina dell'abuso e dell'elusione tributaria ex art. 10 bis della L. n. 212/2000*, *Rivista trimestrale del diritto tributario*, fascicolo 2-2016.
- FRANCESCHETTI P., *Trust*, in *Altalex*, 12 maggio 2016.
- FREGNI M.C., *Problemi e prospettive dell'Unione fiscale europea*, in *Rassegna Tributaria*, n. 5 del 2013, pag. 1061.
- GRIJSEELS C., SPREUTELS J., *Interaction between money laundering and tax evasion*, in *EC Tax Review*, Volume 10, n. 1/2001, pp. 3 – 12.
- GRASSO G., *L'affidamento quale principio generale del diritto*, in *Altalex*, 2011.
- GRASSO G., *Sul rilievo del principio del legittimo affidamento nei rapporti con la Pubblica Amministrazione*, 2010, <https://sna.gov.it/www.sspa.it/>
- GRECO G., *Il rapporto "particolare" tra gli aiuti di Stato e il giudicato*, in *Eurojus*, 23 luglio 2018.

GUERRA R.C., *I limiti alla potestà impositiva ultraterritoriale*, in Rivista trimestrale del diritto tributario, fascicolo 1-2012.

IERMANO A., *I principi di equivalenza ed effettività tra autonomia procedurale e 'limiti' alla tutela nazionale*, in Le Riviste de Il diritto dell'Unione Europea, fascicolo 3-2019.

KAIDING J., *The Financial Transaction Tax: The Way Forward for the European Union?*, in EC Tax Review, Volume 23, n. 1/2014, pp. 30 – 42.

KOUTSOUVA A., *The European Union's List of Non-Cooperative Jurisdictions for Tax Purposes*, 2020, 29, in EC Tax Review, Issue 4, pp. 178-196.

LANOTTE M., *L'impunità degli autori delle frodi carosello e le contromisure per la tutela degli interessi finanziari europei: la Direttiva PIF e il Regolamento EPPO*, in Diritto Penale Contemporaneo, n. 6/2019.

LATINI S., *In Svizzera le società anonime sono più trasparenti*, in IPSOA, 3 dicembre 2019.

LAUDATI A., *Terrorismo internazionale, criminalità organizzata e money transfer*, in Per Aspera Ad Veritatem, n.24, GNOSIS – Rivista italiana di intelligence.

LIBERTINI M., *Sulla nozione di libertà economica*, in Contratto e Impresa n. 4/2019, pp. 1255-1286.

MARINO G., *Osservazioni in tema di residenza nel contesto dello scambio automatico di informazioni*, in Diritto e Pratica Tributaria, n. 1 del 2018, pag. 1.

MARRUCCI F., *Casa del contribuente: inutilizzabili prove acquisite senza gravi indizi*, in Altalex, 14 aprile 2020.

MARZO G., *Lista Falciani utilizzabile: retro front della CTP di Verbania*, in Altalex, 12 aprile 2013.

MELIS G., *Coordinamento fiscale nell'Unione europea*, in Enc. Dir., Annali, I, Giuffré, Milano, 2007, p. 394-419.

MILIACCA R., *Italia-Cina, fiume di denaro sporco - in 4 anni riciclati oltre 2,7 miliardi da attività illecite*, in ItaliaOggi, n. 153, p. 6 del 29/06/2010.

MORETTI M., *Trattati contro le doppie imposizioni: valenza del "Commentario OCSE" ai fini interpretativi e soggetti ammessi a beneficiare delle disposizioni convenzionali in una recente decisione della Cassazione*, in Riv. Dir. Trib., 19 agosto 2019.

MORINI G., *Abuso del diritto: i recenti orientamenti giurisprudenziali*, in Altalex, 6 ottobre 2015.

- OLIVETTI F., *Lo scambio di informazioni in materia tributaria: analisi generale e recenti sviluppi*, in Diritto e pratica tributaria internazionale, n. 4/2012, pp. 1335-1381.
- PALMITESSA E., *Doppia non-imposizione: chiarito l'ambito del credito d'imposta figurativo*, in Altalex, 07 dicembre 2017.
- PEPE F., *Sulla tenuta giuridica e sulla praticabilità geo-politica della "dottrina Vestager" in materia di tax rulings e aiuti di Stato alle imprese multinazionali*, in Riv. Trim. dir. trib., fascicoli 3-4/2017.
- PEZZUTO G., *I nuovi obblighi antiriciclaggio per i professionisti*, in Il fisco, n. 31 del 2004, pag. 1-4811.
- PIANTAVIGNA P., *Tax Abuse in European Union Law: A Theory*, EC Tax Review, Volume 20, n. 3/2011, pp. 134 – 147.
- PICOTTI L., *Riflessi penali delle recenti riforme sull'abuso del diritto in campo tributario*, in Diritto Penale Contemporaneo, 2017.
- PISTONE P., *La pianificazione fiscale aggressiva e le categorie concettuali del diritto tributario globale*, in Rivista trimestrale del diritto tributario, fascicolo 2, 2016
- QUATTRONE D., *Il rifiuto di tutela in tema di abuso del diritto e l'exceptio doli generalis*, in Altalex, 29 maggio 2020.
- REUVEN S. AVI-YONAH, *Who Invented the Single Tax Principle?: An Essay on the History of US Treaty Policy*, N. Y. L. Sch. L. Rev. 59, no. 2 (2015): 305-15
- SAMMURI L., *Finanziamento al terrorismo internazionale e paradisi fiscali*, Rivista di diritto e procedura penale militare, n. 4/2019, pp. 50-60.
- SAPONARO F., *Il "funzionalismo" e l'integrazione europea in materia tributaria*, Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD), maggio-agosto 2019.
- SARTORI N., *Doppia non imposizione e convenzioni internazionali: nota a margine di una recente e ineccepibile decisione della Cassazione*, Riv. Dir. Trib., 2 ottobre 2019.
- SCHIAVONE G., *Aspetti di fiscalità internazionale nell'ordinamento tributario britannico*, in Fiscalità e Commercio Internazionale, n. 3 del 2017, pag. 49.
- SELICATO P., *Paradisi fiscali*, in Il diritto: Enciclopedia giuridica del Sole 24 Ore, Milano, 2007.
- STAROLA L., *Contrasto al finanziamento del terrorismo, all'elusione fiscale internazionale e al riciclaggio*, in Corriere Tributario, n. 34/2016, pag. 2630.

STURZO L., *Bitcoin e riciclaggio 2.0*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 5/2018.

TRAVERSA E., *I condoni fiscali degli stati membri e la loro compatibilità con il diritto dell'Unione Europea*, in *Diritto e pratica tributaria internazionale*, n. 1/2010.

VALENTE P., *Il nuovo Modello OCSE di Convenzione contro le doppie imposizioni: profili di novità*, in *Il fisco* 6/2018, approfondimento *Fiscalità Internazionale*.

VALENTE P., CARACCIOLI I., MATTIA S., *L'orientamento della giurisprudenza italiana sull'utilizzabilità della c.d. "Lista Falciani"*, in *Il fisco*, n. 46/2013.

ZAIMAJ A., *La switch-over clause nella proposta di direttiva anti-BEPS*, in *Rivista di diritto tributario*, 2016.

Altre fonti

ACCIARI P., *La pianificazione fiscale internazionale e la complessità organizzativa delle imprese multinazionali*, 12° conferenza nazionale di statistica, 24/06/2016, https://www.finanze.gov.it/export/sites/finanze/.galleries/Documenti/Varie/3PPT-12Conf_-AREA-4_PIANIFICAZIONE-FISCALE.pdf

BANCA D'ITALIA, *Accluse "Istruzioni operative per l'individuazione delle operazioni sospette"*, 12 gennaio 2001.

BOLIS S., *Riflessi sanzionatori dell'abuso del diritto*, seminario nell'ambito del corso curriculare "Diritto penale d'impresa" tenuto dal Professor Tosi Loris, 2019.

Commentario al Modello OCSE 2017.

Commissione Europea, *Scheda tematica per il semestre europeo: fiscalità*. 28 settembre 2017.

Commissione Europea, *Comunicazione al Consiglio, Verso il coordinamento fiscale nell'Unione europea*, 1° ottobre 1997.

Commissione Europea, *Report from the Commission to the European parliament and the council on the assessment of the risk of money laundering and terrorist financing affecting the internal market and relating to cross-border activities*, Bruxelles, 24 luglio 2019.

PACIOLI L. Fondazione, *La lotta dell'OCSE alla concorrenza fiscale dannosa dopo il rapporto del 2001: lo stato dell'arte e i possibili sviluppi*. Documento n. 4 del 28 gennaio 2002.

Guida ai diritti delle imprese, *La libera circolazione dei servizi nell'Unione Europea*, 2016, www.impresainungiorno.gov.it

OECD, *Administration as service. The public as client*, Report 1987.

OECD, *Harmful tax competition. An emerging global issue*, Report 1998.

OECD, *Model Tax Convention on Income and on Capital*, 2019.

The FATF Recommendations – *International standards on combating money laundering and the financing of terrorism & proliferation*.

UIF, Comunicazione del 2 dicembre 2013 – *Schema rappresentativo di comportamenti anomali ai sensi dell'art. 6, comma 7, lett. B) del Dlg 231/2007. Operatività connessa con l'anomalo utilizzo di trust*.

UIF, Quaderni dell'antiriciclaggio – *Casistiche di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo*, n. 11/luglio 2018, Banca d'Italia.

UIF, Quaderni dell'antiriciclaggio – *Un indicatore sintetico per individuare le società cosiddette cartiere*, n. 15/dicembre 2020, Banca d'Italia.

VISCO I., Governatore della Banca d'Italia *Banche, crisi e comportamenti*, 09 novembre 2016, - Milano - Università Luigi Bocconi - Baffi Carefin - Lezione "Giorgio Ambrosoli" - Società civile, economia e rischio criminalità.

Giurisprudenza

Conclusioni dell'Avvocato generale Eleanor Sharpston della CGUE, C-132/06, depositate il 25 ottobre 2007.

Conclusioni dell'Avvocato generale Jean Richard de la Tour della CGUE, C-544/19, depositate il 18 novembre 2020.

Decisione n. 2017/502/UE.

Decreto del Tribunale di Pinerolo, 4 ottobre 2011.

Ordinanza Cass. Civile, Sez. trib., n. 10706 del 17 aprile 2019

Ordinanza Cass. Civile, Sez. V, n. 11837 del 18 giugno 2020

Sent. CEDU del 16 marzo 2015, Sez. II, ricorso n. 72638/01.

Sent. CGUE del 5 febbraio 1963, C-26/62.
Sent. CGUE del 15 luglio 1964, C-6/64.
Sent. CGUE del 5 ottobre 1994, Sez. V, C-133-300-362/93.
Sent. CGUE del 14 febbraio 1995, C-279/93.
Sent. CGUE del 12 maggio 1998, C-336/96.
Sent. CGUE del 11 luglio 2002, Sez. V, C-62/00.
Sent. CGUE del 13 settembre 2005, Grande Sez., C-176/03.
Sent. CGUE del 21 febbraio 2006, Grande Sez., C-255/02.
Sent. CGUE del 23 ottobre 2007, Grande Sez., C-440/05.
Sent. CGUE del 12 febbraio 2009, Sez. III, C-67/08.
Sent. CGUE del 16 luglio 2009, Sez. I, C-128/08.
Sent. CGUE del 12 dicembre 2013, Sez. III, C-362/12.
Sent. CGUE del 13 settembre 2017, Sez. V, C-350/16.
Sent. CGUE del 17 gennaio 2018, Sez. I, C-676/16.
Sent. CGUE del 16 luglio 2020, Grande Sezione, C-550/18.

Sent. Corte Suprema di Cassazione del 18 maggio 2006, Sez. V, n. 23730.
Sent. Corte Suprema di Cassazione del 23 dicembre 2008, Sez. Unite, n. 3055-56-57.
Sent. Corte Suprema di Cassazione del 7 ottobre 2011, Sez. III, n. 36394.
Sent. Corte Suprema di Cassazione del 4 ottobre 2012, Sez. III penale, n. 38753.
Sent. Corte Suprema di Cassazione del 18 ottobre 2013, Sez. penale, n. 42868.
Sent. Corte Suprema di Cassazione del 26 agosto 2015, Sez. tributaria, n. 17175.
Sent. Corte Suprema di Cassazione del 22 febbraio 2016, Sez. III, n. 6798.
Sent. Corte Suprema di Cassazione del 2 maggio 2016, Sez. Unite, n. 8587.
Sent. Corte Suprema di Cassazione del 28 novembre 2019, Sez. V, n. 31085.

Sent. Corte costituzionale del 17 dicembre 1985, n. 349.

Sent. Corte costituzionale del 23 aprile 1985, n. 113.

Sent. Corte costituzionale del 18 febbraio 1992, n. 51.

Sent. CTP Como del 15 novembre 2011, n 188/01.

Sent. CTP Verbania del 21 febbraio 2013, n. 15/01.

Sent. CTR Toscana del 30 gennaio 2012, Sez. XXI, n. 6.

Normativa

Circolare n. 140/E del 24 giugno 1999, Ministero delle Finanze.

Circolare n. 35/E del 4 agosto 2016, Agenzia delle Entrate.

Circolare n. 1/18, Vol. II, del 27 novembre 2017, Guardia di Finanza.

Convenzione Aja del 1° luglio 1985.

Direttiva n. 77/799/CEE

Direttiva n. 90/435/CEE

Direttiva n. 91/308/CEE

Direttiva n. 2001/97/CE

Direttiva n. 2005/60/CE

Direttiva n. 2009/110/CE

Direttiva n. 2010/1092/UE

Direttiva n. 2011/16/UE

Direttiva n. 2011/96/UE

Direttiva n. 2014/107/UE

Direttiva n. 2015/2367/UE

Direttiva n. 2015/849/UE

Direttiva n. 2016/2258/UE

Direttiva n. 2016/881/UE

Direttiva n. 2017/541/UE

Direttiva n. 2017/952/UE

Direttiva n. 2018/822/UE

Direttiva n. 2018/843/UE

Direttiva n. 2019/1153/UE

DL n. 5 del 21 marzo 1978

DL n. 59 del 21 marzo 1978

DL n. 22 del 4 agosto 1990

DL n. 201 del 6 dicembre 2011

DL n. 124 del 26 ottobre 2019

DLgs n. 74 del 10 marzo 2000

DLgs n. 196 del 30 giugno 2003

DLgs n. 56 del 20 febbraio 2004

DLgs n. 109 del 22 giugno 2007

DLgs n. 231 del 21 novembre 2007

DLgs n. 169 del 19 settembre 2012

DLgs n. 29 del 4 marzo 2014

DLgs n. 128 del 5 agosto 2015

DLgs n. 147 del 14 settembre 2015

DLgs n. 32 del 15 marzo 2017

DLgs n. 90 del 25 maggio 2017

DLgs n. 125 del 4 ottobre 2019

DM 4 maggio 1999

DM 21 novembre 2001

DM 23 gennaio 2002

DM 16 aprile 2010

DM 17 febbraio 2011

DM 27 aprile 2012

DM 23 febbraio 2017

DPR n. 633 del 26 ottobre 1972

DPR n. 600 del 29 settembre 1973

L. n. 1 del 5 gennaio 1956

L. n. 825 del 9 ottobre 1971

L. n. 364 del 16 ottobre 1989

L. n. 55 del 19 marzo 1990

L. n. 287 del 10 ottobre 1990

L. n. 413 del 30 dicembre 1991

L. n. 244 del 24 dicembre 2007

L. n. 23 del 11 marzo 2014

L. n. 186 del 30 settembre 2014

L. n. 190 del 23 dicembre 2014

L. n. 208 del 28 dicembre 2015

L. n. 205 del 27 dicembre 2017

Principio di diritto n. 17 del 29 maggio 2019, Agenzia delle Entrate

Raccomandazione GAFI n. 5-10-11-29/2012

Raccomandazione UE n. 772 del 6 dicembre 2012

Regolamento CE n. 2580 del 27 dicembre 2001

Regolamento UE n. 881 del 27 maggio 2002

Regolamento UE n. 952 del 9 ottobre 2013

Regolamento UE n. 1686 del 20 settembre 2016

Regolamento UE n. 1672 del 23 ottobre 2018

Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (CDFUE)

Costituzione italiana

Statuto del contribuente

Statuto della Corte di Giustizia

Testo Unico Bancario (TUB)

Testo Unico delle Imposte sui Redditi (TUIR)

Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea (TFUE)

Trattato sull'Unione Europea (TUE)

Sitografia

Altalex, www.altalex.com

Autorità garante della concorrenza e del mercato, www.agcm.it

Borsa italiana, www.borsaitaliana.it

Camera dei deputati, www.temi.camera.it

Consiglio europeo, www.consilium.europa.eu

Council of Europe, www.coe.int

CURIA-Corte di Giustizia dell'Unione Europea, www.curia.europa.eu

Dipartimento delle Finanze, www.finanze.gov.it

Dipartimento per le Politiche Europee, www.politicheeuropee.gov.it

Documentazione Economica e Finanziaria, www.def.finanze.it

Egmont Group, www.egmontgroup.org

EUR-Lex, www.eur-lex.europa.eu

European Central Bank, www.ecb.europa.eu

European Parliament, www.europarl.europa.eu

Europol, www.europol.europa.eu

FiscoOggi, www.fiscooggi.it

Fisco[7], www.fisco7.it

Gazzetta Ufficiale, www.gazzettaufficiale.it

GNOSIS – Rivista italiana di intelligence, www.gnosis.aisi.gov.it

Guardia di Finanza, www.gdf.gov.it

Il Fisco, www.sistemailfisco.leggiditalia.it

Il Parlamento svizzero, www.parlament.ch

Il Sole 24 Ore, www.ilsole24ore.com

Impresa in un giorno, www.impresinungiorno.gov.it

Index of Economic Freedom, www.heritage.org

Milano Finanza, www.milanofinanza.it

Ministero dell'Economia e delle Finanze, www.mef.gov.it

Pluris, www.pluris-cedam.utetgiuridica.it

Scuola Nazionale dell'Amministrazione, www.sna.gov.it

Senato della Repubblica, www.senato.it

Unità di Informazione Finanziaria per l'Italia, www.uif.bancaditalia.it

Wolters Kluwer, www.kluwerlawonline.com